



Fábio Neffa Alcure

**Problemas atuais das relações locatícias:
resultados alcançados através da aplicação
direta e indireta das normas constitucionais**

Dissertação De Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio
como requisito parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito.

Orientadora: Prof^a Maria Celina Bodin de Moraes
Co-orientadora: Prof^a. Caitlin Sampaio Mulholland

Rio de Janeiro
Abril de 2014



Fabio Neffa Alcure

**Problemas atuais das relações locatícias:
resultados alcançados através da aplicação
direta e indireta das normas constitucionais**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof Maria Celina Bodin de Moraes
Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª Caitlin Sampaio Mulholland
Co-orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Daniela Trejos Vargas
Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Gisela Sampaio da Cruz
UERJ

Profª. Mônica Herz
Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 06 de junho de 2014..

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Fábio Neffa Alcure

Graduou-se em Direito pela Universidade de Vila Velha (2005). Especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (2008). Integrou a Comissão de Estudos Constitucionais da OAB, Seccional do Espírito Santo.

Ficha Catalográfica

Alcure, Fábio Neffa

Problemas atuais das relações locatícias: resultados alcançados através da aplicação direta e indireta das normas constitucionais. / Fábio Neffa Alcure; orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2014.

128 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) .– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2.Locação. 3.Despejo. 4. Benfeitorias necessárias. 5.Consumidor. 6. Denúncia vazia. 7. Direito à Moradia I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

À minha orientadora, Professora Maria Celina Bodin de Moraes, pelo incentivo decisivo para que eu ingressasse na PUC-Rio, e principalmente pela generosidade de dedicar parte do seu valiosíssimo tempo para me orientar neste trabalho.

Aos professores do Minter, que ministraram suas aulas em Vitória/ES com grande dedicação.

À Professora Caitlin Sampaio Mulholland, que esteve sempre disponível quando precisei de auxílio.

Aos meus pais, que, sem medir esforços, sempre me deram todo o suporte necessário para que realizasse meus sonhos e projetos de vida.

Aos meus amigos, familiares e colegas de trabalho, que, compreendendo os momentos em que tive de me ausentar, jamais se distanciaram.

À minha esposa, Mariana, que é, para mim, inesgotável fonte de carinho, apoio e motivação para conquistar tudo o que vale a pena na vida.

Resumo

Alcure, Fábio Neffa; Moraes, Maria Celina Bodin de. **Problemas atuais das relações locatícias: resultados alcançados através da aplicação direta e indireta das normas constitucionais**. Rio de Janeiro, 2014. 128p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A Constituição de 1988 promoveu uma notável transformação no ordenamento jurídico e, então, submeteu não só o Código Civil, mas todas as normas infraconstitucionais à conformidade com os valores e princípios constitucionais. Essa metodologia, intitulada direito civil-constitucional, modificou qualitativamente as bases do direito privado tradicional, com isso, retirando do centro das preocupações do ordenamento os interesses patrimoniais individualistas e colocando em seu lugar a proteção da pessoa humana. O presente trabalho busca capturar esse fenômeno e, assim tomando consciência, analisar questões intrincadas que afligem as relações locatícias e oferecer soluções orientadas pelo sistema axiológico-teleológico do direito civil-constitucionalizado. O necessário diálogo da Lei do Inquilinato com o Código de Defesa do Consumidor, com o Código Civil e demais leis infraconstitucionais, a potencial antijuridicidade da possibilidade de renúncia antecipada do locatário em relação ao direito de indenização pelas benfeitorias necessárias e a abusividade da denúncia imotivada do contrato de locação, como forma de alcançar objetivos ilícitos, são as matérias postas para a deslindação. Objetiva-se, desse modo, oferecer uma hermenêutica atenta ao direito constitucional à propriedade, mas imbuída de interesses metaindividuais e existenciais, como direito constitucional à moradia, de forma reafirmar a necessidade de funcionalização das titularidades e evitar a vulneração da figura do locatário como pessoa concreta, dotada de dignidade.

Palavras-Chave

Locação; Despejo; Benfeitorias Necessárias; Consumidor; Denúncia Vazia; Direito à Moradia.

Abstract

Alcure, Fábio Neffa; Moraes, Maria Celina Bodin de (Advisor). **Current problems of rental relationship: result achieved from the direct and indirect use of constitutional rules.** Rio de Janeiro, 2014. 128p. MSc Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Brazilian Constitution dated 1988 promoted a notable transformation of the jurisdictional order. It submitted not only the Civil Code but all the non-constitutional normative to be in accordance to the Constitutional values and principles. This methodology, entitled Civil-Constitutional Law, changed in a qualitative manner the foundation of the traditional private law, subtracting the center of the ordainment concerns of the individual interests of the patrimony, replacing it by the protection of the human rights. This study intends to present this phenomenon and in good conscience of its use, be able to analyze intricate cases of the rental relationships, offering solutions guided by the axiological-teleological of the Civil-Constitutional Law. The parts for debate are: the needed dialog between the Consumers Code, the Tenant Code, the Civil Code and other non constitutional laws; the potential anti-juridical possibility of previous renouncement of the landlord to its legal right to be compensated for the repairs needed; the abuse of an unmotivated denounce of the rental contract as a way to accomplish illegal objectives. This study aims to present an hermeneutic that pays attention to the Constitutional Right to Housing, enriched with meta-individual and existential interests, as in the Constitutional Rights to Housing, as a form of reassuring the necessity to the functionalization of the entitled and to avoid the susceptibility of the tenant figure as a concrete person, possessed of dignity.

Keywords

Rent; Eviction; Unmotivated Eviction; Needed Repairs; Consumer; Empty Denouncement; Right to Housing.

Sumário

1	Introdução	9
2	A Pessoa do Locatário na Ordem Civil-Constitucional	14
2.1	O Direito Civil Constitucional	14
2.1.1	A nova teoria contratual	20
2.1.2	A evolução da autonomia privada	24
2.2	A pessoa humana em sua vulnerabilidade	28
2.2.1	A vulnerabilidade da pessoa do locatário e seu fundamento no direito à moradia	31
2.3	Função social da propriedade alugada	37
3	A Interação da Lei do Inquilinato com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil sob o Prisma da Constituição Federal	43
3.1	Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias	49
3.2	A aplicabilidade do Código Civil de 2002 às relações locatícias	57
4	O Direito do Locatário à Indenização das Benfeitorias Necessárias	77
5	A Relativização da Denúncia Vazia	88
5.1	A denúncia vazia na lei do inquilinato	91
5.2	Direitos subjetivos ou situações subjetivas complexas e direitos potestativos	93
5.3	Repercussão da relativização dos direitos potestativos na denúncia vazia	98
5.3.1	Hipóteses de denúncia abusiva do contrato de locação	103
5.4	Solução sistemática para a denúncia vazia abusiva	111
6	Conclusão	118
	Referências Bibliográficas	121

1

Introdução

Um olhar retrospectivo sobre o tratamento das relações locatícias urbanas, pela ótica do Direito, revela a existência de acesas controvérsias. A locação¹ imobiliária é uma das espécies mais relevantes de exercício do direito ao acúmulo e disposição patrimonial. A polêmica construída em torno do tema se confunde com o diuturno antagonismo entre Estado Liberal e Estado Social, que, por sua vez, desdobra-se na dialética entre liberdade contratual e dirigismo contratual.

Na visão liberalista, a “mão invisível” do mercado seria a melhor forma de conferir justiça e equilibrar os interesses na relação entre locador e locatário. Mas, as guerras mundiais, o êxodo rural e o inevitável aumento da concentração populacional nas cidades fizeram eclodir, em todo o mundo, crises habitacionais que a lei da oferta e da procura simplesmente não logrou solucionar. Com isso, diversas legislações foram implementadas, nos países desenvolvidos, em geral para proteger, de alguma forma, os locatários dos despejos abruptos e demais abusos dos proprietários.

No Direito pátrio, nem o Código Comercial de 1850 nem o Código Civil de 1916 traziam em seu bojo medidas intervencionistas na locação imobiliária. “Na época vigorava em todos os povos civilizados o princípio da mais ampla liberdade no tocante aos contratos de locação.”² Contudo, pouco tempo após entrar em vigor o Código Civil de 1916, o Brasil, apesar de não ter sido palco de nenhuma grande guerra, acabou importando e adotando as práticas legislativas, em matéria de locação imobiliária, originadas nos países participantes dos grandes conflitos mundiais.³

¹ Locação é contrato pelo qual uma pessoa dá a outra, em caráter temporário, o uso e gozo de coisa infungível mediante remuneração. Chama-se locador quem dá o bem em locação, e locatário ou inquilino quem recebe o bem. Como regra, o proprietário de uma coisa é que pode dá-la em locação, mas, não apenas ele. Assim, quem tem a livre disposição do uso e gozo de uma coisa, pode juridicamente entregá-la, em locação, seja pessoa natural ou física, seja pessoa jurídica. (SANTOS, Gildo dos. **Locação e despejo**: comentários à Lei 8.245/91 - jurisprudência, súmulas do STF, Súmulas e enunciados do 2º TACivSP e Legislação. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 13).

² BAPTISTA, J. A. **Código das locações urbanas**. 2.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994. p. 8.

³ Corroborando o exposto, Caio Mário da Silva Pereira afirma que “no Brasil, o ciclo da locação predial urbana revela sinais de grande analogia com o fenômeno locatício em países de regime semelhante ao nosso”. E ainda que “a primeira grande guerra (1914-1918) refletiu, no País, numa espécie de ‘efeito retardado’ que só viria a atingir o campo locatício na década de 20” [...] A

Até então, o Código Civil de 1916 abarcava todos os tipos de locações em seus arts. 1.188 a 1.215.⁴ O Decreto n° 4.403/22 retirou, temporariamente, a locação de imóveis urbanos da regulamentação codicista, o que durou até sua revogação pelo Decreto n° 5.617, de 1924. Uma década mais tarde, o Decreto n° 24.150/34, conhecido como Lei de Luvás, que tratava especificamente da renovação dos contratos não residenciais, inaugurou a série mais duradoura de intervenções legislativas. Em seguida, vieram as Leis n° 1.300/50, n° 4.494/64, n° 5.444/67, n° 6.649/79 e, finalmente, a Lei n° 8.245/91 (e suas pontuais alterações), atualmente vigente, que consolidou toda a normativa inerente às locações imobiliárias, derogando, inclusive, a até então vigente Lei de Luvás.

A trajetória legislativa da regulamentação das locações revela que, por grandes períodos, a matéria padecia com inconsistências sistemáticas, visto que as sucessivas leis e decretos objetivaram a solução de problemas emergenciais, de sorte que “a dogmática atribui a cada uma dessas leis um perfil de natureza pendular, ora intervencionista, ora liberalizante.”.⁵⁶ Verificou-se que, com a “passagem do campo às cidades que detonou a crise do setor habitacional, passa o Estado a intervir num movimento de idas e vindas legislativas marcado pela esquizofrenia entre leis 'protetivas' e leis 'liberais.’”.⁷

‘segunda crise’ habitacional eclodiu em consequência do impacto causado na economia do mundo, provocado pela Segunda Guerra Mundial, e que repercutiu sensivelmente no Brasil, gerando as chamadas ‘leis de emergência’ [...]” (PEREIRA, Caio Mário da Silva et al. **A lei do inquilinato**: anotada e comentada. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p.2).

⁴ Sob o mesmo esquema jurídico, os romanos regularam as três locações clássicas: de coisas (*rerum*), de serviços (*operarum*) e de obras ou empreitada (*operis*), unificando, sob o mesmo rótulo e regime jurídico, três fenômenos cada dia mais distintos e complexos. “[...] Os três fenômenos evoluíram e se enriqueceram com multiplicidade de aspectos, sobretudo no século XX. Daí a razão de o Código Civil brasileiro, do início do século, ainda ter regulado, sob a mesma denominação genérica de locação, as três figuras clássicas” (COSTA, Dilvanir José da. O sistema da locação predial no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 148, p. 113-126, out./dez. de 2000. p. 124).

⁵ RODRIGUES JÚNIOR, O. L. Análise comparativista dos contratos built to suit. **Revista Consultor Jurídico**, 10 abr. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-10/direito-comparado-analise-comparativista-contratos-built-to-suit#_ftn3_4368>. Acesso em: 12 jul. 2013.

⁶ Por se reconhecer essa nítida função de equilibrar posições jurídicas desiguais, a própria lei excluiu de sua incidência as locações de imóveis públicos, de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos, de espaços destinados à publicidade, de apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, bem como o arrendamento mercantil (artigo 1º, parágrafo único, Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991) (Ibid.).

⁷ MARTINS-COSTA, Judith, Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62.

Nesse contexto, a legislação atual pode ser caracterizada como uma considerável evolução em termos de unidade sistemática e estabilidade, eis que resiste por mais de duas décadas sem sofrer reformulações significativas. Na opinião de Capanema⁸, a Lei 8.245/91 teve a qualidade de equacionar, de forma imparcial, os interesses conflitantes de locadores e locatários.

Apesar disso, economistas e juristas jamais cessaram suas críticas à intervenção estatal no contrato de locação imobiliária. Ainda é comum atribuir-se, às restrições de livre negociação, o desestímulo à construção de unidades imobiliárias urbanas destinadas ao aluguel⁹, fenômeno que, levado a suas últimas consequências, supostamente, acabaria por prejudicar os próprios locatários, ante a diminuição da oferta e a consequente elevação dos valores dos aluguéis. Alguns¹⁰ chegam a relacionar os regramentos locatícios à causalidade da favelização urbana. A desregulamentação geraria o efeito inverso, pretensamente benéfico.

O raciocínio é basicamente o mesmo utilizado em qualquer repertório argumentativo liberal, no repúdio ao intervencionismo na liberdade contratual. As relações trabalhistas e sua respectiva legislação, por exemplo, são constantemente objeto da mesma reflexão. Entretanto, a experiência histórica demonstra que a especulação não permite a verificação de uma autêntica autorregulamentação conduzida pelo mercado. Como exemplo, atualmente, na Espanha, as notícias veiculadas pela mídia internacional¹¹ dão conta de que, muito embora centenas de pessoas estejam sendo despejadas todos os dias, os preços dos aluguéis não cedem no mesmo ritmo, e o número de imóveis desocupados, por sua vez, cresce

⁸ É que essa Lei 8.245 talvez tenha sido a primeira Lei do Inquilinato no Brasil que procurou disciplinar os interesses conflitantes de locadores e locatários, de maneira equidistante. Rompendo a velha visão maniqueísta das leis anteriores, em que o locador era sempre um vilão a ser punido, um especulador impenitente e o locatário era uma vítima indefesa que precisava ser protegida (SOUZA, Sylvio Capanema de. In: O EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. *Anais...* São Paulo: Academia Paulista de Magistrados, 2002. p. 48).

⁹ A observação já havia sido feita por Ripert na França: "as leis imperativas, sobre locações, prejudicaram a construção de unidades habitacionais e impediram a conclusão dos aluguéis a longo prazo" (RIPERT PEREIRA et al., op. cit., p. 6).

¹⁰ Não podendo aquele pagar aluguéis elevados, nem dispondo de meios para construir sua própria casa, com a retração da oferta, a nível de extinção, passaram a proliferar as favelas, os cortiços e as submoradias. E estas são as soluções que estão resolvendo a moradia para as classes menos favorecidas. Querendo beneficiar o hipossuficientemente dotado, o legislador brasileiro implodiu o sistema de mercado de moradia de aluguel (BAPTISTA, op. cit., p. 12).

¹¹ **ESPAÑA muda lei contra despejo para que nada mude.** Disponível em: <<http://envolverde.com.br/economia/espanha-muda-lei-contr-despejo-para-que-nada-mude/>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

proporcionalmente ao número de pessoas desalojadas, expondo, por conseguinte, um fenômeno paradoxal.

Um veredito que possa afirmar a vantagem de uma menor intervenção estatal nas relações locatícias, se possível, reside no campo das ciências econômicas e tem extrema relevância no debate legislativo.¹² Contudo, uma vez esgotado o procedimento legiferante com a positivação da norma jurídica, a exigência de justiça sobrepõe-se à análise exclusivamente econômica.

A eficiência econômica no cálculo dos custos e dos benefícios não pode absorver todo valor da justiça. A proteção dos direitos, por vezes, requer decisões que, do ponto de vista da economia, são ineficientes. Se não fosse assim, então o direito reduzir-se-ia a subsistema da racionalidade econômica.¹³

Como assegura Perlingieri, “os bens econômicos são conformados pelo direito: nenhuma prioridade lógica nem do direito nem da economia, e nenhuma autonomia de um ou da outra.”.¹⁴ A leitura meramente econômica do Direito corresponde a um arriscado retorno à já superada ideologia utilitarista. Os fatores econômicos devem ser sopesados na interpretação das regras e princípios, pois constituem elementos fulcrais da realidade fática, sem os quais é impossível uma correta apreensão do fenômeno jurídico em sua complexidade, mas neles não pode se esgotar a ciência do Direito.

Dessa forma, não cumpre a um estudo jurídico, como é o presente, questionar a utilidade das políticas intervencionistas carregadas pelo regramento especial das relações locatícias. É frutífero, contudo, analisar o contexto de tais normas no universo mais amplo do ordenamento jurídico, processo pelo qual a

¹² Francisco Carlos Rocha de Barros sintetiza o impasse: “[...] para enfrentar questões de locação predial urbana não se deve perder de vista a falta de moradias decorrente da miséria que castiga milhões de brasileiros, desafiando a inteligência e a sensibilidade do legislador. De um lado, a preocupação com a dignidade da pessoa humana, reclamando a proteção de um teto para cada família e forçado a edição de leis protetoras do inquilino; de outro, a restrição aos direitos do proprietário, desestimulando o investimento na construção de imóveis e fazendo diminuir a oferta e aumentar a demanda. Atormentado por tais pressões o legislador brasileiro vem-se esforçado ao longo dos anos para apresentar normas reguladoras de locação que sejam justas e equilibradas” (TAVARES, Zilda. Aplicação do código de defesa do consumidor nas relações locatícias residenciais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 45, set. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2228>. Acesso em: out. 2013).

¹³ Viola (apud PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 106).

¹⁴ Ibid., p. 109.

confrontação com a realidade econômica mostrar-se-á relevante para o desenvolvimento de uma hermenêutica axiologicamente coerente com o Direito contemporâneo.¹⁵

É cediço que, desde o Direito avoengo¹⁶, os contratos de locação não são abandonados ao princípio tradicional encerrado no brocardo latino *pacta sunt servanda*. Há muito, construiu-se a noção de que o inquilino, especialmente aquele locatário de imóvel residencial, é um vulnerável; constatação que ensejou a intervenção estatal criadora de leis a estreitar as margens de liberdade contratual na negociação do pacto locatício.

A discussão sobre a legislação locatícia deve ser permeada pela hodierna orientação constitucional e sua repercussão na globalidade do ordenamento pátrio. Assim, diante dos preceitos constitucionais, não há mais como se admitir a interpretação de determinados âmbitos normativos como microssistemas, fragmentários e isolados. Aquilo que fora emergencial, hoje, já não o é, e deve adequar-se a uma nova sistemática, aquela pautada pelo princípio-fundamento da República: a dignidade da pessoa humana.

É justamente a observância da dignidade da pessoa humana que determina a superação dos aspectos formalísticos das relações contratuais, conformando-as de maneira a tornar possível a proteção da pessoa humana concretamente considerada. Analisar, pois, a legislação locatícia sob o ponto de vista da ordem constitucional, e, especialmente, tendo como guia a proteção da pessoa humana, é tarefa que se apresenta inadiável.

¹⁵ Em verdade, a par de não permitir a extensão de suas soluções a todos os níveis de contratação privada possíveis, tem a ação governamental se baseado em fórmulas e em cálculos gerais, apartados da realidade de cada setor do mercado, e que, no final, acaba por agravar as disparidades observadas no mundo negocial de nossos dias, entre os disponentes ou ofertantes de bens, ou de serviços, e o público contratante, sem falar-se, é claro, naquele expressivo contingente populacional alheado, em definitivo, da fruição de muitos bens e serviços existentes (BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991).

¹⁶ BAPTISTA, op. cit., p. 1.

2

A Pessoa do Locatário na Ordem Civil-Constitucional

2.1

O Direito Civil Constitucional

Anteriormente ao advento da Carta Magna de 1988, predominava, entre os doutrinadores brasileiros, a concepção da Constituição Federal como mero limite externo à norma ordinária. Essa tradição, que remonta ao Código Napoleônico, fundou-se em uma noção kantiana de separação intransponível entre normas de direito privado e de direito público – estas tendo, como fonte, a razão, enquanto aquelas, a vontade do legislador – tendência que influenciou fortemente as codificações do século XIX.¹⁷

Tais codificações foram imbuídas da noção de que os enunciados normativos seriam dotados de significado e fundamentação autônoma, encerrando, em si, pretensa completude interpretativa. Mais do que isso, diante de sua origem na pressuposta razão prática universal, a abstração e generalidade características da normativa do direito privado dariam conta de todas as situações mundanas, não importando, pois, aspectos culturais, desenvolvimentos históricos e outras tantas complexidades de enumeração impossível.¹⁸

Essa dogmática, inferida do positivismo jurídico tradicional, preocupava-se apenas com a estrutura formal dos institutos jurídicos, por considerar que juízos de valor não se prestavam à teorização científica. Somente os conceitos jurídicos abstratos e interpretados de forma literal seriam capazes de proporcionar a segurança jurídica, que, à época, ocupava papel central no ordenamento jurídico, como forma de propiciar a estabilidade das relações econômicas, a liberdade contratual e circulação de riquezas.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**, v. 779, p. 47-78, 2000. p. 4.

¹⁸ A esse respeito, uma das mais ferozes críticas provém do jurista russo Pachukanis: "Uma tal teoria geral do direito, que nada explica, que a priori volta as costas às realidades concretas, ou seja, à vida social, e que se preocupa com normas sem se importar com sua origem (o que é uma questão metajurídica!) ou com suas relações com quaisquer interesse materiais, não pode ter pretensões ao título de teoria senão unicamente no mesmo sentido em que, por exemplo, fala-se popularmente de uma teoria do jogo de xadrez. Uma tal teoria nada tem a ver com a ciência. Estas "teorias" não pretendem de nenhum modo examinar o direito, a forma jurídica, como forma histórica, porque não visa absolutamente estudar a realidade. Eis porque, para empregar uma expressão vulgar, não podemos tirar delas grandes coisas" (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 19).

O ápice do Código Napoleônico coincidiu com a difusão da escola exegética, que apregoava a interpretação literal dos códigos pelos magistrados e reservava a estes o papel de autômatos, sem nenhuma margem para uma atuação criativa. Aquele momento histórico culminou até mesmo com períodos de abolição das faculdades, tamanha era a desconfiança com relação à jurisprudência e à construção doutrinária. Afinal, com a consolidação da crença na clareza e objetividade do código, o seu estudo aprofundado era visto como infrutífero.

A influência do Código Napoleônico, forte em seu positivismo exacerbado, predominou por longo período, até que, paulatinamente, passou a ser objeto de críticas, especialmente com relação a suas características marcantes, como “individualismo excessivo, falta de uma regulamentação adequada do emprego, respeito exagerado à liberdade de contrato, direitos absolutos de propriedade.”¹⁹

A esse respeito, Moraes retrata, com precisão, o contexto de transição entre o Direito da modernidade e o Direito contemporâneo:

Seus conceitos essenciais, a parte fundante de sua dogmática, provenientes do direito romano e reelaborados pela Pandectística, são, ainda hoje, exaustivamente repetidos, embora tenham sido cunhados em contexto completamente diferente, talvez mesmo oposto, ao existente na atualidade. Nessa medida, se os códigos civis, com sua aspiração à perenidade e completude, foram frutos de uma época, a época da segurança, na feliz locução adotada por N. IRTI, parece possível encontrar razões para sintetizar o momento atual como uma época de insegurança, uma época de incertezas²⁰.

Na mesma esteira, Wald²¹ aduz que:

[...] tendo desaparecido o mundo da segurança, que alguns autores, como Stefan Zweig, pensavam existir no fim do século XIX, entramos, com a eliminação das distâncias e a divulgação da informação em tempo real, na “era da incerteza”, da descontinuidade e da constante mudança.

Na “época da segurança”, era justamente a pressuposição de seu caráter abstrato e perene o que garantia, às normas infraconstitucionais, legitimidade e aplicabilidade irrestrita, a menos que excedessem, gritantemente, as margens da

¹⁹ CAENESEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao Direito Privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 211.

²⁰ MORAES, Constituição... p. 49.

²¹ WALD, A. O interesse social no Direito Privado. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas** – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 83.

constitucionalidade. Como afirma Perlingieri²², “a norma constitucional atuaria excepcionalmente e de forma residual, mas sem incidir sobre a atividade interpretativa das disposições ordinárias.”.

A noção de norma constitucional como limite dirigir-se-ia predominantemente ao legislador, servindo de crivo para aferição da conformidade ou desconformidade da norma infraconstitucional. Em outras palavras, uma vez reconhecida a ausência de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional, esta já não estaria sujeita a qualquer ulterior influência das normas constitucionais. Possuíam, pois, a precípua função de limitar o poder do Estado e a este eram dirigidas, enquanto todas as relações interpessoais eram reguladas exclusivamente pelo Código Civil. Nessa seara, a identificação do direito privado com o Código Civil atribuiu uma esfera de proteção da liberdade individual reduzida à concessão de tutela jurídica, para que os indivíduos pudessem desenvolver suas atividades econômicas livres da ingerência do Estado.

Verificava-se, portanto, a hegemonia da autonomia da vontade, em sua vertente arraigada exclusivamente na preservação do mais absoluto e intransponível direito à propriedade, valor que, por muito tempo, conformou todo o pensamento jurídico. Valor esse fruto de uma tradição liberal, a qual cultuava o indivíduo como ser atomizado e dissecado da sociedade, importante e igual apenas no tocante à sua capacidade de ser parte do jogo do mercado.

Mas, como mencionado, as mudanças verificadas na sociedade pós-moderna mostraram que o arcabouço jurídico, fundado em disciplinas demasiadamente rígidas, perenes e abstracionistas, sucumbiria diante dos avanços tecnológicos, das mudanças dos paradigmas culturais, das crises e das profundas transformações econômicas, capazes de tornarem vetustos, inadequados e instáveis os mais tradicionais e outrora sólidos institutos jurídicos do direito privado.

Diante de tais instabilidades, percebe-se, como bem sintetiza Fachin, que o Direito “se confronta com uma crise de racionalidade, uma incapacidade crescente de dar conta da realidade [...] é o Direito que está na sociedade e não vice-versa. O Direito não é mais um redutor do real, e ele não mais o contém.”.²³

²² PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 571.

²³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 226.

O silogismo jurídico mostrou-se amplamente ineficiente no sentido de oferecer soluções para os principais problemas do Direito, que se intensificaram ante a esse novo panorama: lacunas, conceitos indeterminados, contradições, normas injustas, entre outros. Com isso, a aversão à intromissão dos valores na ciência jurídica engessou de tal forma a atividade dos juristas que, na impossibilidade de amoldar as regras postas aos casos concretos, estes cada vez mais complexos e imprevisíveis, o que emergiu, paradoxalmente, foi uma insofismável insegurança jurídica e a propagação de injustiças.

Como reação a esse momento de evidente crise do positivismo jurídico, emergiu uma notável evolução social, a qual colocou a dignidade da pessoa humana como princípio basilar nas Cartas Políticas nacionais ao redor do mundo, inclusive naquela brasileira. Tal fato, longe de ser simbólico, representa a opção politicamente consciente de dar preeminência às situações existenciais, em relação às patrimoniais. A clássica definição de Ingo Sarlet assim descreve o valor dignidade humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁴

Patente que a contemplação do direito civil, como sistema normativo meramente voltado à tutela do individualismo e estranho aos princípios de direito público, não permite a concretização do plano constitucional de colocar a dignidade da pessoa humana no centro da atenção da sociedade, especialmente dos juristas.

A expressão direito civil-constitucional se traduz em uma contemporânea técnica hermenêutica, capaz de comportar essa mudança paradigmática. Sua adoção é justificada pela necessidade de consideração do ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade. Sobressai-se, de tal conceituação, o

²⁴ SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

reconhecimento da superioridade hierárquica e da aplicabilidade direta dos preceitos normativos constitucionais nas relações intersubjetivas.

Em outras palavras, é a afirmação de que a Constituição não possui caráter meramente programático, que não se resume a regular a esfera do direito público, tampouco se coloca apenas como limite externo às normas infraconstitucionais. Não é, enfim, mera carta política, antes sendo aplicável diretamente às relações privadas, no que se cunhou como “eficácia horizontal dos direitos constitucionais”.

A alteração de paradigma é substancial: o ordenamento jurídico passa por uma verdadeira despatrimonialização, movendo, para centro do ordenamento, em lugar da propriedade, a pessoa humana concretamente considerada. É a funcionalização da situação subjetiva patrimonial do “ter” ao “ser”.

Através do fenômeno da constitucionalização do direito civil, “os direitos fundamentais deixam de ser reputados apenas como direitos exercidos pelo indivíduo frente ao Estado, mas passam a ser ‘leitmotiv’ das relações entre pessoas concretas.”.²⁵

Demonstrada a rápida obsolescência das normativas exacerbadamente rígidas, cumpre incorporar uma nova técnica, norteadas por princípios e cláusulas gerais, introduzindo, no sistema jurídico, não respostas prontas e automáticas, mas critérios de ponderação e interpretação aplicativa.

A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo da lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.²⁶

A essa técnica opõe-se àquela da mera subsunção, caracterizada pela idealização de uma atividade judicante mecanizada, na qual a conclusão (aplicação do Direito) decorre do encaixe lógico da lei no caso concreto por um julgador pretensamente neutro e avesso a qualquer avaliação moral.

O posicionamento infenso à necessidade de superação da técnica da subsunção aponta, basicamente, para um suposto comprometimento da segurança

²⁵ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, C. E. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.35, jul./set. 2008. p. 109.

²⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis...**, p. 5.

jurídica, eis que a pretensa vagueza das cláusulas gerais seria campo fértil para a arbitrariedade.

Mas, é justamente porque

[...] a atividade interpretativa necessariamente envolve valores – e, portanto, é necessário revelá-los – defende-se a importância de priorizar, na análise de um instituto, seu perfil funcional seus efeitos, passando assim, do como ele é para o que ele serve.²⁷

Com efeito, a cada falha na operação de subsunção do fato à norma (e sempre haverá muitas falhas nesse sentido, eis que, enquanto o quadro normativo é limitado e escasso, as vicissitudes da vida são infinitas), o magistrado é chamado a exercer um papel criador, justamente na aplicação do Direito. Contudo, não é dado ao magistrado “criar o Direito” aleatoriamente, escolhendo regras, princípios e valores sem qualquer critério. A atividade hermenêutica deve buscar não só as regras, mas o conjunto de princípios e valores democraticamente inseridos na Constituição Federal, ou seja, na complexidade do ordenamento ou, como afirma Perlingieri, na legalidade constitucional.

Como destaca Canaris, “a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito”.²⁸ Isso significa que o ordenamento jurídico não deve ser vislumbrado como composto por uma multiplicidade de singularidades desconexas, mas como uma concatenação, racionalmente apreensível, de regras e princípios. Eros Grau metaforiza esse fenômeno, de forma feliz, ao aduzir que o Direito não pode ser interpretado em ‘tiras’.²⁹

O conceito de unidade do ordenamento jurídico ganha sobrelevada importância quando se constata a perda do papel central secularmente desempenhado pelo Código Civil. A construção, por parte do legislador, de uma estrutura legal fundada em incontáveis leis e códigos especializados – Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Lei do Inquilinato, etc. – ao mesmo

²⁷ KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 43, jul./set. 2010. p. 33.

²⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 14.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 127.

tempo que visa atender a uma realidade social cada vez mais complexa, logo inalcançável pelo antes onipresente Código Civil, acaba por denunciar a impossibilidade de se buscar, na própria legislação infraconstitucional, critérios interpretativos e integrativos do sistema. Os princípios e regras contidos nessa multiplicidade de leis infraconstitucionais, posto que hierarquicamente equivalentes, são, muitas vezes, contraditórios e conflitantes, e não há, em nível infraconstitucional, ferramentas precisas para a solução de tais conflitos.

O problema exposto repercute na quebra da ordem e unidade do sistema. A solução de problemas comezinhos continua sendo alcançada à medida que as normas infraconstitucionais são elaboradas para aplicação pelo método da subsunção. Contudo, nesse cenário, restam severamente comprometidas a unidade do ordenamento e a função promocional do Direito, bem como a solução de casos difíceis, que não se amoldam perfeitamente ao fracassado desígnio do legislador de tentar capturar a realidade em quadros normativos estáticos.

O fenômeno ora apontado já não é ignorado no processo legislativo. Como exemplo significativo, cite-se a alteração da titulação do Decreto-Lei nº 4.657, que deixou de se chamar “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro” e foi denominada “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

Apesar da inegável função de “limite” atribuída às normas constitucionais, não existe fundamento para que seu papel nela se encerre. Os efeitos dos comandos constitucionais, como hierarquicamente superiores que são, irradiam-se por todo o ordenamento, tornando imperiosa a releitura de institutos seculares do direito civil, dando forma, portanto, à constitucionalização do direito privado.

2.1.1

A nova teoria contratual

A reviravolta conceitual que atingiu a autonomia privada torna imperiosa uma revisão na teoria contratual. O contrato, na qualidade de insubstituível instrumento para circulação de riquezas, representa a mais expressiva manifestação do princípio da livre iniciativa e da autonomia privada. Hodiernamente, contudo, sabe-se que o contrato é um complexo processo social de colaboração entre pessoas diferentes e interdependentes, cuja manifestação de vontade não pode ser tomada isoladamente, já que a autonomia privada é sempre

exercida em relação aos outros contratantes. Como consequência, o contrato deve ser visto como um veículo de cooperação social.

Com a superação do paradigma da igualdade formal, a intervenção judicial nos contratos, antes vedada pela primazia do acordo de vontades autônomas, passou a ser firmemente avalizada pela doutrina civilista e encontrar positiva repercussão na jurisprudência. Trata-se de mitigação da liberdade de contratar, que deve tomar lugar quando as vicissitudes da relação jurídica intersubjetiva, complexa e concreta exteriorizam flagrante desequilíbrio e iniquidade. A compreensão de que “a justiça não emana do contrato em si, mas das condições reais de sua conclusão e execução”³⁰ confirma tal percepção.

Como supramencionado, o contemporâneo fenômeno da constitucionalização do direito civil impõe a necessidade de releitura dos seus institutos tradicionais. No ramo do direito contratual, notáveis avanços foram alcançados com o reconhecimento de que o contrato não é meramente composto pelo exercício da autonomia da vontade, mas é noção intrinsecamente ligada à coletividade e sofre a incidência de diversos princípios e valores constitucionais. Esses princípios e valores devem ser ponderadamente aplicados visando à manutenção da comutatividade e do equilíbrio, características imperativas aos contratos, que conformam o seu conteúdo e podem, até mesmo, como afirmado, em casos extremos, porém não excepcionais, implicar na revisão judicial.³¹

A superação da caracterização meramente estrutural do Direito, preconizada por Bobbio, cria as condições para uma análise teleológica do ordenamento jurídico. Sua função já não é apenas de punir, mas o de intervir e dirigir o desenvolvimento social com sanções positivas.

O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, direção a este ou aquele objetivo - a passagem do Estado apenas Protecionista para o Estado programático.³²

³⁰ LÔBO, P. L. N. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. **DTR**, v. 3, p. 385, jun. 2011. p. 385.

³¹ COSTA, J. H. M. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 670, p. 41, ago. 1991. p. 41.

³² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 71.

O direito promocional pressupõe a ingerência do Estado programático nas atividades econômicas privadas, outrora detentoras da mais ampla liberdade de ação. Esse é o fenômeno precursor da intervenção do Estado nos contratos.

A concepção do contrato como expressão de uma relação intersubjetiva complexa ensejou o desenvolvimento de teorias que renunciaram a mitigação da autonomia da vontade como elemento obrigacional inabalável. “A clássica e estática obrigação passa, como relação obrigacional, a ser compreendida como um sistema de processos em razão da necessária colaboração entre os sujeitos vinculados.”³³

Emerge um renovado conjunto de princípios contratuais, tornando vetusto o princípio do *pacta sunt servanda* em sua formulação clássica. Citem-se as teorias da imprevisão e da quebra da base objetiva do negócio e o desenvolvimento dos conceitos da responsabilidade pré e pós-contratual, movimentos doutrinários tratados, algumas vezes, de forma depreciativa, sob a alcunha de “dirigismo contratual”.

A intervenção estatal nos contratos não pode ser puramente associada a perfis ideológicos, eis que a flutuação dos governos, entre a adoção de políticas libertárias ou assistencialistas, já deu mostras de que suas “idas e vindas” fluem em compasso com os ciclos econômicos. Alguns conceitos restam, contudo, sedimentados pela experiência historicamente retratada, sendo inequívoco que a sustentabilidade da ausência de intervenção no mercado se mostrou tão utópica quanto a ideologia que apregoa a sua completa supressão. O capitalismo mais ou menos amadurecido pressupõe a manutenção de pontuais, mas incisivas, políticas de intervenção.

Ademais, a autonomia privada pressupõe liberdade de escolha, que só é possível em uma sociedade possuidora de um determinado patamar de desenvolvimento educacional e cultural, bem como de condições econômicas mínimas para que o indivíduo possa participar do mercado concretamente e contratar amparado por uma maior paridade de recursos, e não apenas coagido por uma igualdade existente somente no plano abstrato da igualdade formal. Assim, um Estado pode ser mais ou menos interveniente na autonomia contratual, de

³³ KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do Resp 1276311. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 50, p. 217-236, 2012. p. 217-236.

acordo com os objetivos sociais traçados constitucionalmente, e, especialmente, diante de situações concretas de desigualdade econômica que demandem correção.³⁴

A liberdade de contratar, outrora vista como a mais alta expressão da autonomia privada e da livre iniciativa, é objetivamente restringida pela lei infraconstitucional, em face do art. 421 do Código Civil, o qual assevera que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”.

Pode-se, portanto, afirmar que o desenvolvimento histórico aponta para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado, passando a autonomia privada, especialmente a contratual, a ter a Constituição e os respectivos fundamentos da República como orientadores que espraíam seus efeitos sobre a liberdade contratual. “[...] o fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa contraria o coração do próprio projeto político do liberalismo: moderação e da aceitação da divergência”.³⁵

[...] não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob um ética contratual contemporânea, para a solidariedade social. Probidade e boa-fé são princípios obrigatórios nas propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, assim em sua execução, e mesmo depois do término exclusivamente formal dos pactos. Desse modo, quem contrata não mais contrata tão só o que contrata, via que adota e oferta um novo modo de ver a relação entre contrato e ordem pública.³⁶

O fato é que a própria proteção da livre iniciativa, como já demonstrado, requer sua limitação em certos aspectos, o que se verifica com facilidade quando se deixa de lado a preocupação com a livre iniciativa individual e atomizada e se

³⁴ Tal diferença, superficialmente percebida, explica, em certa medida, a persistência do debate, no Direito brasileiro, acerca da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas e, em contrapartida, a intensificação mais visível, na doutrina europeia, do papel da vontade nas atividades privadas (SILVA, J. P. **Contratos sem negócio jurídico**: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011. Prefácio, p. XI).

³⁵ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; MENDONÇA, J. V. S. Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 741.

³⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

passa a compreender a dimensão coletiva e democrática que o exercício da livre iniciativa encerra, especialmente através do fenômeno contratual.

Como resultado, o exercício da livre iniciativa, consubstanciado na autonomia contratual, encontra-se vinculado, e mesmo condicionado, à realização de diversos valores de relevância constitucional, especialmente aqueles já positivados através dos princípios jurídicos constitucionais e infraconstitucionais.

Mas, quando a liberdade negocial e contratual têm justificação não em si, mas em outros princípios e valores do sistema, quando o próprio sistema não é mais apenas Estado de Direito, mas Estado Social de Direito, caracterizado por princípios fortes como a solidariedade e o personalismo, a escolha não pode deixar de ser axiologicamente conforme o ordenamento. O ato negocial é válido não tanto porque desejado, mas se, e apenas se, destinado a realizar, segundo um ordenamento fundado no personalismo e no solidarismo, um interesse merecedor de tutela.³⁷

Dessa perspectiva se extrai uma inequívoca alteração qualitativa nas liberdades de contratar, baseada no entendimento de que os direitos do indivíduo não podem ser encarados sob uma ótica atomista, mas, sim, por meio do compromisso com o projeto de uma coexistência humana harmônica como fator primordial de qualquer constituição social. São essas as transformações que desenham os atuais contornos do direito contratual.

2.1.2

A evolução da autonomia privada

A autonomia privada, por muito tempo, foi o baluarte do direito civil. Immanuel Kant, em uma das formulações mais antigas do conceito, atribuiu, ao sujeito moral, a capacidade e responsabilidade de escolher livremente seus princípios morais e, com base neles, pautar suas ações. A liberdade, a um só tempo valor e princípio jurídico fundamental que anima a autonomia privada, era tida como absoluta e avaliada a partir de critérios exclusivamente individualistas.

O dogma da vontade, assim entendido o poder dos indivíduos de fazer valer livremente a própria vontade na autorregulamentação dos seus interesses, foi, ao longo da história, alçado à qualidade de consequência indissociável da evolução

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Direito...**, p. 371.

da razão humana. O contrato, pois, figurava como a mais elevada expressão de liberdade dos indivíduos, dando corpo e estrutura ao chamado voluntarismo jurídico.

O desenvolvimento da ciência jurídica infirmou, contudo, a noção de que a vontade, por si só, tivesse potencialidade jurígena. Na verdade, a autonomia passou a ser entendida como instrumento de potencialização da circulação de riquezas. Nesse sentido, o Direito já não protegia a vontade em si, mas a segurança do comércio jurídico, consoante destaca Federico de Castro y Bravo:

O variar da circunstância socioeconômica leva a que, já no mesmo pandectismo (da segunda geração), se dê um novo sentido à soberania da vontade. O direito se “comercializa” e se postula a necessidade de atender com preferência “a segurança do comércio jurídico”. Mantém-se, nominalmente, o dogma da vontade, mas, já não como expressão de respeito à liberdade individual, mas, sim como um eficaz instrumento para o desenvolvimento do comércio.³⁸

Orlando Gomes acrescenta que “a revolução capitalista do século XX minimizou a importância do voluntarismo jurídico em consequência da difusão de relações jurídicas de massa.”.³⁹ Contemplando a proliferação dos contratos de adesão, Fachin⁴⁰ assevera que, na adesão, não há autonomia da vontade, muitas vezes sendo mais adequado falar-se no conceito de necessidade. Mas, apesar da supressão da vontade em grande parte dos ajustes comerciais, ainda assim as relações contratuais seguiram se desenvolvendo.

Por isso, a realidade das interações econômicas, cada vez mais numerosas, massificadas e complexas, já não mais se explicava no contexto da autonomia da vontade, ensejando, pois, a sua superação enquanto dogma e a passagem para o conceito de autonomia privada.

No ordenamento jurídico pátrio, não há uma menção expressa à noção de autonomia privada. O conceito foi talhado pelos trabalhos seculares da doutrina civilista e é tão representativo para o Direito que sua existência não demanda positivação literal para fazer notar-se sua presença. A Constituição de 1988 não deixou, entretanto, de apreender o fenômeno da autonomia privada e estruturá-lo em seus dispositivos, moldando-o e oferecendo sustentação.

³⁸ Castro y Bravo (apud MARQUES NETO, Antônio José. **A intervenção do Estado na autonomia privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p.523).

³⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 83.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria...**, p. 268.

Em uma acepção mais ampla, a autonomia privada encontra origem na garantia constitucional de liberdade (art. 5º, *caput*), desdobrada no imperativo de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”. Os dispositivos que colocam a livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*) conferem concretude ao aspecto econômico da liberdade.

As transformações no conceito de autonomia, porém, não se esgotaram no aspecto econômico. Diante da imposição de unidade e coerência do ordenamento jurídico, a autonomia privada se revela, cada vez mais decisivamente, campo fértil para uma releitura à luz dos princípios constitucionais. Em decorrência da transição do direito patrimonialista para aquele personalista, a autonomia privada passou a ser entendida como merecedora de tutela na medida em que se caracterize como instrumento de expressão e concretização da dignidade humana, enquanto afirmação positiva do exercício de suas possibilidades de atuação e construção de sua personalidade.

Daí a ressalva de que “não há que se admitir um espaço de liberdade que afronte as diretrizes constitucionais, [...] a autonomia privada será merecedora de reconhecimento e tutela apenas se representar a realização de um valor constitucional.”.⁴¹ Luigi Ferri preleciona que “a autonomia privada não é um poder originário ou soberano, e sim um poder conferido ao indivíduo por uma norma superior, a qual regula a sua atuação, estabelecendo encargos e limitações.”.⁴² A norma superior, *in casu*, é a Constituição.

A Constituição Federal não deixa dúvidas de que o Estado de Direito brasileiro tem pretensões de ser um Estado Social – se, por um lado, tutela a liberdade como princípio fundamental, por outro, determina que autonomia privada seja exercida em consonância com os objetivos fundamentais democraticamente instituídos.

É o que se constata quando a Constituição Federal, ao elencar a livre iniciativa entre os fundamentos da República, ao mesmo tempo, impõe, como exigência da ordem econômica, a soberania nacional, a função social da

⁴¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas** – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 410.

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 30.

propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o favorecimento das empresas de pequeno porte. No mesmo sentido, é o “comando do art. 170 da Constituição, que, expressamente, prevê que a livre iniciativa será exercida em função da existência digna e da justiça social.”⁴³

É certo que o exercício da autonomia privada, quando se encontra intimamente ligado à realização de valores existenciais, e não patrimoniais, deve ser deixado de fora das intervenções judiciais o tanto quanto possível, pois é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana que as escolhas que permitem a construção da identidade pessoal não sejam restringidas ao ponto de estatizar o indivíduo.⁴⁴ Nesses casos, está-se a tratar mais da autonomia negocial do que da autonomia contratual, uma vez que a primeira não se esgota nas estipulações bilaterais de cunho patrimonial, sendo apta, portanto, a regular interesses personalíssimos.

Todavia não é dada a mesma sacralização à autonomia privada no âmbito contratual, a autonomia contratual propriamente dita, quando se está diante de relações de cunho meramente mercantis, pois

[...] quando a autonomia (o poder de pôr regras) atinge fortemente o valor da pessoa, a consideração do ordenamento não pode ser abstrata, não se pode formalisticamente igualar a manifestação de liberdade que toca profundamente a identidade do indivíduo e a liberdade de perseguir o maior lucro possível.⁴⁵

Denota-se, portanto, que, contemporaneamente, emerge a necessidade de uma avaliação qualitativa e de merecimento no exercício da autonomia privada, não em abstrato, mas diante do caso concreto, para que este receba a tutela jurisdicional. É de se clarificar, contudo, que o parâmetro de avaliação desse merecimento não pode ser outro que não a ordem constitucional, garantido, assim, que a requalificação da autonomia privada se realize no interesse da coletividade e seja pautada por genuíno espírito democrático. Esse é, em síntese, o significado que autonomia detém nos dias atuais, cujos reflexos na teoria contratual são significativos.

⁴³ FACHIN; PIANOVSKI, op. cit., p. 116.

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 189.

⁴⁵ PERLINGIERI, **Direito...**, p. 349.

2.2

A pessoa humana em sua vulnerabilidade

A massificação das relações privadas, como visto, degenerou a autonomia privada tradicional, dando forma a “conjuntos humanos nos quais o homem se revela como um ser anônimo e despersonalizado.”.⁴⁶ Por representar uma tendência distinta, o atual cenário de constitucionalização do direito civil é comumente referido como “repersonalização das relações privadas.”.⁴⁷

O deslocamento do centro das atenções do Direito, que deixa de ser a propriedade para fixar-se na figura da pessoa humana, é a melhor descrição desse fenômeno, corolário lógico a partir da eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. É que “a ênfase do novo direito privado é o destaque à dimensão existencial da pessoa, de seus interesses extrapatrimoniais, da sua integridade física e psíquica, da sua afetividade.”.⁴⁸

A primazia da dignidade da pessoa humana concretiza-se mediante sua interpretação como verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, e, por esse motivo, não cabe “discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade.”.⁴⁹ Não é possível, entretanto, promover a efetivação dessa cláusula, “sem levar em conta a vulnerabilidade inerente às pessoas humanas.”.⁵⁰

Filologicamente, “vulnerabilidade” (do latim *vulnerabilis*, “que pode ser ferido”, de *vulnerare*, “ferir”, de *vulnus*, “ferida”) refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, que pode, eventualmente, ser vulnerado.⁵¹ A vulnerabilidade é,

⁴⁶ LÔBO, Paulo. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 12.

⁴⁷ O Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como “serviço da vida”, a partir de sua real raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo. O labor dessa artesanaria de “repersonalização” e “reetização” leva em conta um sistema aberto e rente à vida” (FACHIN, *Teoria...*, p. 218).

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ed. São Paulo : RT, 2011. p. 80.

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117.

⁵⁰ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **Cuidado e Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 108.

⁵¹ PEREIRA; OLIVEIRA, op. cit., p. 110.

portanto, traço ínsito da natureza humana, pois todo ser humano é, em certa medida, mais ou menos vulnerável.

A identificação da vulnerabilidade que interessa ao Direito, entretanto, não é aquela que considera sua dimensão comum a todos os seres humanos. “O conceito de vulnerabilidade, ao aplicar-se a qualquer situação, independentemente das características específicas desta, acaba não podendo aplicar-se a nenhuma situação particular.”.⁵² Por isso, a melhor concretização do princípio da igualdade ocorre através da percepção das diferenças. O ser humano, ao enxergar o seu semelhante, identifica-o por aquilo que o diferencia de si mesmo. E isso só é possível mediante a consideração do outro como “necessariamente um ‘igual’, mesmo se identificadas e localizadas as diferenças.”.⁵³

Assim, o respeito à dignidade humana impõe a consideração das desigualdades, o que implica no abandono do princípio da igualdade em seu aspecto formal (todos são iguais perante a lei), em prol da busca pela igualdade substancial. Esse é o caminho imposto pelas diretrizes constitucionais, o de “recolocar o direito no 'mundo social', [...] voltado para as pessoas que integram a sociedade, para seu destino coletivo, seres reais existentes no mundo dos fatos, e não mais sujeitos ideais.”.⁵⁴ A apontada concepção se opõe à figuração da pessoa como mero elemento estrutural na relação jurídica, centro abstrato de atribuição de direitos subjetivos e deveres jurídicos.

No mundo social concreto, as pessoas encontram-se vulneradas em sua autonomia, logo, em sua dignidade, em virtude de adversidades psicofísicas, sociais e econômicas. Não se pode conceber o atendimento do princípio da igualdade substancial desconsiderando-se a real situação vivenciada pelos indivíduos que, já vulnerados, carecem de proteção para, tanto quanto possível, restabelecer sua autonomia e buscar uma vida digna.

A nova feição da ordem civil-constitucional demanda, portanto, que a avaliação de vulnerabilidade seja realizada mediante observância crítica da realidade fática, com a consequente identificação da desproporcional distribuição de poder econômico e político que permeia a vida em sociedade, comprometendo o efetivo exercício da autonomia privada. Por conseguinte, ramos inteiros do

⁵² Schramm (PEREIRA; OLIVEIRA, op. cit., p. 111).

⁵³ MARQUES, op. cit., p. 80.

⁵⁴ PEREIRA; OLIVEIRA, op. cit., p. 106.

Direito subvertem a lógica da igualdade formal, como, por exemplo, o direito do trabalho e o direito do consumidor, nos quais tanto a legislação quanto à prática jurídica determinam a aplicação da interpretação mais favorável ao trabalhador e ao consumidor.

A justificativa constitucional para o favorecimento desses grupos é o reconhecimento de que o trabalhador e o consumidor, pela natureza e por reais condições fáticas que envolvem a relação de trabalho e de consumo, por regra, são vulneráveis diante do empregador e do fornecedor. O apontamento dessas duas figuras, trabalhador e consumidor, às quais se poderiam somar a dos inquilinos, é meramente exemplificativo, pois “não apenas os trabalhadores, os locatários, e os consumidores são vulneráveis, em sentido jurídico, mas [...] os grupos minoritários dos mais diversos tipos.”.⁵⁵

Conquanto a legislação tenha criado normativas especiais para certas posições sociais tipicamente vulneráveis (trabalhador, consumidor, inquilino, menor, idoso, etc.), a positivação do tratamento diferenciado conferido a esses grupos não significa a limitação da tutela da dignidade *numerus clausus*.

A tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas fattispecie não-intercomunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do valor da pessoa. Esse fundamento não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, como é feito nas teorias atomísticas. A personalidade é, portanto, não um “direito”, mas um valor, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.⁵⁶

Assim, onde quer que se verifique a vulneração da pessoa humana em suas relações extrapatrimoniais, cabível será a aplicação da cláusula geral de proteção à dignidade humana. Confere-se, desse modo, tratamento jurídico lastreado em uma “ética da solidariedade, e não mais exclusivamente de liberdade.”.⁵⁷

⁵⁵ MORAES, **Danos...**, p. 118.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 121.

⁵⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STEINER, Renata Carlos. O paradigma da essencialidade nos contratos: recensão da obra de Teresa Negreiros. **Rev. Direito GV**, v. 8, São Paulo, jul./dec. 2012.

2.2.1

A vulnerabilidade da pessoa do locatário e seu fundamento no direito à moradia

O desequilíbrio entre as partes, com relação às condições fáticas e econômicas, denuncia que a aplicação intransigente do *pacta sunt servanda* é a exasperação da igualdade formal em detrimento da igualdade substancial.⁵⁸ O reequilíbrio das relações contratuais entre os relevantemente desiguais se dá no “plano contratual, atribuindo mais tutela jurídica ao contratante que o direito presume vulnerável, a exemplo do trabalhador, do inquilino, do consumidor, do aderente.”.⁵⁹ É preciso, então, compreender, em linha com o que já se tratou no presente trabalho, que a autonomia da vontade já não se presta a servir como parâmetro único de justiça no atual contexto do Direito.

Como desdobramento do desenvolvimento característico do Estado Social, o Direito pátrio conferiu, a determinadas categorias de atores sociais, a qualidade de presumidamente vulneráveis, e, entre essas categorias, inclui-se a figura do inquilino. O reconhecimento e a positivação dos efeitos decorrentes da presunção de vulnerabilidade, no caso dos inquilinos, confirmam-se com a introdução, no ordenamento jurídico, de legislações especiais, culminando com a atual Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), submetendo as relações locatícias a normas cogentes⁶⁰ de Direito material e processual.

A relação locatícia pressupõe o estabelecimento de um contrato entre um indivíduo proprietário (locador) e outro não proprietário (inquilino). Enquanto, para o primeiro, o bem objeto do contrato (imóvel locado) é uma fonte de renda, ou seja, possui cunho precipuamente patrimonial, para o segundo, o bem representa um conjunto de valores que nitidamente transborda a patrimonialidade,

⁵⁸ “A disparidade de condições econômico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica *abstracta* dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de 'poder' contratual entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a contratos substancialmente injustos; é isto que a doutrina baseada nos princípios da liberdade contratual e da igualdade dos contraentes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente nisto que se manifesta sua função ideológica” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 38).

⁵⁹ LÔBO, op. cit.

⁶⁰ Os objetivos da lei - a *ratio legis* - encontram-se tutelados e protegidos através de utilização das normas cogentes, isto é, normas que têm sua obrigatoriedade incondicionada à manifestação de vontade contrária pelas partes. Aliás, advertiu-se que “a autonomia da vontade é o que resta das regras jurídicas cogentes. As regras jurídicas cogentes cercam, assim, o campo da autonomia privada” (BITTAR et al., op. cit., p. 55).

transformando-se em verdadeiro instrumentário para a promoção da sua própria dignidade. Isso porque, como analisado, a moradia representa necessidade insuperável para o ser humano, fato que passou a receber o reconhecimento constitucional com a elevação do direito à moradia ao *status* de direito fundamental.

É preciso atentar para a realidade brasileira, na qual, apesar dos programas estatais de incentivo e subsídio à aquisição da casa própria, uma grande parcela da população encontra, na locação residencial, não uma conveniência, mas a única forma de se estabelecer sob o abrigo de um teto. Não se pode reconhecer, pois, a plena autonomia para contratar, enquanto o indivíduo não se desvencilha de suas necessidades mais básicas (*libertà dal bisogno*⁶¹). Há, inequivocamente, uma suscetibilidade de o inquilino concordar com as estipulações mais adversas diante da imposição pelo locador, uma vez que aquele que detém a propriedade do imóvel possui posição amplamente dominante na negociação. Em outras palavras, o inquilino, na maioria das vezes, não possui poder de “barganha”. Não por acaso, os pactos locatícios firmados são, predominantemente, contratos de adesão.

Assim, a pessoa do locatário, no contexto da situação jurídica subjetiva complexa em que tipicamente está inserida, é dependente do bem negociado para sua subsistência e manutenção da sua dignidade, encontrando-se de saída, por esse motivo, vulnerado em sua autonomia. Daí se extrai a ideia geral que imbui a justificativa subjacente à proteção conferida pela legislação especial e pelos demais diplomas normativos, mormente a Constituição Federal.

A consideração da dependência da pessoa, com relação ao objeto do contrato, não é um fenômeno estranho à teoria contratual na dogmática civil-constitucional, tendo sido objeto de valiosíssimo estudo de Teresa Negreiros. A partir dessa observação, a citada autora propôs um novo critério classificatório dos contratos, o qual intitulou “paradigma da essencialidade”. Tal paradigma encerra a noção de que “utilidade existencial do bem contratado”⁶² é determinante para a análise e classificação das relações contratuais. Assim, quanto maior o grau de imprescindibilidade atribuível ao bem que constitui o objeto material do contrato,

⁶¹ PERLINGIERI, *Perfis...*, p. 32

⁶² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 388.

maior será a incidência dos princípios norteadores da proteção da dignidade da pessoa humana nas relações contratuais entre particulares.

Na teoria contratual clássica, “as distinções tradicionalmente feitas negligenciam a importância do bem ao qual o contrato se relaciona”⁶³, ou seja, nela se estabelece tipo de classificação estrutural e abstrata dos contratos, na qual qualquer bem poderia ser encaixado sem modificar ou sequer exercer qualquer influência na individuação da normativa a ser aplicada.

A vetustez dessa criteriologia se revela quando, recorrendo ao exemplo elaborado por Teresa Negreiros, cogita-se que um contrato de compra e venda de uma joia e outro de um medicamento destinado a um doente grave devam ser analisados sem qualquer distinção quanto ao regime jurídico aplicável. Essa visão merece ser superada, pois

[...] a caracterização do bem contratado - como bem essencial, útil ou supérfluo⁶⁴ - deve, sim, ser considerada um fator determinante da disciplina contratual, influenciando sobre a forma como hão de ser conciliados os novos princípios do contrato, de índole intervencionista, e os princípios clássicos, finalizados à proteção da liberdade contratual.⁶⁵

Embora a utilidade do bem objeto do contrato já seja, atualmente, eventualmente levada em consideração nas decisões judiciais, o paradigma da essencialidade possibilita esboçar a sistematização dessa diversificação fática, capaz de influir de forma objetiva, consistente e previsível no fornecimento de critérios para a interpretação dos negócios jurídicos.

O efeito prático da classificação dos contratos conforme sua essencialidade é o de que, quanto mais o bem negociado seja essencial para a manutenção de uma vida digna, tanto maior será a vulnerabilidade do contratante. Logo, maior será a incidência de princípios socializantes, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva, bem como maior será a intervenção na liberdade contratual, redesenhando uma proteção à autonomia das partes que vai muito além do dogma

⁶³ NEGREIROS, op. cit., p. 352.

⁶⁴ A estrutura dessa tripartição se faz presente na classificação das benfeitorias no Código Civil. Tal classificação se estabelece através de uma relação de funcionalidade de um determinado bem em relação a outro bem principal. A partir do “paradigma da essencialidade” essa lógica é reproduzida com base na análise da essencialidade de um determinado bem em relação, já não a outro bem, mas à preservação da dignidade do contratante.

⁶⁵ NEGREIROS, op. cit., p. 388.

da vontade. O raciocínio *a contrario sensu* se aplica perfeitamente, de forma que, nas relações envolvendo bens supérfluos, menor ou até mesmo desnecessária será a intervenção na autonomia das partes em sua formulação mais clássica.

O paradigma da essencialidade funda-se, pois, no reconhecimento da eficácia horizontal das normas constitucionais no campo contratual, que, dentre seus efeitos, visa a “garantir a todo indivíduo a possibilidade de desfrutar de condições mínimas de vida, como se percebe, inicialmente, da cláusula geral do art. 1º, III; na mesma linha situam-se os arts. 3º, I e III, 170, VII, e [...] art. 6º.”.⁶⁶ Assim, pelo paradigma proposto, a essencialidade está diretamente associada à conservação da dignidade da pessoa humana.⁶⁷

Não se trata de excluir a influência dos princípios constitucionais socializantes em determinadas relações privadas, eis que todas elas são terreno fértil para tal desígnio. Não se nega, contudo, a possibilidade de se identificar terrenos mais ou menos férteis, afirmando-se uma gradação útil na interpretação e solução dos conflitos contratuais.

Cumprido, então, delinear em que medida um imóvel colocado à locação deve ser entendido como um bem essencial. O direito à moradia se conecta com a dignidade humana na medida em que uma vida digna não pode prescindir das “condições mais elementares que uma pessoa necessita para a sua sobrevivência, como luz, água, saneamento, construções resistentes que o protejam do tempo e de suas variações previsíveis.”.⁶⁸ Além do aspecto de preservação da integridade física, o *habitat* é indispensável para que o indivíduo exerça o “direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional, direito à identidade pessoal, familiar e social”⁶⁹, o que projeta o direito à moradia sobre os campos da integridade psíquica e moral da pessoa.

Assumem o papel de valores, por possibilitar a libertação da pessoa de suas necessidades intrínsecas, os bens materiais instrumentários ao desenvolvimento da personalidade humana.⁷⁰ Os bens imóveis colocados à locação representam bons

⁶⁶ MOTTA, Thiago de Lucena. O paradigma contratual da essencialidade e a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. *Revista Pesquisas Jurídicas*, v. 2, n. 1. jan./jun. 2013.

⁶⁷ NEGREIROS, op. cit., p. 410.

⁶⁸ SOUZA, S. I. N. A distinção entre o direito à moradia e o direito de habitação. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 13, p. 224, jan. 2004. p. 224.

⁶⁹ Ibid., p. 224.

⁷⁰ PERLINGIERI, *Perfis...*, p. 32.

exemplos nesse sentido, posto que são ligados a uma das dimensões existenciais mais relevantes do ser humano: o direito à moradia.

Remonta à Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), a primeira alusão, em âmbito internacional, da moradia entre os direitos econômicos, sociais e culturais.⁷¹ A partir de então, “o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e documentos internacionais”⁷², muitos dos quais o Brasil é signatário.

A Constituição de 1988 já fazia menção direta sobre o direito à moradia e habitação em vários de seus dispositivos, bem como da sua inequívoca inferência a partir da determinação de funcionalização da propriedade. Entretanto, a derradeira consagração do direito à moradia como direito fundamental da Constituição se aperfeiçoou com a Emenda nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou a redação do seu art. 6º⁷³. Sem nenhuma pretensão de diminuir a importância da elevação do direito à moradia ao *status* de direito constitucional fundamental expresso, insta observar o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que tal direito já se poderia deduzir do princípio da dignidade humana:

Para além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988 (LGL\1988\3)), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade.⁷⁴

A inserção textual do direito à moradia no rol de direitos fundamentais tem, sem dúvida, a qualidade de intensificar os efeitos que o mandamento protetivo da dignidade humana irradia sobre a questão específica da habitação. Dentre as consequências da modificação legislativa, destaca-se o reforço à dissociação entre

⁷¹ ONU, **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**, Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. XXV. 1. "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle".

⁷² SOUZA, op. cit., p. 193.

⁷³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷⁴ SOUZA, op. cit., p. 193.

o direito à propriedade privada e o direito à moradia, que passa a ser reconhecidamente “direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios.”.⁷⁵ Dessa forma, o direito à moradia adota contornos característicos, de sorte a alçá-lo, em diversas situações, a uma situação preferencial em relação ao direito à propriedade.

A Constituição da República Portuguesa, em seu art. 65, dispõe textualmente que “todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.”. No mesmo dispositivo, afirma a incumbência do Estado no sentido de “estimular [...] o acesso à habitação própria ou arrendada.”.

A Constituição brasileira certamente adota os mesmos fundamentos. Entretanto, andou bem o legislador ao não adjetivar a moradia à qual alude, e tampouco traçar objetivos específicos, evitando a redundância e a prolixidade, bem como a limitação do alcance da norma. Em consonância com a sistemática constitucional, o direito à moradia não pode ser outra coisa que não o direito a uma moradia digna, tendo como referencial padrões não estáticos, mas condizentes com as técnicas construtivas contemporâneas em termos de saneamento básico, conforto e acessibilidade. O objetivo só pode ser alcançado com uma irrestrita atuação proativa do Estado, que deverá implementar as políticas públicas necessárias para tanto.

À míngua de uma definição legislativa do que vem a ser a moradia digna, deve-se interpretá-la em conformidade com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem assim com observância dos elementos básicos a serem atendidos, tal como identificados pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU⁷⁶, sem descuidar das peculiaridades socioeconômicas e culturais de cada região.⁷⁷

⁷⁵ Ibid., p. 193.

⁷⁶ a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem. b) Disponibilidade de infraestrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.). c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas. d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes. e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência. f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais. g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade

O presente estudo lastreia-se nessa substancial transformação constitucional, que não pode ser reduzida à categoria de norma de conteúdo simplesmente programático. Na verdade, dentre seus efeitos, verifica-se o estabelecimento do “pressuposto de que ao Estado não cabe proteger o inquilino em face do locador, nem este em face do locatário, mas, simplesmente, do morador, em face da falta de moradia e da necessidade de morar, dentro do seu orçamento familiar”.⁷⁸ A proteção do inquilino é consequência dessa premissa maior, ou seja: é justamente por conta da indubitável essencialidade do bem imóvel para o inquilino, que este se apresenta flagrantemente vulnerável na relação negocial, fazendo-se merecedor de um regime especial de proteção.

A par dessas razões, não é preciso ulterior esforço argumentativo para sustentar que o paradigma da essencialidade pode ser aplicado para abrandar a disparidade de poder negocial entre locador e locatário, já que a habitação, como se demonstrou, revela-se intransigente necessidade fundamental para o ser humano.

2.3

Função social da propriedade alugada

Em Roma e nas cidades gregas da antiguidade, a propriedade era ligada à religião e à família. O lar era tido como esfera inviolável de privacidade enquanto componente da “constituição social, da organização institucional da sociedade, que não podia, em hipótese alguma, ser alterada, quer por deliberação popular, quer por decisão dos seus governantes”.⁷⁹

Com o advento da civilização burguesa, a propriedade, paulatinamente, foi sendo desvinculada dessa dimensão religiosa e familiar e se firmou como mera utilidade econômica. Foi diante desse fenômeno que se operou a cisão entre direito público e privado, este último passando a ter, como centro das atenções, a

cultural da população. **Tal como disposto no §8.º do Comentário-Geral n. 4 a respeito de um direito à moradia adequada editado pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.** A síntese ora efetuada foi extraída do relatório elaborado por Sachar (apud SOUZA, op. cit., p. 193).

⁷⁷ Ibid., p. 193.

⁷⁸ PACHECO, José da Silva. **Tratado das Ações de Despejo**. 4.ed. São Paulo: RT, 1988. p. 142.

⁷⁹ Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade (COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Ano I, p. 91, dez. 1997.

propriedade privada e suas formas de aquisição, conservação e fruição, aspectos cristalizados no Código Napoleônico.

A referida transformação veio acompanhada de um arquétipo ideológico liberal que, apoiando-se no pensamento de Locke, associava o direito à propriedade a um direito natural inalienável, decorrente da propriedade do homem sobre seu próprio corpo. A atuação do indivíduo (trabalho) sobre as coisas materiais, transformando-as, seria então o fundamento para que este se apropriasse dos respectivos bens produzidos, pois, do contrário, resultaria a escravidão:

Todo homem possui uma propriedade em sua própria pessoa, de tal forma que a fadiga de seu corpo e o trabalho de suas mãos são seus [...] Assim, Deus, mandando dominar, concedeu autoridade para apropriação; e a condição da vida humana, que exige trabalho e material com que trabalhar, necessariamente introduziu a propriedade privada.⁸⁰

Esse era o pensamento que alimentou o constitucionalismo liberal, fulcrado na liberdade individual, de forma que “mesmo quando não se tinha o direito civil sendo levado às constituições, a propriedade passou a ser protegida constitucionalmente, em sua dupla natureza: de direito subjetivo e de instituto jurídico.”.⁸¹

As críticas ao constitucionalismo liberal conduziram à inserção de preocupações de ordem social no bojo das constituições, consolidando a propriedade como direito fundamental da pessoa humana, deslocando, contudo, o conteúdo de tal direito, de mera conservação para a questão do acesso à propriedade. Assim, “se a propriedade privada era reconhecida como garantia última da liberdade individual, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas os futuros e potenciais proprietários.”.⁸² Ademais, a propriedade não mais representaria um poder sobre a coisa, mas um poder-dever, no sentido de que o exercício dos poderes inerentes à propriedade deveria pautar-se por valores sociais.

⁸⁰ LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo**. 5.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. XVI; 230.

⁸¹ LOTUFO, Renan. A Função Social da Propriedade na jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 336.

⁸² COMPARATO, op. cit.

Acompanhado essa evolução, o conceito de direitos subjetivos, tal como tradicionalmente difundido, sofreu transformações qualitativas, resultando em uma hodierna categoria de situações jurídicas complexas. A evolução é relevante, pois “enquanto este (o direito subjetivo) nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a complexidade das situações subjetivas [...] exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional.”.⁸³

Reitere-se que essa nova perspectiva dos direitos subjetivos só pode ser vislumbrada sem uma ordem preferencial entre direito e dever, entre direito objetivo e direito subjetivo. Na verdade, é indispensável a avaliação da situação jurídica concretamente considerada, superando-se o aspecto meramente formal na aplicação do Direito. Por isso que a categoria retratada por situações jurídicas complexas ativas e passivas exprime melhor o novo conceito que toma forma acerca dos direitos subjetivos e seus correspondentes deveres jurídicos.

Defende-se, com esse ponto de vista, que os direitos subjetivos não devem ser encarados como poder arbitrário de realizar os próprios interesses, sendo relevante a confrontação com o interesse de coletividade, para avaliação de merecimento de tutela jurídica por parte do ordenamento. Como consequência, também os direitos subjetivos inerentes à propriedade transmutaram-se em situações jurídicas complexas e perderam sua característica unidimensional, para, além de conferir poderes ao proprietário, impingir-lhe deveres.

Cristalizando o conceito de socialização da propriedade, dispôs a Constituição de Weimar, em seu art. 153: “a propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir o bem-estar geral.”. A Constituição Brasileira de 1988 adotou a mesma linha, ao assegurar o direito de propriedade (art. 5º, XXII), condicionando-o, entretanto, ao desempenho de uma função social (art. 5º, XXIII).

A experiência mostrou, que, diante do dinamismo das relações interpessoais e da realidade das forças econômicas que atuam no seio social, a garantia constitucional de acesso à propriedade não poderia se exaurir na preocupação com os direitos reais. O genuíno compromisso com o bem-estar coletivo e com o oferecimento de consistentes oportunidades de acesso à propriedade impõe a proteção dos direitos dos possuidores não proprietários. A superação do aspecto

⁸³ PERLINGIERI, **Direito...**, p. 677.

meramente estrutural do direito à propriedade implica em “atribuir àqueles direitos pessoais a mesma força jurídica reconhecida, tradicionalmente, à propriedade.”.⁸⁴

Conforme sintetiza Renan Lotufo, a simples preservação da propriedade adquirida em conformidade com o ordenamento não é suficiente, é preciso que a ela seja conferida eficácia social:

Se o proprietário não atua eficazmente, tornando a propriedade urbana habitável, a rural produtiva, não há como se manter proprietário, pois a reiterada ineficácia levará até a sanção máxima, que é a perda da propriedade, e, no mínimo, o não exercício de certos direitos. [...] com o que poder-se-á superar o conflito entre a propriedade estática e a pressão dos excluídos, através da propriedade com função social, que envolve a posse com igual função.⁸⁵

Nesse contexto, de um Direito marcado pela metodologia constitucional, a função social da propriedade coloca, em primeiro plano das preocupações do jurista, a questão do acesso:

Permitir que mais pessoas passem a ter acesso a bens – seja na condição de titulares ou de possuidores – é, por excelência, o modo de propiciar existência digna àqueles que, historicamente, colocavam-se à margem de um direito civil que destinava a sua tutela apenas ao indivíduo proprietário.⁸⁶

Esse é o objetivo que se sobressai das intervenções legislativas “nas relações de inquilinato, reforçando os direitos dos locatários e limitando a autonomia negocial dos locadores. Ao direito tradicional de propriedade desses, opôs-se o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar, o qual passou, sob muitos aspectos, a gozar de uma proteção constitucional semelhante à daquele.”.⁸⁷

Não se deve ignorar que a figura do locador nem sempre se confunde com a do proprietário do imóvel. A locação é uma relação de direito pessoal e pode figurar como locador também aquele que, apesar de não possuir a titularidade do bem, possuir a sua posse. Essa possibilidade, contudo, não introduz qualquer ressalva às questões atinentes à função social da propriedade, uma vez que todas as limitações opostas ao proprietário-locador, também se aplicam ao posseiro-

⁸⁴ COMPARATO, op. cit.

⁸⁵ LOTUFO, op. cit., p. 350.

⁸⁶ FACHIN; PIANOVSKI, op. cit., p. 116.

⁸⁷ COMPARATO, op. cit.

locador. Também o exercício da posse, qualquer que seja a sua natureza, resta condicionada a observância da função social da propriedade.

Com efeito, a posição jurídica na qual o inquilino se encontra é o perfeito exemplo de como o direito fundamental à propriedade e sua funcionalização social fornecem os elementos lógicos e jurídicos para o amparo dos indivíduos não proprietários, que poderão utilizá-los até mesmo em desfavor dos “formais” proprietários.

A propriedade, como poder-dever, condiciona a sua tutela a uma destinação socialmente útil. Um interessante exemplo pode ser extraído da legislação inglesa⁸⁸, que estabeleceu o aluguel compulsório - *Empty Dwelling Management Orders* (EDMOs). O citado instituto foi criado para permitir, às autoridades públicas, intervir na propriedade privada nos casos de imóveis desocupados por longo período, especialmente quando a inutilização do bem acarreta consequências antissociais, como a deterioração da vizinhança e a redução da oferta de imóveis para locação em áreas com debilidades habitacionais. Não existe, no ordenamento brasileiro, regramento análogo ao aluguel compulsório de imóveis desocupados, mas a diretriz constitucional impõe que, a toda propriedade privada, seja conferida uma função social.

A garantia constitucional da livre iniciativa confere, ao indivíduo proprietário, a escolha da forma de dar uma destinação à sua propriedade; todavia, quando a locação é a via eleita, indissociável é a condição de submeter a exploração do bem a uma série de normas cogentes e protetivas do inquilino, que conferem humanidade e pacificação social à relação locatícia. Retira-se, portanto, a possibilidade de que as liberdades individuais sejam utilizadas como em contraposição aos interesses coletivos.

A função social da propriedade na relação locatícia é, portanto, de fácil apreensão. O proprietário dá ao seu bem uma destinação socialmente útil, a locação, recebendo, como contraprestação, a justa remuneração por sua disposição patrimonial. Em contrapartida, a sociabilidade do instituto da locação impõe que, para que seja legítimo o recebimento da renda almejada pelo proprietário, o desígnio deste sobre a sua propriedade deve sofrer limitações iminentes, de forma a proteger o inquilino de abusos e, especialmente, de um desalijo arbitrário.

⁸⁸ HOUSING act 2004, chapter 34. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/34>>. Acesso em: 20 set. 2013.

Diante dessa perspectiva, não se sustentam os argumentos de que as normas locatícias violam o direito de propriedade. O direito à propriedade garante que ninguém será privado de seus bens sem a devida indenização ou contraprestação, enquanto a coordenação desse direito com a função social da propriedade implica na vedação da utilização do bem em prejuízo da coletividade, como se dá com a especulação maliciosa, a convivência com práticas ilegais e mesmo com o abandono do imóvel.

A propriedade, assim, diante da função social que não lhe é anterior e nem posterior, mas intrínseca, passa a atender a valores centrais da Constituição, como “a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.”⁸⁹ Não há dúvida de que, diante da vulnerabilidade do inquilino e da já demonstrada importância da preservação de seus direitos ante o proprietário, a relação locatícia é campo fértil para que tal fenômeno seja testemunhado.

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. 3.ed. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22.

A Interação da Lei do Inquilinato com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil sob o Prisma da Constituição Federal

Entre outras implicações importantes, a imperiosa onipresença constitucional tem, como um dos principais aspectos, o já ressaltado desfazimento da antiga cisão conceitual que, historicamente, colocava a Constituição Federal como o diploma legal do direito público e deixava para o Código Civil o *status* de Constituição das relações privadas.

Com a crescente complexidade da sociedade e ante o surgimento de uma enormidade de peculiares situações juridicamente relevantes e das vicissitudes delas decorrentes, restou abalada a capacidade do Código Civil de abarcar toda a normativa do direito privado. Esse fenômeno impactou o direito brasileiro especialmente após a constituinte de 1988, quando uma notável descentralização do direito privado, processo também cunhado de “descodificação”, tomou corpo, diante da perda do papel central e abrangente do Código Civil. Como consequência, incontáveis leis passaram a regular matérias cada vez mais especializadas. Citem-se, como exemplos, a Lei do Inquilinato, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Incorporações Imobiliárias, etc.

O multiverso de leis especializadas e identificadas com ramos pretensamente autônomos do direito ameaça submeter o Código Civil a um papel residual. Mas o dinamismo das relações privadas já não permite catalogar campos de especialidade bem-definidos e precisamente compartimentados. Cada vez mais, os ramos de especialidade se interpenetram, criando campos de confluência entre as matérias.

As Leis Ordinárias possuem o mesmo patamar hierárquico que o Código Civil, o que pressupõe, *ab initio*, uma relativa independência entre os diplomas normativos. O problema em admitir a coexistência de diversos e isolados microssistemas de direito civil é que restariam sem solução satisfatória as normas conflitantes e lacunas do ordenamento jurídico porventura existentes, especialmente no tocante às leis voltadas a regular as relações intersubjetivas.

Como efeito colateral, pretensas antinomias pululariam no sistema, daquelas que dificilmente se deixam resolver açodadamente com a revogação (ab-rogação e

derrogação) de uma das leis pelos vetustos critérios da *lex superior, lex posterior* e *lex specialis*. Isso porque os referidos métodos resolutivos de antinomias se amoldam bem à técnica da subsunção, da interpretação da lei em abstrato, quando, na verdade, é no caso concreto que os conflitos relevantes aparecem, especialmente diante das técnicas legislativas que privilegiam a abertura e mobilidade do sistema, com forte presença de cláusulas abertas.

Nesse contexto, os olhares voltam-se à Constituição Federal como única norma hierarquicamente superior capaz de preservar a unidade do sistema, através das suas regras e princípios aglutinadores, seja mediante uma aplicação direta dessas normas, seja como critério de interpretação. É o que Fachin intitula transdisciplinaridade:

O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinaridade impõe um repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais. Caso logrado êxito, ter-se-á chegado ao final com um resultado realmente significativo, que é o de ter desenvolvido uma metodologia de investigação transdisciplinar, a partir de um referencial específico que retorne à característica “universal”.⁹⁰

O fenômeno acima descrito encontra confirmação não só na doutrina e na jurisprudência contemporâneas, mas na própria técnica legislativa atual, com a inserção nas leis infraconstitucionais de cláusulas abertas e a reprodução de princípios de matriz constitucional. As transformações trazidas no Código Civil de 2002 são bons exemplos: o instituto do abuso de direito, da função social da propriedade e da boa-fé objetiva demonstram, com clareza, que a autonomia da vontade e o direito à propriedade foram destituídos do posto de princípios fundamentais ordenadores do direito privado. Puseram-se, no lugar, os princípios da igualdade substancial, da solidariedade e, com especial preeminência, posto que fundamento absoluto da República, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para acompanhar tamanha guinada conceitual, faz-se necessária uma renovação na técnica hermenêutica de igual amplitude. Com a pretensão de atender a esse desígnio, apresentam-se, como instrumentário metodológico, o

⁹⁰ FACHIN, *Teoria...*, p. 254.

Direito civil-constitucional e o chamado “diálogo das fontes”⁹¹. Enquanto o primeiro encontra-se bem encaminhado para a plena incorporação à cultura jurídica pátria, tem-se o segundo método, o do diálogo das fontes, cada vez mais presente na jurisprudência, mas ainda envolto por questionamentos quanto à sua coerência com o sistema constitucional. Por diálogo das fontes, compreende-se a “aplicação simultânea, coerente e coordenada das múltiplas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.”⁹²

Para que não haja uma aplicação conflituosa do diálogo das fontes com o direito civil-constitucional, é preciso rechaçar que a pluralidade legislativa seja vislumbrada como a existência de microssistemas com principiologia própria. Na verdade, a aplicação da normativa de uma lei especial, em um ramo do Direito diverso do seu respectivo campo de especialidade, não pode prescindir de uma prévia verificação de conformidade constitucional.

Assim, utilizando metaforicamente a estrutura das relações de parentesco no direito civil, as leis especiais de diferentes ramos do direito privado não podem estabelecer um intercâmbio normativo (linha colateral), acessando o regramento e a principiologia umas das outras, sem antes percorrer o caminho “tronco” (linha reta) em busca do “ascendente em comum”. Esse ascendente comum será sempre a Constituição Federal.

Por isso, somente a partir da lei maior deve-se identificar a gradação de convergência das leis especiais, medindo-se, de acordo com a principiologia constitucional, a possibilidade de transpor os critérios de especialidade entre as fontes normativas, determinando sua aplicabilidade ao caso concreto.

O entendimento acima exposto se desdobra em duas conclusões importantes: nenhuma legislação especial pode arrogar para si um sistema fechado de princípios e regras imunes à influência constitucional; e não se pode admitir que um sistema de princípios e regras de determinada lei infraconstitucional seja de tal forma setorialmente compartimentalizado, que impeça sua aplicação para além do seu ramo de especialidade, quando o que deve ocorrer é o oposto, uma

⁹¹ Expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (*Recueil des Cours*, p. 259), como informa Cláudia Lima Marques (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Rosco. **Manual de Direito do Consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 122).

⁹² *Ibid.*, p. 122.

vez verificado que os mesmos pressupostos justificadores da norma estão em consonância com o caso concreto e com as diretrizes constitucionais. Nessa direção, ilustra perfeitamente o exemplo de Tepedino, que toma o Código de Defesa do Consumidor como referência:

Tais resultados descartam a possibilidade de se imaginar o consumidor inserido em um mundo à parte do ordenamento, quadro assustador que permitiria, por exemplo, que a subsunção de certa relação jurídica na disciplina de locações ou no Código do Consumidor pudesse significar resultados diferenciados em termos de proteção à pessoa humana que, em última análise, é a protagonista de toda e qualquer relação contratual. [...] mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações do direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que sejam identificados, pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas.⁹³

Essas considerações operaram em consonância com a visão sistêmica de Canaris⁹⁴, no sentido de que o direito civil, globalmente considerado, e isso inclui a legislação do inquilinato, encontra-se sob a égide da Carta Constitucional e submete-se à exigência de unidade e coerência axiológica em relação a todas as partes do ordenamento jurídico.

Cumprindo, pois, confrontar a noção da legislação locatícia como um ramo autônomo no Direito. Nessa senda, os problemas verificados nas relações locatícias deverão ser solucionados mediante uma coordenação da legislação especial com as normas constitucionais, com especial relevo para a proteção da dignidade humana, a função social da propriedade e o direito à moradia. Corroborando o exposto, assevera Moraes que,

⁹³ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. 3. ed. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 211.

⁹⁴ "A ordem interior e a unidade do direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de Direito. Assim, a exigência de «ordem» resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar «consequentemente» os valores encontrados, «pensando-os, até ao fim», em todas as consequências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, — ou, por outras palavras: estão adstritos a proceder com adequação" (CANARIS, op. cit., p. 18).

moldada à luz da Constituição de 1988, a legislação do inquilinato obedece a princípios próprios, estabilizados pela doutrina e pela jurisprudência no correr dos anos, correspondentes à proteção de interesses sociais amplos, a consciência da inferioridade da condição do inquilino, à função social da propriedade, à prioridade constitucional para com as situações existenciais, como o direito à moradia, em detrimento de interesses meramente patrimoniais, como a especulação imobiliária.⁹⁵

Aos princípios e valores citados pela doutrinadora, acrescentam-se ainda os primados pela fixação do inquilino no imóvel e estabilidade dos aluguéis. Além dos seus princípios próprios, as relações locatícias atraem a aplicação de princípios derivados de outros diplomas, mas, atualmente, centrais para o direito privado, e que desempenham papel relevante na teoria contratual⁹⁶ como um todo. A citar, como exemplo sem a pretensão de exaurir o tema, os princípios instituídos pelo Código Civil brasileiro de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor: os institutos do abuso de direito e da boa-fé objetiva, a funcionalidade das titularidades⁹⁷ e, ainda, a consideração da proteção do contratante aderente, insculpida tanto no Código Civil quanto no Código de Defesa do Consumidor.

Esse diálogo entre as fontes que apresentam afinidade com as relações locatícias será possível através da identificação de pontos de confluência com os mecanismos de proteção à pessoa humana reproduzidos nas outras leis especiais a partir das diretrizes constitucionais.⁹⁸

Os estudiosos que aprofundaram o debate acerca do diálogo das fontes no Brasil contribuíram reforçando o compromisso da teoria com o sistema constitucional, como se destacada da lição de Benjamim:

⁹⁵ BITTAR et al., op. cit., p. 56.

⁹⁶ ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006.

⁹⁷ TEPEDINO, G. Direito Civil Contemporâneo. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **Anais...** São Paulo: Atlas, 2008. p. 91.

⁹⁸ Dessa maneira, o ‘diálogo das fontes’ no direito privado somente é possível, tomado como parâmetro de interpretação pelo jurista, se em conformidade com a Constituição. O intérprete – no caso, o juiz, que decide o caso concreto envolvendo uma relação jurídica de natureza civil – tem um compromisso em decidir da maneira mais justa possível, levando em conta as circunstâncias do caso concreto, sempre, todavia, conformando sua interpretação às normas constitucionais. Desta forma, o juiz que aplica simultaneamente, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e as leis do Sistema Financeiro de Habitação num caso concreto, deve fazê-lo de forma a não ferir qualquer prescrição constitucional, principalmente no que tange aos direitos fundamentais. Nesse sentido, mesmo um sistema jurídico flexível deverá estar submetido à Constituição, pois esta dá o fundamento de validade ao próprio sistema, que não poderá ser contrário, logicamente, a mesma, sob pena de incorrer em insolucionável contradição (MIRANDA, Roberta Drehmer de. Algumas notas sobre a “constitucionalização” do direito privado. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 3, nov. 2009).

O diálogo das fontes é um método de interpretação, de integração e de aplicação das normas, que contempla os principais desafios de assegurar a coerência e a efetividade do direito a partir do projeto constitucional e o sistema de valores que impõe [...] Além disso, consiste no método de coordenação e coerência sistemática das várias fontes do direito, assegurando a conformidade entre elas e a supremacia da Constituição e, mais ainda, dos seus valores e direitos fundamentais.⁹⁹

Na mesma toada, Duque propõe “o transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição”, asseverando que “o próprio conceito de constituição encerra, em si, [...] a existência de um diálogo entre as fontes normativas que integram o ordenamento jurídico.”.¹⁰⁰

Ainda que essa formulação conceitual não corresponda exatamente à teoria criada por Erik Jaime, apesar de com ela ser conciliável, tem a qualidade de evitar a fragmentação do sistema em normas díspares, que tratem situações fundamentalmente idênticas de formas diferenciadas. Assim, preserva-se a possibilidade de diálogo entre as fontes, ressaltando-se que o diálogo jamais será direto; antes, sempre mediado pela hermenêutica constitucional e em razão dela.

Respeitando-se tais premissas, atende-se à necessidade de manutenção da unidade constitucional, enquanto, concomitantemente, observa-se o mandamento constitucional de igualdade substancial, garantindo que normas protetivas da dignidade da pessoa humana não deixem de ser aplicadas em casos absolutamente análogos, apesar de legislativamente apartados, apenas por apego à suposta especialidade das leis.

Essa compreensão será fulcral para que o reconhecimento da vulnerabilidade do inquilino seja transformado em verdadeira tutela da personalidade da pessoa humana, que preenche e dá concretude à correspondente figura contratual abstrata.

⁹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 5-7.

¹⁰⁰ DUQUE, Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 128.

3.1

Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias

O curto lapso temporal, que abarcou a entrada em vigor da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Inquilinato, lançou à doutrina a árdua tarefa de resolver, com relação a essas leis, as antinomias aparentes segundo os tradicionais critérios de temporalidade, especialidade e hierarquia.

Merecem destaque as alterações aguçadas pela relação do Código de Defesa do Consumidor com a Lei do Inquilinato. Ocorre que a Lei do Inquilinato é dotada de inequívoca especialidade, regulando a locação imobiliária, e seus preceitos e normas dificilmente podem trasbordar os bem-definidos limites do seu âmbito de aplicação. Já o Código de Defesa do Consumidor habita uma zona cinzenta, sendo objeto de vários estudos e teorias que buscam delimitar quais os elementos necessários para os respectivos enquadramentos nas figuras de consumidor e fornecedor, determinando-se a submissão à disciplina do referido diploma normativo.

Cláudia Lima Marques vislumbra, na relação locatícia, ao menos na residencial, os elementos necessários para a configuração da relação de consumo: fornecimento de um bem ou serviço e aquisição mediante pagamento por um destinatário final. Além disso, entende que o Código de Defesa do Consumidor regula a generalidade dos contratos de consumo, da qual a locação seria apenas um tipo, inexistindo incompatibilidade entre as leis.¹⁰¹

Deve-se reconhecer, entretanto, que a relação locatícia possui características distintivas autônomas que impedem uma plena equiparação à relação de consumo.

¹⁰¹ "[...] as normas do CDC são gerais e não revogam expressamente a lei especial existente e nem são revogados por leis especiais posteriores. [...] A lei especial mais nova não afeta a vigência da lei geral anterior, no que não forem incompatíveis, sendo necessário examinar a finalidade das duas leis. É a regra da compatibilidade das leis. O CDC não trata de nenhum contrato em especial, mas se aplica a todos, a todos os tipos de contratos, se contratos de consumo. Neste caso, não revogará as normas especiais referentes a estes contratos, que nem sempre são de consumo, mas afastará a aplicação das normas previstas nas leis especiais anteriores que forem incompatíveis com o novo espírito tutelar e de equidade do CDC. Se a lei é posterior, como no caso da Lei 8.245/91, é de se examinar a compatibilidade do CDC com a lei mais nova. No caso, o CDC e a nova Lei de Locações são perfeitamente compatíveis, tratam de aspectos diferentes da mesma relação contratual e serão usadas conjuntamente quando tratar-se de locações urbanas não comerciais" (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 456).

Somente excepcionalmente, poderá o locador ser considerado como fornecedor, eis que a profissionalidade do proprietário não é a regra. Não raro será o locador a parte vulnerável na relação contratual, e não o inquilino, de forma que a adoção da aplicabilidade automática do Código de Defesa do Consumidor nas relações locatícias não se reveste de boa técnica hermenêutica.

A jurisprudência, que recentemente se tornou dominante, vem reconhecendo a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor sobre qualquer tipo de locação regida pela lei do inquilinato. Ela assevera o entendimento de que somente incidiria o Código de Defesa do Consumidor naquelas relações negociais desenvolvidas profissionalmente ou em atividades oblíquas, que, na verdade, não se confundem com a locação propriamente dita, como, por exemplo, os serviços prestados pela administradora imobiliária¹⁰², excluindo as locações ordinárias do seu âmbito de incidência.

¹⁰² RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO IMOBILIÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DESTINAÇÃO FINAL ECONÔMICA. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O contrato de administração imobiliária possui natureza jurídica complexa, em que convivem características de diversas modalidades contratuais típicas. Corretagem, agenciamento, administração, mandato, não se confundindo com um contrato de locação, nem necessariamente dele dependendo. 2. No cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária se sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre o proprietário de um ou mais imóveis e essa administradora, e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação. 3. Na primeira, o dono do imóvel ocupa a posição de destinatário final econômico daquela serventia, vale dizer, aquele que contrata os serviços de uma administradora de imóvel remunera a expertise da contratada, o know-how oferecido em benefício próprio, não se tratando propriamente de atividade que agrega valor econômico ao bem. 4. É relação autônoma que pode se operar com as mais diversas nuances e num espaço de tempo totalmente aleatório, sem que sequer se tenha como objetivo a locação daquela edificação. 5. A atividade da imobiliária, que é normalmente desenvolvida com o escopo de propiciar outro negócio jurídico, uma nova contratação, envolvendo uma terceira pessoa física ou jurídica, pode também se resumir ao cumprimento de uma agenda de pagamentos (taxas, impostos e emolumentos) ou apenas à conservação do bem, à sua manutenção e até mesmo, em casos extremos, ao simples exercício da posse, presente uma eventual impossibilidade do próprio dono, tudo a evidenciar a sua destinação final econômica em relação ao contratante. 6. Recurso Especial não provido (STJ; Resp 509.304; 2003/0034681-0; Terceira Turma; Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva; DJE 23/05/2013; p. 800).

A esse respeito, afigura-se questionável o entendimento do STJ¹⁰³, segundo o qual se assinala que a condição de consumidor perante a administradora imobiliária é reservada ao proprietário contratante do serviço de administração. O aludido precedente jurisprudencial negou ao Ministério Público a legitimidade para defender os interesses individuais homogêneos de uma coletividade de inquilinos prejudicados pela prática de determinada administradora imobiliária, que adotava como regra a inserção de cláusulas abusivas em seu contrato de adesão.

O julgado contrasta com a decisão da corte no julgamento do EREsp 114.908, quando, em situação perfeitamente análoga, foi reconhecida a legitimidade do Ministério Público para defender direitos individuais homogêneos, contanto que tenham repercussão no interesse público. A diferença entre os casos cingia-se à quantidade de réus: enquanto, no EREsp 114.908,¹⁰⁴ as práticas abusivas derivavam de uma multiplicidade de administradoras imobiliárias, no REsp 605.295, tratava-se de apenas uma empresa do ramo.

Com isso, entendeu a corte que a repercussão no interesse público, presente no primeiro precedente, estaria ausente no segundo. Digno de crítica à fundamentação, que adotou abstruso critério quantitativo, porquanto se acredita

¹⁰³ LOCAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA EM FACE DE APENAS UMA ADMINISTRADORA DE IMÓVEL. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DIREITO INDIVIDUAL PRIVADO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. 1. Nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição Federal e do art. 25, inciso IV, letra a, da Lei n.º 8.625/1993, possui o Ministério Público, como função institucional, a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. 2. No caso dos autos, a falta de configuração de interesse coletivo afasta a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público para ajuizar ação civil pública objetivando a declaração de nulidade de cláusulas abusivas constantes de contratos de locação realizados com apenas uma administradora do ramo imobiliário. 3. É pacífica e remansosa a jurisprudência, nesta Corte, no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios, que são reguladas por legislação própria. Precedentes 4. Recurso Especial desprovido (STJ; Resp 605.295; Proc. 2003/0168209-8; MG; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Hilário Vaz; Julg. 20/10/2009; DJE 02/08/2010).

¹⁰⁴ PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. 1. O ministério público federal está legitimado a recorrer à instância especial nas ações ajuizadas pelo ministério público estadual. 2. O MP está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público. 3. Questão referente a contrato de locação, formulado como contrato de adesão pelas empresas locadoras, com exigência da taxa imobiliária para inquilinos, é de interesse público pela repercussão das locações na sociedade. 4. Embargos de divergência conhecidos e recebidos (STJ; ERESP 114908; SP; Corte Especial; Relª Min. Eliana Calmon Alves; Julg. 07/11/2001; DJU 20/05/2002; pág. 00095).

que a repercussão no interesse público deveria ser medida pela quantidade de pessoas afetadas, sendo despidianda a origem do dano.¹⁰⁵

Todavia o que, talvez despretensiosamente, afirmou-se, foi a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação entre o inquilino e a administradora imobiliária:

Isso porque, nada obstante o interesse seja de origem comum, circunscrito a contratos celebrados com uma única imobiliária, não há falar em relação de consumo na hipótese, restando afastada a aplicação do art. 82, I, do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰⁶

Em que pese o entendimento externado pelo STJ, não se pode deixar de reconhecer que as administradoras imobiliárias cumprem um papel de intermediação e sua relação com o mercado de consumo não é unidirecional. Da mesma forma que sua subsistência depende da captação de locadores, não pode prescindir de atrair inquilinos, sem o que restaria inviabilizado o desenvolvimento de sua atividade profissional.

Necessário, portanto, reconhecer que a oferta da sua carteira de imóveis disponíveis à locação caracteriza a administração imobiliária como prestação de serviços consumida pelos potenciais inquilinos, na condição de destinatários finais, o que torna a fluída a caracterização dessa relação como de consumo.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Os votos divergentes (vencidos) trouxeram valiosas argumentações em contrário: Será que não seria de acordo, não seria conforme à visão contemporânea das ações de massa, à brevidade, à economia, à celeridade, admitir-se o Ministério Público, compelindo essa administradora a não utilizar aquela cláusula, se for abusiva mesmo, em vez de cada locatário ter de propor a sua ação? Não vejo inconveniente nenhum. Se fosse defendendo um locatário, dizendo que ele estava sendo vítima de abuso, ainda assim penso que poderia, caso fosse um locatário pobre, mas não é o caso. O caso é uma ação para alcançar ao mesmo tempo a pluralidade de locatários potencialmente vítimas de exploração. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; [...] as grandes administradoras têm uma carteira de clientes enorme. Um contrato, em geral, é padronizado, basicamente é um contrato por adesão. Portanto, a ação civil pública teria a utilidade de possibilitar o exame numa ação só para dar lisura ou não àquela cláusula. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (STJ; REsp 605.295; Proc. 2003/0168209-8; MG; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Hilário Vaz; Julg. 20/10/2009; DJE 02/08/2010).

¹⁰⁶ Excerto do voto proferido pelo MINISTRO FELIX FISCHER. STJ; REsp 605.295; Proc. 2003/0168209-8; MG; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Hilário Vaz; Julg. 20/10/2009; DJE 02/08/2010.

¹⁰⁷ Em regra, as relações de locação sendo intermediadas por um profissional - imobiliária ou administradora de imóveis - tem-se neste polo da relação contratual a *expertise*, o conhecimento e a direção da relação contratual que se exige para aplicação do CDC. Todavia, ainda que no direito comparado seja a locação imobiliária uma das principais preocupações do legislador e da jurisprudência, por conta da vulnerabilidade do locatário em face da imprescindibilidade da moradia, não tem sido este o entendimento jurisprudencial dominante nos tribunais brasileiros, que decidem pela não aplicação do CDC a tais contratos (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor [livro eletrônico]**. 2.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013).

A esse raciocínio, não se objete que o serviço é remunerado apenas pelo cliente locador. Para fins de estabelecimento da condição de consumidor, resta, plenamente assente na doutrina e jurisprudência¹⁰⁸, ser irrelevante a origem da remuneração, podendo ser reconhecida a relação de consumo até mesmo diante da gratuidade na prestação do serviço. Com semelhante raciocínio, as vendas intermediadas pelos *websites* de leilões *online*, mesmo quando remuneradas exclusivamente pelos vendedores, não obstam aos compradores o nítido enquadramento na condição de consumidores.¹⁰⁹

Ainda que não fosse possível a caracterização direta do inquilino na condição de consumidor perante a administradora imobiliária (relação jurídica em sentido estrito), estar-se-ia diante de uma inequívoca necessidade de equiparação (relação jurídica de consumo em sentido lato¹¹⁰), nos termos do parágrafo único do art. 2º¹¹¹ e do art. 29¹¹² do Código de Defesa do Consumidor.

Por esses motivos, errou o STJ ao desconsiderar a relação de consumo existente entre a administradora imobiliária e a coletividade de inquilinos exposta às suas ofertas e práticas abusivas. Com isso, tem-se que não poderia haver vedação ao Ministério Público em lastrear-se no Código de Defesa do Consumidor para buscar a proteção do consumidor no caso em testilha.

Restando, pois, esclarecido que os serviços de intermediação e administração imobiliária não são prestados somente ao locador, mas também ao potencial inquilino, devem eles ser pautados pelos princípios norteadores das relações de consumo: dever de informação, transparência, equidade, vulnerabilidade do consumidor, vedação à cobrança vexatória, etc.

Advirta-se, contudo, que, em se tratando de uma relação multifacetada, os efeitos da constatação de que entre o inquilino e administradora imobiliária existe

¹⁰⁸ O fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, §2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. [...]STJ; REsp 1.192.208; Proc. 2010/0079120-5; MG; Terceira Turma; Relª Minª Nancy Andrighi; Julg. 12/06/2012; DJE 02/08/2012.

¹⁰⁹ TJRS; AC 70025673856; Espumoso; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann; Julg. 30/10/2008; DOERS 27/11/2008; p. 37.

¹¹⁰ DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 210.

¹¹¹ Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹¹² Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

relação de consumo não têm o condão de invadir a esfera do próprio contrato de locação. Como já exposto, conquanto a atividade de administração imobiliária enquadra-se como fornecimento de serviços para fins de enquadramento no Código de Defesa do Consumidor, o contrato de locação possui traços distintivos, antes tendo natureza de transmissão da posse direta de determinado bem, mediante remuneração. A atividade é diversa e não guarda, necessariamente, identidade com a massificação das relações comerciais que ocupa o seio das preocupações atinentes ao direito do consumidor.

Assim, se práticas comerciais abusivas, por parte das administradoras imobiliárias, devem ser combatidas com base no diploma consumerista, não se pode dizer o mesmo, *a priori*, da relação contratual travada exclusivamente entre locador e inquilino.

Logo, novamente aludindo-se ao caso versado no REsp 605.295, o Ministério Público estaria legitimado a intervir diante de administradoras imobiliárias que fornecem aos seus clientes contratos de adesão com cláusulas inequivocamente abusivas, como, por exemplo, a cobrança de juros de mora exorbitantes. A atuação, contudo, teria que limitar-se às práticas administrativas, mas não poderia ter qualquer eficácia com relação à revisão dos contratos já firmados. Isso porque, concluído o serviço de intermediação, não há como ignorar que o contrato de locação vigora apenas entre inquilino e locador, podendo este último, inclusive, dispensar os serviços de administração imobiliária durante a vigência contratual, sem com isso causar qualquer abalo à relação locatícia.

Por isso, como regra, falta ao locador o requisito essencial da *profissionalidade*, sem o qual não poderá ser caracterizado como fornecedor, obstruindo a formação da relação de consumo.¹¹³ Apenas excepcionalmente, conseguirá vislumbrar-se o desenvolvimento de uma relação locatícia na qual a

¹¹³ Em sentido contrário, Venosa: “[...] a redação do parágrafo único do art. 2.º do CDC, o qual após definir consumidor individual, estatui: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Ora, levando-se em conta esses dispositivos não é custoso concluir que basta a conceituação de consumidor na relação jurídica para a aplicação da norma, independentemente de se buscar a tipificação do outro sujeito da relação, como fornecedor ou não (VENOSA, Sílvio Salvo. **Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245 de 18/10/1991**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006).

figura do locador se confunda com a da administradora imobiliária profissional, caso em que restará aplicável a legislação consumerista.¹¹⁴

Concorda-se, portanto, com a jurisprudência que afirma a inexistência de relação de consumo nas relações locatícias, reiterando, contudo, a ressalva retroveiculada de que, quanto aos serviços de intermediação e administração imobiliária exercidos profissionalmente, devem ser considerados consumidores tanto os locadores quanto os inquilinos.

De toda forma, é preciso contextualizar a constatação da inexistência de relação de consumo no contrato de locação. Esta não deve pautar-se no critério da especialidade (norma especial prevalece sobre a norma geral), para afastar toda e qualquer influência da legislação consumerista das outras áreas do Direito. Principalmente “porque os princípios ali expressos não conflitam com os modernos postulados do direito contratual”¹¹⁵, não possuindo incompatibilidades irreconciliáveis com a Lei 8.245/91, prevalecendo o diálogo das fontes constitucionalmente orientado:

Diante desse quadro, é absolutamente insuficiente sustentar que, por existir lei especial disciplinando determinado setor, afasta-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Deve-se, ao contrário, buscar o convívio harmônico dos variados diplomas legais: um auxiliando e oferecendo elementos de interpretação para o outro, sempre, destaque-se, sob as luzes dos princípios e valores constitucionais. Antes de afastar a aplicação de uma das normas, deve-se buscar a possibilidade de interpretação coerente entre as diversas fontes.¹¹⁶

O posicionamento do STJ, porém, segue por trilha diversa, insistindo na existência de microssistemas distintos, aduzindo, de forma simplória, “não ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor sob o argumento de existência de lei

¹¹⁴ No que se refere, por exemplo, ao contrato de locação, já externei a minha opinião anteriormente no sentido de não me parecer exato afirmar-se *a priori* que a ele se aplica ou não se aplica o nosso Código de Defesa do Consumidor. Sempre entendemos ser necessária uma investigação adicional e indispensável para que se lhe determine ou não a aplicação da disciplina normativa do CDC. Reafirmamos, pois o que já disse anteriormente: se o locador realiza um ato isolado de locação, não vejo como qualificá-lo juridicamente de fornecedor, à luz do que dispõe o art. 2º do CDC. Se, porém, em vez de um ato isolado, a relação locatícia insere-se numa atividade regular por parte do locador, isto é, com prática repetida e constante de vários atos, de tal sorte que possamos identificar o exercício de uma atividade, a conclusão será rigorosamente oposta (DE LUCCA, op. cit. p. 289).

¹¹⁵ VENOSA, op. cit.

¹¹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Diálogo das fontes no direito do consumidor: A visão do Superior Tribunal de Justiça, In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 187.

especial (Lei 8.245/1991), o que contraria diretamente a linha de diálogo das fontes adotadas em tantos outros casos."¹¹⁷

Mas, encontra-se bem sedimentado, pela construção doutrinária, que, não só os “consumidores stricto sensu”, poderão utilizar as normas especiais do Código de Defesa do Consumidor, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas.”.¹¹⁸ A ética de alteridade e reequilíbrio das disparidades nas relações negociais, trazida pelo Código de Defesa do Consumidor e reforçada pelo Código Civil de 2002, atua “espargindo suas regras sobre os demais ramos do direito”¹¹⁹, que, em virtude de sua unidade, não limita a aplicação dos princípios em seções compartimentadas abstratamente.

Ora, se o CDC partiu do pressuposto que o consumidor é vulnerável e, por isso, estabeleceu normas para sua proteção, não há motivos para não aplicá-lo onde não haja tecnicamente consumidor, mas haja flagrante vulnerabilidade de uma parte. Assim, especificamente quanto à proteção contratual, afirmamos que o CDC deve ser aplicado sempre que houver relação jurídica de consumo e, também, por analogia, sempre que houver flagrante vulnerabilidade de uma das partes em relação à outra.¹²⁰

É o que tem se chamado de finalismo aprofundado, que permite a superação da ausência de determinados elementos caracterizadores da relação de consumo, autorizando a aplicação extensiva dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor sempre que vulnerabilidades do mesmo jaez apresentarem-se no caso concreto.¹²¹ Dessa forma, para além da caracterização do consumidor, diretamente ou por equiparação, a relação locatícia poderá valer-se da analogia de determinados princípios consumeristas, cujas razões subjacentes se mostrem pertinentes no caso concreto e encontrem confluência com os princípios que

¹¹⁷ Ibid., p. 198.

¹¹⁸ MARQUES, Claudia Lima; BEJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 451.

¹¹⁹ SOUZA, op. cit., p. 49.

¹²⁰ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 133.

¹²¹ Vide STJ; REsp 861.711; Proc. 2006/0091304-0; RS; Terceira Turma; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Julg. 14/04/2011; DJE 17/05/2011.

regem a locação imobiliária¹²² e com o projeto constitucional de garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

3.2

A aplicabilidade do Código Civil de 2002 às relações locatícias

Os rumos do debate sobre a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor nas relações locatícia parecem ter obscurecido e prejudicado o olhar da doutrina e da jurisprudência sobre a interdisciplinaridade normativa existente entre a Lei 8.245/91 e o Código Civil de 2002. Conquanto haja resistências quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias, o mesmo não ocorre, ou não deveria ocorrer, com relação à aplicabilidade do Código Civil. Isso porque, apesar do art. 1º da Lei 8.245/91 operar uma cisão, regulando que apenas as locações de imóveis urbanos são objeto de sua aplicação e determinando que as demais modalidades de aluguel continuem a ser regidas pelo Código Civil e leis especiais, já no art. 79 da mesma lei reforça-se a aplicação subsidiária do Código Civil e do Código de Processo Civil.

Não se mostra eficaz, nesse contexto, a insistência, por vezes tortuosa, em alargar os conceitos de fornecedor e consumidor para abarcar as figuras do locador e locatário, quando os princípios comuns ao Código Civil de 2002 e ao Código de Defesa do Consumidor já seriam capazes de promover uma transformação qualitativa na solução de problemas inerentes às relações locatícias. Tal situação é mais bem compreendida diante da constatação de que “a reconstrução do direito privado brasileiro identificou três sujeitos: o civil, o empresário e o consumidor, mesmo sendo os princípios do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor - em geral - os mesmos!”¹²³.

A intensa identificação dos princípios do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor não se dá por mera coincidência. Ocorre porque ambos os diplomas são marcadamente influenciados pelos mesmos princípios

¹²² A legislação “deixa a cargo do intérprete identificar nos contratos de locação cláusulas que devam ser tidas como nulas (nulidades virtuais). [...] cabe ao julgador no caso concreto concluir se a cláusula contratual contraria o espírito do diploma legal. Por isso, a posição do intérprete, ao examinar relação locatícia, é partir da premissa primeira do cunho da lei do inquilinato; a seguir seu raciocínio demandará os princípios de defesa do consumidor e o exame de sua aplicação. Não se esqueça ademais dos princípios do Código Civil” (VENOSA, op. cit., p. 18).

¹²³ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 125.

constitucionais e, por isso, possuem objetivos congruentes no sentido da proteção dos vulneráveis nas relações contratuais.

É possível afirmar que, apesar da Lei 8.245/91 ser carregada de normas protetivas de natureza cogente, ora em favor do locatário, ora em favor do locador, a técnica legislativa adotada na sua formulação é fundada em regras rígidas e fechadas, com pouco potencial integrativo nos casos de evidente desproporcionalidade e de difícil solução (*hard cases*). Assim, a lei é relativamente omissa em relação a uma principiologia e regras de interpretação que garantam a eticidade, operabilidade e, especialmente, a socialidade nas relações locatícias, exigências que representam compromisso a ser assumido por todos os ramos da ordem jurídica vigente. É como sustenta Fachin, no sentido de que “a adoção prioritária de uma axiologia principiológica pode informar uma recuperação de significados relevantes, a exemplo da igualdade e da boa-fé. Tais princípios [...] tem valor normativo e estruturante.”.¹²⁴ Passa-se, então, à análise dos princípios presentes no Código Civil aplicáveis às relações regidas pela Lei 8.245/91, os quais são potencialmente capazes de cumprir essa função estruturante.

Cumprir iniciar pelo apontamento do princípio da função social do contrato, pois, tendo sido demonstradas a função social da propriedade e a importância da democratização do seu acesso, a funcionalização social do contrato é corolário lógico de tal desígnio. Nota-se que a Constituição Federal não trouxe em seu bojo menção expressa à função social do contrato, como se verifica com relação à propriedade. Mas se a propriedade é o aspecto estático da atividade econômica, o contrato representa o aspecto dinâmico. “Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular.”.¹²⁵

A concepção tradicional do contrato, que remonta à Revolução Burguesa, o reduz a elemento que torna possível a circulação de bens e serviços. O contrato, nessa concepção reducionista, revela-se como mecanismo subserviente a uma ideologia comprometida, primordialmente, com a liberdade de acúmulo de riquezas.

¹²⁴ FACHIN, *Teoria...*, p. 243.

¹²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Contratual Contemporâneo: A Função Social do Contrato. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas** - Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 380.

No período do liberalismo econômico dos séculos XVIII e XIX, o contrato era reputado fonte de direito por excelência, sem que houvesse qualquer indagação metafísica atrelada às noções de justiça, bem comum ou interesse geral [...].¹²⁶

A filosofia então predominante era a da mais ampla e irrestrita autonomia da vontade e do extremado individualismo. A liberdade de contratar cingia-se à possibilidade do indivíduo tomar parte na relação negocial de cunho patrimonial abstratamente considerada, visão que, contudo, mostra-se vetusta diante da doutrina mais moderna, que a vislumbra igualmente como “instrumento de proteção dos direitos fundamentais.”¹²⁷

Essa funcionalização da liberdade contratual (expressão da autonomia privada) à dignidade da pessoa tem *status* constitucional, uma vez que, em sentido amplo, decorre do comando do art. 170 da Constituição, que, expressamente, prevê que a livre iniciativa será exercida em função da existência digna e da justiça social. O princípio da boa-fé pode também ser reputado corolário, *quantum satis*, do princípio da dignidade da pessoa, desde que sua leitura seja fincada na perspectiva de que se trata de princípio que vem dar vestes jurídicas a uma ética de alteridade, e não apenas configurar-se como instrumento assecuratório de uma segurança jurídica formal.¹²⁸

Como já referido no presente trabalho, com a alteração qualitativa da autonomia contratual e da livre iniciativa, também o contrato carece de uma revisão conceitual, desprendendo-se do vetusto instituto do *pacta sunt servanda* ou intangibilidade dos contratos. Deve, portanto, abandonar o comprometimento exclusivo com o individualismo e com a segurança jurídica meramente formal, ou seja, aquela que intitula como bom Direito apenas a proteção do interesse do proprietário e suas posições jurídicas.

Como destacado por Gama¹²⁹, é o direito contratual responsável por reunir normas que orientarão, em conformidade com a ideologia e as políticas de cada época, a distribuição de ônus e vantagens contratuais entre os grupos sociais na conclusão de suas operações econômicas.

Pode-se inferir que o Direito brasileiro positivou, em seu ordenamento, uma funcionalização contratual sem precedentes, visto que mesmo países de tradição

¹²⁶ Ibid., p. 371.

¹²⁷ MARQUES, op. cit., p. 168.

¹²⁸ FACHIN; PIANOVSKI, op. cit., p. 116.

¹²⁹ GAMA, op. cit., p. 371.

funcionalista não inseriram, em seus respectivos diplomas privatísticos, norma com alcance e concretude equiparável ao art. 421 do Código Civil brasileiro.^{130, 131}

[...] o Código Civil de 2002, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, (LEI nº 8.078) e da própria Carta Magna de 1988, tem como paradigma a funcionalização do contrato como meio de balancear os interesses individuais e sociais. Como se sabe, o panorama atual do Direito Civil se caracteriza pela reação ao exacerbado individualismo do período das codificações oitocentistas que, no caso brasileiro, depreende-se da diretriz constitucional da solidariedade social.¹³²

É de se notar, que muitas vezes, especialmente por parte da jurisprudência,

[...] a função social do contrato vem invocada, sem qualquer esforço no sentido de uma distinção funcional, junto com outros princípios, como a boa-fé, o equilíbrio econômico, a vedação de enriquecimento sem causa e a dignidade da pessoa humana, ou ainda para corroborar hipóteses já solucionadas por outro instituto específico, como a redução da cláusula penal e a proibição de cláusulas abusivas".¹³³

Mas, é preciso evitar uma conceituação axiológica formal – em “bando”¹³⁴ – de tais institutos, eis que, mesmo sendo verdade que possuem aptidão para serem aplicados em conjunto, também é verdade que transformá-los em um amálgama retira o ínsito significado de cada um deles e prejudica a recondução de sua aplicação a um sistema racionalmente apreensível.

Como bem esclarece Konder¹³⁵, o instituto da função social do contrato apenas colateralmente pode ser utilizado para justificar a concessão de proteção adicional aos contratantes ou a terceiros eventualmente interessados nos efeitos do contrato. A verdadeira vocação do instituto é a proteção de interesses metaindividuais, mediante a proibição ou restrição de contratos com efeitos potencialmente danosos à comunidade e a conservação ou tratamento diferenciado de contratos cuja repercussão junto à sociedade seja positiva.

¹³⁰ PENTEADO, L. C. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 285.

¹³¹ "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

¹³² GAMA, op. cit., p. 378.

¹³³ KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 43, jul./set. 2010. p. 58.

¹³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹³⁵ KONDER, Causa...

Ressalve-se que não se exclui a possibilidade da função social do contrato ser invocada em favor de uma das partes contratantes. “Mas nestes casos o interesse tutelado é coletivo porque vai além do interesse das partes, podendo, em certos casos, até mesmo se contrapor à vontade de ambos contratantes.”.¹³⁶

Outrossim, a funcionalização do contrato não pode ser tida como simples assistencialismo, como se, através do instituto, o contrato abandonasse sua vocação para cuidar dos interesses individuais – especialmente a circulação de riqueza – e passasse a uma utilidade predominantemente beneficente. A função social do contrato não retira o seu papel econômico-individual, precisamente porque também este aspecto do contrato exterioriza valores constitucionais, representado pelas garantias da livre iniciativa e do direito à propriedade e à liberdade em um aspecto mais abrangente. Nesse sentido, até mesmo o princípio do *pacta sunt servanda* pode merecer tutela por conta da funcionalidade social do acordo de vontades no caso concreto:

[...] pode se ter situação em que o reforço à obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres redunde na melhor solução, posto que, no caso concreto, poderá refletir também a melhor expressão do próprio princípio da função social do contrato.¹³⁷

É, contudo, possível e desejada pela ordem constitucional, a harmonização desses valores liberais com os demais valores que norteiam a vida em sociedade, como a necessidade de redução das desigualdades sociais, a imposição de justiça nas trocas comerciais (equilíbrio nas prestações), bem como a dignidade da pessoa humana em seus desdobramentos mais específicos, como o direito ao meio ambiente saudável, à saúde, à educação e à moradia.

Tal imposição implica que os contratantes que visem a exploração de atividades econômicas nessas áreas, de sensível repercussão na dignidade das pessoas, deparar-se-ão com uma limitação interna em sua autonomia, que possibilitará a intervenção judicial no contrato, seja para impedir sua conclusão, seja para alterar e condicionar sua cláusulas, ou até mesmo para determinar a

¹³⁶ Ibid., p. 67.

¹³⁷ GAMA, op. cit., p. 390.

preservação do contrato em detrimento da vontade dos contratantes no sentido de extingui-lo.

Os critérios supramencionados vêm sendo consistentemente aplicados pela jurisprudência, quando o assunto é o direito constitucional à moradia.

A função social, aqui, evidencia-se pela finalidade da venda da casa própria, mediante financiamento dirigido pelo Estado em cumprimento a um dos principais objetivos da República democrática: reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III, da CF), pela promoção dos direitos sociais à educação, a saúde, ao trabalho, à moradia etc. (art. 6º da CF). [...] Essa função social dos contratos também está referida no campo dos direitos reais no que tange à posse e a propriedade.¹³⁸

A esta altura, resta patente que os contratos, logo as atividades econômicas, que de alguma forma se relacionam com o acesso à propriedade imobiliária, com especial ênfase na questão da moradia, possuem acentuada repercussão social. Por esse motivo, extrapolando-se o aspecto meramente formal e abstrato das avenças, deve-se atentar para a *fattispecie* concreta, em que o desequilíbrio de forças na relação contratual representa prejuízo para a promoção do projeto constitucional de justiça.

Como já se disse no presente trabalho, a contratação da locação ainda se apresenta, com intensidade, como necessidade insuperável para grande parcela da população desprovida de casa própria. Dessa forma, sua função social, em indissociável conjunto com a função social da propriedade, revela-se como insofismável exemplo de incidência do interesse coletivo sobre os contratos privados, a garantir, mormente nessa seara, a proteção do contratante vulnerável.

Ainda que se confira, ao tipo contratual em comento, uma apriorística relevância social, em nenhuma hipótese se pode descuidar da análise da realidade fática, de forma a averiguar-se não só a utilidade da estrutura formal e abstrata do contrato de locação imobiliária tal como idealizado pelo legislador, mas se a relação locatícia, no caso concreto, cumpre sua função social.¹³⁹

¹³⁸ TJDF, 1ª T. C., Ap. Cível 20050110818407, Rel. Vera Andrigli, jul. 03/09/2008, publ. 22/09/2008 (KONDER, Causa..., p. 70).

¹³⁹ É a função que permite que o controle social não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados – segundo o qual, por exemplo, uma locação cujo objeto fosse lícito seria sempre legítima – dando lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo em concreto – a verificar qual a função econômico-individual que desempenha aquela locação no caso concreto (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L.

Operando *pari passu* com a função social do contrato no Código Civil, apresentam-se os princípios da boa-fé objetiva e da vedação do abuso. Vale mencionar que, anteriormente ao advento do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, o tema do abuso de direito era reservado à doutrina mais atenta às experiências colhidas do direito comparado e, apenas timidamente, extraía-se da jurisprudência à época inovadora. Ainda assim, os casos considerados como abuso de direito eram predominantemente aqueles marcados por culpa grave ou dolo.

Foi realmente com a entrada em vigor dos mencionados diplomas legais, em confluência com as diretrizes constitucionais lançadas pela constituinte de 1988, que se solidificou a objetivação da boa-fé e do abuso de direito. A entrada em vigor da vigente carta política estabeleceu a solidariedade social como princípio basilar da ordem jurídica, o que possibilitou uma reconfiguração da teoria contratual, carreando-a a novos parâmetros de eticidade e sociabilidade.¹⁴⁰

[...] em vez de adversários, os contratantes passaram, num número cada vez maior de contratos, a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e equitativa, considerando os ideais de fraternidade e de justiça.¹⁴¹

Apesar da distinção entre os institutos, não é equivocado afirmar que a boa-fé objetiva e o abuso de direito laboram em conjunto para radiar seus efeitos no ordenamento jurídico.¹⁴² É que a boa-fé objetiva, como cláusula geral, funciona

E. (Coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas** — Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 402).

¹⁴⁰ Maria Celina Bodin de Moraes retrata o fenômeno de forma irretocável: "Pouco a pouco, ao longo do século XX, os juristas dos diversos países de *civil law*, uns antes, outros depois, foram fazendo a passagem da teoria da vontade para a teoria da declaração e desta para a teoria da confiança, numa evolução em direção ao plano da ética social e da solidariedade contratual. Pode-se dizer que o sistema hoje, inclusive no Brasil, se encontra fundado no princípio geral da boa-fé, ainda mais porque ela representa expressão da dignidade humana e da solidariedade social no campo das relações privadas. Neste campo, a concreta exigência de solidariedade, chamada de solidariedade contratual, foi construída com a finalidade de conter o exercício da autonomia privada" (Id. **Notas sobre a promessa de doação. Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 282).

¹⁴¹ Arnoldo Wald (apud SANTOS, Murilo Rezende dos. As Funções da Boa-Fé Objetiva na Relação Obrigacional. **Revista de Direito Privado**, v. 38, p. 204, abr. 2009).

¹⁴² Nesse sentido: "o abuso do direito é, sob esse ângulo, mais amplo que a boa-fé objetiva porque não apenas impede o exercício de um direito contrário à boa-fé, mas também em outras situações em que o confronto se dá com os bons costumes ou com o fim econômico e social do direito. Sob outro ângulo, contudo, a boa-fé é mais ampla que o abuso, porque não apenas impede o exercício do direito que lhe seja contrário, mas também porque impõe comportamentos e serve de critério hermenêutico-interpretativo [sic] nas relações negociais. E possível, portanto, concluir, ao menos à luz do direito positivo brasileiro, que boa-fé objetiva e abuso do direito são conceitos autônomos,

como parâmetro e elemento distintivo para analisar a juridicidade dos atos jurídicos, inclusive aqueles em consonância, *prima facie*, com o texto normativo. Aliás, essa é a informação contida no art. 187 do Código Civil de 2002¹⁴³, que retira a licitude do exercício de um direito quando este é levado a efeito de forma manifestamente incongruente com seu fim econômico ou social, com a boa-fé ou os bons costumes.

[...] para a caracterização do ato abusivo tem-se como pedra de toque, o elemento distintivo que é o motivo legítimo, que deve ser extraído das condições objetivas, nas quais o direito foi exercido, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa fé e com a consciência jurídica dominante.¹⁴⁴

Apresenta-se “a boa-fé como um princípio fundamental do direito das obrigações, tendo também o caráter de ideias jurídicas diretivas”¹⁴⁵. O instituto pode ser conceitualmente fragmentado em figuras parcelares, representadas pelo “*venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *exceptio doli* [...], a inalegabilidade das nulidades formais, o desequilíbrio no exercício jurídico, a *supressio* e a *surrectio*”¹⁴⁶, entre outros, “latinismos e estrangeirismos”.¹⁴⁷ O instituto da boa-fé objetiva fornece, ainda, substrato à formação de teorias como a da imprevisão¹⁴⁸ e sua vertente mais abrangente, a da quebra da base objetiva do

figuras distintas, mas não mutuamente excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tomados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé” (SCHREIBER apud MARTINS-COSTA, op. cit., p. 91).

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ LEITE, Gisele. **Roteiro sobre o princípio da boa-fé objetiva**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1530>>. Acesso em: 09 set. 2013.

¹⁴⁵ MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé Objetiva e sua Formalização no Direito das Obrigações Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 8.

¹⁴⁶ Para uma pertinente exposição dos traços distintivos de cada uma dessas figuras veja-se: PENTEADO, op. cit.

¹⁴⁷ Todos esses institutos, ditos figuras parcelares ou especializações funcionais, são reflexos de um mesmo e louvável esforço, qual seja, o de efetivação do princípio da boa-fé (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do Resp 1276311. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 50, p. 218).

¹⁴⁸ Esta teoria é sintetizada pela ideia de que, quando acontecimentos extraordinários provocam radical modificação no estado de fato contemporâneo à formação do contrato, acarretando efeitos imprevisíveis, dos quais decorre onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido, ou, a pedido da parte prejudicada, alterado pelo juiz para a restauração do equilíbrio desfeito (BITTAR FILHO, op. cit., p. 481).

contrato¹⁴⁹. As características diferenciadoras entre tais figuras são tênues e flexíveis, sendo certo que, no mais das vezes, os elementos definidores da boa-fé objetiva e do abuso de direito podem ser reconduzidos aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, que dão origem a vedação da conduta contraditória.

O fato de o Código Civil atribuir, ao abuso de direito, a categoria de ilicitude civil é relevante. Tradicionalmente, a ilicitude civil era indissociável da responsabilização subjetiva, e a sua consequência era, invariavelmente, a obrigação de indenizar. Havia, pois, pouca ou nenhuma preocupação em relação ao modo de exercício do direito potencialmente danoso. Nesse caso, a reparação restava praticamente inviabilizada, por ausência de encaixe do ato nos vetustos conceitos de culpa e dolo, mesmo diante de flagrante inadequação aos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade. Hodiernamente, essa visão encontra-se superada:

Uma série de fatores, entre os quais modificações do método de legislar, adotando-se uma legislação por princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a par da legislação casuística ou tipológica – levou a discernir entre ilicitude e mera ilegalidade, compreendendo ilicitude como a contrariedade ao Direito entendido como Ordenamento composto por princípio e regras polarizado por uma precisa finalidade, qual seja, ordenar a coexistência de liberdades [...]. A ilicitude demarca, portanto, o modo de coexistência numa comunidade ordenada pelo Direito, de modo que: (i) há ilicitude quando há contrariedade às regras de dever-ser postas no Ordenamento jurídico compreendido como uma dinâmica e complexa totalidade de regras, princípios e modelos jurídicos derivados das quatro fontes de produção de normatividade, quais sejam, as fontes legal, jurisprudencial e consuetudinária. (ii) há formas de ilicitude *a priori* detectáveis, porque a conduta contrária ao Direito já vem descrita com suficiente previsão na norma legal; (iii) essa não é, porém, a única forma de ilicitude, pois há “configurações de ilicitude” que se hão de realizar depois de constituído um particular “contexto situacional” tramado pela conexão entre elementos fáticos (por exemplo, uma situação de confiança legítima, quando alguém pratica ou deixa de praticar algo porque acredita na regularidade de certa conduta alheia) e jurídicos (por exemplo, os princípios conducentes à responsabilização pela confiança; [...]).¹⁵⁰

Sustenta-se que cumprir a lei através de um processo de exegese automática do texto normativo não garante a licitude da conduta e tampouco a tutela

¹⁴⁹ Karl Larez esclarece que: “A base objetiva do negócio seria o complexo de sentido inteligível, isto é, o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato, sabendo ou não os contratantes, pois, não sendo assim, não se alcançaria o fim do contrato” (apud VIEGAS, C. M. A. R. **A Revisão Judicial dos Contratos sob a ótica do Direito Contemporâneo**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. p. 95.

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, op. cit. p. 81.

jurisdicional. A evolução da ciência jurídica aponta para uma consideração do ato que não se limita à perfunctória subsunção do fato à norma, mas determina a confrontação com ordenamento jurídico globalmente considerado em suas regras e princípios, com o fim econômico buscado pelas partes envolvidas e seus reflexos sociais, com a avaliação de compatibilidade da conduta com a boa-fé decomposta nos postulados de razoabilidade e proporcionalidade e da confiança gerada em consonância com as práticas negociais estimadas pelos costumes. Atualmente, na ordem jurídica brasileira, apenas após esse complexo escrutínio é que se pode tecer um juízo de licitude e merecimento de tutela do ato jurídico.

Já não é mais assaz, em termos de licitude, a aferição da boa-fé subjetiva, entendida como aquela que diz respeito ao estado psicológico do indivíduo de não querer, intencionalmente ou por negligência, imprudência ou omissão, prejudicar outrem. A preeminência da “boa-fé objetiva exprime o *standard* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade.”.¹⁵¹

Daí a razão pela qual a boa-fé objetiva atua, concomitantemente, como (i) fonte de deveres de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção) no terreno obrigacional; (ii) cânone para a interpretação dos negócios jurídicos; e (iii) baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos, vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal.¹⁵²

Na construção desse raciocínio, vislumbra-se que as funções da boa-fé, acima elencadas, encontram-se retratadas no Código Civil em seus arts. 113 (cânone para interpretação dos negócios jurídicos), 187 (baliza para averiguação da licitude no modo de exercício de direitos) e 422 (deveres de conduta no terreno obrigacional), dando novos contornos às relações privadas, reformulando a teoria contratual. Para além dos dispositivos acima enumerados, o tecido legislativo infraconstitucional apresenta inúmeras marcas características da exigência da boa-fé objetiva, seja como cláusula aberta, seja como hipótese com a respectiva consequência predeterminada.¹⁵³

¹⁵¹ Ibid., p. 81.

¹⁵² MARTINS-COSTA, op. cit., p. 81.

¹⁵³ Como exemplo de exigência de boa-fé objetiva e vedação do comportamento contraditório em norma hipotético-condicional, assim com a consequência predeterminada: Código Civil, Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

Na reflexão sobre as consequências do abuso de direito, também deve contar o descumprimento dos deveres anexos gerados pela imposição de boa-fé objetiva na condução das relações privadas. Em oposição à tradição oitocentista, a violação do *standard* de conduta imposto pela boa-fé pode ensejar não só a reparação pela via indenizatória, mas também medidas preventivas e até mesmo a intervenção judicial no sentido de impor a adoção da conduta conforme, ou garantir por outros meios à obtenção do resultado prático correspondente, nos termos do art. 461 do Código de Processo Civil. “Decorre daí que o ato abusivo deva ser, preferencialmente, afastado mediante a adoção de reparações específicas.”¹⁵⁴

É de expressivo significado que “nos meados do século XX os Tribunais passaram a examinar com mais frequência a hipótese de abuso e o fizeram com particular atenção em matéria locatícia.”¹⁵⁵. Relevante para o presente estudo é a constatação de que o ramo das locações prediais não por acaso figura como marco inicial na percepção do abuso como exercício irregular e inadmissível do direito.

As leis locatícias – que estampam, em nosso cenário, os primórdios da “descodificação” civil – revelam os males da aliança (infelizmente não rara) entre a incapacidade técnico-econômica dos governantes e a deficiente cultura jurídica dos legisladores, bem como a inanidade do ataque jurídico em matéria social quando desacompanhado do correspondente ataque ético e econômico.”¹⁵⁶

A casuística, que serviu de referência para o desenvolvimento da compreensão do abuso de direito no Brasil, foi a possibilidade legal conferida ao inquilino inadimplente de purgar a mora e colocar fim ao processo sempre que o locador contra ele ajuizasse ação de despejo por falta de pagamento, evitando a resolução do contrato locatício. Diferentemente do momento atual, no qual as políticas monetárias mantêm os índices inflacionários relativamente estáveis, durante boa parte do século XX, a prática era extremamente vantajosa, e os inquilinos valiam-se da ausência de limitação legal para reiterar a emenda da mora de forma manifestamente prejudicial ao equilíbrio contratual.

Tem-se, pois, nesse exemplo, uma hipótese de abuso de direito pela utilização de uma prerrogativa legal, estatuída de forma expressa e literal na lei

¹⁵⁴ OBICI, Renata Cristina. **Relativização do Direito Potestativo Extintivo à Luz da Teoria do Abuso do Direito**. 2008. 258fls. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) - Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2008. p. 189.

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 61.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 61.

locatícia, mas utilizada de forma maliciosa e exacerbada, dando azo a sua antijuridicidade e consequente invalidação. Nos dias atuais, em virtude da redação dada pela Lei nº 12.112/2009¹⁵⁷, a Lei do Inquilinato limita a faculdade da purga da mora, contudo a experiência encontra-se incorporada ao desenvolvimento histórico do direito, guardando, especialmente em matéria de boa-fé e abuso de direito, indelével importância para a cultura jurídica.

Em muitas outras hipóteses, as aparências levam os contratantes a adotarem posturas não previstas nos ajustes escritos, ou mesmo em dissonância com os tipos contratuais legais. Mas, “quando a aparência, na verdade, espelha também um estado interior e está recoberta pela boa-fé, a proteção coloca-se acima da suposta segurança jurídica que emana de regras gerais e abstratas.”¹⁵⁸ Já não pode, então, um contratante impor seu interesse sobre o outro, apenas por estar respaldado por uma estrutura contratual abstrata.

Admita-se que a tarefa de identificar “a tênue fronteira - só detectável contextualmente - entre o jogo comercial ‘duro’¹⁵⁹ e a ilicitude no exercício da posição jurídica”¹⁶⁰ é árdua. O “dilema do abuso” consiste em desvendar, no caso concreto, quais as limitações às condutas das partes, já que não existe técnica legislativa capaz de antever e tipificar, em um preceito normativo expresso, para cada vicissitude da relação privada que possa demandar a atenção do Direito em favor da pacificação social e integração de liberdades. Tal tarefa só pode ser desempenhada com o instrumentário fornecido por um sistema aberto e móvel, como o inaugurado no ordenamento brasileiro pelo Código Civil de 2002.

A boa-fé objetiva traduz relevante aspecto da aludida abertura e mobilidade, apresentando como cláusula geral, técnica legislativa mediante qual se opera uma provisória delegação, “atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo

¹⁵⁷ Não se admitirá a emenda da mora se o locatário já houver utilizado essa faculdade nos 24 (vinte e quatro) meses imediatamente anteriores à propositura da ação.

¹⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 225.

¹⁵⁹ Martins-Costa menciona a jurisprudência da Corte Californiana que em certos casos equipara a força econômica (*Economic Duress*), com a força física (*Physical Duress*) no sentido de coagir à outra parte a adotar determinada conduta, resultando em uma prática comercial inadmissível e considerada ilícita (Id., op. cit., p. 89), comentando o que disse SCHWATKA, Gladys L. Contracts: restitution and rescission - economic duress and business compulsion in California. **California Law Review**, v. 40, p. 425, 1952.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 89.

dos interesses em jogo [...] e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso."¹⁶¹

A análise da *fattispecie* em concreto corresponde à tendência individualizadora da justiça, que é a percepção de que são justamente os aspectos específicos do caso concreto que devem ser considerados para a solução dos casos difíceis. Assim, a aplicação das regras e princípios deve ser sempre pautada por um procedimento *all things considered*, especialmente diante da constante evolução e modificação das relações sociais, que jamais permanecem estáticas e enquadradas no cristalizado imaginário do legislador.¹⁶² Nesse sentido, pode-se, com segurança, citar que a técnica legislativa de cláusulas gerais é imbuída na tendência individualizadora da justiça.

[...] as cláusulas gerais carecidas de concretização têm frequentemente uma função totalmente legítima e opõem-se a uma generalização demasiado rígida, facultando a penetração da equidade no sentido da justiça do caso concreto. Nesta posição torna-se, portanto, notável que à formação do sistema, como já foi salientado, não só se oponha a origem histórica do Direito e a limitação das possibilidades humanas linguísticas e de conhecimento, mas também — como limites de certo modo imanes — a tendência individualizadora da justiça.¹⁶³

O imperativo de equilíbrio traz a missão de se evitar o casuísmo e a arbitrariedade, que retiram do Direito a desejada segurança jurídica. Ao revés, a boa-fé objetiva deve, através de sua função sistematizadora, servir de baliza de previsibilidade e estabilidade das relações. A esse fenômeno, corresponde a tendência generalizadora da justiça. Corroborando a assertiva, Canaris afirma que, da emanção do princípio da igualdade, extrai-se o esforço que, enquanto visa a garantir a ausência de contradições na ordem jurídica, afirma “a tendência generalizadora da justiça, que exige a superação, dos numerosos aspectos

¹⁶¹ Aguiar Júnior (apud SANTOS, op. cit.).

¹⁶² "A legal system succeeds as it succeeds in attaining and maintaining a balance between extreme of arbitrary authority and extreme of limited and hampered authority. This balance cannot remain constant. The progress of civilization continually throws the system out of balance. The balance is restored by the application of reason to experience, and it is only in this way that politically organized societies have been able to maintain themselves enduringly" ROSCOE POUND. Individualization of Justice, 7 Fordham L. Rev. 153 (1938). Available at: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol7/iss2/1>>.

¹⁶³ CANARIS, op. cit., p. 240.

possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios gerais e abstratos." ¹⁶⁴

Assim, a atividade jurisdicional deve valer-se da experiência particular (a casuística) e buscar “a ordenação racional da solução encontrada, dialeticamente transformada em abstrata e geral (isto é: aplicável à generalidade dos casos análogos) o que fora concreto e particular.” ¹⁶⁵ Como resultado, tem-se a análise do caso concreto como fonte edificante de um sistema capaz de se manter em permanente atualização e conformidade com a realidade, fatores que reforçam, ao invés de mitigar, a segurança jurídica.

Feitas essas considerações, conclui-se que a boa-fé apresenta-se, atualmente, “como princípio norteador do sistema jurídico” ¹⁶⁶, pautando-se nos valores extrapatrimoniais e objetivando a concretização de um estado ideal de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, propiciando estabilidade e estímulo ao sadio desenvolvimento das relações interpessoais.

A importância do instituto ganha ainda mais relevo no trato das locações imobiliárias urbanas, cujas vicissitudes, que escapam àquelas previstas na legislação, demandam elevado zelo interpretativo, para que não haja prejuízo ao valor justiça nas relações interpessoais.

Deve-se, outrossim, trazer à discussão a proteção do contratante aderente, por tratar-se de temática intrinsicamente ligada à garantia da boa-fé objetiva e da vedação do abuso de direito, que acabaram de ser analisadas. Vive-se hoje em uma sociedade cuja dinâmica, mormente voltada para o estímulo ao consumo e à inerente massificação das relações privadas, imprime a urgência de que, a todo tempo e em todo lugar, sejam firmados contratos. “Essa busca fez com que se abandonassem as técnicas negociais baseadas em oferta e contraoferta, para dar lugar a um mecanismo mais adequado, mais rápido, ágil e seguro.” ¹⁶⁷ Como exemplo, pense-se nos contratos bancários, de seguro ou de serviços de saúde, cuja contratação não standardizada é até mesmo difícil de elucubrar.

A par dessas condições, atualmente é impensável e, muitas vezes, até mesmo indesejável, que, na obtenção de bens e serviços, os contratos sejam

¹⁶⁴ Ibid., p. 20.

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 87.

¹⁶⁶ OBICI, op. cit., p. 108.

¹⁶⁷ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 126.

construídos um por um, precedidos de uma detalhada negociação de seu conteúdo¹⁶⁸, já que “os contratantes não dispõem, seja de tempo, seja de oportunidade, seja de condições materiais de análise, ou mesmo de entendimento de seu teor.”.¹⁶⁹ Em uma alusão à linha de produção industrial, pode-se afirmar que, gradualmente, também os contratos evoluíram para uma produção “em série.”.

Aquele que figura no mercado como detentor de um bem ou serviço, o qual deseja disponibilizar ao público consumidor em larga escala, o faz mediante uma contratação uniforme, com cláusulas e condições contratuais gerais predefinidas. As cláusulas são formuladas em consonância com parâmetros legais vigentes, mas, especialmente, em conformidade com os melhores interesses do ofertante (predisponente). O referido modelo negocial é concebido como “contrato de adesão.”. Ao ofertado que decide contratar (aderente), pouco resta senão aderir ao contrato previamente engendrado.

Considera-se desta forma, no contrato de adesão, as cláusulas contratuais gerais, ou, para alguns, condições gerais do contrato, aquelas que, com o escopo de futuramente servirem de conteúdo normativo, foram pré-elaboradas, de forma abstrata, genérica, uniforme e rígida, por uma das partes ou por terceiro desinteressado, visando assim impedir a livre discussão que, como regra, antecede a formação dos contratos.¹⁷⁰

Dos elementos apontados por Fiuza¹⁷¹ como essenciais aos contratos de adesão, destacam-se estes: que o consentimento se dê por adesão; que a parte mais significativa do conteúdo seja constituída de cláusulas contratuais gerais; e que não haja possibilidade de modificação substancial do conteúdo. O autor ainda enumera os elementos ditos acidentais: a superioridade econômica do predisponente; existência do monopólio de direito ou de fato; existência de cláusulas abusivas; e a forma escrita do contrato.

¹⁶⁸ A regra na contratação atual é a da submissão da pessoa a modelos, fórmulas, condições e cláusulas predeterminadas, impressas ou não, mas aceitas globalmente e sem discussão, para que possa obter o bem, ou o serviço almejado. A predisposição advém, de longa data, do próprio ofertante, ou de normas regulamentares ou legais, não se propiciando, pois, normalmente, ao interessado, qualquer ingerência, seja na forma, seja no conteúdo do contrato (BITTAR et al., op. cit., p. 3).

¹⁶⁹ Ibid., p. 10.

¹⁷⁰ BITTAR, et al., p. 60.

¹⁷¹ FIUZA, op. cit.

Apesar da comodidade inicialmente propiciada ao consumidor, solução que reside na expansão da contratação por adesão não vem sem efeitos colaterais. Ela “apresenta como traço essencial uma diferença entre as partes no que se refere ao poder que, uma tem e a outra não tem, de definir o conteúdo do contrato”¹⁷², o que acarreta profunda discrepância na influência da vontade de cada um dos contratantes no ajuste contratual.

A ausência de negociação prévia torna característica latente desses contratos a isenção de riscos e responsabilidades, bem como a disposição de condições flagrantemente iníquas, sempre em desfavor do aderente. Ademais, a quantidade de detalhes e informações inseridas nas avenças alcança patamares que beiram a intangibilidade, tornando até mesmo o ato de aderir ou não ao contrato um exercício de restritíssima autonomia.

Realmente, dada a dominação dos contratos de adesão, em todos os diferentes setores de negociação privada, aliada a mecanismos, nem sempre condizentes com a ética, de defesa de interesses de grupos, de empresas, ou de pessoas que oferecem bens ou serviços à contratação, é comum a inclusão de cláusulas abusivas nesses contratos, ou seja, cláusulas despidas do equilíbrio necessário ou contrárias à ordem jurídica, ou à própria moral, frequentemente de difícil análise, ou compreensão imediata, em função das próprias condições de realização dos negócios.¹⁷³

As cláusulas abusivas são “aquelas que em contratos entre partes de desigual força reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas.”¹⁷⁴ Como cediço, as cláusulas abusivas foram objeto de destacada preocupação do legislador, ao estabelecer no art. 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que constitui direito básico do consumidor a proteção contra “cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” e dedicar, no referido diploma legal, as sessões II e III do capítulo VI ao controle das cláusulas abusivas e dos contratos de adesão.

¹⁷² NEGREIROS, op. cit, p. 373.

¹⁷³ BITTAR, et al., p. 10.

¹⁷⁴ Fernando Noronha (apud MANDELBAUM, op. cit., p. 207).

“A consequência imposta pelo CDC à utilização de cláusulas consideradas abusivas é o reconhecimento da nulidade plena das mesmas.”.¹⁷⁵ Entretanto o reconhecimento da nulidade de uma ou mais cláusulas não implica na dissolução do vínculo contratual. A sistemática do Código de Defesa do Consumidor é orientada pelo princípio da conservação dos contratos e, sempre que seja possível, readequação do contrato para que este não perca o seu objeto diante do afastamento da condição abusiva, a tutela específica poderá ser conferida como forma de garantir que o negócio mantenha sua eficácia.

Além de proteger o contratante aderente nas relações de consumo, o legislador demonstrou equivalente preocupação com os contratos de adesão nas relações contratuais em geral, tendo disciplinado a matéria nos arts. 423 e 424 do Código Civil¹⁷⁶. Assim, independentemente da natureza e do ramo da relação negocial, sempre que verificada a existência do contrato por adesão, imperiosa se faz a análise cautelosa das condições de equilíbrio entre as partes, mitigando-se a autonomia contratual em sua acepção mais tradicional.

Como visto, diferentemente da sistemática verificada no Código de Defesa do Consumidor, a proteção do contratante aderente no Código Civil não pressupõe obrigatoriamente o seu enquadramento na figura de consumidor. Com isso, torna-se possível concluir que o ordenamento brasileiro adota a presunção de vulnerabilidade do contratante aderente diante do predisponente, bastando para tanto a existência do contrato de adesão.

Partindo-se dos conceitos retroalinhavados, é fluído aduzir que, também nas relações contratuais locatícias, merece o contratante aderente uma proteção jurídica privilegiada. A constatação é relevante por dois motivos: a prática da contratação por adesão é a notoriamente predominante nas relações locatícias; e, como visto, existe uma celeuma quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias, sendo que a jurisprudência, atualmente, tende para o não reconhecimento da qualidade de consumidor no inquilino. Logo, se os inquilinos, na maioria dos contratos de adesão, não podem buscar socorro no

¹⁷⁵ LYRA, Marcos Mendes. **Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p.18.

¹⁷⁶ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

regramento especial do Código de Defesa do Consumidor, encontram amparo no Código Civil.

Por último, mas não menos importante, cumpre discorrer sobre a vedação do enriquecimento sem causa – ou a vedação ao enriquecimento ilícito, conforme a expressão preferida por alguns autores –, que também irradia seus efeitos em todo o ordenamento jurídico a partir do Código Civil. O antigo princípio é originado no Direito romano: “*jure nature aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*” – por direito natural, o justo é ninguém se fazer mais rico em detrimento e em prejuízo de outrem. Assim, “nem todo enriquecimento é condenado e, sim, exclusivamente, o injusto, sem causa lícita ou jurídica. O enriquecimento ilícito consiste no ganho sem causa.”.¹⁷⁷

O princípio já vigia no ordenamento jurídico pátrio por força doutrinária e jurisprudencial, mas ganhou ainda mais relevância com a sua inserção expressa no Código Civil de 2002, merecendo, inclusive, a dedicação do capítulo IV ao regramento “do enriquecimento sem causa”. O art. 884 aduz que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”.

A vedação do enriquecimento sem causa vai ao encontro do emergente princípio de direito privado do equilíbrio das prestações contratuais, ou simplesmente, princípio da justiça contratual. O princípio carrega, em sua substância, os ensinamentos de Larenz, para quem o contrato deixa de ser uma regulação dotada de sentido “quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação, que aí se pressupõe, haja sido destruída em tal medida que já não se possa falar racionalmente de uma contraprestação.”.¹⁷⁸

Transportando-se a questão da vedação ao enriquecimento sem causa para campo das relações locatícias, tem-se como característica imanente ao contrato de locação, especialmente na locação imobiliária urbana, a comutatividade, ou seja, a construção do negócio jurídico lastreado em uma troca justa e previsível. A constatação advém, além de dos princípios de direito privado retromencionados, da própria definição de locação do art. 565 do Código Civil: “na locação de

¹⁷⁷ MONTEIRO, op. cit., p. 204.

¹⁷⁸ MATTIETTO, op. cit.

coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.”.¹⁷⁹

A utilização do termo “retribuição”, de antemão, sugere proporcionalidade. A noção se confirma na medida em que o art. 567 do Código Civil¹⁸⁰ aborda expressamente a necessidade de proporcionalidade entre o valor locatício e as condições da coisa locada. A Lei 8.245/91, por sua vez, em seu art. 19¹⁸¹, resguarda às partes a possibilidade de, após três anos de vigência contratual, pleitear a readequação do aluguel ao valor de mercado. Embora seja de incomum ocorrência, pela redação do dispositivo, até mesmo a redução do aluguel por determinação judicial é uma possibilidade.

Por fim, o art. 21 da citada lei especial veda que o valor do aluguel na sublocação seja maior do que o da locação principal, salvo no caso de habitações coletivas multifamiliares, nas quais o dobro do aluguel originário é o teto permitido. Assim, apesar de estabelecer a livre fixação do valor inicial do aluguel, a legislação impõe – ora expressamente, ora implicitamente – a proporcionalidade como baliza legitimadora da vontade das partes, oferecendo às partes instrumentos legais para promover a intervenção judicial no ajuste contratual, caso não haja acordo quanto ao valor do aluguel no decorrer do contrato de locação.

É impossível cravar que o valor do aluguel deverá ser sempre aquele de mercado, já que tal fórmula padeceria de evidente contradição, pois a formação de um valor de mercado se torna impossível diante de uma exacerbada intervenção judicial. Por isso, o valor do aluguel, além dos preços praticados na região, pode ser influenciado por características distintivas do imóvel e do interesse das partes, respeitando-se as peculiaridades negociais de cada tratativa.

Por meio de uma análise global das normas que regulam a locação, resta evidente que a fixação dos aluguéis deve ser pautada com moderação para que reflita, tanto quanto possível, o particular benefício econômico do locatário com o uso e gozo da coisa locada, desse modo, moldando-se a partir de uma equação que

¹⁷⁹ A locução é semelhante à do art. 1022 do Código Civil português, que define que a “Locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa mediante retribuição”.

¹⁸⁰ Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.

¹⁸¹ Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

possua como elemento o valor geral de mercado, mas que, como dito, nele não se esgote.

Uma vez definido o justo valor para a locação, assiste ao locador o inquestionável direito de pleitear o pontual pagamento dos aluguéis com os encargos e penalidades de praxe, que, não ocorrendo, certamente lhe conferirá o direito de despejar o inquilino. Contudo reveste-se de ilegalidade a conduta do locador que busca, através de expedientes ardilosos, extrair do locatário vantagens injustificadas que extrapolem o aluguel contratualmente fixado. Verificando-se essa hipótese, patente será o enriquecimento sem causa do locador, a justificar o ressarcimento do locatário.

É o que ocorre, por exemplo, quando o locador obtém a elevação exagerada do aluguel e o percebimento de luvas e outros valores mediante ameaça de despejo, ou quando se aproveita da cláusula contratual que o isenta de ressarcir as benfeitorias necessárias para compelir o locatário a realizá-las em seu lugar. Tais exemplos serão mais bem deslindados adiante.

Pela observação dos princípios analisados – a função social do contrato, a boa-fé objetiva, a vedação do abuso de direito, a proteção do contratante aderente e a vedação do enriquecimento sem causa –, vislumbra-se a necessidade de considerá-los preceitos jurídicos de caráter estruturante de todas as relações privadas, que não se podem confinar em um papel residual das relações contratuais regidas apenas pelo Código Civil.

A Lei 8.245/91 afigura-se porosa e carecedora de interpenetração de princípios capazes de proporcionar uma hermenêutica mais adequada à solução das injustiças e abusividades contratuais eventualmente verificadas, justamente por não possuir uma principiologia autônoma. Com a caracterização dessa condição, configura-se a hipótese do art. 79 da Lei 8.245/91, autorizando o intérprete a buscar, no Código Civil de 2002, o apoio nas suas cláusulas gerais para uma aplicação conjunta em matéria de locação urbana. Mas tal subsunção não é essencial. Os princípios socializantes do Código Civil são expressão do projeto constitucional e, por isso, repercutem em todas as relações privadas.

4

O Direito do Locatário à Indenização das benfeitorias necessárias

Das celeumas que podem surgir no nascimento e no decorrer das relações locatícias, a discussão sobre a indenizabilidade das benfeitorias inseridas pelo locatário no bem locado certamente é uma das mais recorrentes. A interpretação isolada e literal dos dispositivos legais aplicáveis à espécie, pode levar a uma conclusão em desconformidade com a integridade do ordenamento jurídico. Daí a pertinência e importância de uma abordagem sobre o tema com uma perspectiva mais ampla, que leve em consideração a globalidade constitucional.

Benfeitorias são transformações realizadas sobre o imóvel locado que, “em regra, aumentam ou facilitam a utilização da coisa, ou, como as necessárias que conservam ou evitam que o bem se deteriore.”^{182,183} É natural que, durante a relação locatícia, o inquilino introduza benfeitorias no imóvel locado, aumentando-lhe o valor. Ocorre que, muitas vezes, esses melhoramentos não são passíveis de serem levantados pelo inquilino ao final da locação, incorporando-se em definitivo ao imóvel locado, fato que acaba por motivar desacertos entre as partes da relação locatícia.

A Súmula n. 335 do STJ aduz que “nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção.”. Denota-se que os precedentes que embasaram a edição da citada súmula¹⁸⁴ são perfunctórios e resumem-se à sucinta arguição de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias e à reafirmação de julgados anteriores no mesmo sentido.

¹⁸² COELHO, José Fernando Lutz. **Locação, Questões atuais e polêmicas**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 93.

¹⁸³ “[...] Conforme classificação do Código Civil (art. 96), as benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias. As voluptuárias são “as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor”. Benfeitorias úteis são as que “aumentam ou facilitam o uso do bem”. As necessárias são “as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 396).

¹⁸⁴ REsp 276153 GO 2000/0090280-2 Decisão:07/03/2006; REsp 575020 RS 2003/0125289-8 Decisão:05/10/2004; REsp 265136 MG 2000/0064106-5 Decisão:14/12/2000; REsp 172851 SC 1998/0031014-2 Decisão:26/08/1998 e REsp 38274 SP 1993/0024254-7 Decisão:09/11/1994.

O art. 35 da Lei 8.245/91¹⁸⁵ expressamente faculta ao locador estipular contratualmente sua exoneração do dever de indenizar benfeitorias, inclusive aquelas necessárias. Em sentido contrário, o art. 51, XVI, do Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁶, afirma a nulidade das cláusulas que estipulam a renúncia às benfeitorias necessárias.

Como já asseverado, a análise exclusivamente bidimensional das questões inerentes à locação urbana, nos moldes de Código de Defesa do Consumidor *versus* Lei 8.245/91, diante da limitada aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, tem conduzido a decisões despidas de uma consideração global do ordenamento jurídico.

Logo, ainda que não se possa afirmar, em abstrato, a abusividade da cláusula exoneratória do dever de indenizar benfeitorias necessárias por conta do disposto no art. 51, XVI do Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁷, ainda assim se justificam ulteriores investigações, especialmente à luz da principiologia do Código Civil de 2002 e outras leis especiais¹⁸⁸.

Inicialmente, interessa destacar que a própria Lei 8.245/91, na sessão em que enumera os deveres do locador e locatário (arts. 22 e 23), salienta que é responsabilidade do locador “manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel”, bem como “pagar as despesas extraordinárias de condomínio”, compreendendo-se dentre estas as “obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício”. Além disso, deve “responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação”. Do lado do locatário, incumbe a este “levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba”.

¹⁸⁵ Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.

¹⁸⁶ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

¹⁸⁷ Não obstante, é possível encontrar julgados que afirmaram a eficácia da referida cláusula nas relações locatícias: RESP. CIVIL. LOCAÇÃO. BENFEITORIA NECESSÁRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A BENFEITORIA NECESSÁRIA E INDENIZÁVEL. O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há de ser justa (STJ; RESP 90366; MG; Sexta Turma; Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro; Julg. 11/06/1996; DJU 02/06/1997; p. 23866).

¹⁸⁸ Maria Celina Bodin de Moraes ressalta o art. 34, da Lei nº 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), que dispõe a plena nulidade da renúncia antecipada às benfeitorias úteis e necessárias, qualquer que seja o motivo da rescisão (BITTAR et al., op. cit., p. 60).

Frise-se ainda que, reproduzindo em grande parte o que já dispunha o Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002, que guarda em seus artigos regramento supletivo à Lei 8.245/91, impõe ao locador entregar “ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário.”.¹⁸⁹

Maria Celina Bodin de Moraes traz a lume o entendimento de que “a ressalva ao início do art. 35 não se compadece com o sistema regulamentar de nosso direito”, relembrando que, em sede de disputas possessórias, o direito civil pátrio atribui, até mesmo ao possuidor de má-fé, o direito à indenização pelas benfeitorias necessárias, o que se revela uma grave inconsistência sistemática.¹⁹⁰

Por todos esses elementos, vislumbra-se a inequívoca *ratio* extraída da Lei 8.245/91, no sentido de que é responsabilidade do locador entregar ao locatário o imóvel alugado livre de vícios e em condições de ser utilizado para o fim que se destina. Essa *ratio* assume contornos de relevância normativa, uma vez interpretada em consonância com a assertiva de que “são nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos” da Lei 8.245/91.¹⁹¹

Salvo casos excepcionais, é indissociável, da essência do contrato de locação, a confiança de que o imóvel preservará, ao longo do contrato, estabilidade nas suas condições de utilização. Assiste razão a Slaibi Filho, quando adverte que a renúncia antecipada do locatário às benfeitorias necessárias é um “verdadeiro ataque à substância do contrato de locação que sempre é a ‘cessão de uso e gozo mediante remuneração’ – ceder coisa que não se pode usar não é, nunca, contrato de locação.”.¹⁹² Pode-se inferir que a presunção de usabilidade do bem constitui elemento padrão da base objetiva do contrato de locação, ou, valendo-se das lições de Junqueira acerca do negócio jurídico, afirmar que se trata de “elemento categorial inderrogável” de tal modalidade de contrato¹⁹³.

¹⁸⁹ Art. 566, I, CC/2002; art. 1.189, I, CC/1916.

¹⁹⁰ BITTAR et al., op. cit., p. 44.

¹⁹¹ Art. 45.

¹⁹² Nagib Slaibi Filho (apud BITTAR et al., op. cit., p. 60).

¹⁹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. Atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

Como desafio, resta a tarefa de compatibilizar a afirmação acima lançada com o regramento expresso do art. 35 da Lei 8.245/91, que permite às partes afastar a indenizabilidade das benfeitorias necessárias. Para a solução do impasse, deve-se contextualizar factualmente o permissivo legal apontado, levando em consideração de que ele não origina um conflito normativo abstratamente verificável, mas que, ao contrário, revelar-se-á apenas no caso concreto.

A análise da evolução histórica confirma que, desde o Código Civil de 1916 até a especialização legislativa com a Lei 8.245/91, o regramento das locações sempre teve como premissa a responsabilidade do locador pela manutenção das condições de utilização do imóvel, o que corresponde à obrigação de realizar as benfeitorias necessárias. A possibilidade legal de dispor contratualmente em sentido contrário é nitidamente tratada como exceção e deve ser entendida com restrições. Como corretamente alerta Prates, “na prática, tudo isto pode não se aplicar, já que a maioria dos contratos de locação prevê a renúncia do inquilino ao pedido de qualquer indenização, em razão de benfeitorias, bem como ao direito de retenção do imóvel locado.”.¹⁹⁴

Claramente, a massificação das relações privadas alcançou o ramo das locações, impondo a padronização dos contratos mediante a confecção de modelos que são vendidos até mesmo em papelarias, na forma de formulários, com campos abertos apenas para o preenchimento com a qualificação das partes, o valor do aluguel, o prazo de locação e os dados do imóvel. Com isso, adotou-se como regra, e não como exceção, posição injustificadamente vantajosa para o locador, ao se inserir nos contratos de locação, de forma automática e impassível de negociação, a sua isenção quanto à indenização de quaisquer benfeitorias realizadas no imóvel, ainda que necessárias.

Assim é que essa inserção automática, sem qualquer razão justificadora no caso concreto, contraria os objetivos da Lei 8.245/91, bem como fere a boa-fé objetiva, que deveria ser guardada pelas partes em qualquer relação contratual. Aliás, se a inserção é automática e completamente desvinculada da realidade negocial desenvolvida entre as partes, apenas formalmente se pode falar em exercício de autonomia privada.

¹⁹⁴ PRATES, op. cit., p. 38.

Além disso, a utilização de cláusulas preestabelecidas por uma das partes caracteriza contrato de adesão, tornando ineficaz “as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”, a teor do art. 424 do Código Civil de 2002.

[...] nos contratos pactuados por adesão, mesmo que sem a interferência da lei consumerista, parece que tal cláusula não pode imperar, pois violaria a regra do artigo 424 do CC, que dispõe ser nula a estipulação contratual inserida em contratos padronizados, quando desrespeite a um efeito que normalmente nasce de certo comportamento ocorrido no mundo dos fatos e protegido pelo direito, ou seja, fulmina de nulidade a cláusula que importe em renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, o que denota a preocupação do legislador em promover o controle do conteúdo contratual [...].¹⁹⁵

Atentando para essa situação, as Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovaram, acertadamente, o seguinte enunciado: “A cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de locação de imóvel urbano feito nos moldes do contrato de adesão.”.¹⁹⁶

Já nos contratos paritários, a licitude do ajuste exoneratório dependerá de elementos fáticos concretos da relação contratual, não sendo necessário e nem desejável excluí-lo automaticamente. A disposição é nula apenas quando “colide de frente com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa”¹⁹⁷, e é leonina quando “evidente que o locatário só a aceita em razão de sua necessidade de obter a locação.”.¹⁹⁸

É, por exemplo, plenamente razoável que um imóvel comercial com graves problemas estruturais seja alugado a uma empresa que se disponha a restaurá-lo, obtendo, em contrapartida, substancial redução no preço do aluguel. Nesse caso, está-se diante de uma relação pautada por equilíbrio entre as prestações, transparência e boa-fé recíproca, aperfeiçoando e validando o verdadeiro sentido em conferir autonomia às partes para dispor acerca da indenizabilidade ou não das benfeitorias necessárias.

¹⁹⁵ CATALAN, Marcos. **O CDC e sua Aplicação nos Negócios Imobiliários**. Curitiba: IESDE Brasil, 2009. p. 108.

¹⁹⁶ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 63.

¹⁹⁷ SOUZA, op. cit., p. 142-145.

¹⁹⁸ Ibid., p. 142-145.

A *contrario sensu*, caso o locador silencie acerca da existência do vício estrutural existente, não conceda qualquer abatimento no preço do aluguel e, mesmo assim, insira no contrato sua isenção em indenizar as benfeitorias necessárias, resta claro que age de má-fé, acarretando a ineficácia da respectiva cláusula exoneratória.

A constatação já havia sido alcançada por Aghiarian, que assevera ser “nula cláusula que estabeleça sem fundamento, a desobrigação do locador em indenizar benfeitorias úteis e necessárias”¹⁹⁹, mas que a mesma cláusula passa a ser válida quando, como forma de compensação pelas benfeitorias necessárias a serem realizadas, o locatário obtém proporcional abatimento no valor do aluguel.

Não se pode perder de vista que vícios construtivos são potencialmente ocultos, ignorados tanto pelo locador quanto pelo locatário, muitas vezes somente se exteriorizando após o início da locação. Sobrevindo, pois, a inadequação do imóvel para o fim ao qual fora destinado, caracterizar-se-á a contrariedade à natureza do contrato. Nesse caso, é irrelevante o desconhecimento por parte do locador, caracterizando-se perfeitamente a aplicação do instituto da boa-fé objetiva.

Pode acontecer que, no curso de uma locação onde o locatário tenha firmado desistência ou renúncia do direito à indenização e retenção, [...] deparam-se as partes com fato novo, não previsto e que, sem dúvida, altera a situação do art. 22, incs. I, III e IX da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991: o locador é obrigado a fazer a entrega do imóvel em estado que possa servir ao uso a que se destina, manter durante a locação a forma e o destino do imóvel e, ainda, a responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação. Não se pode admitir o locupletamento ilícito de uma das partes. Então, nessas circunstâncias peculiares, realizadas as benfeitorias, deve o locatário ser indenizado, de maneira especial em relação às benfeitorias necessárias.²⁰⁰

Assim, pouco importa o estado psicológico das partes quando da conclusão do contrato, pois o que deve ser considerado é a legítima expectativa gerada, o *standard* de conduta esperado pela natureza da relação contratual: o locador possui a expectativa de receber a remuneração pactuada e o locatário a de ter acesso a um bem que manterá suas regulares condições de uso ao longo da locação.

¹⁹⁹ AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 1999. p. 288.

²⁰⁰ PEDROTTI, op. cit., p. 203.

Há, neste ponto, que se destacar a distinção das intervenções do inquilino sobre o imóvel: as obras necessárias para recomposição, ou seja, destinadas à reparação do imóvel em virtude do desgaste natural e compatível com o período da locação contratada e as benfeitorias necessárias saneadoras, que se apresentam face à ocorrência de vício redibitório, caso fortuito ou força maior.²⁰¹

Exemplo de obra necessária para a recomposição do imóvel seria uma intervenção corretiva para o desentupimento da tubulação de esgoto, quando tal entupimento tenha se dado em função do uso ao longo da locação, ou o reparo de um vazamento na tubulação originado de uma perfuração mal sucedida por parte do locatário para pendurar um quadro. Nesses casos, não haverá indenização para o inquilino, pois “é boa a ressalva de que, na forma do art. 23, V da Lei nº 8.245/91, não são consideradas como benfeitorias as despesas ou obras destinadas a simples manutenção da *res locata* e que sejam de responsabilidade do locatário.”.²⁰² Valendo-se de uma análise filológica da expressão “benfeitoria”, tem-se que é “aquilo que redunde em vantagem; proveito, ganho”, assim as despesas às quais o inquilino deu causa são de responsabilidade dele próprio, pois não há qualquer vantagem, proveito ou ganho para locador.

Logo, só podem ser consideradas benfeitorias necessárias aquelas que visam a sanear os vícios que se delineiam quando, por exemplo, o telhado da casa alugada vem a ceder no primeiro mês de locação. Ainda que possa se atribuir o fato ao desgaste natural, é insofismável que o desgaste, nesse caso, é pretérito ao contrato de locação, convertendo-se em verdadeiro vício redibitório.

Outrossim, o destelhamento ocasionado por forte vendaval ou a depredação de imóvel por protestos populares não podem ser reparados a expensas do locatário, pois tais eventos constituem força maior e caso fortuito e não guardam qualquer relação de causa e consequência com a conduta do locatário²⁰³ e o objeto do contrato de locação. Subsiste, no direito civil, o princípio inspirado nos textos

²⁰¹ Maria Celina Bodin de Moraes cogita a possibilidade de, entre as benfeitorias ditas necessárias, realizar a “distinção concernente às benfeitorias que sejam indispensáveis à própria utilização do imóvel” (BITTAR et al., p. 45).

²⁰² PEDROTTI, op. cit., p. 202.

²⁰³ Nesse sentido, o CC/1916 dispunha que: “Art. 1.208. Responderá o locatário pelo incêndio do prédio, se não provar caso fortuito ou força maior, vício de construção ou propagação de fogo originado em outro prédio”. Apesar da norma não ter sido reeditada, denota-se que a sistemática da locação, mesmo diante do viés liberal e patrimonialista do código anterior, jamais atribuiu ao locatário o dever de arcar com os prejuízos advindos de caso fortuito ou força maior.

romanos *res perit domino*, ou seja, é o dono que deve suportar o perecimento da coisa quando o detentor não teve culpa no evento.²⁰⁴

Dito isso, os problemas atinentes às benfeitorias necessárias que alvoroçam a relação locatícia são mais ou menos recorrentes: vazamentos de tubulação, goteiras, trincas e rachaduras nas paredes oriundas de comprometimentos estruturais, problemas elétricos, etc. Pode-se inferir que esses percalços não aparecem “do dia para a noite”, revelando vícios preexistentes. De fato, “difícilmente haverá benfeitoria necessária no imóvel que não diga respeito à própria responsabilidade do locador em manter o prédio em perfeitas condições”²⁰⁵, atraindo, portanto, a obrigação do locador de corrigi-los, realizando as benfeitorias necessárias saneadoras, nos termos do art. 22, IV da Lei 8.245/91.

Da inércia do locador em corrigir os vícios do imóvel é que surge o impasse a ser equacionado: de um lado a obrigação do locador de recolocar o imóvel em condições de uso e, de outro, a suposta impossibilidade do locatário de ser indenizado caso realize os reparos por conta própria, diante de cláusula exoneratória das indenizações por benfeitorias necessárias.

Há, portanto, uma aparente antinomia, revelada apenas no caso concreto, para a qual não é razoável propor, como única solução, o ajuizamento de uma ação cominatória por parte do locatário em face do locador. Pela natureza específica da relação obrigacional em deslinde, as benfeitorias necessárias, muitas vezes, apresentam-se inadiáveis diante de eventual prejuízo à habitabilidade do imóvel, bastando, para ilustrar a hipótese, a imagem de um inquilino com o teto literalmente ruindo sobre sua cabeça. Nessas condições, a inércia do locador é capaz de coagir o locatário a, diante da angústia e abalo psíquico gerado com a deterioração do imóvel locado, corrigir o vício por conta própria antes que possa cogitar a adoção de qualquer medida judicial.

Na prática, cumpre ao inquilino instar o locador para que corrija imediatamente o vício verificado, recompondo o imóvel à sua condição de habitabilidade.

²⁰⁴ Essa antiquíssima noção de justiça já se fazia presente no reinado de Hamurabi, monarca da Babilônia (1686 a 1728 a.C.), cujo §244 do respectivo código estabelecia: “Se alguém alugou um boi, ou um asno, e, se nos campos, o leão os matou, a perda é para o dono.”. Azevedo, Álvaro Villaça - Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil (AZEVEDO, op. cit., p. 84).

²⁰⁵ VENOSA, op. cit., p. 164.

Se o locatário notifica o locador para tomar providências dentro do prazo razoável (art. 23, IV), e este se mantém inerte, não vemos por que não possa realizar a obra, às suas custas, ficando assegurado o correspondente ressarcimento, ainda que do contrato conste cláusula exonerativa. Em auxílio do entendimento aqui defendido, invoque-se o inciso XVI do art. 51 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Ajuda subsidiária, é claro, pois a locação não é matéria defendida por tal lei, mas serve para denunciar a imoralidade dessa renúncia." ²⁰⁶

Apesar de ser relevante a notificação do locador para corrigir os vícios do imóvel, na impossibilidade prática para tanto, deve-se admitir que ele seja informado posteriormente, tão logo possível, da correção em caráter de urgência dos vícios por parte do locatário, o qual poderá ser ressarcido. Nesse sentido, é o entendimento de Venosa:

Quando o locatário conserta as vigas do telhado que ameaça ruir, impermeabiliza uma laje que ameaça solapar o terreno, reforça uma parede que se inclina e está preste a cair, apenas conserva o imóvel como faria o seu dono. Ora, nem sempre terá ele tempo suficiente para cumprir a sua obrigação estampada no art. 23, IV, qual seja, de levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito, cuja reparação a este incumba. Nesses casos, embora negado pelo contrato o direito de retenção, não se lhe pode negar o pagamento das despesas necessárias para evitar a ruína do imóvel. O bom senso no exame do caso concreto dirimirá a questão. ²⁰⁷

Nessa hipótese, caso o locador se recuse a indenizar a benfeitoria necessária realizada, é patente o seu enriquecimento sem causa, uma vez que, por conta de sua própria desídia, aproveita-se do investimento do locatário, que, legalmente, seria de sua responsabilidade. Aplicável o art. 873 do Código Civil, ao estabelecer que “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir,” Assim, se “as benfeitorias reverterem ao interesse do locador na medida em que preservam seu patrimônio [...] claro que o locador estará recebendo o que não lhe era devido” ²⁰⁸, afrontando o dispositivo retromencionado.

Note-se que a obrigação do locador em corrigir os vícios do imóvel alugado nem sempre corresponderá à sua obrigação de indenizar benfeitorias necessárias. A cláusula excludente do direito à retenção por benfeitorias necessárias tem o

²⁰⁶ Barros (apud PEDROTTI, op. cit., p. 202).

²⁰⁷ VENOSA, op. cit., p. 164.

²⁰⁸ BONATTO, Cláudio, Ação Civil Pública - Cobrança Irregular de Taxa Mensal por Parte de Imobiliária. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 17, p. 344, jan. 1996.

legítimo viés de evitar a procrastinação nas lides de despejo, conferindo segurança ao locador de que não será surpreendido com pedidos de retenção como estratégia jurídica para tumultuar eventual intuito de retomada.

Por isso, o locatário que guarda a realização de benfeitorias necessárias como “trunfo” para obstar futura ação de despejo, mediante o pleito de retenção, esvazia-se da boa-fé que é o *leitmotiv* da indenizabilidade das benfeitorias necessárias, mesmo diante de cláusula que a exclua.

Em sentido contrário, Coelho entende que a cláusula exoneratória do dever de indenizar é sempre válida, por se tratar de mera disposição patrimonial e porque “nem sempre o locador é a parte mais forte da relação contratual²⁰⁹”, muitas vezes não possui condições de ressarcir as benfeitorias e obras de vulto realizadas pelo locatário.

O argumento merece rechaço em seus dois pontos. O fato de a cláusula exoneratória versar sobre disposição patrimonial não afasta a necessidade de que tal disposição não configure violação aos princípios hoje fundamentais do direito privado, como a vedação ao enriquecimento sem causa e a boa-fé objetiva. Além disso, não se pode tomar como regra a exceção – o locatário ser a parte mais forte da relação contratual – para revestir de legalidade, em todos os casos, o ajuste contratual iníquo.

No caso concreto, a inversão das posições dominantes deverá ser considerada e terá repercussão na solução a ser adotada, advertindo-se, de antemão, que a hipossuficiência do locador, *per se*, não lhe conferirá o direito de levar vantagem exagerada no contrato de locação, que é o que ocorre quando o inquilino se vê obrigado a arcar com todas as benfeitorias necessárias.

As cláusulas do contrato de locação elaboradas apenas com o objetivo de conferir vantagem manifestamente excessiva e injustificada a uma das partes deverão ser consideradas nulas. É que “as normas imperativas [...] anulam o regulamento contrastante com as mesmas, ou então amputam-no, removendo do mesmo previsões ou disposições que as partes aí tinham introduzido.”²¹⁰

Esclareça-se que, nas relações regidas pela Lei do Inquilinato, quando se fala em nulidade, diz-se nulidade apenas das “cláusulas dos contratos e não todo

²⁰⁹ COELHO, op. cit., p. 91.

²¹⁰ VENOSA, op. cit., p. 18.

negócio jurídico [...] porque evidentemente o legislador não pretende a nulidade da locação, eis que sua intenção é justamente preservar sua manutenção.".²¹¹

Deve-se concluir, portanto, os seguintes pontos: a indenizabilidade das benfeitorias necessárias do imóvel pode ser objeto de disposição pelas partes, entretanto a disposição não pode ser genérica e abstrata. Para que a cláusula de exoneração não seja eivada de nulidade, os “considerandos” do contrato devem descrever a situação fática concreta que justifique a regra de exceção adotada. A justificativa deverá ser verificada no plano dos fatos, impondo-se que o equilíbrio contratual seja refletido na equivalência das prestações.

Assim, a exoneração da responsabilidade pela indenização das benfeitorias necessárias deverá ser compensada com algum tipo de concessão por parte do locador, como por exemplo, com um abatimento proporcional do aluguel em relação ao valor de mercado. A atenção à necessidade de justificativa expressa contratualmente deve ser intensificada em caso de transferência da responsabilidade pela realização de benfeitorias voltadas ao saneamento de vícios desconhecidos pelas partes.

Além disso, o ajuste de não indenizabilidade de benfeitorias necessárias gera a presunção inicial de validade, transferindo ao locatário o ônus de informar previamente ao locador da necessidade de correção de vícios de sua responsabilidade, sob pena de não poder pugnar pela indenização e retenção posteriormente, especialmente quando do momento patológico do despejo.

Entretanto, sempre que o caso concreto demonstrar a impossibilidade do locatário de contatar o locador, a inércia deste, ou, caso o comprometimento da habitabilidade do imóvel alugado demande inadiável reparo, o locatário que realizou a benfeitoria necessária deverá ser indenizado a despeito da existência de cláusula exoneratória nesse sentido, salvo contratos *sui generis* nos quais a própria boa-fé e o equilíbrio contratual justifiquem a exoneração do locador.

²¹¹ Ibid., p. 18.

5

A Relativização da Denúncia Vazia

A exemplo do debate acerca da indenizabilidade das benfeitorias necessárias, tratado no capítulo anterior, também a possibilidade de denúncia vazia nos contratos de locação, pretensamente autorizada com base na literalidade do texto normativo, merece ser revisitada. Mais uma vez é de se rechaçar uma interpretação isolada das normas aplicáveis à denúncia vazia nos contratos de locação, para dar lugar a um método interpretativo que possibilite a aplicação do direito em consonância com as diretrizes constitucionais.

Conquanto a técnica exclusivamente baseada no silogismo jurídico seja apta a produzir resultados indispensáveis em muitas searas do Direito, este não é propriamente o caso das relações locatícias, que se apresentam como situações subjetivas extremamente complexas, subvertendo os vetustos conceitos do direito subjetivo e do direito potestativo a uma hermenêutica mais apurada.

Como já se salientou nos capítulos anteriores, o grande problema a ser resolvido pela doutrina e a jurisprudência diante de um regramento de molde codicista, com pretensão de esgotar determinada matéria, é evitar o açodado prevalecimento da técnica da subsunção.

Ocorre que, “toda norma, porque veiculada por meio da linguagem, é, em alguma medida, indeterminada”²¹², o que vale dizer não só dos princípios, mas também das regras.

[...] como a aplicação das normas demanda amplo processo de ponderação de razões e de fatos, tanto a aparente determinação pode desaparecer quanto a pressuposta indeterminação pode transmutar-se em clareza diante dos casos concretos.²¹³

As lições triviais ensinam que as regras entram em conflito no plano abstrato enquanto os princípios somente conflitam no plano concreto. As regras seriam, nesse sentido, dotadas de uma formulação hipotético-condicional com soluções predeterminadas, diante de *fattispecie* previamente concebidas (subsunção), e seriam aplicadas no esquema do “tudo ou nada” (ou se aplica a

²¹² ÁVILA, op. cit., p. 85.

²¹³ Ibid., p. 85.

regra, ou se a afasta a afasta). A adoção extremada desse raciocínio é o método de aplicação que entende as regras como de aplicação automática, enquanto os princípios seriam sempre ponderáveis e superáveis no confronto com outros princípios.

Essa distinção, tida como forte, revela-se possuidora de várias imperfeições, uma vez que toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação. É de se destacar que “as regras não fogem a esse padrão, na medida em que se submetem tanto a uma ponderação interna quanto externa.”.²¹⁴ Com relação à solução de antinomias, também é possível apontar exemplos de regras que só entram em conflito diante do caso concreto e princípios que podem conflitar em abstrato.²¹⁵ Outra dificuldade, nessa distinção abstracionista, emerge quando se dá conta de que a “formulação normativa pode conter mais de uma norma (conteúdo de significado da expressão linguística) e também o contrário é possível, ou seja, uma norma pode ser extraída do cotejo de mais de uma formulação normativa.”.²¹⁶

Logo, a distinção entre regras e princípios, com base no seu modo de aplicação ou de solução de antinomias, além de não ser suficiente, “leva a crer que as regras não podem ser superadas, quando, em realidade, toda norma jurídica – inclusive as regras – estabelece deveres provisórios.”.²¹⁷

Por isso, como ensina Perlingieri, deve-se rechaçar o brocardo *in claris non fit interpretatio*, pois tanto regras quanto princípios só revelam seu potencial normativo integral no momento da aplicação.

A clareza, na verdade, é um eventual *posterius*, não um *prius* da interpretação. A norma, clara ou não, deve ser conforme aos princípios e aos valores do

²¹⁴ ÁVILA, op. cit., p. 88.

²¹⁵ Nesse contexto, vale mencionar que Humberto Ávila confronta a visão tradicional de distinção entre regras e princípios mais conhecidos através dos estudos de Dworkin e Alexy. Muito embora seus exemplos de contradição entre regras no caso concreto e entre princípios em abstrato sejam intrigantes e remetam à reflexão, é de se questionar se nos casos apontados na verdade não se estaria diante de uma classificação indevida das normas. Como o próprio autor afirma, um mesmo dispositivo pode ser tido como regra e princípio, dependendo da reformulação hipotético-condicional no momento da interpretação. Nos casos exemplificados é difícil dizer se o que entrou em conflito foi a interpretação hipotético-condicional do dispositivo, ou o princípio que dele também se pode extrair.

²¹⁶ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e regras: entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 560.

²¹⁷ ÁVILA, op. cit., p. 89.

ordenamento e deve resultar de um processo argumentativo não somente lógico, mas axiologicamente conforme as escolhas de fundo do ordenamento.²¹⁸

Ávila compartilha do pensamento, ao sustentar que “não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente.”.²¹⁹ Acrescente-se que o próprio resultado da interpretação acaba por fazer parte dessa operação una, no sentido de se verificar se o que se obteve encontra-se em sintonia com as razões subjacentes da regra, com o estado de coisas apontado como ideal pelos princípios e, por fim, com a ordem normativa global.

O que se pretende demonstrar é que, por mais que aparentem clareza, “as normas contrárias ao sistema podem, por causa da contradição de valores nelas incluída, atentar contra o princípio constitucional da igualdade e, por isso serem nulas.”.²²⁰ Tal ocorre quando se percebe que o “legislador se afastou do seu próprio princípio, sem que houvesse razões bastantes e materialmente figuráveis para esta contrariedade ao sistema.”.²²¹

Com base nesses conceitos, torna-se evidente que a pretensa literalidade da lei não pode conferir a uma das partes, eventualmente dotada de posição dominante na relação contratual pela possibilidade irrestrita de exercitar a denúncia vazia do contrato de locação, o poder de colocar a outra em situação de flagelo ou de injusto prejuízo, como reiteradamente ocorre na prática.

Não só é possível, como necessário, oferecer uma interpretação mais aprofundada do instituto da denúncia vazia do contrato de locação, insculpido na Lei 8.245/91, no §2º do art. 46, e no art. 57, em consonância com uma hermenêutica pautada em valores constitucionais. Sem perder de vista a vontade democrática expressa pelo legislador e a necessária segurança jurídica, cumpre desatrelar a aplicação da norma de uma técnica exegética já incapaz de surtir resultados condizentes com as exigências éticas e morais da atualidade.

²¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 243.

²¹⁹ ÁVILA, op. cit., p. 99.

²²⁰ CANARIS, op. cit., p. 225.

²²¹ Ibid., p. 225.

5.1

A denúncia vazia na lei do inquilinato

Nelson Nery ensina que “a denúncia, bem como a rescisão, operam no plano da eficácia. São momentos eficazes da vida negocial que operam no sentido de extinguir a relação jurídica.”.²²² Tanto a denúncia quanto a rescisão emanam da conduta unilateral de uma das partes, e põe fim ao negócio assim que chegam ao conhecimento da contraparte.

Contudo, o citado doutrinador, contrariando o magistério de Orlando Gomes, disseminado na praxe jurídica, entende que denúncia e rescisão não se confundem. A rescisão incidiria, pois, na extinção antecipada provocada unilateralmente por uma das partes em um contrato por prazo determinado, enquanto a denúncia teria por característica a extinção de relações negociais vigentes, necessariamente, por prazo indeterminado.

Logo, “é pressuposto fundamental do negócio jurídico denunciativo o tempo indeterminado da relação jurídico obrigacional contratual. O efeito da denúncia é a progressiva extinção do vínculo.”.²²³ Ressalte-se que o negócio jurídico é a denúncia, enquanto “a desconstituição, *ex nunc*, do vínculo, com preservação das prestações já desempenhadas” é o seu efeito eficaz.²²⁴

As denúncias se prestam a por fim a negócios jurídicos de trato sucessivo sem termo pré-fixado. Essa é a sua causa final. Elas podem conter ou não motivo, conforme possibilidade admitida na lei ou no contrato. Assim serão, conforme o caso, cheias ou vazias.

Na tradicional definição de Pontes de Miranda, “a denúncia do contrato pode ser a declaração unilateral de vontade do locador, ou do locatário, sem precisar de conteúdo fático [...] e então se diz denúncia vazia, ou denúncia oca.”²²⁵. A denúncia contratual é vazia, portanto, quando dispensa fundamentação, ou é cheia quando só é cabível mediante “razão, segundo a lei ou o negócio jurídico, para se denunciar.”.²²⁶

²²² NERY JUNIOR, Nelson. Negócio jurídico temporário e abuso de direito - Soluções Práticas. **DTR**, v. 2, p. 79. set. 2010. p. 79.

²²³ NERY JUNIOR, op. cit., p. 79.

²²⁴ Pontes de Miranda (apud NERY JUNIOR, *ibid.*, p. 79).

²²⁵ MIRANDA, op. cit., p. 196.

²²⁶ NERY JUNIOR, op. cit., p. 79.

Com essas premissas, cumpre analisar o que se tem por “denúncia vazia” na Lei das locações. Também chamada de denúncia imotivada, a legislação anterior a vedava, reduzindo as possibilidades de retomada do imóvel, o que à época foi apontado como grande entrave para o aumento da oferta de imóveis para locação.

Com o advento da Lei 8.245/91, em cujo art. 46 resta disposto que, encerrado o prazo da locação residencial com prazo mínimo superior a 30 meses, ocorre a resolução do contrato. Se o locatário, entretanto, permanece no imóvel, o contrato prorroga-se por prazo indeterminado, situação que confere ao locador o direito de, a qualquer momento, denunciá-lo e promover o despejo, mediante notificação prévia de 30 dias.

A situação prevista no art. 47, inciso V, com relação aos contratos de aluguel residencial com prazo inferior a 30 meses, não retira a possibilidade da denúncia vazia do contrato, apenas a condiciona à fluência ininterrupta de cinco anos da locação. Já os contratos de locação por temporada, que se prorrogam pela permanência do inquilino, têm sua denúncia vazia condicionada ao transcurso do prazo de 30 meses (art. 50, parágrafo único). Para as locações não residenciais, vale a regra insculpida no art. 57, no sentido de que “o contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação.”.

Em síntese, na lei atualmente vigente, ressalvados os requisitos temporais a depender do tipo contratual, em tese, seria sempre possível a denúncia imotivada do contrato de locação estipulado por prazo indeterminado, ou que assim passou a vigor em face do escoamento do prazo originalmente pactuado.

A única exceção a essa regra coube às locações “de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas.” (art. 53). Sobre elas não é possível o exercício da denúncia vazia, em função da natureza das citadas atividades, que envolvem interesses coletivos e justificam a intensificação do princípio da fixação do inquilino ao imóvel, diante da reconhecida função social exercida por meio da utilização da *res locata*.

A denúncia unilateral do contrato de locação pode ser considerada um direito potestativo, mas esse direito não será atribuído em todos os casos. O

significado que os direitos subjetivos e direitos potestativos possuem hodiernamente fornece o instrumental necessário para sustentar que a dita denúncia vazia pode ser afastada em face de situações subjetivas complexas que lhe retirem a juridicidade.

5.2

Direitos subjetivos ou situações subjetivas complexas e direitos potestativos

O direito objetivo pode ser descrito como um complexo de regras que compõe o ordenamento jurídico, o qual todos os indivíduos devem observar e submeter-se (*norma agendi*), sob pena de coação externa ou física por parte do Estado.

O direito objetivo confere ao indivíduo, diante de um interesse juridicamente reconhecido, a faculdade de invocar a norma a seu favor e fazer com que os demais indivíduos ajam em conformidade com ela, coagidos pelo aparato estatal quando necessário. Esse poder atribuído ao indivíduo é o que se afirma como direito subjetivo. Como aduz Silvio Rodrigues, “trata-se da faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma a seu favor, ou seja, de agir sob a sombra da regra, isto é, a *facultas agendi*.”²²⁷

Em uma definição amplamente compartilhada, infere-se que o direito subjetivo define-se como o “poder da vontade do homem de agir, para satisfação dos interesses próprios, em conformidade com a norma jurídica.”²²⁸

Vale mencionar que existem doutrinas que negam a existência dos direitos subjetivos, com isso, desacreditando a utilidade de sua conceituação. Destaca-se, nesse sentido, o pensamento de Duguit, que rechaça a abstração exacerbadamente formalista da figura do direito subjetivo e sua caracterização como supremacia da vontade individual sobre a coletiva, sustentando que essa categoria deveria ser substituída por situação jurídica, supostamente mais apta a apreender a realidade dos fatos da vida e traduzir a aplicação do Direito nas relações intersubjetivas.

Por sua vez, Kelsen, também, infirma a existência de direitos subjetivos, mas por razões diversas daquelas de Duguit. Segundo seu pensamento, o

²²⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v.1. p. 5.

²²⁸ RUGGIERO, R. **Instituições de direito civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 6.ed. Campinas: Bookseller, 1999. p. 266.

regramento expresso na pureza da norma não coaduna com a dualidade direito objetivo-subjetivo, considerando os direitos subjetivos pura criação metajurídica, consistente na observação da mesma norma jurídica do direito objetivo sob a perspectiva do indivíduo, o que encerraria um indesejável componente ideológico. Sua visão do ordenamento jurídico é monista, desse modo, desprezando a categorização dos direitos subjetivos.

Apesar das críticas, a figura do direito subjetivo persiste como elemento útil aos estudos dos juristas, não em sua acepção clássica e absoluta, mas em sua nova roupagem constitucionalizada. Como assevera Francisco Amaral, “independentemente da concepção teórica adotada, o certo é que existem indiscutíveis prerrogativas, zonas de poder reconhecidas aos indivíduos pelo direito objetivo, que devem identificar-se como categoria própria”, quer seja essa categoria designada direitos subjetivos, situação jurídica, ou até mesmo como relação jurídica²²⁹.

No mesmo sentido, Perlingieri reconhece a importância da categoria das situações subjetivas complexas, rechaçando as teorias negativistas dos direitos subjetivos. Contudo, alerta para a crise do conceito de direito subjetivo tradicionalmente difundido, pois “enquanto este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a complexidade das situações subjetivas [...] exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional.”²³⁰

Defende-se, com esse ponto de vista, que os direitos subjetivos não devem ser encarados como poder arbitrário de realizar os próprios interesses, sendo relevante a confrontação com o interesse de coletividade para avaliação de merecimento de tutela jurídica, em consonância com a globalidade do ordenamento. A conclusão é que os direitos subjetivos possuem limitações imanescentes ao ordenamento jurídico.

Apesar das resistências conservadoras e adeptas àquele positivo exacerbadamente formal, é possível constatar que o direito subjetivo não mais confere aos indivíduos o poder de fazer tudo aquilo que a lei não veda, nem mesmo garante o exercício dos direitos que a lei lhes confere quando, no caso concreto, o exercício desses hipotéticos direitos se dê em abuso ou não atenda a uma função social juridicamente apreciável. Por isso, para muito além de sua

²²⁹ AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 229.

²³⁰ PERLINGIERI, **Direito...**, p. 677.

conceituação técnica, o direito subjetivo possui “reconhecido significado ético que se manifesta nas funções que desempenha, tanto na defesa das liberdades públicas ou direitos fundamentais.”.²³¹

Reitere-se que essa nova perspectiva dos direitos subjetivos só pode ser vislumbrada sem uma ordem preferencial entre direito e dever, entre direito objetivo e direito subjetivo. Na verdade, é indispensável a avaliação da situação jurídica concretamente considerada, superando-se o aspecto meramente formal do exame dos direitos subjetivos. É por isso que a categoria das situações jurídicas complexas ativas e passivas mais bem exprime o novo conceito que toma forma acerca dos direitos subjetivos e seus correspondentes deveres jurídicos.

Como visto, os direitos subjetivos são caracterizados pela possibilidade de seus titulares exigirem, da contraparte da relação jurídica, o cumprimento de um dever jurídico, o que se torna possível através de uma correspondente ação, pela qual se busca a intervenção do Estado para dar cumprimento a essa finalidade. Existem, contudo, direitos estabelecidos pelo direito objetivo que conferem aos seus titulares a possibilidade de impor a terceiros a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas. Esse fenômeno é cunhado como direito potestativo ou formativo, conforme a influência da terminologia alienígena.²³²

O direito potestativo não se confunde com o direito subjetivo estritamente considerado, eis que, enquanto ao direito subjetivo contrapõe-se um dever, ao direito potestativo revela-se um poder jurídico ao qual não existe a correspondência de um dever, mas sim de uma sujeição.²³³

A dita sujeição implica que aquele que se encontra em situação jurídica passiva na relação jurídica, quando do exercício de um direito potestativo, nada pode fazer para evitar suas consequências, pois as alterações são produzidas unilateralmente pelo titular do direito.

Para Giuseppe Chiovenda, identifica-se o direito potestativo quando a lei confere a um sujeito o poder de influir mediante manifestação unilateral de

²³¹ AMARAL, op. cit., p. 225.

²³² A noção de direitos potestativos, como vem sendo concebida atualmente, surgiu na Alemanha, mas ganhou força, também, na Itália e na Suíça, com diferentes nomenclaturas. De acordo com Manuel Domingues de Andrade, tais direitos são denominados “direitos potestativos” na Itália (em alemão, *Kannrechte* e *Rechte der rechtlichen Könnern*); “direitos conformativos” na Alemanha (*Gestaltungstrechte*); e “direitos constitutivos”, na Espanha, todas, refletindo de alguma forma a natureza dessa classe de direitos subjetivos (OBICI, op. cit., p. 79).

²³³ AMARAL, op. cit.

vontade, “sobre a condição jurídica de outro [...] ou fazendo cessar um direito ou um estado jurídico existente; ou produzindo um novo direito, ou estado ou efeito jurídico.”.²³⁴ Para complementar a conceituação, cumpre recorrer, novamente, à escorreita definição de Perlingieri:

A situação jurídica subjetiva denominada ‘direito potestativo’ atribui ao seu titular o poder de provocar unilateralmente uma interferência jurídica desfavorável a outro sujeito (constituição, modificação, extinção de situações subjetivas). Por isso o direito potestativo é igualmente designado como poder formativo: o seu titular pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, não obstante significar invasão na esfera jurídica de outro sujeito, o qual não pode evitar, em termos jurídicos, o exercício de tal poder.²³⁵

Apesar da virtual inevitabilidade do exercício do direito potestativo, tem-se que, na atual compreensão do ordenamento jurídico, ele não se reveste de intangibilidade hermenêutica. Tepedino, a respeito, assevera que:

[...] as diferentes doutrinas do abuso do direito caminham em direção à necessidade de valoração axiológica do exercício de uma determinada situação jurídica subjetiva – não apenas os direitos subjetivos, mas também os interesses potestativos ou supraindividuais – à luz dos valores consagrados por cada ordenamento civil-constitucional.²³⁶

Apesar de conceitualmente correta a afirmação de que o exercício de determinadas situações jurídicas subjetivas carecerem de valoração axiológica, inclusive as que correspondem aos direitos potestativos, não é automático referir que essa categoria de situação subjetiva comporta todas as consequências atribuídas ao abuso de direito no seu exercício. Como afirma Perlingieri, é justamente pelo caráter não oponível do direito potestativo que a “atribuição a um sujeito de tal poder deve por isso ter uma razão justificadora merecedora de tutela, a qual deve ser individualizada no âmbito de outras e mais amplas situações subjetivas das quais o direito potestativo é parte integrante.”.²³⁷

Em outras palavras, para que a categoria do direito potestativo continue tendo utilidade prática para a melhor compreensão das situações jurídicas

²³⁴Giuseppe Chiovenda (apud LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. **Direito Potestativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 34).

²³⁵TEPEDINO, A cláusula..., p. 151.

²³⁶Ibid., p. 151.

²³⁷PERLINGIERI, **Direito...**, p. 688.

subjetivas, é de se considerar que, uma vez atribuído a um sujeito tal qualidade de direito, este realmente não pode ser neutralizado. É justamente por esse motivo que a atribuição do direito potestativo deverá ser objeto de prévia avaliação de adequação valorativa e meritória, tendo como quadro base as leis constitucionais e infraconstitucionais, sem perder de vista o caso concreto.

A tendência é que se reconheça uma maior fluidez na atribuição de direitos potestativos inerentes ao exercício de situações subjetivas de natureza existencial. Exemplo disso foi “a edição da Emenda Constitucional 66/2010, que, modificando a redação do §6º do art. 226 da Constituição Federal, criou o divórcio potestativo, absolutamente desvinculado de qualquer termo ou condição.”.²³⁸

Nesse caso, a modificação legislativa só veio a corroborar a atribuição de um direito potestativo anteriormente identificado no ordenamento jurídico pela doutrina e jurisprudência. O divórcio corresponde a um direito da personalidade intimamente ligado à dignidade humana, por permitir ao sujeito a livre condução de suas relações afetivas, caracterizando-se, portanto, como um direito indisponível e irrestritamente merecedor da atribuição da qualidade de direito potestativo.

O mesmo não ocorre nas relações de cunho patrimonial, especialmente na seara das relações contratuais. Nesse caso, a atribuição de direitos potestativos não tem como função, ao menos diretamente, a proteção de uma esfera de direitos personalíssimos, antes tendo sua atribuição justificada na função social do contrato, seguida da avaliação meritória em consonância com a causa do contrato e os fins almejados com a avença.

Assim, para que não se esvazie o arquétipo estrutural construído em torno do direito potestativo – uma vez que utilidade de sua classificação é justamente conceitual – a melhor solução é reafirmar que, uma vez que seja ele atribuído à determinada posição jurídica em concreto, não é possível evitar a sujeição ao seu exercício. Entretanto, embora a regra jurídica seja a fonte primordial do direito potestativo, as posições jurídicas individuais não deverão receber a atribuição

²³⁸ FÜHRER, M. R. E. O divórcio potestativo: a velha família e o novo Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 15, n. 2655, 8 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17578>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

abstrata automática desse direito, ou seja, sem levar em conta o contexto factual que envolve o seu exercício.

Como afirma Pontes de Miranda, “o direito nasce quando a regra jurídica, incidindo sobre o suporte fático, tem por suficientes os fatos, ou o fato, para a produção do direito [...]”.²³⁹ O exercício de um direito potestativo de forma abusiva, na verdade, revela a ausência deste, pois “apesar da expressão abuso, os casos ditos de abuso de direito são na realidade hipóteses de atuação contrária ao direito, atuação antijurídica.”²⁴⁰ Logo, a toda atribuição de direito potestativo, precederá uma análise de *meritevolezza* da posição jurídica, contrapondo-se a regra jurídica, a realidade dos fatos e a principiologia do ordenamento. A referida análise, resultando negativa, implicará na constatação de inexistência do direito potestativo no caso concreto.

5.3

Repercussão da relativização dos direitos potestativos na denúncia vazia

Enquanto a intervenção no conteúdo dito interior da relação contratual é contingência razoavelmente assente na ciência jurídica, a autonomia privada, quando se trata da liberdade de concluir²⁴¹ ou extinguir contratos, ainda é tida como relativamente intangível. Mesmo diante de tempos de grande atenção à função social do contrato e da propriedade, à boa-fé contratual e do subprincípio da conservação dos contratos^{242,243} e, com especial atenção, às relações

²³⁹ Pontes de Miranda (apud LEMOS FILHO, op. cit., p. 34).

²⁴⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26. v. 1.

²⁴¹ A terminologia “concluir” se utiliza no presente trabalho precisamente como referência ao momento da formação do contrato.

²⁴² Sobre o princípio da conservação dos contratos, a I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho Federal de Justiça, em seu Enunciado nº 22, fez constar seguinte: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

²⁴³ Ainda sobre o princípio da conservação dos contratos, Schreiber acrescenta: A preferência por remédios que não promovam o rompimento do vínculo negocial foi expressamente manifestada pelo legislador brasileiro, que registrou, em diversas passagens do Código Civil de 2002, sua simpatia pela execução específica das obrigações (v.g., arts. 249, 251, 464). Bem mais que um instrumento a cargo das preferências do credor, como sugere a literalidade do o art. 475, a execução específica deve ser vista como medida prioritária, a ser afastada somente naquelas hipóteses em que já reste comprometida a função concretamente desempenhada pela relação contratual. Com isto, o princípio da conservação dos contratos, que vem sendo invocado no Brasil de modo algo aleatório e meramente pontual, poderia adquirir um papel efetivo e abrangente no ordenamento pátrio, a revelar uma atuação global e sistemática em prol da manutenção dos

locatícias, ao direito à moradia, à fixação do inquilino ao imóvel e à estabilidade dos alugueis, a liberdade de contratar *stricto sensu*²⁴⁴ ainda é enxergada pelos tradicionalistas como núcleo duro do direito privado.

A nova teoria contratual, propondo a superação desse paradigma, lança a oportunidade de se investigar se o direito potestativo de extinguir os contratos de locação vigentes por prazo indeterminado, por meio da denúncia vazia, é realmente absoluto. Ao que parece, o atual estágio dos conhecimentos jurídicos extraídos do ordenamento brasileiro não corrobora com a tutela de direitos absolutos e tampouco com condutas “vazias” e imotivadas, sob o pretexto de vetustas tradições patrimonialistas.

O ato jurídico que põe fim à vigência contratual deve ser classificado como ato negocial, eis que, nas lições Emílio Betti, constitui preceito da autonomia privada, que é conteúdo do negócio jurídico.²⁴⁵ Outrossim, Pontes de Miranda assevera que “a denúncia é negócio jurídico unilateral, constitutivo” e o “direito de denúncia é direito formativo extintivo”.²⁴⁶

Ensina ainda o ilustre jurista que os efeitos a serem atribuídos ao ato jurídico não são determinados pelo agente, “já que ele é apenas chamado a dar vida à *fattiespecie*, na órbita traçada pela ordem jurídica.”.²⁴⁷ Assim, o ato de autonomia privada possui eficácia no plano social e, potencialmente, mas não

negócios jurídicos (SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2007). p. 25). No mesmo sentido, Azevedo complementa: “O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico [...] portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto.” (id., op. cit., p. 66).

²⁴⁴ A liberdade de contratar *stricto sensu* significa que o ato de contratar tem de ser praticado espontaneamente, nunca por imposição ou por obrigação (GOMES, op. cit., p. 81).

²⁴⁵ O elemento central é propriamente característico do negócio, é o conteúdo da declaração ou do comportamento. Declarações e comportamentos relevantes no campo do direito privado podem ter os mais diversos conteúdos. Mas a declaração ou o comportamento só deve qualificar-se como negócio jurídico, quando tenha um conteúdo preceptivo relativo a uma matéria de autonomia privada, e a respeito desse conteúdo assuma função constitutiva insubstituível, no sentido de que o preceito só por essa forma pode atingir os efeitos jurídicos correspondentes (BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas, SP: Servanda, 2008. p. 236).

²⁴⁶ MIRANDA, op. cit., p. 196.

²⁴⁷ BETTI, op. cit., p. 236.

necessariamente, pode-se elevar “a fato juridicamente relevante, em virtude de uma valoração e recepção por parte do direito.”.²⁴⁸

Para mais bem compreender essa necessidade de recepção de acordo com a axiologia do ordenamento jurídico, sem a qual não se opera a transposição do preceito de autonomia privada do mundo social para o mundo jurídico, nunca é exaustivo repetir que “a liberdade, que no negócio encontra o instrumento próprio, não é a liberdade de querer por capricho, de empreender uma brincadeira livre e sem compromisso, mas liberdade coordenada e subordinada a uma superior finalidade social.”.²⁴⁹

Como visto, os institutos do direito subjetivo e do direito potestativo ocupam papel ainda relevante na teoria jurídica, mas não podem ser pensados em dissonância com a complexidade das situações concretas que constituem o *leitmotiv* da construção e apreensão teórica de tais institutos. As regras que dão suporte à existência de direitos subjetivos e potestativos devem ser submetidas “à contraprova histórica da concretude, visando sempre à promoção do ser como humano de necessidade e liberdade, constituído dialeticamente por intermédio de sua própria ação.”²⁵⁰.

Com essas premissas, passa-se a questionar se o momento do exercício da autonomia privada, que se exterioriza com a denúncia contratual, estaria isento da vedação do abuso de direito, da observância da função social dos contratos e da boa-fé objetiva e dos tantos princípios destacados no presente trabalho. É admissível que o abuso da discricionariedade de extinguir o contrato acoberte interesses não merecedores de tutela e sirva de artifício para violação de uma série de normas jurídicas cogentes?

Basta um rápido olhar sobre os vários diplomas legais que compõem o ordenamento jurídico brasileiro para responder negativamente a essas questões. Serve, como exemplo, a vedação ao exercício abusivo de posição dominante, estatuída pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011), que confere ao poder público ampla liberdade para fazer

²⁴⁸ Ibid., p. 236.

²⁴⁹ BETTI, op. cit., p. 240.

²⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/49717>>. Acesso em: 21 set. 2012.

cessar práticas prejudiciais à ordem econômica, que torna plausível a restrição da liberdade contratual como penalidade, que poderá culminar, inclusive, com a determinação de contratação compulsória.

A legislação ainda estabelece algumas outras situações em que a conclusão e manutenção do contrato são objetivamente impostas. Na sessão do Código de Defesa do Consumidor, que enumera as práticas abusivas vedadas nas relações de consumo, figura entre elas “recusar atendimento às demandas dos consumidores” e “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento.”.²⁵¹ O fornecedor, pois, uma vez no mercado, não dispõe de liberdade de escolher seus clientes, sendo compulsiva a contratação com qualquer um que se disponha a assumir a condição de consumidor. Essa é uma limitação à liberdade contratual oposta aos fornecedores que se pode dizer indissociável da função social da empresa.

O Código Civil, confirmando a linha de raciocínio ora exposta, em seu art. 473, parágrafo único²⁵², estabelece que a denúncia unilateral do contrato pode ter seus efeitos sobrestados até que prazo contratual tenha transcorrido em compatibilidade com os investimentos realizados pela parte sujeita à denúncia, o que denota franca intervenção estatal na liberdade de extinguir o vínculo contratual.²⁵³

Ainda no Código Civil, já no título que trata da propriedade, o §2º do art. 1.228 ressalta que “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”. Por fim, aluda-se ao art. 122, do mesmo diploma legal, que aduz que “entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”.

Conclui-se, pois, que, a exemplo do exercício de qualquer direito potestativo ou subjetivo, a denúncia vazia do contrato de locação não pode escapar da lógica imprimida no sistema legal vigente, que veda a arbitrariedade. Qualquer que seja

²⁵¹ Código de Defesa do Consumidor, art. 39, incisos II e IX respectivamente.

²⁵² Código Civil, art. 473, parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

²⁵³ O mesmo se vislumbra no art. 720 do Código Civil/2002, ao dispor sobre os contratos de agência e distribuição. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

o ato jurídico enfocado, não poderá prescindir de uma utilidade ou de um motivo determinante, que deverá ser trazido às claras. De outra forma, impossível seria a avaliação meritória do ato diante da principiologia cuja observância é imposta pelo ordenamento jurídico.

A consequência é que o preceito de autonomia privada que pretensamente possibilita a uma das partes extinguir o contrato unilateralmente, se for aplicado de forma completamente injustificada e em desacordo com os valores da ordem jurídica como um todo, não será recepcionado pelo Direito, não se atribuindo, pois, na *fattispecie*, o direito potestativo de extinguir o contrato mediante denúncia unilateral.

Aliás, o termo denúncia vazia ou imotivada é uma construção jurisprudencial e doutrinária, não sendo verificada *ipsis litteris* na lei. Defende-se, portanto, que a desnecessidade de motivação na denúncia vazia subsiste apenas a *priori* e que, a depender do caso concreto, eventualmente o locador pode ser interpelado a motivar a iniciativa unilateral de extinção contratual. Em outras palavras, ainda que o motivo do despejo não esteja dentre aqueles expressamente elencados na Lei 8.245/91, persiste a necessidade de justificação do ato para que a ele seja atribuído eficácia jurídica.

A insistência na necessidade de motivação da denúncia vazia se deve a potencialidade que o ato negocial extintivo unilateral tem de lesar a boa-fé contratual, promover o enriquecimento ilícito do locador e causar prejuízo desproporcional ao locatário. Por detrás da estrutura abstrata da denúncia vazia, admitida pela jurisprudência dominante, pode se desenvolver, em concreto, uma conduta vedada pelo ordenamento jurídico.

Diante de tal constatação, vislumbra-se perfeitamente a aplicação prática dos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, quando assevera que "ilícito é o que envolve contrariedade indireta a uma norma de ordem pública, pois que não se pode jamais obter por linha travessa aquilo que às escâncaras não pode ser obtido."²⁵⁴ Logo, não se pode concordar que a denúncia vazia sirva de "linha travessa", quando os reais motivos do ato negocial certamente conduziram à ilicitude.

²⁵⁴ DIAS; MACIEL, op. cit., p. 261.

Para que isso não ocorra, há de se reconhecer que a denúncia do contrato deve possuir um motivo, ainda que não elencado ou previsto pela lei, mas que seja passível de análise meritória e de adequação com sua função econômico-social, com vistas a apurar a licitude e a consequente eficácia do ato negocial extintivo.

5.3.1

Hipóteses de denúncia abusiva do contrato de locação

A denúncia do contrato vigente por prazo indeterminado é uma legítima faculdade conferida às partes no contrato de locação que, avaliada em abstrato, não comporta problematização mais aprofundada. A realidade das relações locatícias, contudo, apresenta vicissitudes que exigem acurada análise da *fattispecie* concreta para a obtenção da melhor solução jurídica aplicável.

Como assevera Baptista, até então praticamente todas as intervenções legislativas na locação basearam-se no princípio da fixação do inquilino ao imóvel e restringiram a liberdade contratual em três aspectos principais:

- a) no impedir que cessasse a locação pelo só fato do término do prazo contratual;
- b) no obstar a que, findo o prazo ajustado, pudesse o aluguel ser aumentado a critério exclusivo do locador, pois, se tal ocorresse, poderia este através de aluguel novo, exorbitante, tornar impossível a continuação da locação; e c) no subordinar a retomada do prédio a casos especificamente enumerados [...].²⁵⁵

Não raramente, a denúncia vazia é utilizada em conjunto com outras armadilhas contratuais como antídoto para o princípio da fixação do inquilino ao imóvel, ou seja, como forma de restabelecer integralmente a liberdade contratual formal, que, na maioria das vezes, é favorável ao locador. Tornam-se sem efeito, assim, as proteções conferidas pela lei ao locatário.

Tem-se, por exemplo, que o enquadramento de uma locação em tipo contratual diverso daquele que efetivamente corresponde à realidade pode trazer limitações à denúncia imotivada do contrato. É o que se verifica quando o aluguel de um imóvel residencial é encoberto por um contrato redigido na forma de locação para fins não residenciais, ou de locação por temporada.²⁵⁶ O mesmo

²⁵⁵ BAPTISTA, op. cit., p. 13.

²⁵⁶ "[...] em São Paulo (Capital), está sendo generalizada a prática de algumas administradoras de bens celebrarem sucessivos contratos de locação para temporada, a fim de manter os inquilinos

ocorre quando, na vigência da locação, o contrato se transmuda, de não residencial para residencial, com a anuência do proprietário. A distorção da realidade fática, disfarçada pela estrutural formal do contrato, visa claramente a burlar os objetivos da lei de locações, conferindo ao locador maior liberdade nos contratos de locação não residenciais, reduzindo as proteções legais a que o locatário morador teria direito. Em casos como esses, a denúncia do contrato, portanto, deverá seguir a sistemática inerente às locações residenciais, como já foi decidido pelo 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.²⁵⁷

Martins-Costa traz outro exemplo do exercício abusivo do direito de resilir o contrato de locação. Considerando-se os especiais deveres fiduciários que interligam os sócios de uma sociedade locatária e, como consequência, dos deveres de conduta derivados da boa-fé, decidiu-se ser abusiva a conduta daquele sócio que, valendo-se de sua posição como locador, busca o despejo da própria empresa com o fim de “destruir a sociedade ou empobrecê-la, desmora-la, afligi-la economicamente.”.²⁵⁸

A precificação dos aluguéis também dá azo a recorrentes controvérsias. É cediço que a Lei 8.245/91, em sua seção III, impõe certo dirigismo estatal sobre a estipulação dos aluguéis nos contratos de locação, especialmente os residenciais.

numa atitude de verdadeira sujeição ao proprietário, o que é verdadeiramente ilegal.” (SANTOS, Gildo, op. cit., p. 165).

²⁵⁷ Exemplifica-se com um caso concreto, julgado pelo então 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em demanda relacionada à ação de despejo por denúncia vazia relacionada à suposta locação não residencial, em que o tribunal entendeu que a liberdade de contratar se sujeita a duas limitações de caráter geral, a saber, a ordem pública e os bons costumes, “inspiradas em razão de utilidade social, principalmente em função dos abusos que tal princípio (da autonomia privada), se entendido sem peias ou limitações, poderá acarretar ao contratante mais fraco”. Assim, o tribunal reconheceu que a realidade era a de contrato residencial, e não comercial (a despeito da expressa referência constante do contrato escrito) e, assim, sujeitava-se às normas da Lei n 6.649/79 e, por isso, não poderia haver denúncia vazia. SÃO PAULO, Tribunal de Alçada Cível. 7ª Câmara Cível. Ap. Cível 300.158-2/00. *Revistas dos Tribunais*, v. 674, dez. 1991, p. 161. (GAMA, op. cit., p. 376).

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 64. A autora transcreve, em nota, o precedente jurisprudencial em comento: STF: RE 81902/RJ – Rio de Janeiro. Recurso Extraordinário. Rel. Min. Leito de Abreu, j. em 18.11.1977, Segunda Turma, In: EMENT. v. 1085, p. 298; RTJ v. 85-02, p. 568. Ementa: “Abuso de direito. Locação de prédio não residencial. 1) locador que é, ao mesmo tempo, sócio da sociedade locatária. Autonomia subjetiva da sociedade em relação aos sócios. Não quebra esse princípio a decisão que considerou o substrato da sociedade, para definir a posição de um dos sócios – o locador -, para verificar se este incorria em violação da norma do artigo 1.363 do Código Civil, segundo o qual celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns. 2) Não contravém ao artigo 4, III, combinado com o artigo 3, do Decreto-lei nº 4, decisão que, sem negar que o locador pode retomar o imóvel, por não lhe convir continuar a locação, reputa, no caso, eivada de abuso de direito a ação de despejo, em que o autor e sócio da locatária, uma vez que, segundo o exame dos fatos, o despejo tinha por fim destruir a sociedade ou empobrecê-la, desmora-la, afligi-la economicamente. 3) Recurso Extraordinário não conhecido.

Embora a fixação inicial do aluguel seja livre, existem limites para o reajustamento dos vencimentos, que obedecem aos índices oficiais inflacionários ou, quando a locação ultrapassa três anos de vigência, ao valor apurado no mercado.

No cenário econômico de antanho, a intervenção estatal na livre estipulação dos aluguéis apresentava-se muito mais dramática, já que os índices oficiais de reajustamento não refletiam a exorbitante inflação que assolou o país durante décadas. A denúncia vazia passou a ser usada como artifício para burlar as limitações cogentes, obtendo, obliquamente, a desejada majoração dos aluguéis²⁵⁹, o que não passou despercebido pela doutrina:

[...] os locadores com o aforamento das milhares de ações de despejo fundadas na camisa-de-força da denúncia vazia, procuram fraudar a disposição de ordem pública [...] já que o objetivo dos locadores, inconfessado [...] é o de majorar o preço da locação acima dos limites permitidos em lei, locando o imóvel a outro inquilino, após retomá-lo, com isto fraudando a lei, por vias oblíquas [...]²⁶⁰

Além das limitações quanto ao reajustamento dos aluguéis, a vigente legislação locatícia veda expressamente a cobrança de valores “além do aluguel e encargos permitidos” (art. 43), tipificando a conduta como contravenção penal. O art. 45 reforça a vedação, referindo-se expressamente à nulidade das cláusulas que visem a elidir os objetivos da lei, ou que condicionem a prorrogação do contrato ou o direito à renovação a imposição de “obrigações pecuniárias” em desfavor do locatário.

Um dos claros objetivos da lei é extirpar a cobrança das chamadas “luvas”, que são justamente os valores cobrados “além do aluguel e encargos permitidos”, para que o inquilino tenha direito à locação ou à renovação do contrato. Assim, havendo provas de que a denúncia do contrato esteja sendo manejada como forma de obter, na surdina, aumento desproporcional dos aluguéis ou o pagamento de

²⁵⁹Para Souza, o legislador foi animado justamente por essa motivação para fazer ressurgir a denúncia vazia: “Essa Lei do Inquilinato rompeu esse modelo maniqueísta e procurou libertar um pouco o mercado das amarras do forte dirigismo estatal até então verificado, [...] re-introduziu no Sistema a figura da denúncia vazia, remédio amargo mas necessário, para atrair os investimentos. Era um mecanismo que garantia a locadores, ao final do contrato, recuperar o imóvel, caso o locatário não ajustasse o novo aluguel, que refletisse a realidade do Mercado” (Id., op cit., p. 48).

²⁶⁰DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; MACIEL, Taline Dias. Reflexões em torno da denúncia vazia. **Revista dos Tribunais**, v. 630, p. 261, abr. 1988.

“luvas”, a pretensão deverá ser julgada improcedente, por abuso de direito, violação da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da propriedade.

De maneira diversa decidiu o 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo²⁶¹, ao entender como irrelevante a “deslealdade da intenção do retomante, que exigiu aumento extralegal do locativo e pagamento de ‘luvas’, o que, recusado, motivou a represália do despejo.”.²⁶² Para tanto, recorreu ao enunciado do verbete 13 das súmulas daquela Corte: “Na chamada denúncia vazia, a retomada é deferida pela só conveniência do locador, sendo dispensável, a propósito, audiência de instrução e julgamento.”.²⁶³ A derradeira fundamentação do julgado é ainda mais inquietante: “[...] houvesse o locador exigido valores com os quais não se conforma a locatária, em ordem à renovação do ajuste, isso mesmo explica a razão por que deseja reaver o imóvel, por frustrada a expectativa dos frutos civis.”.

Percebe-se que o julgador ignorou a contravenção penal perpetrada pelo locador, ratificando um direito à denúncia do contrato que, seguindo a lógica aplicada pelo juízo, poderia ser exercido até mesmo com confessada má-fé e com vistas a alcançar objetivo ilegal. Não se pode concordar com tal interpretação. O caso narrado serve de exemplo de ausência de merecimento de tutela na pretensão do locador, e, uma vez evidenciada a repugnância do objetivo buscado com o exercício do direito, inviável será a procedência da denúncia contratual.

Situação similar ocorre quando o inquilino, mesmo sujeito à denúncia vazia, realiza, com anuência do locador, vultosas benfeitorias no imóvel locado ou investimentos no fundo de comércio existente, a princípio não indenizáveis em razão do contrato firmado. Após anuir com os investimentos, muitas vezes até mesmo prometendo verbalmente a manutenção do contrato²⁶⁴, não é lícito que o

²⁶¹ 2.º TACivSP - Ap c/ Rev 371.347/2-00 - 5.ª Câmara - j. 2/12/1992 - rel. Ricardo Dip - DESPEJO - Denúncia vazia - Retomada deferida pela só conveniência do locador - Dispensabilidade da audiência de instrução e julgamento. Na chamada denúncia vazia, a retomada é deferida pela só conveniência do locador, sendo dispensável a propósito. Audiência de instrução e julgamento.

²⁶² Excerto do voto do rel. Ricardo Dip - DESPEJO 2.º TACivSP - Ap c/ Rev 371.347/2-00 - 5.ª Câmara - j. 2/12/1992.

²⁶³ No mesmo sentido, já havia decidido o STJ no AgRg AgIn 12.051-MG.

²⁶⁴ Etienne Brasil analisa o caso do inquilino que, confiando na promessa de renovação amigável da locação pelo locador, deixa escoar o prazo legal para a propositura da ação renovatória: “Não há negar, que inquilino zeloso pelos seus interesses sói diligenciar a tempo oportuno. Mas ele deixa de ser negligente, quando é vítima da má-fé imprevisível do senhorio. Não se mostra imprudente em acreditar na palavra de pessoa havida, até então, como honrada; tanto mais que lhe assiste o direito de poupar o vexame e as despesas de um processo, tanto a si, como a seu senhorio, a quem tinha, até então, como sério”. LOCAÇÃO - ESTABELECIMENTO COMERCIAL -

locador venha a denunciar a locação astutamente, apenas com vistas a obter a imediata incorporação ao seu patrimônio daquelas benfeitorias ou da valorização do fundo de comércio, obtidas pelos esforços do locatário. Além de configurar *venire contra factum proprium*, a conduta denota claríssimo enriquecimento sem causa, ambos vedados pelo ordenamento jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça deu um importante passo no sentido de relativizar a denúncia vazia, decidindo que, mesmo diante de uma ação de despejo com esse fundamento, é possível a dilação probatória. Poderá ser comprovada, por exemplo, a prorrogação verbal do contrato, capaz “de elidir ação de despejo fundada em denúncia vazia pelo término do prazo originalmente pactuado.”.²⁶⁵

Outra questão locatícia que se imbrica com a denúncia vazia é a do direito de preferência do inquilino à compra do imóvel em caso de alienação. Poderia o locador, com o objetivo específico de não conceder o direito de preferência ao inquilino, mover contra ele ação de despejo por denúncia vazia?

O STJ decidiu²⁶⁶ que a má-fé do locador, que oportuniza ao locatário o direito de preferência à aquisição do imóvel locado, mas que, diante da aceitação, desiste do negócio para, em seguida, propor ação de despejo por denúncia vazia, não implica em improcedência da demanda desalijatória.

É certo que a própria Lei 8.245/91 prevê, em seu art. 29, que a desistência da venda ofertada pelo locador implica em sua responsabilização pelos prejuízos suportados pelo locatário. Essa disposição, implicitamente, denota que a aceitação da proposta não confere ao locatário o direito à adjudicação compulsória^{267,268}, garantindo-lhe apenas eventual indenização. Contudo, os prejuízos suportados

RENOVAÇÃO NATUREZA DO PRAZO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO - LOCADOR QUE, ARDILOSAMENTE, IMPEDIU TAL PROPOSITURA - INDENIZAÇÃO DEVIDA AO INQUILINO - O QUE DEVE ABRANGER (BRASIL, Etienne. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, RT, v. 5, p. 721, jun. 2011.).

²⁶⁵ RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA, AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.175.676 - MG (2009/0063889-4).

²⁶⁶ RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.992 - MG (2010/0086976-0), RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI “[...] A discussão acerca da má-fé do locador – que desistiu de celebrar o negócio – não inviabiliza a tutela do direito buscado pelo locador por meio da ação de despejo, porque a Lei 8.245/91 não conferiu ao locatário o poder de compelir o locador a realizar a venda do imóvel, cabendo-lhe somente o ressarcimento das perdas e danos resultantes da conduta do locador.”.

²⁶⁷ No caso de arrependimento do locador, o preceito exclui, em obediência à sistemática do direito civil, a possibilidade e o locatário compelir o locador a efetivar a venda anunciada (BITTAR et al., op. cit., p. 41).

²⁶⁸ Reside, nesse ponto, uma potencial antinomia com o art. 427 do Código Civil, cuja solução dependerá de uma análise mais acurada, fugindo das margens do presente estudo.

pelo locatário dependem de prova, o que torna questionável o efeito prático do dispositivo, visto que, ao menos nas locações residenciais, dificilmente danos materiais, especialmente lucros cessantes, poderão ser identificados. A perda da oportunidade de concluir uma compra e venda – que, habitualmente, corresponde a uma troca de equivalentes – propiciará apenas a reparação dos danos morais, se houverem.

Já o art. 33 da Lei 8.245/91 prevê que a alienação a terceiros, em detrimento do direito de preferência do locatário, confere a este o direito à adjudicação compulsória mediante o depósito do valor do negócio ou a reclamar perdas e danos. Sabe-se, no entanto, que a denúncia vazia, também nesse caso, tem sido utilizada como artifício, possibilitando ao locador se esquivar do ônus de oferecer o imóvel locado ao inquilino antes de vendê-lo a terceiro.

Alargando a repertório de ardis rotineiramente perpetrados pelo locador, verifica-se ainda a inaceitável exigência de documentos e declarações particulares (de gaveta) nos quais o locatário abdica, de forma genérica e antecipada, a qualquer direito de preferência, possibilitando a venda do imóvel a terceiros e o subsequente manejo de ação de despejo sem maiores contratempos para vendedor e comprador. Mais uma vez, recorre-se à melhor interpretação do art. 45, da Lei 8.245/91, para afirmar antijuridicidade da conduta.

Os motivos para essas práticas são variados, mas, normalmente, envolvem o interesse do locador em registrar a venda do imóvel com valores inferiores aos efetivamente negociados, propiciando a sonegação fiscal. Também interessa ao locador a possibilidade de irrestrita especulação imobiliária. Nessa segunda hipótese, munido da possibilidade de denunciar o contrato, o locador passa a coagir o inquilino a adquirir o imóvel, muitas vezes, por preços superiores aos praticados no mercado, em virtude do intrínseco e intrasferível valor que a fixação ao imóvel locado possui exclusivamente ao seu ocupante.

Essas motivações veladas, as verdadeiras causas do ato negocial extintivo, não são merecedoras de tutela no ordenamento jurídico, e, havendo indícios de sua presença na *fattispecie* posta sob apreciação do juízo, deverá ser exigida uma justificação do locador para a retomada. A sinceridade do pedido de retomada deverá, pois, ser submetida à dilação probatória, que definirá a procedência ou não da denúncia contratual.

Igualmente suscetível à denúncia abusiva do contrato de locação, é a situação do locatário comercial que se submete a um contrato de locação com prazo inferior ao quinquídio legal definido no art. 51, II. Atualmente, pode ser considerada praxe, e não exceção, a adoção, por parte dos locadores, de contratos escritos com prazo de no máximo quatro anos, conduta que visa justamente a obstar a aquisição, por parte do inquilino, do direito de pugnar a renovação compulsória do contrato.

A mesma condição é vivenciada pelo locatário que, mesmo tendo originalmente pactuado por contrato escrito com prazo igual ou superior a cinco anos a locação do imóvel não residencial, deixa de propor a ação renovatória no prazo conferido pela lei.

Nesse ponto particular, já se criticou²⁶⁹ a vetusta técnica legislativa da Lei 8.245/91, que preserva, em grande parte, a estrutura legal moldada pelo Decreto nº 24.150/34 (Lei de Luvas), na qual a renovação compulsória do contrato depende do manejo de ação judicial por parte do locatário. Essa estrutura arcaica estimula a litigiosidade em contradição com o objetivo do Direito que é, indubitavelmente, o de pacificação social.

Em todas as locações, a partir do vencimento do contrato escrito, ocorre a prorrogação por prazo indeterminado, situação na qual o locatário se depara com seu fundo de comércio completamente desprotegido e à mercê das mais diversas imposições do locador²⁷⁰: aumentos do aluguel acima do valor de mercado; cobrança de luvas, exigência de realização de benfeitorias por conta do locatário quando o contrato não prevê direito à indenização; e, até mesmo, a mercantilização do ponto comercial, que passa a ser produto ofertado aos concorrentes do próprio inquilino.

Isso porque o modelo brasileiro de renovação compulsória, apesar de poder ser considerado tanto ou mais intervencionista em relação ao modelo adotado na legislação francesa, na qual foi inspirado, não possui a mesma coesão sistemática.

²⁶⁹ ALCURE, Fábio Neffa. Ação renovatória: uma releitura da proteção do fundo de comércio sob seu aspecto funcional. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 16, n. 2844, 15 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18915>>. Acesso em: 4 dez. 2013.

²⁷⁰ A hipótese já fora vislumbrada por Renata Cristina Obici: “Corriqueiramente, as locações empresariais envolvem partes com poderio econômico absolutamente disforme, fato que dá a oportunidade de uma das partes abusar do direito potestativo extintivo, tal como ocorre no caso da empresa de pequeno porte que, na qualidade de locatária, vê-se sujeita à imposição de condições arbitrárias pelo locador, de grande poderio econômico, para a renovação do contrato de locação [...]” (id., op. cit., p. 209).

No referido ordenamento jurídico alienígena, apesar de não haver compulsoriedade na renovação contratual, apenas excepcionalmente o fundo de comércio não é indenizado quando o locador opta pelo despejo, independentemente da modalidade de vigência do contrato: seja por prazo escrito e determinado, seja por prazo verbal e indeterminado.²⁷¹

Assim, nas locações não residenciais do Brasil, aqueles inquilinos que não logram êxito em acumular contratos escritos até alcançar a vigência mínima de cinco anos, ou deixam transcorrer *in albis* o prazo legal para demandar judicialmente pela renovação compulsória, encontrar-se-ão vulneráveis aos já enumerados abusos do locador.

A segurança da atividade mercantil depende da continuidade da exploração no mesmo local. Se ao proprietário é lícito, finda a locação, despejar, por qualquer motivo, o inquilino comerciante, este fica exposto aos azares de especulação cruel e sujeito – ou a abandonar o local, perdendo a clientela que o seu labor conseguiu atrair, ou a pagar ao senhorio vultosa luva, para que ele concorde com a renovação do contrato.²⁷²

A injustiça é ressaltada diante do entendimento pretoriano de que “o direito à renovação só protege o locatário quando ele é o criador do fundo de comércio, não se estendendo ao arrendatário, que não o formou, já o encontrando devidamente implementado.”.²⁷³ Ora, se é vedado ao inquilino até mesmo

²⁷¹“Pour le bailleur, la conclusion d’un bail commercial constitue une aliénation de son droit de propriété. Concrètement, cela va signifier qu’il va “perdre” une partie des droits qu’il possède en tant que propriétaire, sur son bien; son droit de propriété sera donc quelque peu “entamé”. Pourquoi? Parce que dès lors qu’il consent à un locateur preneur, le droit d’exploiter commercialement le local dont il est propriétaire et d’en récolter les fruits, il se place juridiquement dans une situation où, pour le récupérer, il devra verser au locateur preneur une somme d’argent (souvent substantielle) correspondant à une indemnisation de ce dernier pour compenser le préjudice par lui subit, du fait de quitter le local dans lequel il a développé sa clientèle. Ainsi, le bailleur souhaitant récupérer le local dont il est propriétaire devra, en principe, verser une indemnité d’éviction à son locataire. Pour autant, la conclusion d’un bail commercial assure au bailleur la perception de loyers. Pour le locataire, la conclusion d’un bail commercial lui assure un loyer inférieur au prix du marché, ce qui lui permet de figer une valeur patrimoniale à son droit au bail. Il bénéficie d’un droit au renouvellement de son bail ou d’une indemnité d’éviction, et peut librement céder son droit au bail en même temps que son fonds de commerce” (RAMA, S.A.S. **Société par Actions Simplifiées**. Disponível em : <<http://www.jureka.fr/immobilier/encyclopedie-du-droit/baux-commerciaux/conclure-un-bail-commercial>>. Acesso em: 20 fev. 2014).

²⁷² ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. **Apontamentos sobre a ação renovatória de locação comercial**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=13&idAreaSel=12&seeArt=yes>>.

Acesso em: 30 nov. 2013..

²⁷³ JTACSP-Lex 163/539 (SALLES, José Carlos de Moraes. **Ação renovatória de locação empresarial**: locações comerciais, industriais e para sociedades civis com fins lucrativos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 55).

beneficiar-se do fundo de comércio criado pelo locador para obter o direito a renovação do contrato, não faz sentido que o oposto ocorra, ou seja, que o locador possa se apropriar integralmente do patrimônio representado pelo fundo de comércio do inquilino apenas pelas regras de um “jogo” de prazos contratuais e decadenciais. Contra essa indesejável e injusta situação, ainda não se insurgiu a jurisprudência.

Restou demonstrado que a denúncia vazia é um ato negocial capaz de, fugazmente, aniquilar o valor de um fundo de comércio ou colocar uma família em repentino desalijo. É, portanto, uma temática merecedora de atenção da doutrina e jurisprudência, as quais, até o momento, vacilam em oferecer um posicionamento capaz de coibir o enriquecimento ilícito e demais injustiças perpetradas através do simulacro da denúncia vazia.²⁷⁴

5.4

Solução sistemática para a denúncia vazia abusiva

Poder-se-ia colocar, como objeção à relativização da denúncia vazia na locação, que a manutenção forçada da contratação ou o seu condicionamento a uma compensação pecuniária só poderiam decorrer de lei expressa. No entanto, serve como exemplo do contrário, a evolução do instituto da *accessio temporis* no ordenamento jurídico.

Criado através do Decreto nº 24.150/34, o direito à renovação compulsória dependia de contrato escrito por prazo mínimo de cinco anos. Como subterfúgio, os locadores passaram a firmar múltiplos e subsequentes contratos com prazos inferiores ao quinquênio que, pela lei, conferiria o direito ao inquilino à renovação compulsória do contrato.

²⁷⁴ É de se ressaltar que a boa doutrina esboça um caminho nesse sentido: “Nós, contudo, nunca enxergamos motivo para a não aceitação da *accessio temporis* nos casos em que havia interregno com o contrato verbal, mesmo que por longo tempo. Nossa opinião era fundamentada, basicamente, no fato de ser a locação um contrato não solene, não dependendo, pois, de forma escrita para a sua constituição” (CARNEIRO apud PEDROTTI, Irineu Antonio. **Comentários à lei de locação**: de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo, SP: Método, 2005. p. 331).

“A lei gera dúvida sobre a possibilidade da soma de prazos descontínuos, quando a prova demonstrar que o locador maliciosamente deixou de celebrar novo contrato em continuação ao anterior, precisamente para retirar ao inquilino um dos requisitos essenciais para a ação renovatória.” (FRANCO apud PEDROTTI, op. cit., p. 331).

Foi através da construção pretoriana²⁷⁵ que se reconheceu a possibilidade de soma dos contratos escritos afim de preenchimento do prazo mínimo de cinco anos (*accessio temporis*). Apenas com o advento da Lei 8.245/91 é que o instituto foi legislativamente positivado, fato que apenas corroborou o que a jurisprudência e a doutrina já haviam sedimentado. Inspirado nessa evolução, Washington de Barros Monteiro exercita a seguinte reflexão:

O homem caminha segundo sua fantasia e a lei claudica; o homem reclama e a lei é surda. É a jurisprudência que forçosamente segue o homem e o escuta sempre. O homem, não lhe impõe seus arestos, mas por sua livre vontade, força-a a pronunciar-se. Em algumas matérias, como na referente à locação, a jurisprudência antecipa-se ao trabalho legislativo, chegando mesmo a abalar conceitos jurídicos tradicionais.²⁷⁶

Cabe reiterar, nesse sentido, que o fenômeno do espraiamento dos princípios consumeristas para além dos confins das relações de consumo, a funcionalização do contrato, bem como as novas exigências éticas e solidaristas, convergem para alargar a via da intervenção judicial também nas relações contratuais não abarcadas pelo Código de Defesa do Consumidor, alcançando tanto o momento da conclusão, quanto o da extinção do contrato, especialmente em casos limítrofes, marcados pela vulnerabilidade de uma das partes.

É certo que ainda há, na cultura jurídica, uma herança metodológica da razão moderna, apregoadora de um cientificismo que busca aplicar o Direito com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas. Deve-se, contudo, tomar como novo referencial a superação do método subsuntivo puro, principalmente, em casos difíceis que demandem ponderação e racionalidade perante a situação concretamente considerada.

Todavia, para que a intervenção judicial nos direitos potestativos extintivos dos locadores não seja pautada por mera casuística e indesejável decisionismo,

²⁷⁵ Locação. Renovatória. Contratos escritos, contínuos e ininterruptos. Soma de prazos. Admissibilidade. Carência afastada. Agravo não provido. É admissível a soma de prazos menores de contratos escritos, contínuos e ininterruptos, para ser alcançado o de cinco anos, exigido pelo art. 2º, b, do D. 24.150/34 (Ag. Instr. 180.322-0, São Paulo, 2ª TACSP, 2ª Câmara, RT 600/161) - Renovatória. *Accessio temporis*. É inadmissível somar-se o prazo do contrato atual com o do anterior para concretização do lapso de cinco anos exigidos pelo D. 24.150/34 para o exercício da ação renovatória de locação, se houve solução de continuidade entre os dois, a impedir a *accessio temporis* (Ap. 154.919, São Paulo, 2ª TACSP, 2ª Câmara, RT 581/160).

²⁷⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.4. p. 21.

mas possa, ao revés, contribuir para a edificação de uma maior segurança jurídica, deve estar lastreada em sofisticada técnica hermenêutica. “A noção de que a norma jurídica se constrói topicamente não afasta a pertinência da sistematização.”²⁷⁷.

Portanto, para que sejam alcançados resultados satisfatórios, é necessária uma abordagem criteriosa dos princípios, bem como valores que conformam a contemporânea teoria contratual, para que, na realização de justiça no caso concreto, reconduzam-se os resultados encontrados a uma sistematização, dessa maneira, possibilitando a aplicação do Direito de forma consistente e teleologicamente coerente com os princípios constitucionais que conformam a autonomia privada nas relações locatícias.

O resultado dessa abordagem teleológica da lei é a constatação de que a denúncia unilateral do contrato de locação, como qualquer ato negocial, deve sofrer um controle de merecimento por parte do ordenamento, para que tenha eficácia.

A necessária intervenção judicial poderá tomar lugar para possibilitar a indenização do locatário pela denúncia lastreada em motivos frívolos ou contrários aos ditames éticos do ordenamento vigente (mormente pela vedação do enriquecimento sem causa), ou até mesmo sobrestar os efeitos da denúncia (art. 473 do Código Civil), possibilitando a permanência do locatário no imóvel a despeito da vontade do locador proprietário, enquanto não sobrevier causa eivada de mínima boa-fé para o desalijo compulsório.

Assim, nas hipóteses em que o denunciante agir com manifesto abuso do direito, o prazo de trinta dias previsto nos artigos 6º, caput, e 57 da Lei de Locações pode tanto ser elástico judicialmente, tendo em vista a aplicação analógica do disposto no artigo 473 do Código Civil, bem como impedido de resilir o contrato, caso demonstrado o não atendimento aos fins econômicos ou sociais do contrato contrariedade aos costumes e ausência de boa-fé objetiva da parte.²⁷⁸

A justificativa supracitada é reforçada pela possível analogia com a situação jurídica conferida às “locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente

²⁷⁷ FACHIN, Pressupostos...

²⁷⁸ OBICI, op. cit., p. 210.

registradas”, prevista pelo art. 53 da Lei 8.245/91. As atividades mencionadas possuem acentuada função social, de forma que se exclui a possibilidade de denúncia vazia do contrato e, nos permissivos legais, de despejo motivado, excetuando-se a falta de pagamento do aluguel e a infração legal ou contratual, o prazo para desocupação jamais será inferior a seis meses.

Assim, nas locações que servem ao desempenho de atividades de relevante função social, embora não enumeradas no referido dispositivo legal, é admissível a vedação da denúncia imotivada do contrato, ou, ao menos, postergação da desocupação do imóvel, pela equiparação às situações análogas previstas na própria legislação locatícia. Tal conclusão é possível na medida em que a

[...] proporção entre *fattispecie* concreta e a disciplina jurídica da razoabilidade, a qual não somente proíbe o tratamento diferenciado de *fattispecie* iguais e o tratamento igual de *fattispecie* diferentes, mas impõe também a verificação da coerência da norma em relação ao seu fim e às “razões” do ordenamento globalmente considerado.²⁷⁹

Daí o porquê de intitular essa interpretação como sistemática: ela remete à unidade do sistema, o que, segundo Canaris²⁸⁰, “exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios abstractos [sic] e gerais.”. Enunciado de outra forma, os valores subjacentes às normas não podem ser desconexos entre si, antes, devendo encontrar confluência em homenagem ao postulado da igualdade, objetivo último da exigência de unidade do sistema.

A solução apresentada não é incompatível com o direito à propriedade, mas sim um esforço no sentido de sua reconciliação com os demais princípios constitucionais. Como esclarece Ricardo Pereira Lira, o conteúdo do direito à propriedade pode variar “nos termos e limites fixados pela lei, como expressão da vontade coletiva, desde que não seja ele esvaziado no seu conteúdo essencial mínimo.”.²⁸¹

Antes que se alardeie o extermínio do direito de propriedade, pondere-se que a lei reserva ao locador a prerrogativa de, a cada três anos, buscar o reajuste

²⁷⁹ PERLINGIERI, *Direito...*, p. 575.

²⁸⁰ CANARIS, op. cit., p. 20.

²⁸¹ LIRA (apud MATTIETTO, Leonardo. **O princípio do equilíbrio contratual**. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26513.pdf/110PrincipiodoEquilibrio.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014).

do aluguel ao valor de mercado, que pode superar os índices oficiais sem incorrer em ilicitude; confere-lhe o direito de retomar o imóvel por falta de pagamento e demais infrações contratuais; na maioria dos casos, o locador pode pedi-lo para uso próprio ou para uso de ascendente e descendente; pode, ainda, pedir o despejo para promover reforma, demolição ou edificação; pode, enfim, vendê-lo e possibilitar ao adquirente valer-se das mesmas prerrogativas.

Portanto, violação inadmissível ao direito de propriedade só se caracterizaria ante a expropriação do imóvel do titular desacompanhada de justa indenização, ou, no caso da locação, a obrigação do proprietário a submeter seu imóvel à locação sem que haja a justa remuneração correspondente. Quando o proprietário decide colocar seu bem imóvel no mercado de locação, retira-o, voluntariamente, de seu espaço de gozo pessoal e atribui-lhe feição de mercadoria. Essa mercadoria, contudo, possui indissociável função social, capaz de influenciar sua forma de circulação, que deverá se conformar com o sistema constitucional de proteção à dignidade humana.

A partir da voluntária disposição patrimonial de alugar, o direito do proprietário será preservado com a observância da função econômica do contrato de locação, que é a cessão do direito de uso e gozo da coisa mediante justa remuneração. A relação locatícia, todavia, já não poderá ser conduzida de forma apartada de sua função social. É justamente a socialidade dessa função que exclui a proteção de caprichos ou abusos do locador da esfera de merecimento de tutela por parte do ordenamento.

A denúncia do contrato deve, nesse contexto, servir como meio de retomada com fundamento em outros interesses, que não necessariamente encontram-se enumerados no rol legal (falta de pagamento, infração contratual, etc.). Evita-se, assim, a limitação das possibilidades de retomada a umas poucas e insuficientes hipóteses previstas pelo legislador. Aquelas que extrapolam o *numerus clausus* das possibilidades de retomada antevistas na lei podem, então, ser exercitadas através da denúncia contratual unilateral. Devem tais hipóteses não tipificadas, contudo, serem dignas de tutela, como, por exemplo, o interesse do locador de modificar a destinação dada ao imóvel (de residencial para comercial ou vice-versa).

O único prejuízo operado em desfavor do proprietário, com uma interpretação mais restritiva da denúncia unilateral do contrato, é a redução da sua liberdade de especulação imobiliária, impedindo-o de despejar o locatário sem qualquer pretexto, ou, ainda, de valer-se do expediente da denúncia vazia para obter ganhos repudiados pelo ordenamento jurídico. Tais limitações encontram-se plenamente justificadas diante da função social da propriedade e do contrato, vez que “as liberdades individuais devem ter por função, ao lado da legítima preocupação com os interesses de seu titular, o alcance de interesses socialmente relevantes atingidos por seu exercício.”²⁸²

O tema torna relevante memorar as reações da doutrina e jurisprudência diante da revogada Lei 6.649/79, que, durante a sua vigência, impediu o exercício da denúncia vazia nos contratos locatícios:

A Lei n. 6.649/79 retoma a finalidade social da lei pondo fim ao individualismo, ao interesse particular, ao abuso econômico decorrentes da legislação anterior, tão reiteradamente condenada; extinguiu-se a denúncia vazia; a propriedade volta a ter, neste campo específico, função social; sobre ela pesa, no célebre enunciado do Papa João Paulo II em sua viagem ao México em fevereiro de 1979, uma hipoteca social. O inquilino não mais viverá a angústia da ameaça de despejo por simples capricho, egoísmo ou ânsia de lucro do locador; [...].²⁸³

Não se ignora que a Lei 6.649/79 tenha sido alvo de duras críticas e apontada como uma das principais razões de arrefecimento da oferta de imóveis à locação. Todavia a avaliação não é confiável, pois sua vigência se deu em um período de grande instabilidade econômica. A galopante inflação e a indexação dos aluguéis a reajustes inferiores aos preços de mercado tornavam a manutenção do contrato uma indireta expropriação do imóvel locado.^{284,285} Essas sim eram as

²⁸² TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 37, jan./mar., 2009. p. 134.

²⁸³ CALDAS, Gilberto. Locação e Despejo à luz da jurisprudência. São Paulo: Universitária de Direito, 1982, p. 31, citando decisão do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação 22.187.

²⁸⁴ Diante desse quadro, a doutrina exclamava: "A verdade é uma só: ninguém irá investir em casas de aluguel com reajustes em períodos semestrais, existindo uma inflação atingindo a casa dos 1.000% ao ano. Só um insano fará aplicações nesse mercado, para edificar moradias para alugar" (BAPTISTA, op. cit., p. 11).

²⁸⁵ O vilão desse mercado não era nem o locador nem o locatário. O vilão do mercado chamava-se inflação, porque os aluguéis, no segundo ou terceiro mês, já se mostravam defasados e aí o locador começava a pressionar o locatário para elevar os aluguéis ou devolver-lhe o imóvel; e o locatário apegava-se ao imóvel porque sabia que outro que procurasse teria um aluguel muito maior (SOUZA, op. cit., p. 49).

inequívocas causas que tornavam os contratos de médio e longo prazo extremamente desvantajosos.

Embora a referida lei já não esteja em vigor, pode-se dizer que a finalidade social nela incutida reacendeu-se com a promulgação da Constituição de 1988. A estabilidade política, jurídica e econômica, galgada desde então, proporciona um cenário favorável para extirpar, do seio social, os efeitos indesejáveis do exercício volitivo antissocial e irresponsável da denúncia do contrato de locação.

Em síntese, não é o caso de genericamente cravar-se a ilegalidade da denúncia do contrato de locação, pois a faculdade lastreia-se em regra vigente e constitucional. Preserva-se, aprioristicamente, o intuito da lei, de desonerar o locador de maior carga argumentativa para colocar fim ao negócio locatício. Contudo a norma que possibilita a denúncia vazia tem sua aplicação delimitada por outras normas, cogentes, com as quais poderá o locatário se defender dos eventuais abusos.

Para isso, há de se admitir, a depender do caso concreto, a possibilidade de dilação probatória mesmo nas ações fundadas em denúncia vazia. Resguarda-se, dessa forma, a oportunidade do inquilino demonstrar que, por detrás da denúncia aparentemente imotivada, reside, na verdade, finalidade precípua de causar prejuízo injusto ou obter enriquecimento sem causa. A função social do contrato não é cumprida quando se verifica que a denúncia vazia é manejada utilizada como forma de burla²⁸⁶ aos interesses coletivos cristalizados pelo legislador nos princípios aglutinadores do sistema. Nesses casos, o exercício do direito de denúncia contratual se caracterizará como abusivo e não será tutelado pelo ordenamento jurídico.

²⁸⁶ REALE, op. cit.

6 Conclusão

É deveras difícil desenvolver um estudo exclusivamente jurídico sobre um tema indissociável de sua repercussão patrimonial, como é o caso da locação imobiliária. A cada conclusão alcançada, proveniente de uma interpretação pretensamente restrita à ciência do Direito, uma possível consequência econômica adversa pode ser apresentada como objeção. É lugar comum, por exemplo, afirmar-se que uma ampliação de direitos dos locatários terá, como efeito colateral, o desestímulo à oferta de imóveis para locação. Se a hipótese estiver correta, ampliar os direitos dos locatários acabaria por prejudicá-los.

Se a suposição fosse procedente, qualquer tipo de proteção aos vulneráveis seria danosa: aquela destinada ao consumidor reduziria a oferta de produtos; ao trabalhador, a quantidade de postos de trabalho, e daí por diante. Já se teve a oportunidade de discordar desse raciocínio, que, de tão abstrato, confunde-se com seu substrato ideológico.

De uma forma ou de outra, a análise econômica deve ser colocada no seu devido lugar. A conjectura econômica é um elemento útil à apreensão da realidade que conforma a ordem jurídica, mas não pode ser colocada ela própria no lugar do Direito. A ciência jurídica possui exigências éticas e morais que transbordam os limites das noções de custo-benefício, pois a noção de benefício não pode ter como parâmetro apenas as leis da oferta e da procura. Adotar uma lógica pretensamente niilista, confiando ao mercado todas as soluções da convivência social, é posicionamento longe de ser neutro, antes, sendo favorável à reprodução de uma lógica de prevalência do mais forte no jogo comercial.

Como abordado no presente trabalho, a Constituição de 1988 estabelece as bases para o desenvolvimento de um Estado Social, com ênfase na dignidade humana e na solidariedade, tendo a justiça como parâmetro inderrogável. Numa ordem jurídica presidida pela solidariedade social, por força constitucional, a pseudoneutralidade não é uma opção política válida, impondo-se, ao revés, o posicionamento a favor da pessoa humana, especialmente aquela vulnerável, primando por valores existenciais até mesmo quando estes entram em rota de colisão com os valores patrimoniais.

Isso implica inferir que não é possível transformar os inquilinos em meros dados estatísticos para tentar solucionar os conflitos de interesse mediante cálculos aritméticos mercadologicamente eficientes. A legalidade constitucional impõe que os contratantes não sejam reduzidos ao um papel de mera figuração no jogo comercial – consumidor e fornecedor, empregado e empregador, locatário e locador –, mas vistos como seres humanos dotados de dignidade. Reitere-se que essa postura não corresponde a uma opção ideológica aleatória, mas de confirmação das opções políticas democraticamente insculpidas na Constituição Federal.

Assim, não poderá haver caso concreto em que se verifique vulneração do inquilino em sua intrínseca dignidade, sem que se imponha, por parte do ordenamento jurídico, um constante esforço hermenêutico para recobrar o valor da justiça e a proteção de pessoa humana. Não há, pois, conjectura econômica ou reflexão mercadológica que justifique contrariedade ao ordenamento jurídico, ou seja, não se admite a existência de um espaço de “não direito” governado pelas leis da oferta e da procura.

Constata-se, pois, que as balizas éticas desenhadas pelos princípios funcionalizadores da propriedade e do contrato, em especial confluência com o princípio social da moradia e a observância da dignidade humana, impõem ao julgador que promova uma interpretação da Lei das locações em estreita harmonia com o texto constitucional. Também, não poderá prescindir da principiologia extraída de diplomas interdependentes, como é o caso do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação não deve ser excluída pelo apego aos critérios clássicos de solução de antinomias.

A par dessas premissas é que se defendeu que o art. 35 da Lei do Inquilinato deve ser objeto de uma interpretação contextualizada, e que, não havendo razões justificadoras suficientes – razoáveis e proporcionais – para afastar a indenizabilidade das benfeitorias necessárias, a literalidade do dispositivo legal deve ser mitigada por absoluta incongruência sistemática. As benfeitorias necessárias podem, e devem, ser indenizadas sempre que se verifique o enriquecimento sem causa do locador.

Da mesma forma, viu-se que o direito potestativo extintivo da relação locatícia, exercitado através da denúncia vazia do contrato, não é absoluto. Assim

como todo e qualquer direito, o ato jurídico extintivo deve ser recepcionado pelo sistema, o que somente ocorrerá caso este se mostre em consonância com a axiologia principiológica do ordenamento jurídico. A denúncia vazia, utilizada como ferramenta capaz de realizar interesses do proprietário incompatíveis com a boa-fé objetiva e direcionados a aviltar a figura do inquilino, retirando deste o direito que de outra forma seria garantido e causando-lhe prejuízo injusto, não deve ser tutelada.

Mostrou-se, por fim, que a limitação das liberdades do locador não representa a aniquilação do direito à propriedade. O respeito ao direito de propriedade do locador é garantido mediante uma troca justa, ou seja, com o pontual e suficiente pagamento dos aluguéis. Entrementes, a propriedade deve atender, além da utilidade econômica para seu titular, funções sociais mais elevadas, como o direito fundamental à moradia.

Não é admissível, portanto, que a posição dominante do proprietário locador seja utilizada para realizar motivações frívolas e meros caprichos do titular, muito menos para obter ganhos injustificados mediante a ruína do inquilino. Todas as cláusulas contratuais que operem nesse sentido estão fadadas a serem rejeitadas pelo ordenamento jurídico. O julgador deve, a partir de uma hermenêutica constitucionalmente inspirada, recolocar o contrato na legalidade constitucional, restabelecendo o valor justiça e a dignidade da pessoa humana, ainda que em contraposição ao interesse exclusivamente patrimonial.

7

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. **Apontamentos sobre a ação renovatória de locação comercial**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=13&idAreaSel=12&seArt=yes>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 3.ed. São Paulo : Atlas, 2009.

BAPTISTA, Joaquim de Almeida. **Código das locações urbanas**. 2.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Rosco. **Manual de Direito do Consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BESSA, Leonardo Roscoe. Diálogo das fontes no direito do consumidor: A visão do Superior Tribunal de Justiça. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 183-198.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas, SP: Servanda, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. Teoria da Imprevisão: sentido atual. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, RT, v. 4, p. 481, jun. 2011.

_____. Os contratos de adesão e a defesa do consumidor. **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, n. 114, p. 237-252, abr./jun. 1992.

_____. (Coord.). **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BONATTO, Cláudio, Ação Civil Pública - Cobrança Irregular de Taxa Mensal por Parte De Imobiliária. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 17, p. 344, jan. 1996.

CAENEGEM , R. C. van. **Uma introdução histórica ao Direito Privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALDAS, Gilberto. **Locação e Despejo à luz da jurisprudência**. São Paulo: Livraria e editora Universitária de Direito LTDA, 1982

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CATALAN, Marcos. **O CDC e sua Aplicação nos Negócios Imobiliários**. Curitiba: IESDE Brasil, 2009.

COELHO, José Fernando Lutz. **Locação, Questões atuais e polêmicas**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Ano I, p. 91, dez. 1997.

COSTA, Dilvanir José da. O sistema da locação predial no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 148, p. 113-126, out./dez. de 2000.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e regras: entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 560.

DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; MACIEL, Taline Dias. Reflexões em torno da denúncia vazia. **Revista dos Tribunais**, v. 630, p. 261, abr. 1988.

ESPANHA muda lei contra despejo para que nada mude. Disponível em: <<http://envolverde.com.br/economia/espanha-muda-lei-contr-despejo-para-que-nada-mude/>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

BRASIL, Etienne. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, RT, v. 5, p. 721, jun. 2011.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, C. E. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.35, jul./set. 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/49717>>. Acesso em: 21 set. 2012.

_____. Contratos e ordem pública in **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. **Revista dos Tribunais**, v. IV, p. 281, 2011.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. O divórcio potestativo: a velha família e o novo Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 15, n. 2655, 8 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17578>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. **Curso de direito dos arrendamentos vinculísticos**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1988.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Contratual Contemporâneo: A Função Social do Contrato. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas - Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 380.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 43, jul./set. 2010.

_____. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do Resp 1276311. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 50, p. 217-236, 2012.

LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. **Direito Potestativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. **DTR**, v. 3, p. 385, jun. 2011.

_____. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo**. 5.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LOTUFO, Renan. A Função Social da Propriedade na jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 336.

LYRA, Marcos Mendes. **Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES NETO, Antônio José. **A intervenção do Estado na autonomia privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 670, p. 41, ago. 1991.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor [livro eletrônico]**. 2.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas, SP: Bookseller, 2005. v.40.

MIRANDA, Roberta Drehmer de. Algumas notas sobre a “constitucionalização” do direito privado. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 3, nov. 2009.

MATTIETTO, Leonardo. **O princípio do equilíbrio contratual**. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26513.pdf/110PrincipiodoEquilibrio.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.4.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**, v. 779, p. 47-78, 2000.

MOTTA, Thiago de Lucena. O paradigma contratual da essencialidade e a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista Pesquisas Jurídicas**, v. 2, n. 1. jan./jun. 2013.

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

NERY JUNIOR, Nelson. Negócio jurídico temporário e abuso de direito - Soluções Práticas. **DTR**, v. 2, p. 79. set. 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

OBICI, Renata Cristina. **Relativização do Direito Potestativo Extintivo à Luz da Teoria do Abuso do Direito**. 2008. 258fls. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) - Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2008.

PACHECO, José da Silva. **Tratado das Ações de Despejo**. 7.ed. São Paulo: RT, 1988.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Comentários à lei de locação**: de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo, SP: Método, 2005.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva et al. **A lei do inquilinato**: anotada e comentada. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATES, Clyde Werneck. **Locação predial**: aspectos relevantes. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil (LGL 2002\400)**. Biblioteca de Direito Civil, Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STEINER, Renata Carlos. O paradigma da essencialidade nos contratos: revisão da obra de Teresa Negreiros. **Rev. Direito GV**, v. 8, São Paulo, jul./dec. 2012.

RODRIGUES JÚNIOR, O. L. Análise comparativista dos contratos built to suit. **Revista Consultor Jurídico**, 10 abr. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-10/direito-comparado-analise-comparativista-contratos-built-to-suit#_ftn3_4368>. Acesso em: 12 jul. 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v.1.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 6.ed. Campinas: Bookseller, 1999.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Gildo dos. **Locação e despejo**: comentários à Lei 8.245/91 - jurisprudência, súmulas do STF, Súmulas e enunciados do 2º TACivSP e Legislação. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SANTOS, Murilo Rezende dos. As Funções da Boa-Fé Objetiva na Relação Obrigacional. **Revista de Direito Privado**, v. 38, p. 204, abr. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 32, p. 3, out./dez. 2007.

SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem negócio jurídico**: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 740.

SOUZA, Souza, Sérgio Iglesias Nunes. A distinção entre o direito à moradia e o direito de habitação. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 13, p. 224, jan. 2004.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **A Nova Lei do Inquilinato Comentada**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. In: O EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. **Anais do seminário 2002**. São Paulo: Academia Paulista de Magistrados, 2002. p. 46.

TAVARES, Zilda. Aplicação do código de defesa do consumidor nas relações locatícias residenciais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 45, set. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2228>. Acesso em: out. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade contratual. **Soluções Práticas**, v. 2, p. 151, nov. 2011.

_____. A função social da propriedade e o meio ambiente. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 37, p. 127, jan./mar., 2009.

_____. Direito Civil Contemporâneo. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro** São Paulo: Atlas, 2008. p. 91.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. 3. ed. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a. p. 22.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. 3. ed. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b. p. 199.

WALD, Arnold. O interesse social no Direito Privado. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245 de 18/10/1991**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Reflexões sobre a Lei do Inquilinato e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, p. 18, jan. 1995.