

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

CONTRACT OF PROVISION SERVICES IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONALIZATION OF LAW

Ursula Inêz Ebani Silva*
Marcelo Vituzzo Perciani**

RESUMO

O presente trabalho possui como escopo a realização de uma análise pormenorizada acerca da atual interpretação que alguns princípios inerentes das relações privadas, notadamente, da autonomia privada e da liberdade, apresentaram a partir da Constitucionalização do Direito e o reflexo nos institutos tradicionais do Direito Civil, precipuamente, nos contratos. Nesse sentido, os contratos de prestação de serviços estão inseridos e representam as novas exigências impostas ao Estado e, conseqüentemente ao ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Estado Social que culminaram na expansão dos estudos que tornaram os institutos clássicos civilistas em instrumentos e não mais um fim em si mesmos.

Palavras-chave: Contratos de Prestação de Serviços. Constitucionalização do Direito. Autonomia Privada. Função social do contrato. Primazia de realidade sobre a forma.

ABSTRACT

The scope of this work is to carry out a detailed analysis about the current interpretation that some inherent principles of private relationships, notably, of private autonomy and freedom, presented from the Constitutionalization of Law and the reflection on the traditional institutes of Civil Law, primarily in contracts. In this sense, service provision contracts are inserted and represent the new requirements imposed on the State and, consequently, on the Brazilian legal system, from the Social State that culminated in the expansion of the studies that turned the classical civilist institutes into instruments and not just another end in themselves.

Keywords: Service Provision Contracts. Constitutionalization of Law. Private Autonomy. Social function of the contract. Primacy of reality over form.

Introdução

Após a Segunda Guerra Mundial é verificado no âmbito mundial, notadamente, nos países ocidentais, um movimento denominado: Constitucionalização do Direito. É a partir

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduanda em Direito Civil - Teoria Geral e Contratos pela Faculdade Metropolitana. ursula.ebs@gmail.com

** Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Professor universitário na Faculdade Metropolitana o Estado de São Paulo – FAMEESP. marcelovituzzo@faculdademetroplitana.edu.br

dele que princípios, como o da dignidade da pessoa humana, ganham espaço e passam a orientar o surgimento de novos direitos, a exemplo dos direitos da personalidade e aqueles ligados aos desenvolvimentos de novas tecnologias e da Medicina, os quais passam a ser o âmbito de estudo da Bioética e do Biodireito¹, e os institutos clássicos, decorrentes de uma visão legalista e codificada que permeava os Estados soberanos até aquele momento, a exemplo da propriedade privada, das relações contratuais e da família, passam a ser analisados e interpretados a partir da norma de maior hierarquia de um Estado, qual seja: a Constituição, bem como pelos princípios presentes no ordenamento jurídico interno, ou externo, provenientes de tratados internacionais de garantias de direitos fundamentais e de direitos humanos.

Nesse ínterim, a dicotomia até então existente entre o direito público e o direito privado não encontra mais espaço tanto no papel conferido ao Estado, no âmbito do Estado Social, bem como no ordenamento jurídico e nas decisões judiciais, com o surgimento dos *hard cases* que passam a demonstrar, a priori, a colisão dos direitos fundamentais com os direitos da personalidade. De igual forma, os princípios que eram interpretados isoladamente passam a ser interpretados de forma sistemática diante da unidade do ordenamento jurídico, do qual a Constituição é o seu principal elemento e o princípio da dignidade o seu principal orientador. Assim, a autonomia da vontade dá lugar a autonomia privada que encontra sua efetividade nos direitos da personalidade, haja vista o âmbito positivo da sua interpretação que surge a partir do constitucionalismo do Direito.

Destarte, o presente trabalho abordará os caminhos que corroboram para a constitucionalidade dos contratos de prestação de serviços regidos pela Lei 13.352/2016, o qual é um contrato específico com adesão voluntária e representa uma exteriorização da autonomia privada que é o princípio que perpassa no tempo, sem, contudo, deixar de ser inerente às relações contratuais. Nesta senda, merecem destaque os efeitos conferidos aos direitos fundamentais, notadamente, nas relações privadas, a leitura constitucional da autonomia privada e as consequências que a constitucionalização do Direito trouxe às relações privadas.

1 A constitucionalização do direito: o direito privado e a função social do

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Nesse sentido, aponta que “o Biodireito é estritamente conexo à Bioética, ocupando-se da formulação das regras jurídicas em relação à problemática emergente do progresso técnico-científico da Biomedicina”. In: NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

contrato na Constituição de 1988

A constitucionalização do Direito compreendida em seu aspecto de vinculação das normas infraconstitucionais, das codificações e, conseqüentemente, de todo o sistema jurídico à interpretação das normas constitucionais, se mostra como um fenômeno em que “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”². Nesse sentido, aduz Lucas Abreu que a teoria jurídica “conheceu uma marcante ruptura paradigmática no segundo pós-guerra. Isso porque, o constitucionalismo irrompeu uma época de transformação do direito baseada na supremacia da Constituição como estrutura normativa e enquanto filtro dogmático”³.

Ademais, tal movimento não ficou adstrito ao direito público alcançando, de igual forma, o direito privado, na medida em que a divisão estanque de tais conceitos deixa de existir. Como efeito, “o fenômeno da constitucionalização do direito privado representa, de certa forma, a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos: o direito público de um lado, e o direito privado de outro.”⁴ Nesse contexto, é elucidativa a lição de Luís Roberto Barroso:

A teoria jurídica do século XIX havia sido construída, predominantemente sobre as categorias do direito privado. [...] Ao longo do século XX assiste-se a uma progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição⁵.

Como intuitivo de tal fenômeno que ganhou alcance, notadamente, nos países ocidentais, no que se refere ao processo brasileiro, a constitucionalização do Direito é um fenômeno recente. Nesse contexto é que promulgada a Constituição de 1988, a qual, para além da inerente supremacia formal, passou a apresentar “uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus

² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalização e Constitucionalização do Direito (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. vol. 7, p. 533 – 584, Ago. 2015.

³ BARROSO, Lucas Abreu. A Teoria do Contrato no Paradigma Constitucional. In: *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 84, p. 149-169, Out – Dez, 2012.

⁴ NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 15.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 346.

princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente⁶”.

Desta feita, “o Estado passar a intervir, de forma imperativa, em extensas áreas que antes eram deixadas ao livre jogo das vontades privadas⁷” e com repercussão tanto nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto nas relações entre particulares. Assim, é no reconhecimento da eficácia das normas constitucionais, notadamente, dos direitos fundamentais nas relações com os particulares⁸ que, segundo Fachin e Ruzyk, está “o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil⁹”.

Nesse sentido, como afirmam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal com “a (re)unificação das normas de direito privado a partir do eixo constitucional, é fácil compreender a existência de um sistema jurídico uniforme e coerente, harmonizado a partir do referencial garantista da Constituição Federal¹⁰”.

Destarte, é com a Carta Magna de 1988, que o direito privado, no sentido de não apenas encontrar-se inserido no diploma constitucional, mas a ser interpretado e regido a partir de tais normas, passa a apresentar suas novas características, uma vez que “perdeu suas antigas características de um direito individualista e materialista, para tornar-se mais solidário e ético, passando a ter uma verdadeira função social.¹¹” Por conseguinte, o Direito Civil, ramo do Direito que, por excelência, rege as relações privadas, também é reformulado a partir do filtro axiológico constitucional, de forma que o Código Civil de 1916 não encontra mais sua sustentação e surge a necessidade de criação de um novo Código Civil, consubstanciado no Código Civil de 2002, com o intuito de tutelar categorias de direitos e de pessoas que, até então, encontravam-se desprotegidas pelo direito privado.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalização e Constitucionalização do Direito (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. vol. 7, Ago. 2015, p. 533 –584.

⁷ NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 31.

⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 100.

⁹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 100.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 56.

É nessa perspectiva que o Código Civil de 2002 consagrou a sociabilidade como paradigma desse novo modelo, ao lado da eticidade e a operabilidade, que se refere a funcionalidade do Direito. Segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, o princípio da socialidade “reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana¹²”.

Com efeito, por meio do princípio da sociabilidade é possível falar a função social do contrato, prevista como cláusula geral no artigo 421, do CC/2002, a qual é consequência da constitucionalização do Direito Civil e confere nova interpretação aos contratos que deixam de serem vistos como um fim em si mesmos, como na visão clássica, e passam a estar conectados a uma função que justifica e legitima todo o Direito Civil. Nesse sentido, ensinam Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira:

O debate acerca do conteúdo e do papel da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro se insere no âmbito deste processo de funcionalização dos fatos jurídicos, impondo-se ao intérprete verificar o merecimento de tutela dos atos de autonomia privada, os quais encontrarão proteção do ordenamento se – e somente se – realizarem não apenas a vontade individual dos contratantes, perseguida precipuamente pelo regulamento de interesses, mas, da mesma forma, os interesses extracontratuais socialmente relevantes vinculados à promoção dos valores constitucionais¹³.

Enfim, ultrapassada a dicotomia entre o direito público e o direito privado que, a constitucionalização do Direito ganha destaque e passa a admitir ao direito privado uma *humanização*¹⁴, alcançando, inclusive, os contratos que outrora eram interpretados sob a égide da legalidade e da individualidade de forma que o “abandono de um certa visão egoísta colocará o indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses, no trilhar da igualdade substancial, como legítimo destinatário da norma civil.¹⁵”

2 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Com o fenômeno da constitucionalização do Direito, os direitos fundamentais

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Volume 3. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.13.

¹³ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 3. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 113.

¹⁴ BARROSO. Lucas Abreu. A Teoria do Contrato no Paradigma Constitucional. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 84, Out – Dez, 2012, p. 149-169.

¹⁵ BARROSO. Lucas Abreu. A Teoria do Contrato no Paradigma Constitucional. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 84, Out – Dez, 2012, p. 149-169.

assumem um importante papel, sobretudo, no que tange a sua eficácia nas relações particulares. Desta feita, a compreensão da Constituição como filtro axiológico perpassa, notadamente, ao entendimento da posição interpretativa e norteadora assumida pelos direitos fundamentais, diante das relações particulares, uma vez que nestas encontram-se a sua inovação.

Isso porque, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas só se tornou possível na medida em que ocorreu a superação “da rigidez da dualidade público-privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil¹⁶”, uma vez que “as múltiplas situações suscetíveis de ocorrerem no mundo real não comportam solução unívoca¹⁷”. De mais a mais, “verifica-se que nas relações entre privados ocorrem graves violações dos direitos fundamentais, fazendo necessário o surgimento de uma categoria de direitos capaz de proteger o indivíduo também contra os demais particulares¹⁸”.

Para além da vinculação interpretativa, a intensidade e o modo com que os direitos fundamentais são aplicados traz efeitos da sua aplicação no âmbito privado, sendo que, neste ponto, a “aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto¹⁹”. Outrossim, Ingo Sarlet é assente:

Uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional²⁰.

Sem embargo da proteção dos indivíduos contra a ação do Estado e das relações

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalização e Constitucionalização do Direito (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. vol. 7, Ago. 2015, p. 533 –584.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalização e Constitucionalização do Direito (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. vol. 7, Ago. 2015, p. 533 –584.

¹⁸ LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. vol. 3, p. 419-442, Out. 2010.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalização e Constitucionalização do Direito (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. vol. 7, Ago. 2015, p. 533 –584.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.336.

entre os próprios particulares, tanto na eficácia vertical quanto na horizontal das relações dispostas, aos direitos fundamentais dá-se uma dimensão externa dos seus efeitos, “consistentes numa obrigação positiva para o Estado de adotar medidas hábeis a assegurar a proteção ou a *promoção* do exercício das liberdades civis e dos demais Direitos Fundamentais.²¹”

Essa proteção não escapou aos contratos, instituto já consagrado do Direito Civil e que, em uma visão clássica era um fim em si mesmo, passa a ser um instrumento para a consecução de direitos, haja vista que, com a constitucionalização do Direito Civil, os valores e princípios que regem um sociedade tornam-se fontes de interpretação dos contratos. Nesse sentido, nas palavras de Flávio Tartuce “um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais que serviriam de ‘porta de entrada’ dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado.²²”

Assim, as relações contratuais passaram a exigir uma interpretação a partir de cláusulas gerais consagradas no Código Civil de 2002, tais como, a função social do contrato, a equidade e a boa-fé objetiva, bem dos paradigmas trazidos pelo novo diploma civilista, quais sejam: sociabilidade, eticidade e operabilidade, que passaram a ser inerentes às relações interpessoais, a partir da Constituição Federal de 1988, consistente da “consequência da constitucionalização das relações de Direito Civil e da natural exigência de uma interpretação conforme a Constituição capazes de produzir soluções que, operando multidirecionalmente, respeitem os mais diversos valores fundamentais²³”.

3 Princípio da autonomia: uma leitura civil-constitucional

Na medida em que ocorre a constitucionalização do Direito e a *humanização*²⁴ do Direito Civil e, conseqüentemente, dos seus institutos, um importante princípio das relações privadas, igualmente, se modifica aos novos entendimentos mundiais, qual seja: a autonomia da vontade. Bem assim, na etimologia da palavra, a autonomia representa “a norma que o próprio indivíduo estabelece para si²⁵”, ou seja, inerente ao próprio indivíduo,

²¹ COSTA-MARTINS, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 72.

²² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume único*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; Método. p. 115.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61-62.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 16-20.

²⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 4. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018, p. 5.

e assim como este também “se molda a aspectos sociais, culturais e religiosos²⁶”.

A autonomia é o “termo dotado de sentidos dos mais diversos dentro do direito civil²⁷” e, nesse aspecto, importante salientar a distinção trazida nas lições de Francisco Amaral no que tange a distinção de autonomia privada, a qual não pode ser confundida com a autonomia da vontade, uma vez que “esta tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto aquela exprime o poder da vontade no direito, de modo objetivo, concreto e real²⁸”. Não obstante, certo é que ambas as dimensões de autonomia encontram o seu alicerce no princípio da liberdade²⁹ que, guardadas as suas diversas concepções, tem nas relações contratuais a sua maior representação, na medida em que “o contrato, como é cediço, está situado no âmbito dos direitos pessoais, sendo inafastável a grande importância da vontade sobre o instituto, eis que se trata do negócio jurídico por excelência.³⁰”

Ultrapassado o Estado Liberal, no qual a liberdade é conferida em seu aspecto negativo, qual seja “liberdade deixada ao indivíduo para que ele seja senhor de si mesmo, sem a interferência do Estado³¹”, o Estado Social confere ao princípio da liberdade uma dimensão positiva orientadora do novo papel do Estado, ou seja, “não cabendo ao Estado apenas a figura do organismo interventor e limitador das liberdades civis, mas, ao contrário, passa a materializar a figura do Estado realizador, prestador, garantidor e criador de liberdades³²”.

Como intuitivo dos aspectos negativo e positivo do princípio da liberdade, a autonomia passa a ser tratada, historicamente, como um princípio jurídico³³. Dessa forma, “no Estado Liberal, convencionou-se utilizar o termo *autonomia da vontade* para tratar da esfera da autonomia do indivíduo tendo em vista que preponderava a vontade do sujeito.³⁴” Outrossim, a autonomia da vontade “passou a ser um princípio de direito privado de larga extensão conceitual, que inclui não só elemento psicológico da liberdade

²⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 4. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. p. 5.

²⁷ REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. In: *Revista de Direito Privado*. vol. 60, p. 85-96, Out-Dez, 2014.

²⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. rev., modificada e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. vol. 3. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40.

³⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume único*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; Método. p. 995.

³¹ BERGSTEIN, Gilberto. *A informação na relação médico-paciente*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54-55.

³² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 377.

³³ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 4. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018, p. 5.

³⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 4. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018, p. 5.

do particular de se autodeterminar (o querer interno), como também o elemento extrínseco exteriorizador dessa vontade³⁵”. De outro lado, o Estado Social e a consequente constitucionalização do Direito, conferiu ao Estado maior intervenção na autonomia privada, “objetivando a justiça material, de modo que essas relações começaram a ser regidas por princípios como a função social. Por esta razão, a autonomia da vontade começou a ser superada pela autonomia privada.³⁶” Assim, nas lições de Konrad Hesse, a diferença essencial entre o significados da autonomia da vontade atual para aquela do século XIX é que a autonomia da vontade oferecia somente uma liberdade formal, que só parcialmente correspondia com a realidade social e, por consequência, poderia conduzir a falta de liberdade efetiva. Uma liberdade real geral não pode ser produzida somente na autonomia da vontade³⁷.

Nesse ínterim, a autonomia privada corresponde ao “poder concedido aos particulares para elaborar a sua norma própria, que regularia seus interesses individuais, iria até o ponto em que o Estado viesse a impor limites³⁸” e na teoria contratual contemporânea limita, em menor grau, tanto a liberdade de contratar que “está relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado, sendo uma liberdade plena, em regra³⁹”, na liberdade contratual consubstanciada no “conteúdo do negócio jurídico, ponto em que residem limitações ainda maiores à liberdade da pessoa humana.⁴⁰”

Dessa forma, a autonomia privada, nas diversas modalidades de liberdades estabelecidas na Constituição Federal de 1988, passou a reger os institutos das relações privadas, tanto no âmbito constitucional quanto no âmbito infraconstitucional, bem como orientar a aplicação dos direitos fundamentais, contudo, há que se salientar que autonomia privada não foi suprimida em virtude dos princípios diretivos das relações contratuais. Ao revés, conforme lecionam Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira “a liberdade de contratar continua a ser tutelada de maneira que ainda se permite

³⁵ CABRAL, Érico de Pina. A ‘autonomia’ no direito privado. In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. vol. 3, p. 95-146, Jun – 2011.

³⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 4. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018, p. 6.

³⁷ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1995, p. 79.

³⁸ LENZA, Pedro. *OAB primeira fase: volume único*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 259.

³⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume único*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; Método. p. 966.

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume único*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; Método. p. 966.

que as partes na prática, concorram entre si na aquisição e manutenção de posições⁴¹”, mas os ilustres doutrinadores acrescentam que “o que ocorre é a mitigação da prioridade absoluta de que desfrutava esse princípio, que passa a ser instrumentalizado à satisfação igualmente de outros valores constitucionais.⁴²”

4 Contratos de prestação de serviços e sua distinção com os contratos de trabalho

Os contratos de prestação de serviços decorrem dos contratos de locação, com origem no Direito Romano, “mais especificamente de uma das três formas de locação existentes à época: a locação de coisa (*locatio conductio rei*), a locação de serviços (*locatio conductio operarum*) e a locação de obra (*locatio operis faciendi*)⁴³.” Consoante às palavras de Rodrigo Brandão Fontoura:

A *locatio conductio rei* fazia vezes da contemporânea e difundida locação de coisas, sejam bens móveis ou imóveis, hoje amplamente prevista no Código Civil Brasileiro e em legislação específica, como a Lei do Inquilinato, por exemplo. A *locatio operis faciendi*, de outro lado, deu lugar à empreitada, ou seja, a locação de mão de obra para realização finalística de obra. E, por fim, a *locatio conductio operarum* deu origem à prestação de serviços propriamente dita⁴⁴.

No Brasil, demonstrando a forte influência do Direito Romano, o Código Civil de 1916 estabeleceu o contrato de prestação de serviços como espécie do gênero contrato de locação de serviços. Contudo, em virtude dos tratamentos estabelecidos nos códigos contemporâneos, “em consequência dos novos rumos, a chamada *locação de serviços* desdobrou-se em duas figuras independentes: *contrato de trabalho*, sujeito às leis de ordem pública, e contrato de *prestação de serviços*, como consta do Código Civil de 2002⁴⁵”.

Nesse sentido, pode-se conceituar o contrato civil de prestação de serviços como “o negócio jurídico por meio do qual uma das partes, chamada prestador, se obriga a realizar uma atividade em benefício de outra, denominada tomador, mediante

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 3. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 97.

⁴² TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 3. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 97.

⁴³ FONTOURA, Rodrigo Brandão. *Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos*. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 24.

⁴⁴ FONTOURA, Rodrigo Brandão. *Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos*. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 24.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. vol. 3. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 359.

remuneração.⁴⁶ Outrossim, estabeleceu o artigo 593, do CC/2002: a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se pelas disposições deste Capítulo.

Destarte, pela leitura do artigo 593, do Código Civil de 2002 verifica-se que o contrato de prestação de serviços tem caráter residual, ou seja, “aplicando-se somente às relações não regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Código do Consumidor, sem distinguir a espécie de atividade prestada pelo locador ou prestador de serviços, que pode ser profissional liberal ou trabalhador braçal⁴⁷.”

Não obstante as similitudes entre os contratos de prestação de serviços e os contratos de trabalho, “a proximidade do contrato de prestação de serviços com o contrato de emprego é evidente, diferenciando-se os dois pelo elemento subordinação jurídica (entendida como hierarquização), que é indispensável no segundo e ausente no primeiro⁴⁸.” Bem assim, a subordinação é a característica mais importante nas relações de emprego, na medida em que “se o empregador assume todos os riscos do empreendimento, ele terá o poder de organizar e dirigir a prestação de serviços. Dessa forma, o empregado fica subordinado às ordens do empregador⁴⁹.”

Ademais, nas palavras de Gustavo Tepedino “embora o contrato de prestação de serviço apresente conteúdo semelhante ao contrato de trabalho, com ele não se confunde, sendo certo que o contrato de prestação de serviço é marcado pela liberdade da autonomia privada⁵⁰.” Assim, a prestação de serviços, resguardada pelas normas civilistas, “é aquela desenvolvida de forma autônoma, visando à obtenção de determinado resultado, não sendo a modalidade negocial adequada para relações jurídicas empregatícias (trabalho subordinado) ou mesmo para outras formas de relação de trabalho autônomo⁵¹”.

Ainda é imperioso salientar que os contratos de prestação de serviços não é de cunho obrigatório, mas sim, de adesão facultativa entre as partes, característica inerente a autonomia privada que rege as relações contratuais civilistas. Outrossim, os contratos

⁴⁶ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 975.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Volume 3. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 360.

⁴⁸ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 975.

⁴⁹ CORREIA, Henrique. *Direito do Trabalho*. 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador, Bahia: Editora Juspodvm, 2018. p. 205.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 3. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 497.

⁵¹ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 975.

de prestação de serviços permitem que o prestador não seja somente pessoa física, ou seja, é mais abrangente que o contrato de empregatício, na medida em que, “embora possam ser celebrados em função da pessoa, podem ter como prestadores de serviços pessoas jurídicas, de sorte que a infungibilidade não se lhe afigura essencial⁵²”.

De outro modo, em que pese as distinções entre os contratos de prestação de serviços e os contratos que regem as relações empregatícias, há que se salientar que existe a possibilidade de descaracterização do contrato civilista diante da caracterização dos elementos da relação empregatícia. Como intuitivo, muito embora possa ocorrer fraude na formação do contrato, com vistas à burlar a legislação trabalhista, o princípio da primazia da realidade que rege as relações de trabalho representa, nestes casos, uma garantia ao prestador de serviços.

Por meio de tal princípio “a realidade se sobrepõe às disposições contratuais escritas⁵³” e, portanto, “serve para afastar fraudes nas relações trabalhistas.⁵⁴” Destarte, “a despeito da distinção entre as figuras, por vezes, revela-se difícil proceder à diferenciação, especialmente quando os contratantes simulam um contrato de prestação de serviços, que, na realidade, oculta relação empregatícia.⁵⁵” E nesse aspecto “o princípio da primazia da realidade sobre a forma amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade⁵⁶.” Nesse sentido, elucidativas são as palavras de Maurício Godinho Delgado:

Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no corresponde instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. O princípio do *contrato realidade* autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fáticos- jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação)⁵⁷.

⁵² TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 3. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 497.

⁵³ CORREIA, Henrique. *Direito do Trabalho*. 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador, Bahia: Editora Juspodvm, 2018. p. 142.

⁵⁴ CORREIA, Henrique. *Direito do Trabalho*. 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador, Bahia: Editora Juspodvm, 2018. p. 144.

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 3. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 498.

⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 244.

⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18ª ed. São Paulo: LTr,

Portanto, não se pode ignorar os contratos de prestações de serviços, uma figura típica que encontra respaldo constitucional em virtude de se constituírem fraudes para burlar as normas de ordem pública que regem a legislação trabalhista. Isso porque, o próprio ordenamento jurídico, a partir do momento que adotou a constitucionalização do Direito Civil e dos demais ramos do Direito permitiu que os princípios se tornassem norteadores da interpretação dos institutos jurídicos, inclusive, declarando a sua nulidade em caso de violação aos princípios que regem as relações privadas. Desse modo, “o intérprete e aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação⁵⁸.”

Considerações Finais

Os contratos de prestação de serviços ganharam notoriedade a partir do Código Civil de 2002, em que foi tratado de forma autônoma e não mais como espécie do gênero contrato de locação. Desta feita, o ordenamento jurídico brasileiro na medida em que a autonomia vontade foi, paulatinamente, dando espaço a autonomia privada, a qual deixou de ser entendida, apenas, em sua dimensão negativa – o indivíduo como senhor de si, blindado da interferência estatal – tendo sido conferida a esta uma dimensão positiva, consubstanciada no papel do Estado de garantidor das liberdades individuais, trouxe uma nova leitura constitucional para os institutos civilistas já consagrados na visão clássica.

Nesse ínterim, sobreleva em importância o princípios constitucionais que passam a ser o vetor interpretativo e orientador das relações contratuais, alcançando, inclusive o direito privado que deixa de ser entendido como um ramo estanque do direito público. Ao contrário, tanto o direito público quanto o privado abrem espaço para o diálogo entre si, sem o qual não seria possível dar efetividade às demandas relativas as relações contratuais que, a priori, possam ter colisão com os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Diante disso é que a autonomia privada não só encontra nos contratos sua maior expressão e efetividade, bem como, a partir deles também passa a ser interpretada

2019. p. 244.

⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 245.

conforme o princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva, contudo, a estes não se limita, uma vez que o ordenamento jurídico passa a ser visto como uma unidade e, portanto, os ramos do Direito não estão mais separados uns dos outros, mas sendo interpretados conjuntamente e sendo limitado por estes. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito em que tem como um dos seus objetivos fundamentais a solidariedade não tem o poder de impor a qualquer pessoa as questões que correspondem ao campo da sua autonomia, desde que tais questões não atinjam o âmbito de terceiros, do bem-estar coletivo ou, em última análise, sejam determinantes de tornar impotente a aplicação dos direitos fundamentais, a exemplo do trabalho, como um direito social previsto na Constituição que não pode ver suprimida as suas garantias previstas na legislação trabalhista caso comprovado os elementos caracterizadores das relações de emprego.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *In*: NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3-15.

BARROSO, Lucas Abreu. A Teoria do Contrato no Paradigma Constitucional. *In*: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 84, p. 149-169, out./dez, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalização e Constitucionalização do Direito (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 7, p. 533-584, ago. 2015.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABRAL, Érico de Pina. A 'autonomia' no direito privado. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Cotratos**, v. 3, p. 95-146, jun. 2011.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Salvador, Bahia: Editora Juspodvm, 2018.

COSTA-MARTINS, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.,

2006. p. 61-85.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 4. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 11-60.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. V. 1.

FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. V. 3.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

LENZA, Pedro. **OAB primeira fase: volume único**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 3, p. 419-442, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. **Revista de Direito Privado**, v. 60, p. 85-96, out./dez. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 11. ed. Rio de Janeiro,

Forense; Método, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco.
Fundamentos do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. V. 3.