



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO

FERNANDA SABRINI PEREIRA

**CONTRATOS PRIVADOS DE ENSINO E O DIREITO FUNDAMENTAL À  
EDUCAÇÃO**

Uberlândia  
2012

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

---

P436c      Pereira, Fernanda Sabrinni, 1984-  
2012      Contratos privados de ensino e o direito fundamental à educação. /  
Fernanda Sabrinni Pereira. - Uberlândia, 2012.  
168 f.

Orientador: Fernando Rodrigues Martins.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,  
Programa de Pós-Graduação em Direito.  
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direito civil - Brasil - Teses. 3. Contratos - Teses.  
4. Direito à educação - Teses. I. Martins, Fernando Rodrigues. II.  
Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em  
Direito. III. Título.

CDU: 340

---

FERNANDA SABRINNI PEREIRA

**CONTRATOS PRIVADOS DE ENSINO E O DIREITO FUNDAMENTAL À  
EDUCAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientador: Prof. Doutor Fernando Rodrigues Martins.

Uberlândia  
2012

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**CONTRATOS PRIVADOS DE ENSINO E O DIREITO FUNDAMENTAL À  
EDUCAÇÃO**

Orientador: Prof. Doutor Fernando Rodrigues Martins  
Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Doutor Gustavo José Mendes Tepedino  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Doutor Carlos José Cordeiro  
Universidade Federal de Uberlândia

Uberlândia, 28 de agosto de 2012

*Aos meus pais,  
Joana Darch e Fernando.*

*Ao meu irmão e melhor amigo,  
Antônio Augusto.*

## AGRADECIMENTOS

Depois de uma longa caminhada, que nem bem ao certo sei delimitar o início, posso dizer que agora há um novo recomeçar. Acho que a caminhada se iniciou com o auxílio dos Professores Gustavo Henrique Velasco Boyadjian e Aguinaldo Alemar que me possibilitaram ter acesso a uma bolsa de iniciação científica concedida pelo CNPq, isso em meados de 2007, durante o transformador terceiro ano de faculdade. Ano em que me aventurei na inesquecível “Faculté Lumiere Lyon 2”, na cidade de amizades e conhecimentos inesquecíveis.

Uma pista de que esse impulso foi tão bem propulsionado pela “rampa propulsora” no estágio na 3º Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor com o meu atual orientador, Prof. Doutor Fernando Rodrigues Martins, a quem aproveito para agradecer todo o incentivo com palavras motivadoras e acesso aos melhores autores.

Certeza de que essa caminhada foi motivada pelo estímulo que sempre me encorajou, e falo nesse momento dos meus queridos amigos Juliana Chioca Lopes Marteleto e Wagner Marteleto Filho, que me acompanharam durante todo o percurso do Mestrado na Universidade Federal de Uberlândia, desde o processo seletivo.

Agradeço também aos professores do mestrado, nas pessoas do Prof. Doutor Carlos José Cordeiro e Prof. Doutor Leosino Bizinoto Macedo. Nas aulas do mestrado contei, também, com o apoio e carinho da Natalia Berti, Daniela Fernandes, Wendel de Brito Lemos Teixeira, a vocês meu muito obrigada por dividirmos as tarefas durante as aulas e seminários a serem apresentados.

Agradeço a Tatiana Marquez de Brito, minha amiga desde aquele tempo em que a gente nem sabe ao certo o que vai ser da gente, o apoio, essencial, durante todas as conversas semanais.

Espaço especial é reservado ao querido Professor Gustavo Tepedino. Primeiro por ter aceitado e acolhido a menina do interior em suas riquíssimas e imprescindíveis aulas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em que cursei duas disciplinas por ele ministradas. Os ensinamentos transcendem a sala de aula, exemplo de professor, no sentido mais bonito que essa palavra comporta, sempre gentil e cordial nas suas palavras. As idas e vindas ao Rio

de Janeiro, primeiro mensalmente, depois semanalmente, foram enriquecedoras, tanto do ponto do vista acadêmico – onde encontrei o que procurava: o espaço para os debates, a troca de ideias sem medo de errar, por lá se respira academia! –, quanto pessoal, onde conheci pessoas e lugares inesquecíveis, viagens memoráveis...

Foi também no Rio de Janeiro, primeiro na sala da Cepuerj, na Av. Almirante Barroso e, depois, no grandioso prédio da UERJ em que tive o prazer e a honra de conviver com a melhor turma de pós-graduação. Agradeço ao Vitor Almeida, quem primeiro me acolheu no Rio de Janeiro de forma tão carinhosa e inesquecível. Com ele aprendi não só o Direito Civil, mas também lições de vida e de como o Rio de Janeiro é a cidade maravilhosa. Ao Gabriel Furtado, pelas críticas e indagações pertinentes; ao Miguel Labouriau por todas as conversas imprescindíveis para enfrentar as exigências que a aula do Professor Tepedino nos impõe; ao Eduardo Nunes por toda gentileza em responder meus e-mails aflitos, com sugestões e empréstimo de material bibliográfico; a Ivana Coelho pelo carinho com que nos acolhe; ao André Nery; a Caroline; a Rebeca ... enfim, a todos vocês brilhantes alunos do mestrado em Direito Civil da UERJ, com quem tive a honra de conviver, e que muito me ensinaram nesses dois semestres de convivência!

Dúvidas não restam da importância da minha família nesse percurso, reservo aqui um espaço especial para o meu MUITO OBRIGADA! Aos meus pais por me apoiarem em todos os momentos, não me deixando desanimar quando eu já não tinha mais esperança para continuar na caminhada apressada, sempre me incentivando e controlando a minha ansiedade e cobrança comigo mesma. Ao meu irmão por todo apoio, mesmo longe tão perto de mim, com sua calma e bondade que transcendem a alma e nos fazem acreditar que o ser humano tem uma beleza inexplicável, obrigada por tudo, meu fiel tradutor, meu amigo-irmão. Aos meus tios e tias, as minhas avós Teresa e Helena, meu avô Jair, exemplo de paciência, bondade e humildade. A minha prima Carla, obrigada por toda ajuda!

Agradeço, ao Bruno de Oliveira Moura por ter incentivado a minha viagem para pesquisa na melhor biblioteca que já visitei, na inesquecível Coimbra. Também por ter me apresentado ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro, que gentilmente me cedeu seu tempo me indicando os caminhos para o início da investigação e, com poucas palavras, muito me fez refletir acerca das cláusulas abusivas. Mas, agradeço ao Bruno, também, por ter despertado em mim o que eu nem imaginava existir.

Vivendo, se aprende; mas o que se aprende mais, é só a  
fazer outras maiores perguntas.

João Guimarães Rosa  
(Grande Sertão: Veredas)

## RESUMO

O presente trabalho tem como tema central o estudo dos contratos privados de ensino. A começar, parte-se do estudo do direito à educação como direito fundamental social, aborda-se o tema da efetividade deste direito, da constitucionalização do direito civil e a superação entre a dicotomia público-privado, para se chegar à compreensão do “novo” paradigma contratual. A partir daí, o estudo volta-se à teoria geral dos contratos, aos princípios norteadores das relações contratuais e às transformações ocorridas no campo das relações negociais. As especificidades dos contratos privados de ensino, no âmbito dos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, dentre outras normas infraconstitucionais pertinentes, são analisadas na segunda parte do trabalho. Mostra-se, portanto, que a transformação do caráter estritamente patrimonial que caracterizava não só as relações contratuais, mas, o próprio Direito Civil, também incide nos contratos privados de ensino. Portanto, o contrato assinado entre as instituições privadas superiores e os estudantes, ou seu representante, deve representar o caráter essencial do serviço prestado e respeitar o direito fundamental ali tratado – direito à educação. Apesar de a abordagem recair especialmente sobre os contratos privados do ensino superior, não se nega que os critérios explicitados também podem ser aplicados ao ensino fundamental e médio. Em um terceiro momento, passa-se a à análise da concretude de tais contratos, analisando os contratos de ensino, tutela da pessoa, a questão do adimplemento e da responsabilidade advinda do seu inadimplemento, os deveres de fidúcia dos contratos de ensino e a responsabilidade extracontratual por violação dos deveres de boa-fé. O estudo das abusividades encontra largo abrigo na experiência jurídica brasileira, por isso são estudados os casos mais emblemáticos da postura dos Tribunais no julgamento de tais cláusulas abusivas, levando-se em consideração a sociedade em que estão inseridas as decisões, sempre tendo os mandamentos constitucionais como norte para o estudo crítico dos problemas mais frequentemente encontrados.

**Palavras-chave:** direito à educação; contrato privado de ensino; cláusulas abusivas.

## RÉSUMÉ

Le présent travail porte sur l'étude des contrats privés de l'enseignement. Le point de départ est l'étude du droit à l'éducation comme un droit social fondamental, ensuite, la question de l'efficacité de ce droit, la constitutionnalisation du droit civil et de surmonter la dichotomie entre le public et le privé, pour arriver à une compréhension du «nouveau» paradigme contractuel. Par la suite, l'étude se tourne vers la théorie générale des contrats, les principes directeurs des relations contractuelles et les changements dans le domaine des relations d'affaires. Les caractéristiques spécifiques de l'enseignement privé en vertu du Code Civil, du Code de la Protection des Consommateurs et de la Loi de Directrices et Bases de l'Éducation, entre autres normes infra-constitutionnelles pertinentes, sont analysés dans la deuxième partie de ce travail. Il est montré, donc, que la transformation du caractère strictement patrimonial qui marquait non seulement les relations contractuelles, mais, le propre Droit Civil, répercute également dans les contrats privés d'enseignement. Par conséquent, le contrat signé entre les établissements d'enseignement supérieur privé et les étudiants, ou son représentant, doit représenter le caractère essentiel du service et respecter le traité des droits fondamentaux en question – le droit à l'éducation. Malgré l'étude a été concentré surtout aux contrats privés de l'enseignement supérieur, il n'empêche que, ces situations peuvent également être appliqués à l'enseignement primaire ou secondaire. Dans une troisième partie, le but est d'analyser les contrats d'enseignement concernant leur caractère concret et la tutelle de la personne, la question du performance, et de la responsabilité résulté de sa non-conformité, les obligations fiduciaires des contrats d'enseignement et la responsabilité extra contractuelle pour manquement aux obligations de bonne foi. L'étude des abus des droits est sous une large expérience juridique au Brésil, nous avons donc étudié les cas les plus emblématiques de la posture des tribunaux dans le procès de ces clauses abusives, en tenant compte de la société dans laquelle les décisions sont insérés, en gardant toujours les commandements constitutionnelles comme base pour l'étude critique des problèmes fréquemment rencontrés.

**Mots-clés:** droit à l'éducation, contrats privés de l'enseignement, clauses abusives.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	ix
RÉSUMÉ.....	x
INTRODUÇÃO.....	1
1 – DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E SUA INTERFACE NAS RELAÇÕES PRIVADAS .....	5
<b>1.1 Direito à educação como direito fundamental social.....</b>	<b>11</b>
<i>1.1.1 Direitos essenciais e tutela da personalidade .....</i>	<i>19</i>
<i>1.1.2 Criação e acesso à informação e ao conhecimento como atributos humanos.....</i>	<i>28</i>
<b>1.2 Efetividade do direito à educação .....</b>	<b>33</b>
<b>1.3 Constitucionalização: superação entre o público e o privado e a unidade constitucional .....</b>	<b>38</b>
<b>1.4 Novo paradigma contratual: transformações dos contratos de ensino e sua essencialidade.....</b>	<b>45</b>
2 – CONTRATO PRIVADO DE ENSINO NOS CÓDIGOS CIVIL E DE DEFESA DO CONSUMIDOR .....	53
<b>2.1 A disciplina dos contratos de ensino no Código Civil .....</b>	<b>59</b>
<i>2.1.1 Relações patrimoniais e existenciais a partir do marco teórico do Direito Civil Constitucional.....</i>	<i>68</i>
<i>2.1.2 Prevalência das situações subjetivas jurídicas existenciais sobre as patrimoniais</i>	<i>71</i>
<b>2.2 A disciplina dos contratos de ensino nos sistemas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação .....</b>	<b>75</b>
<i>2.2.1 A defesa do consumidor no contrato privado de ensino .....</i>	<i>80</i>
<i>2.2.2 Os princípios constantes na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) .....</i>	<i>87</i>
<b>2.3 Proposta de diálogo entre os contratos de ensino no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor à luz dos princípios da LDB.....</b>	<b>88</b>
<b>2.4 A relevância da taxonomia da ordem pública nos contratos de ensino.....</b>	<b>91</b>
3 – CONTRATOS DE ENSINO: (IN)ADIMPLENTO, CONCRETUDE E VALOR DA PESSOA .....	96
<b>3.1 Cumprimento do Contrato de Ensino e Responsabilidade Contratual.....</b>	<b>102</b>
<i>3.1.1 Inadimplemento Absoluto e Relativo (Mora) .....</i>	<i>106</i>
<i>3.1.2 Deveres de fidúcia nos contratos de ensino e a chamada “violação positiva do contrato”.....</i>	<i>114</i>
<i>3.1.3 Perdas e Danos: diálogo com a existência .....</i>	<i>124</i>

<b>3.2 Responsabilidade Extracontratual por violação dos deveres de boa-fé</b> .....	127
3.2.1 <i>Responsabilidade pré-contratual</i> .....	129
3.2.2 <i>Responsabilidade supracontratual</i> .....	135
3.2.3 <i>Responsabilidade pós-contratual</i> .....	138
CONCLUSÃO .....	145
REFERÊNCIAS .....	148

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como central objeto os contratos de ensino assinados entre as instituições superiores privadas e os estudantes, ou seus responsáveis. É necessário, nesse primeiro momento, explicitar o recorte feito, pois o tratamento principal é dos contratos de ensino superior privado, não se abrangendo a análise pormenorizada da educação e seus diversos processos, as teorias e as discussões sobre esse vasto e rico ponto, sob pena de se fugir do tema, que é em primeiro plano as relações contratuais. Entretanto, o fato de a abordagem tematizar, sobretudo, os contratos privados do ensino superior não se nega que muitas das situações discutidas também poderão ser aplicadas ao ensino fundamental e médio.

Quanto à metodologia adotada para o desenvolvimento do trabalho, cabe ressaltar que utilizou-se como tipo de pesquisa o levantamento bibliográfico e pesquisa documental, tendo em vista a proposta de análise tanto jurisprudencial quanto da legislação pertinente. Quanto aos procedimentos metodológicos, o método adotado foi o dedutivo para a pesquisa teórica, pois parte-se de situações gerais, demonstrando que há abusividade nos contratos privados de ensino para, posteriormente, pontuar quais são essas cláusulas abusivas, ou seja, quais são as mais frequentes, bem como a pesquisa documental e o estudo dos casos coletados nos julgados.

O tema em curso se insere no século das grandes contratações, da desmaterialização das relações e dos contratos de adesão. O contrato escolhido foi aquele entabulado entre as instituições de ensino superior privadas e as pessoas que buscam pelo direito fundamental à educação – formação superior. Tal escolha não se deu ao acaso. É fruto da observação dos abusos e desrespeitos que se tem presenciado em tais contratos de adesão. Nesse sentido, a presente dissertação figura como uma proposta de análise dos contratos privados de ensino, firmados entre os estabelecimentos particulares de ensino superior e os estudantes, ou seu responsável. Para tanto, é indispensável a descrição do processo de contratação, tomando como ponto de partida uma breve análise histórica da teoria contratual e, posteriormente, a avaliação dessas transformações no que tange aos contratos privados de ensino.

Ademais, um estudo acerca dos contratos de adesão no contexto do “diálogo das fontes”<sup>1</sup> entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor e dos princípios que norteiam tais contratos. Parte-se da análise dos direitos fundamentais nas relações

---

<sup>1</sup> Termo conhecido por meio da obra da autora Cláudia Lima Marques, quando se refere à teoria do “diálogo das fontes” de seu orientador Erik Jayme. (Ver: MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002*. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 51, p. 47, Jul- 2004.).

privadas para compreender se efetivamente o direito fundamental à educação está presente nos contratos entre as faculdades e os estudantes, sem, contudo, deixar de investigar a educação privada no Brasil, avaliando as cláusulas abusivas mais frequentes dos contratos privados de ensino.

Destarte, o trabalho foi dividido em três partes. Em um primeiro momento, será analisada a forma como os direitos fundamentais (educação) incidem nos contratos (privados de ensino), se de forma direta, indireta, mediata ou imediata, bem como a pesquisa do tema da educação privada no Brasil, indicar as falhas e imperfeições dos contratos assinados entre as faculdades e os alunos, as cláusulas abusivas mais frequentes. Finalmente, analisar a concretude do contrato de ensino, elencando casos jurisprudenciais mais relevantes, para demonstrar a assiduidade das cláusulas abusivas, estudar tais ocorrências para propor uma reestruturação contratual que prime pelo equilíbrio.

Como afirma Karl Larenz: “a aplicação do Direito e o desenvolvimento do Direito caminham juntos”<sup>2</sup>. Tal observação demonstra a importância da jurisprudência e do sistema aberto para a ciência do Direito, uma vez que não se pode conceber uma ciência da sociedade de forma estática, ela deve evoluir e essa evolução se consegue por meio da aplicação do Direito. Ao ser aplicado, ele é discutido, debatido e modificado para melhor se adequar aos seus fins.

Neste viés de desenvolvimento da concepção do direito contratual, se antes a separação entre direito público e direito privado exprimia a ideologia típica do direito burguês moderno, que impermeabilizava as relações jurídicas de caráter predominantemente privado da possibilidade de intervenção dos poderes públicos<sup>3</sup> era a realidade, hoje vigora a superação dessa dicotomia. Deve-se proclamar não um cariz *topográfico* do direito público sobre o direito privado, senão entre ambos um trânsito *sistemático*, permitindo a troca de experiências normativas e de diretrizes teórico-jurídicas, além mesmo da simples hermenêutica<sup>4</sup>.

Com isso, pode-se averbar que a teoria geral dos contratos serve de combate à ideia de que o Código de Defesa do Consumidor é díspare e antinômico ao Código Civil, no que

---

<sup>2</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. (Tradução espanhola). Barcelona: Ariel, 3ª impresión, 2009, p. 185.

<sup>3</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 279.

<sup>4</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. (Trad. Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 12. Firma que: “a norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e, todavia, não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”.

respeita aos contratos, porque a teoria geral é idêntica, o que garante, nesse diapasão, um “diálogo de fontes”. Posto isto, devem ser observados os princípios que preponderam na teoria geral dos contratos, a saber: a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a justiça contratual e daí sua função social.

A constitucionalização demonstra a existência de princípios éticos fundamentais informadores do sistema que devem ser seguidos por todos os demais Códigos. Deve, pois, haver uma análise do Código Civil sempre à luz dos princípios constitucionais, e isso graças à adoção pelo legislador de um sistema aberto repleto de cláusulas gerais, que se comunicam não somente de forma intrassistêmica, mas que, principalmente, tendem a se relacionar com os demais sistemas, como o Código de Defesa do Consumidor.

Como o contrato privado de ensino envolve um direito fundamental social, qual seja, o direito à educação, é necessário já em uma primeira parte abordar o tema do “direito fundamental à educação e sua interface nas relações privadas”. Então será importante localizar o direito à educação na Constituição Federal de 1988, trazer dados do ensino superior privado no Brasil e mostrar que a sociedade evoluiu, essa evolução exige uma alteração do acesso ao ensino, que passa a ser predominantemente privado, e o contrato – por reger esse acesso – também deverá sofrer alterações.

Dentro dessa primeira parte, tratar-se-á do direito à educação como direito fundamental social, invocando sua proteção no âmbito não só da Constituição, mas dos tratados internacionais. Também se concebe o direito à educação como protegido pela cláusula geral de tutela da personalidade, pois integra o núcleo da dignidade da pessoa humana. Nessa didática, indaga-se se o direito fundamental à educação, como um atributo da personalidade humana, é também direito da personalidade.

No tópico da criação e acesso à informação e ao conhecimento como atributos humanos a intenção será demonstrar a importância da educação no acesso à informação e ao conhecimento.

Outro tema de destaque, é o da efetividade do direito à educação, tendo em vista que são os direitos sociais que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito à sua eficácia (jurídica) e efetividade (eficácia social), inclusive quanto aos meios necessários a sua realização.

A vastidão e diversidade das leis de ensino existentes no país reclamam uma reconstituição da situação educacional brasileira, de forma a desenvolver a visão integrada da ordem vigente sobre a matéria. Essas normas e princípios possuem uma suficiente especificidade para merecer um tratamento científico por parte da dogmática jurídica.

De forma a contextualizar os contratos privados de ensino no âmbito de proteção dos códigos Civil e de Defesa do Consumidor é importante, sob o marco teórico do “direito civil constitucional”, compreender os novos paradigmas contratuais resultantes da transformação dos contratos. Por isso, justifica-se uma abordagem geral das transformações advindas com o Código de Defesa do Consumidor e a conciliação dessas transformações no novo Código Civil.

Em um segundo momento, será feita a análise do contrato privado de ensino sob o âmbito do Código Civil, pois se trata de um contrato de adesão, leitura essa feita sempre em harmonia com o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Aborda-se a questão das relações patrimoniais e existenciais, a partir do marco teórico do Direito Civil Constitucional – tal análise se mostra importante frente à transformação do caráter estritamente patrimonial que caracterizava não só as relações contratuais, mas, o próprio Direito Civil.

Será feita a análise das principais abusividades presentes nos contratos privados de ensino para exemplificar qual seria a metodologia adequada para a solução do caso concreto, em que há situação dúplice – existencial e patrimonial – o que se fará ao longo de toda a terceira, e derradeira, parte do trabalho, momento em que se tratará da questão do adimplemento e da responsabilidade advinda do seu inadimplemento, os deveres de fidúcia dos contratos de ensino e a responsabilidade extracontratual por violação dos deveres de boa-fé.

Tem-se observado que as instituições privadas de ensino superior desrespeitam frequentemente os alunos que visam o acesso ao direito fundamental à educação, sobretudo através da inserção em tais contratos de adesão cláusulas abusivas. Nesse sentido, indaga-se: como controlar e interpretar os contratos privados de ensino superior no Brasil, tendo em vista que a abertura constitucional para a iniciativa privada (artigo 209 da Constituição Federal) faz com que hoje 70% das matrículas do ensino superior privado sejam realizadas em instituições privadas de ensino? Essa e outras questões, serão tratadas na presente dissertação com a finalidade de trazer à discussão acadêmica a importância dos contratos privados de ensino na sociedade atual, caracterizada pelo consumo e rapidez nas contratações.

## 1 – DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E SUA INTERFACE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O intuito da educação é a formação integral do ser humano, sendo que a sua essência deve ser vislumbrada na humanização da pessoa para possibilitar a manutenção da convivência em sociedade. A educação é uma parte fundamental da vida que irá pautar a existência do ser humano, devendo ser voltada para a comunidade. Em passado recente, o ingresso ao ensino superior era, não apenas no Brasil<sup>5</sup>, privilégio de poucos. Hoje é consenso que o acesso à educação escolar é de fundamental importância para o desenvolvimento do ser humano enquanto pessoa. Ele é requisito para o exercício de outros direitos, como por exemplo, a entrada no mercado de trabalho que possibilita a promoção de uma vida digna.

A educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania, e tal princípio é indispensável para políticas que visam à participação de todos nos espaços sociais e políticos e, mesmo, para reinserção no mundo profissional. Não são poucos os documentos de caráter internacional, assinados por países da Organização das Nações Unidas, que reconhecem e garantem esse acesso a seus cidadãos. A ligação entre o direito à educação escolar e a democracia terá a legislação como um de seus suportes e invocará o Estado como provedor desse bem, seja para garantir a igualdade de oportunidades, seja para, uma vez mantido esse objetivo, intervir no domínio das desigualdades, que nascem do conflito da distribuição capitalista da riqueza, e progressivamente reduzir as desigualdades<sup>6</sup>. Nesse sentido, afirma Bobbio que “não existe atualmente nenhuma carta de direitos que não reconheça o direito à instrução — crescente, de resto, de sociedade para sociedade — primeiro, elementar, depois secundária, e pouco a pouco, até mesmo, universitária”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Conforme dados de Lyotard : “No início dos anos 1970-1971, na classe de idade dos 19 anos, a proporção dos inscritos no ensino superior era de 30 a 40% no Canadá, Estados Unidos, União Soviética, e Iugoslávia; em torno de 20% na Alemanha, França, Grã-Bretanha, Japão e Países Baixos. Nestes países, tinha duplicado ou triplicado em relação às taxas de 1959. Segundo a mesma fonte (M. Devèze, *Histoire contemporaine de L’université*, Paris, Sedes. 1976, 439-440), a relação população estudante/população total passou entre 1950 e 1970 de aproximadamente 4% para aproximadamente 10% na Europa Ocidental, de 6.1 para 21.3 no Canadá, de 15.1 para 32.5 nos Estados Unidos. (LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. (Trad. Ricardo Corrêa Barbosa). 5ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p. 96). No Brasil, de acordo com o IBGE - PNAD de 2007, as matrículas do Ensino Superior passaram de 1 milhão e 500 mil, em 1991, para mais de 5 milhões em 2007, ou seja, as matrículas mais do que triplicaram em 15 anos. No entanto, menos de 20% dos jovens de 18 a 24 anos tiveram acesso a esse nível de ensino.

<sup>6</sup> CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. In: *Cadernos de pesquisa*, n.116, Jul-2002, São Paulo. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742002000200010>. Acesso em 06/06/2012.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 75.

Pode-se afirmar que antes da Constituição Federal de 1988<sup>8</sup>, havia por parte do Estado escassa preocupação em garantir uma educação de qualidade a todos os brasileiros, pois o ensino público era tratado de forma assistencial, à disposição daqueles que não tinham condições de arcar com as despesas do ensino privado. Hoje, entretanto, o Estado precisa ir além, o direito à educação deve pautar-se em uma formação humanística e, concomitantemente, profissional, fixando-se, ainda, os princípios que a devem reger, entre outros, o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e o da solidariedade. Isso porque o acesso à educação propicia o desenvolvimento de uma sociedade livre, mais justa e solidária<sup>9</sup>.

A educação é direito de todos, dever do Estado e da família, protegida como bem jurídico no artigo 205 da Constituição Federal, o qual dispõe que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é qualificado como direito subjetivo no artigo 208, §1º, garantindo-se a sua universalização, bem como a progressiva universalização do ensino médio sob a égide da equidade (artigo 206), dentre outros princípios que orientam a atividade educacional. No que diz respeito ao dever do Estado, a Constituição Federal discrimina competências precisas para os sistemas de ensino da União, dos Estados e dos Municípios, e os percentuais da receita de impostos para aplicação na manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme artigos 208 e 212.

O artigo 205<sup>10</sup> da Constituição Federal prevê três objetivos básicos da educação, quais sejam: *i)* o pleno desenvolvimento da pessoa; *ii)* preparo da pessoa para o exercício da cidadania e *iii)* qualificação da pessoa para o trabalho. E no artigo 206<sup>11</sup> descreve quais os princípios coerentes com esses objetivos e necessários ao sistema educacional democrático, sendo eles: *universalidade*, *igualdade* de condições para o acesso e permanência, *liberdade* de aprender e ensinar, *pluralismo* de ideias e concepções pedagógicas, *gratuidade do ensino*

---

<sup>8</sup> “A Constituição de 1934 foi a primeira a incluir a educação como direito social, antes dela havia tão somente algumas normas programáticas. A partir da atual Constituição, essa norma passou a ter mais eficácia e aplicabilidade”. (ATIQUE, Andraci Lucas Veltroni. A educação superior e os princípios constitucionais. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, vol. 18, Jul / 2006, p. 62).

<sup>9</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*. (Série IDP). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48/49.

<sup>10</sup> CF/88: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

<sup>11</sup> CF/88: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)”.

*público, valorização dos respectivos profissionais, gestão democrática da escola e padrão de qualidade.* Nesse sentido, “o art. 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o art. 6º, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem”<sup>12</sup>.

O processo educacional não é estático<sup>13</sup>, justamente por envolver seres humanos que estão em constante transformação, inclusive de acordo com as necessidades sociais, econômicas e políticas. Nesse sentido, descreve Bauman que “a ‘revolução educacional’ que acompanhou o nascimento da sociedade moderna teve lugar na Europa ocidental, entre os séculos XVI e XVIII, embora precisasse de um século mais para que seus frutos amadurecessem plenamente”. Conforme expõe o autor, tal revolução consistiu em três desvios fundamentais: “primeiro, em separar uma certa parte do processo da vida individual como o estágio da ‘imaturidade’, isto é, uma fase repleta de perigos, mas também caracterizada por necessidades especiais e que requer, assim, um ambiente, um regime e processo todo seu; segundo, na separação espacial daqueles que precisam de tal tratamento peculiar e na sua submissão ao cuidado de especialistas deliberadamente instruídos; e terceiro, em conferir à família especiais responsabilidades de supervisão no processo de ‘amadurecimento’”<sup>14</sup>.

Observa-se, portanto, que a sociedade moderna teve impactos importantes sobre o que o autor denomina de “revolução educacional”, demonstrando que não há como separar o momento em que se vive das repercussões que tal momento causará no ensino. Logo, se há uma modificação no ensino também o Direito, ao regular tal processo educativo, terá que sofrer alterações<sup>15</sup> para melhor tutelar e efetivamente garanti-lo.

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pp. 311/312.

<sup>13</sup> Acerca dessa não estaticidade do processo educacional, a título de exemplo, pode-se citar passagem de Franz Wieacker que descreve as modificações na formação técnica dos juristas: “O futuro jurista recebe da cátedra universitária, antes de toda a prática e apenas preparado por lições de história, a matéria de ensino sob uma seqüência sistemática e sob a forma de um estrito treino conceitual. Só então experimenta a aplicação do direito, não através de controvérsias jurídicas vividas ou, pelo menos, de peças processuais, mas a partir de casos jurídicos, *líquidos* e depurados do ponto de vista da factualidade, cuja subsunção correcta em relação a uma pretensão jurídica (*qualis sit actio*) se torna na sua tarefa exclusiva. A mesma finalidade é prosseguida pela estrutura dos primeiros concursos de ingresso nas profissões jurídicas. Este ideal de ensino, muitas vezes acusado, muitas vezes caricaturado e, de qualquer modo, assustadoramente unilateral, tinha originariamente uma base prático-moral e de política do direito – designadamente, o ideal ético do funcionário de Estado formado nas ciências e nas humanidades, voltado ao conceito kantiano de dever. A renovação da universidade alemã segundo as ideias educativas de Humboldt, de que era padrão a fundação da Universidade de Berlim, serviu a formação de funcionários deste tipo. (...) Também a função original, do ponto de vista da política do direito, do positivismo científico está hoje descaracterizada até ao ponto de se ter tornado irreconhecível, isto em virtude das mudanças sociais e políticas dos últimos cem anos e da crítica ideológica que acompanhou estas mudanças”. (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. (Tradução de A. M. Botelho Hespanha). 2ª ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, pp. 499/501).

<sup>14</sup> BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. (Trad. Mauro Gama; Claudia Martinelli Gama. Revisão Técnica: Luís Carlos Fridman). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 177

<sup>15</sup> Franz Wieacker descreve a formação do jurista em função das necessidades exigidas pelo Estado: “Fora neste sentido que Savigny tinha descrito no ‘Breuf’ a formação dos juristas como formação ao serviço do Estado; em

Isso porque o Direito tem uma relação próxima com o ser social, é um conjunto de regras, conforme as quais os homens ordenam entre si suas condutas. É uma condição para todas as formas mais desenvolvidas da sociedade, enquanto possibilita a prevenção de conflitos ou sua solução de modo pacífico. Isso pressupõe certa constituição de sociedade, sua organização como comunidade jurídica. Nesse contexto, a organização jurídica e a organização social se condicionam mutuamente. O Direito, no curso dos processos sociais é, sob esse ponto de vista, um fenômeno social<sup>16</sup>.

Dessa forma, se antes a realidade brasileira era caracterizada pelo acesso ao ensino superior em universidades públicas<sup>17</sup>, hoje esse acesso foi ampliado com as instituições privadas de ensino superior<sup>18</sup>. De acordo com os dados levantados pelo Censo da Educação Superior, realizado anualmente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), de um total de 2377 Instituições de Ensino Superior – tratando-se especificamente de graduação – 2099 são Instituições Privadas e apenas 278 Públicas (Federais, Estaduais e Municipais). Considerando o universo de 6.379.299 matrículas no ensino superior, mais de 70% delas concentram-se em instituições privadas<sup>19-20</sup>.

Essa relação, entre estudantes e instituições privadas de ensino, é regida pelo contrato, por isso se fala no direito fundamental à educação e sua interface nas relações privadas. Não é possível, como se disse, dissociar a organização econômica da organização social. Nesse

---

virtude desta missão, os juristas deveriam ser, tanto historicamente informados como promotores de uma ‘autêntica’ ciência jurídica de carácter ‘filosófico’”. (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 500).

<sup>16</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 177.

<sup>17</sup> Cabe mencionar que: “A Corte Portuguesa, no início do século XIX, empurrada para o Brasil pela invasão napoleônica, se viu forçada a investir na construção da infra-estrutura requerida para o funcionamento do reino, o que significava também criar instituições voltadas para a formação especializada. (...) Um acanhado conjunto de instituições de ensino superior atravessou o regime imperial e se projetou ao longo da Primeira República (1889-1930). Porém, a partir de 1930, as repercussões dos movimentos de reforma educacional europeus começaram a alimentar as críticas e contestações à educação superior brasileira, despontando a idéia de universidade. As idéias liberais e positivistas compartilhadas por militares e políticos enfatizavam as ambições de progresso científico, de laicização e de organização do ensino. (...) No Brasil, a implantação da universidade se deu tardiamente: se algumas instituições européias têm quase dez séculos e se México, Peru, Equador (no novo Mundo) têm universidades desde o século XVI, em nosso país, a estruturação aconteceu apenas no século XX. (ATIQUÉ, Andraci Lucas Veltroni. A educação superior e os princípios constitucionais. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, (DTR2006\503), vol. 18, Jul / 2006, p. 62).

<sup>18</sup> “Por outro lado, é preciso considerar que, no contexto das reformas para o ensino superior que se iniciaram, a partir dos anos de 1990, que indicam uma intensificação do caráter essencialmente privado do ensino superior brasileiro”. (LINHARES, Mônica Tereza Mansur. *Ensino jurídico: Educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de Direito*. São Paulo: Iglu Editora, 2010, p. 111.).

<sup>19</sup> Fonte: <[www.portal.mec.gov.br](http://www.portal.mec.gov.br)>. Acesso em 25/06/2012.

<sup>20</sup> A notícia veiculada em novembro de 2011 também demonstra essa tendência: “As matrículas no ensino superior no Brasil subiram 110% entre 2001 e 2010. Os dados do Censo da Educação Superior, divulgados hoje pelo Ministério da Educação (MEC), mostram que as matrículas chegaram a 6,4 milhões de pessoas. No entanto, apesar do avanço significativo da educação pública, as vagas ainda se concentram majoritariamente nas instituições privadas, com 74,2% do total”. Extraído do sítio: <<http://br.noticias.yahoo.com/matr%C3%ADculas-ensino-superior-brasil-sobem-110-192800554.html>>. Acesso em: 07/11/2011.

sentido, ensina Enzo Roppo que, “a organização econômica (vale dizer o modo de produção e troca de bens), por seu lado, liga-se, estruturalmente, em larga medida (determinando-a e até, em certo sentido, identificando-se-lhe) com a organização social. Assim, também a evolução desta se reflecte na evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu âmbito de incidência com a mudança da fisionomia das relações sociais”<sup>21</sup>.

Então, se antes não era imperiosa a assinatura de um contrato entre a instituição pública de ensino superior e o estudante, hoje este contrato é essencial para reger a relação entre o estudante e a instituição de ensino superior privada. A modificação na organização econômica teve impactos nas relações sociais e o Direito, responsável por tutelar tais relações, também precisou se adequar a essas novas exigências, por exemplo, regulando o contrato de ensino<sup>22</sup>.

Por isso mesmo é que, conforme afirma François Lyotard, as delimitações clássicas dos campos científicos entram em crise, se desordenam. Descreve o autor que desaparecem disciplinas, outras surgem da fusão das antigas; as velhas faculdades dão lugar aos institutos de ensino e/ou pesquisa financiados pela iniciativa privada, pelo poder público ou por ambos. A universidade, por sua vez, enquanto produtora da ciência se torna uma instituição sempre mais importante no cálculo estratégico-político dos Estados atuais. Se a revolução industrial mostrou que sem riqueza não se tem tecnologia ou mesmo ciência, a condição denominada pelo autor de “pós-moderna” vem mostrando que sem saber científico e técnico não se tem riqueza. Mais do que isto: mostra, através da concentração massiva, nos países ditos pós-industriais, de bancos de dados sobre todos os saberes hoje indisponíveis, que a competição econômica-política entre as nações se dará daqui para frente não mais em função primordial da tonelagem anual de matéria-prima ou de manufaturados que possam eventualmente produzir<sup>23</sup>.

Justifica-se, pois, a importância que deve ser dada ao tema da educação, não apenas

---

<sup>21</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. (Tradução de Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes). Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 26.

<sup>22</sup> O termo utilizado ao longo do trabalho é “contrato de ensino”, mas se reconhece a existência da Lei 9.870/99, que dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências, e da definição do chamado Contrato de Prestação de Serviços Educacionais “como aquele pelo qual um estabelecimento de ensino particular (contratado) se propõe a ministrar os currículos da educação escolar, formada esta pela educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e ensino superior (art. 21, I e II, da LDB), a uma pessoa (educando ou contratante), por período anual ou semestral (art. 1.º, *caput*, da Lei 9.870/99), mediante remuneração contratada com vigência de um ano, cujo valor será dividido em doze ou seis prestações, conforme o período de regime didático seja anual ou semestral (art. 1.º, § 1.º, da Lei 9.870/99)”. (OLIVEIRA, Erson Teodoro de. O contrato de prestação de serviços educacionais. De acordo com a redação da lei 9.870, de 23 de novembro de 1999, alterada pela medida provisória 1930, de 29 de novembro de 1999, e de acordo com o novo código civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 54, p. 143, Abr / 2005.).

<sup>23</sup> LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 1998, p. xi.

relacionada ao acesso ao ensino, mas, também, à qualidade desse ensino prestado, sobretudo com o aumento do número de instituições privadas. É necessário que a estrutura do ensino se harmonize às novas exigências. Então, se antes havia instituições públicas de qualidade, devido à grande demanda, há hoje o crescimento das universidades particulares – com a abertura constitucional à iniciativa privada (art. 209 da Constituição Federal) e o sucateamento das universidades públicas. O contrato, que é o meio de acesso às instituições privadas de ensino, deve permitir o adequado e justo acesso. Como se dará esse acesso justo é a questão que se pretende investigar, envolvendo o controle das cláusulas abusivas.

A educação, como um dos pilares da ideologia liberal, incorre em grave perigo de transformar-se em mais uma mercadoria no setor de serviços. Deste modo, pode-se afirmar, a educação está na iminência de perder o seu caráter de bem social para se transformar apenas em um serviço do setor terciário. Cabe, portanto, ao Estado, porque o Direito Constitucional já o estatui, pensar a educação como um valor social, um bem intangível, sob pena de ela tornar-se equivalente a qualquer outro tipo de serviço e atentar contra a soberania nacional, o desenvolvimento e a cultura do país<sup>24</sup>.

Assim sendo, no presente trabalho a análise recairá nos contratos privados de ensino entabulados entre os estudantes e as instituições de ensino superior privada. Tal estudo se faz ainda mais relevante quando se observa que o direito à educação é direito fundamental social e, ademais, direito integrante da personalidade. Temas esses que serão tratados a seguir. Devem, por conseguinte, os contratos privados de ensino respeitar o direito fundamental à educação e a tutela da personalidade.

A forma como se dará esse respeito e regulação é que será objeto do trabalho que se segue. Parte-se, para tanto, do direito à educação como direito fundamental social, da tutela da personalidade, da efetividade do direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro para demonstrar que a “constitucionalização do direito civil”, a superação entre o público e o privado, exigem que os preceitos dispostos no Código Civil sejam lidos à luz da Constituição Federal. Há uma pluralidade normativa que rege os contratos de ensino (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Legislação infraconstitucional) e a forma de harmonizar essa pluralidade é tarefa que se faz indispensável.

Por fim, nos últimos decênios, o saber tornou-se a principal força de produção. Tanto a busca do saber (pesquisa) quanto a transmissão do saber fundam a circulação do capital na sociedade atual. O saber não está desvinculado da questão maior do poder econômico e

---

<sup>24</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*, pp. 69/70.

político, em suma, ele é a moeda que define, na cena internacional, os jogos de hegemonia (entre as nações, entre empresas multinacionais)<sup>25</sup>. O acesso de todos ao ensino de qualidade amplia a competência do país para operar transformações, com o fim de atender aos novos anseios econômicos e sociais, e cria um clima favorável para mudanças.

Os direitos fundamentais, especialmente na evidência de estarem desprovidos de uma anunciada setorização (tudo isso para melhor aproveitamento da dignidade da pessoa humana), indicam a necessária confluência de ambos modais principiológicos e abstratos, vislumbrando a nítida interação dos princípios contratuais com os direitos humanos fundamentais, ou seja, o entrelaçar dos princípios informadores e prevalentes na teoria geral do contrato com os direitos fundamentais de vida. Enfim, é importante evidenciar que as relações jurídicas contratuais – no caso o contrato privado de ensino – são aptas à realização dos direitos humanos fundamentais – no caso do direito fundamental social à educação – e à dignidade da pessoa humana.

### **1.1 Direito à educação como direito fundamental social**

O direito à educação, direito fundamental social, possui todas as características dos direitos fundamentais – é universal, interdependente, inalienável – devendo o Estado brasileiro oferecer meios para o acesso à educação, incorrendo no risco de descumprir seu papel perante a sociedade brasileira e os órgãos internacionais. Estabelece-se que a educação básica é obrigatória<sup>26</sup> – essa denominação (educação básica obrigatória) é advinda da alteração inserida com a Emenda Constitucional nº 59/2009 – e como tal pode ser exigida do Estado, trata-se de direito público subjetivo<sup>27</sup>. Em outras palavras, “o direito à educação

<sup>25</sup> LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 1998, p. 129.

<sup>26</sup> CF/88: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009); II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996); (...) IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009). § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

<sup>27</sup> A despeito das diversas definições existentes acerca do direito público subjetivo, adota-se a definição de George Jellinek, que funde as teorias propostas por Windscheid e Ihering, de acordo com o qual: “direito subjetivo é o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objeto um bem ou um interesse”. (JELLINEK, George. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milano, 1910, p. 10).

básica é um elemento do *mínimo existencial*, compondo o núcleo da dignidade humana e, portanto, sendo oponível aos poderes constituídos”<sup>28</sup>. Por outros termos, ainda, “(...) o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é *direito público subjetivo*; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente”<sup>29</sup>.

O reconhecimento da educação enquanto direito fundamental e a proteção de tal direito com as prerrogativas e garantias decorrentes desse reconhecimento é imprescindível em um Estado Democrático de Direito. Tal direito encontra-se previsto, não apenas, no artigo XXVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>30</sup> e também no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966<sup>31</sup>, já devidamente ratificados pelo Brasil. Portanto, o Brasil como signatário da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão deve respeitar o que nela está disposto, sob pena de violação dos direitos e garantias humanos fundamentais.

O direito à educação, não menos importante que o direito à vida ou o direito à saúde, deve ser tutelado, pois dever do Estado e necessidade de todos. A noção de vida digna requer que se efetive o direito à educação, como direito fundamental social, pois tal direito é também necessário ao desenvolvimento do ser humano, tanto nos aspectos de acesso à saúde, emprego, e demais direitos interligados. Importante refletir acerca da justiciabilidade do direito à educação. No caso, por exemplo, de não haver vagas suficientes na rede pública de ensino e uma criança ficar impedida, por essa falta de disponibilidade do Estado, do acesso à

---

<sup>28</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 313.

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2006, p. 313.

<sup>30</sup> Assim dispõe: Artigo XXVI “1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos”. Perlingieri, ao comentar o citado artigo, sublinha que o ensino só pode ser concebido em função promocional da pessoa; de forma que a abordagem educacional só pode ser condicionada pelo papel e pela função que o valor do homem tem no ordenamento concreto, e em particular pela relevância efetiva das diversas situações existenciais que confluem no complexo *status personae* distinto do *status civitatis*. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 879.).

<sup>31</sup> O art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim dispõe sobre o direito à educação: “1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”.

educação formal pode o particular se insurgir contra o Estado e exigir a matrícula da criança em uma escola particular às custas do Estado?<sup>32</sup>

O caso é ainda mais polêmico quando não se trata de uma criança (sujeito vulnerável que recebe a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente), mas de um adulto que não consegue prosseguir na sua formação educacional por falta de vagas no ensino superior público, ou porque não conseguiu o sucesso nos exames vestibulares, ou porque não é capaz de custear seus estudos em uma universidade particular ou, em outra hipótese, porque o curso que deseja seguir só é disponível em universidades particulares. Todos esses são alguns exemplos dos problemas que envolvem o direito à educação e a dificuldade no seu acesso.

O constituinte brasileiro não se contentou em elevar o direito à educação tão somente à categoria de direitos sociais. Foi além, referindo-se também a ele no capítulo dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, como se vê no Título II, art. 6º da Constituição Federal de 1988 – Direitos Sociais. Pode-se afirmar que “com o passar do tempo, portanto, foram considerados sociais os direitos de acesso aos serviços prestados de forma universal na forma de bens

---

<sup>32</sup> Conforme ensina Ana Paula de Barcellos, é possível, mediante a aplicação do disposto no art. 213, § 1º da Constituição da República – que trata dos recursos públicos destinados às escolas de igual natureza – que “os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade”. Segundo a autora, a ausência de lei específica não impede a utilização do preceito pelo Poder Judiciário, pois a sua *ratio* é evitar a utilização desarrazoada de recursos públicos, os quais deixariam de ser investidos nas redes de ensino. Com a intermediação do Poder Judiciário, esse óbice é afastado, com a consequente prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, continua, “a exigência de lei prévia, portanto, dirige-se ao Executivo, não ao Judiciário”, logo, nada impediria a condenação do Estado a custear o estudo dos que necessitam dessa prestação em escola privada. Sugere, ainda, maiores reflexões sobre a possibilidade de se compensar o valor a ser gasto pela escola particular com débitos tributários devidos por ela ao ente público, pois também aqui é exigida lei específica autorizando a compensação (arts. 156 e 170 do Código Tributário Nacional). (BARCELLOS, Ana Paula de. Educação, Constituição, Democracia e Recursos Públicos. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, nº XII/35, 2002). Nesse sentido, o STF determina que cabe ao Poder Público, em todas as esferas, cumprir suas obrigações expressamente relacionadas na Constituição Federal, notadamente a de garantir, a todas as crianças de zero a seis anos de idade, o acesso a creche e pré-escola, modalidades de educação infantil, não sendo admissível a alegação de falta de recursos para tanto. CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO - IMPOSIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga. O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana. 2. Pelas razões acima, nego seguimento a este extraordinário, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a ferir o tema à luz do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados na Lei Orgânica do Município - artigo 247, inciso I, e no Estatuto da Criança e do Adolescente - artigo 54, inciso IV. 3. Publique-se. (STF. Decisão Monocrática, RE nº 356.479-0. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 30/04/04, DJ 24/05/04).

coletivos, tais como educação e saúde”, de modo que “tais prestações pretendiam constituir-se em meios de integração das classes inferiores” e “passaram a ser chamados direitos sociais as pretensões a serviços dessa natureza, serviços que a rigor poderiam ser comprados no mercado (de saúde ou educação)”<sup>33</sup>. Portanto, os direitos sociais prestacionais suscitam problemas quanto à sua concretização, sendo necessário determinar o seu conteúdo e alcance, sendo o Estado o responsável primário pela garantia das prestações sociais.

De tal modo, lendo conjuntamente os artigos 205 e 227 da Constituição Federal pode-se concluir que o Estado deve se aparelhar para fornecer os serviços educacionais, ou seja, o ensino, de acordo com os princípios previstos no artigo 206, já mencionados. Deve, ainda, ampliar as possibilidades de que todos venham a exercer esse direito; e que “todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização”<sup>34</sup>.

Partindo do pressuposto de que “o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”<sup>35</sup>, busca-se, em linhas gerais, uma delimitação teórica da evolução dos direitos fundamentais para, então, localizar o direito à educação como direito fundamental social. Pode-se de início, e nesse sentido, afirmar que a educação é direito fundamental e pré-requisito para a concretização de outros direitos também fundamentais.

Explicando a concepção dos direitos como direitos humanos aduz Celso Lafer que “o Direito Natural laicizado difundiu largamente, nos séculos XVII e XVIII, a tese do contrato social como explicação da origem do Estado, da Sociedade e do Direito”. Tal explicação, *contratualista*, ajusta-se à passagem de um Direito fundamentado no *status* para o Direito abalizado no indivíduo, numa sociedade na qual começa a surgir o *mercado* e a competição. Certamente, no contratualismo a relação autoridade-liberdade fundamentava-se na auto-obrigação dos governados, resolvendo-se desta maneira um dos problemas básicos da filosofia jurídica individualista, que era o de explicar como é que o Direito, que deve servir aos indivíduos, pode também vinculá-los e obrigá-los. Tal vinculação seria proveniente de uma auto-obrigação no momento da celebração do contrato social, na passagem do estado de natureza para a vida organizada em sociedade. “Afirma-se, desta maneira, que o Estado e o Direito não são prolongamento de uma sociedade natural originária e orgânica, como a

<sup>33</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 175.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2006, p. 313.

<sup>35</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 118.

família, mas sim uma construção convencional dos indivíduos, ao saírem do estado de natureza”<sup>36</sup>.

Posteriormente, teria a sociedade liberal oferecido a segurança da legalidade com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Porém, a plena afirmação desses novos direitos humanos teria ocorrido apenas no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Nesse sentido, o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos é o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização<sup>37</sup>.

A Constituição Federal de 1988, nessa esteira, consagra os direitos fundamentais sociais, dentre os quais o direito à educação. Nas palavras de Norberto Bobbio, o direito social “é o direito que se dá aos chamados direitos de segunda geração, e refere-se à exigência de que o Estado reconheça aos cidadãos não apenas seu direito à liberdade pessoal (chamados de direitos de primeira geração), mas lhes conceda a proteção ao trabalho contra o desemprego, a instrução contra o analfabetismo, a assistência para a invalidez e velhice”<sup>38</sup>. Nesse sentido, o direito à educação, enquadrado como direito de 2ª geração<sup>39</sup>, possui caráter de auxílio a pretensão individual de um determinado cidadão, dependendo, acima de qualquer premissa, de uma atuação positiva do poder público, no sentido de criar, modificar e distribuir as prestações materiais necessárias a sua efetividade.

O dever do Estado de garantir o direito à educação e, mais especificamente, o direito à educação básica gratuita, não implica necessariamente o dever de subvencionar a educação dos particulares nos centros privados de sua preferência<sup>40</sup>. Tal crítica, esposada por Carlos

<sup>36</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 1988, pp. 121/122.

<sup>37</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 52/53.

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 1992, p. 63.

<sup>39</sup> Assim Celso Lafer: Os “direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”. (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 1988, p. 127). Ainda: “Na experiência brasileira, como é sabido, o reconhecimento constitucional dos direitos de segunda geração data da Constituição de 1934”. (*Op. Cit.* p, 128).

<sup>40</sup> É que, conforme José Afonso da Silva, como lembra Anísio Teixeira: “Obrigatória, gratuita e universal, a educação só poderia ser ministrada pelo Estado. Impossível deixá-la confiada a particulares, pois estes somente podiam oferecê-la aos que tivessem posses (ou a ‘protegidos’) e daí operar antes para perpetuar as desigualdades sociais, que para removê-las. A escola pública, comum a todos, não seria, assim, o instrumento de benevolência de uma classe dominante, tomada de generosidade ou de medo, mas um direito do povo, sobretudo das classes

Bernal Pulido ao ordenamento espanhol, aplica-se ao ordenamento brasileiro. Assim, a indeterminação estrutural, no caso exposto pelo autor das disposições constantes dos artigos 27.1 e 27.4 da Constituição Espanhola, habilita aos órgãos de configuração política para definir a estratégia mais adequada para cumprir o dever estatal de garantir a educação básica gratuita. O desenvolvimento e a implantação de qualquer destas estratégias será então uma conduta idônea desde o ponto de vista dos direitos fundamentais<sup>41</sup>.

Voltando à observação para o ensino superior, a despeito de a Constituição Federal brasileira não a ter inserido expressamente como prestação obrigatória pelo Estado, pode-se afirmar que do mesmo modo em que o Estado deve assegurar o acesso à educação, deve também zelar para que nos contratos assinados entre os estudantes e as instituições privadas prevaleça a dignidade da pessoa humana, de forma a se coibir a presença de cláusulas abusivas ou iníquas que causem prejuízos não apenas às partes que figuram no contrato, mas a toda sociedade. Esse é o tema central da presente dissertação, mas antes de adentrar na discussão acerca do ensino superior privado, necessário se faz tecer comentários ao direito à educação como um todo.

Como não é o objetivo, no momento, discutir acerca das diversas posições em relação à eficácia e fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais, parte-se do pressuposto, e adotando-se a posição majoritária<sup>42</sup>, de que os direitos consagrados na Constituição Federal de 1988, especificamente no Título II, são direitos fundamentais e recebem o regime jurídico assegurado pela Constituição, sendo sempre diretamente aplicáveis como determina o artigo 5º, §1º. Afirma Canaris, nesse contexto, que “os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado. Esta é hoje a opinião claramente dominante”<sup>43</sup>.

No que tange à matéria das limitações, possíveis ou não, aos direitos fundamentais, “a regra geral é de que todos os direitos fundamentais são limitáveis, não há direitos absolutos,

---

trabalhadoras, para que, na ordem capitalista, o trabalho (não se trata, com efeito, de nenhuma doutrina socialista, mas do melhor capitalismo não se conservasse servil, submetido e degradado, mas igual ao capital na consciência de suas reivindicações e dos seus direitos)”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2006, p. 838.).

<sup>41</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 111.

<sup>42</sup> Ver por todos: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. (2ª tiragem). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 236 ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 152/153; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre o direito à moradia como direito humano e fundamental e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 513. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do/ JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2009, p. 519-520.

<sup>43</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. (Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 36.

no sentido de que todos os direitos, dependendo das circunstâncias concretas do caso e dos valores e bens dignos de proteção que se lhe oponham, podem ter de ceder”. Assim, poder-se-ia afirmar que essa limitabilidade decorre da própria natureza dos direitos fundamentais. “Os direitos fundamentais, todos eles, quando são constitucionalmente consagrados são, por natureza, immanentemente dotados de um reserva geral de ponderação que tem precisamente aquele sentido: independentemente da forma e força constitucional que lhes é atribuída, eles podem ter de ceder perante a maior força ou peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário”<sup>44</sup>.

A proteção conferida pela Constituição Federal aos direitos fundamentais pode-se afirmar, é ampla, abrangendo a tutela preventiva (dimensão positiva) e repressiva (dimensão negativa), pode impor obrigações negativas ou positivas, a depender do caso concreto. Sobre o tema, afirma Daniel Sarmento que “(...) no tocante à dimensão defensiva, não existe qualquer argumento *a priori* que justifique a exclusão da aplicação direta dos direitos sociais sobre as relações entre particulares, dentro dos mesmos limites e condições válidas para a eficácia horizontal dos direitos individuais”<sup>45</sup>.

Nesse sentido, o contrato de ensino, assinado entre as instituições superiores privadas e o estudante, é um modo eficaz de garantia do acesso à educação, na medida em que reflete a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois, “(...) a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado”<sup>46</sup>.

Portanto, avanço importante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito à afirmação da auto-aplicabilidade das normas constitucionais relativas ao direito à educação, em oposição à sua tradicional classificação, no âmbito do STF, como normas programáticas<sup>47</sup>. Reconhecida a importância da proteção normativa do direito à educação e de

---

<sup>44</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 49/50, onde destaca que, “esta ideia de reserva geral imanente de ponderação não deve, em caso algum, ser confundida com a teoria dos limites imanes dos direitos fundamentais e pode mesmo dizer-se que se lhe opõe radicalmente. (...) a teoria dos limites imanes ou estratégias afins igualmente inspiradoras na teoria interna constituem expressão de uma estratégia de ocultação que tem exatamente o sentido e efeito contrários e que, por isso mesmo, reputamos de totalmente inadequada. (...) esta ideia de limitabilidade, de reserva geral imanente de ponderação, é válida quando se perspectiva o direito fundamental como um todo, isto é, na sua globalidade, considerando o conjunto ou o feixe de todas as posições jusfundamentais referidas a um dado direito fundamental”.

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2008, p. 292.

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2008, p. 237.

<sup>47</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ARNESEN, Erik Saddi. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional à Educação: A promoção indireta dos princípios e normas internacionais. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do/ JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 649. Importante ressaltar que essa afirmação se dá após análise jurisprudencial no âmbito do STF de 1990 a 2000.

seu reconhecimento não apenas como norma programática, mas dotada de eficácia direta, importante analisar os contratos privados de ensino e o direito fundamental à educação, pois é cada vez maior o número de instituições privadas que cuidam desse direito fundamental.

Todavia, se apenas a educação básica é obrigatória, nos termos do artigo 208, I da Constituição Federal, cabe lembrar que “investir na educação básica significa investir na educação profissional e na educação superior porque elas estão ligadas, direta ou indiretamente. Significa também envolver todos – pais, alunos, professores e gestores, em iniciativas que busquem o sucesso e a permanência do aluno na escola”<sup>48</sup>. Até mesmo porque “o ensino básico aspira o ensino superior, como uma espiral ascende ao infinito”<sup>49</sup>.

Ocorre que “a gratuidade do ensino oficial nos três níveis – fundamental, médio e superior – é velha tradição do sistema educacional brasileiro. Pode-se agora, dizer que essa tradição não era nada mais nada menos do que uma projeção futura, porquanto veio a ajustar-se à evolução que tornara a educação um serviço público integrante dos fins do Estado Democrático”<sup>50</sup>. Mas, tendo em vista a impossibilidade de acesso a todos à educação superior gratuita, foi permitido que tal serviço fosse prestado por instituições privadas, o que se tornou prática frequente nos dias atuais.

Assim, embora o ensino seja livre à iniciativa privada, conforme artigos 209<sup>51</sup> e 213<sup>52</sup> da Constituição Federal, é “meramente secundária e condicionada”<sup>53</sup>, ou pelo menos deveria ser, já que não é a realidade que se observa nos dias atuais, em que a maior parte dos estudantes do ensino superior estão matriculados em instituições privadas de ensino. Resta, portanto, zelar para que esse ensino respeite os objetivos (art. 205) e princípios constitucionais (art. 206) relacionados à educação, bem como os princípios relacionados à tutela da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III) e da personalidade. Para isso também os contratos privados de ensino devem respeitar os valores previstos no ordenamento.

Nessa linha, em tom de síntese, o direito à educação é direito fundamental social, assim expressamente declarado pela Constituição Federal de 1988 (art. 6º), representa um direito indispensável à realização de outros direitos e, enfim, para assegurar a dignidade da

<sup>48</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*, 2010, p. 160/161.

<sup>49</sup> GARCIA, Maria. Do ensino fundamental ao ensino superior: o processo educacional - cidadania e trabalho e a dignidade da pessoa humana. In: *Revista de Direito Educacional*, vol. 3, Jan- 2011, p. 261.

<sup>50</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2006, p. 840.

<sup>51</sup> CF/88: “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições”.

<sup>52</sup> CF/88: “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2006, p. 838.

pessoa humana, uma vez que não é plausível se falar em vida digna sem o acesso à educação, representada materialmente pelo ensino. O Estado moderno, como ensina Perlingieri, não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao Poder, à soberania, e por vezes, ao arbítrio do outro. Mas se caracteriza por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa, sendo sua tarefa realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa<sup>54</sup>. Esse pleno desenvolvimento é mais fácil com o acesso ao ensino superior.

Há, todavia, situações em que a própria Constituição garante uma faculdade, uma garantia, uma pretensão ou uma faceta particular do direito, mas já a título definitivo, absoluto, ou seja, o legislador constituinte fez logo ali, ele mesmo, todas as ponderações que havia a fazer e decidiu-se intencionalmente pela garantia, a título definitivo, do interesse jusfundamental em questão<sup>55</sup>. Entende-se ser esse o caso do direito à educação, direito fundamental social, necessário e essencial aos demais direitos também fundamentais.

### *1.1.1 Direitos essenciais e tutela da personalidade*

O direito à educação é essencial para o exercício da cidadania e ingresso no mercado de trabalho. Nesse sentido, importante indagar se o direito à educação estaria ou não enquadrado nos chamados direitos da personalidade. Para responder a tal indagação é necessário tecer comentários, que não pretendem esgotar a temática, acerca do conceito e das teorias que procuram definir o direito da personalidade. Parte-se do pressuposto de que “a tutela da personalidade não se limita aos aspectos físicos do homem, porque a personalidade è valor unitário que não se exaure apenas no aspecto físico mas compreende ainda aquele psicológico e humano”<sup>56</sup>.

Salienta-se, *ab initio*, que o direito à educação enseja a própria condição de desenvolvimento da personalidade humana. Nesse sentido, cabe definir de acordo com Adriano De Cupis a personalidade “como sendo uma suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é

<sup>54</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 1997, p. 53.

<sup>55</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, 2006, p. 51.

<sup>56</sup> PERLIENGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Università degli Studi di Camerino – Scuola di perfezionamento in diritto civile – Lezioni raccolte da Pietro Perlingieri. E.S.I. Napoli, 1972, p. 142. (Tradução livre). (No original: “La tutela della personalità non si limita agli aspetti fisici dell'uomo, perché la personalità è valore unitario che non si esaurisce soltanto nell'aspetto fisico ma comprende anche quello psichico ed umano”).

mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica”<sup>57</sup>. Ademais, acrescenta-se que, “toda a pessoa pode ser titular de relações jurídicas; nisto mesmo consiste a personalidade ou qualidade de sujeito de direito”<sup>58</sup>.

O Código Civil brasileiro trata do direito da personalidade nos artigos 11 a 21<sup>59</sup>, tendo-os concebido como intransmissíveis e irrenunciáveis<sup>60</sup> – embora haja certa tentativa de mitigação dessas características como, por exemplo, com o enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil<sup>61</sup> –, sendo que “tais preceitos ganham real significado quando interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista na Carta Magna nos arts. 1º, III (que versa sobre a dignidade humana como valor fundamental da República); 3º, III (que aduz a igualdade substancial) e 5º, § 2.º (que expande o rol dos direitos fundamentais)”<sup>62</sup>. Mas, como a “fluidez não agrada aos juristas”, surge a necessidade de, “sem rejeitar o caráter aberto da dignidade humana, indicar os principais atributos que a compõem. Daí o ressurgimento dos direitos da personalidade na experiência jurídica contemporânea”<sup>63</sup>.

A discussão acerca do direito da personalidade teria tido início com “a oposição entre a máscara teatral (papel de cada indivíduo na vida social) e a essência individual de cada ser humano – que veio a ser denominada com o termo personalidade – foi, em seguida, longamente discutida e aprofundada pelos estóicos”<sup>64</sup>. Como explica Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>65</sup>, com fundamento em Cabral de Moncada, pessoa (*persona*) significa a máscara que os atores utilizavam para disfarçarem a voz (*personare*), mas, para o direito romano, ao contrário do que hoje se reconhece, apenas a alguns homens era atribuída a máscara, ou seja, só alguns eram personagens ou pessoas.

Com o Renascimento, as ideias humanistas ou pré-humanistas, teriam assumindo

<sup>57</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 13.

<sup>58</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. reimpressão (PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo). Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 100.

<sup>59</sup> Conforme afirma Anderson Schreiber: “A inauguração de um capítulo dedicado à proteção da pessoa, em seus aspectos essenciais, deve ser interpretada como afirmação do compromisso de todo o direito civil com a tutela e a promoção da personalidade humana. O acerto do legislador nesse aspecto é indiscutível e merece todos os aplausos. No corpo do capítulo, contudo, os aplausos se dissipam. (...) o Código Civil acabou tratando dos direitos da personalidade de modo excessivamente rígido e puramente estrutural”. (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12).

<sup>60</sup> CC/2002: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

<sup>61</sup> Assim dispõe: “4 – Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

<sup>62</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 853, Nov-2006, p. 58.

<sup>63</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, 2011, pp. 8/9.

<sup>64</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2005, p. 16.

<sup>65</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, 2012, p. 100.

antropocentricamente a condição humana e questionado o destino do homem. Com os “tempos modernos” começou por traduzir-se numa centralização do poder real, em que jogaram também certas classes menos favorecidas, com o conseqüente autoritarismo. Só mais tarde, particularmente, com o humanismo e a chamada Escola do Direito Natural ganharam alento, no domínio jurídico, as novas ideias humanistas de fundo individualista e voluntarista, que questionaram abertamente a metodologia formal da glosa medieval. Opõem-se em causa a opinião comum medieval, de que a pessoa não detinha qualquer poder sobre si mesma e que haveriam de desembocar – após prolongada disputa com a neo-escolástica e com outras formas do pensamento do Velho Regime – no espírito da Revolução Francesa<sup>66</sup>.

Logo, afirma-se que “a concepção dos direitos da personalidade teve sua gênese ligada, inicialmente, às teorias jusnaturalistas, como forma de proteção do homem contra o arbítrio do totalitarismo e, de forma geral, do poder público. Daí a concepção desses direitos como direitos inatos, invulneráveis, portanto, ao arbítrio do Estado-legislador”<sup>67</sup>. Como o objetivo não é o debate acerca da fonte dos direitos da personalidade, parte-se do ponto de vista que discorda<sup>68</sup> do fato de o direito natural legitimar os direitos da personalidade, assim “tal posição justifica-se historicamente<sup>69</sup>, embora não se possa com ela concordar nos dias de hoje (...)”<sup>70</sup>.

Entretanto, tais críticas ao entendimento jurracionalista do *ius in se ipsum* tiveram também, de acordo com Capelo de Sousa, o seu lado positivo, pois, solidificou-se a estrutura dos direitos especiais de personalidade e delimitaram-se as fronteiras dos seus objetos, com o que tais direitos ganham em credibilidade e eficácia. Além disso, torna-se possível a sua extensão à área socioeconômica, pela progressiva reivindicação de um conjunto de direitos

<sup>66</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp.62-64.

<sup>67</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2008, pp. 43/44.

<sup>68</sup> Assim afirma De Cupis: “não é possível denominar os direitos da personalidade como ‘direitos inatos’, entendidos no sentido de direitos respeitantes, por natureza, à pessoa”. (DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, 1961, p. 18). Também Capelo de Sousa: “Importa conhecer que o jusnaturalismo racionalista, apesar dos seus inegáveis méritos (v.g., o de ter recolocado o homem como centro e horizonte da ordenação social), cometeu alguns excessos, absolutizando a razão individual e acabando, assim, por fechar demasiado o homem sobre si mesmo. Reflexo disso mesmo é o entendimento do *ius in se ipsum* como um mero poder da vontade individual, mais reivindicado face ao Estado do que um relações de alteridade com os demais indivíduos, a ponto de converter tal direito numa inócua categoria lógico-formal de múltiplos sistemas de ideias algo utópicos e desligados do quotidiano dos homens reais”. (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, 1995, p. 80/81).

<sup>69</sup> Conforme Gustavo Tepedino: “Tal circunstância histórica, contudo, que se justifica mais por razões metajurídicas do que técnico-jurídicas, não autoriza a construção de uma categoria de direitos impostos à sociedade independentemente de sua própria formação cultural, social e política”. (TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: *Temas de direito civil*, 2008, pp. 44).

<sup>70</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 43.

que mais tarde iria permitir uma “recompreensão das ideias jurídicas de personalidade humana<sup>71</sup> e de direito geral de personalidade, inseridas no processo econômico e já não como meras categorias lógico-formais do pensamento jurídico racionalista. Por outro lado, a crítica do positivismo teve também o mérito de contribuir para que, respectivamente, se circunscrevesse o objeto do direito geral de personalidade”<sup>72</sup>.

Segundo Gustavo Tepedino, essa “mesma acepção dos direitos inatos é defendida por Pietro Perlingieri, ainda que através de construção inteiramente diversa da anterior: ‘o direito da personalidade nasce imediatamente e contextualmente com a pessoa (direitos inatos). Está-se diante do princípio da igualdade: todos nascem com a mesma titularidade e com as mesmas situações jurídicas subjetivas (...). A personalidade comporta imediata titularidade de relações personalíssimas”<sup>73</sup>.

Em continuação ao cenário descrito, é após a 2ª Grande Guerra, e especialmente na Europa, que se tem a consciência dos riscos da subalternização da pessoa humana face aos desígnios da estrutura do poder detentora do aparelho do Estado. Por outro lado, a aceleração do desenvolvimento tecnológico, no pós-guerra, acarretou diversas interferências na vida privada dos cidadãos, dada a crescente especialização e secundarização de largas faixas do trabalho humano, a divulgação, penetração e opressão dos *mass media*, a recolha e utilização informática e computadorizada de dados pessoais, a pressão do consumismo e a impiedade das suas técnicas de publicidade, a subida do *stress*, da angústia e da tensão no interior do homem e a sedimentação da competitividade e da agressividade nas relações intersubjetivas<sup>74</sup>.

Deste modo, “todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se ‘direitos da personalidade’. No entanto, na linguagem jurídica corrente esta designação é reservada àqueles direitos subjectivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o “*minimum*” necessário e imprescindível ao seu conteúdo”. Por outras palavras, “existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam os

<sup>71</sup> E aqui entende-se inserido o direito à educação.

<sup>72</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, 1995, p. 82.

<sup>73</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 47.

<sup>74</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, 1995, p. 84.

direitos da personalidade”<sup>75</sup>. Nesse sentido estaria o direito à educação inserido no conceito de direito da personalidade.

Os direitos da personalidade, portanto, caracterizam-se por serem essenciais, inatos, permanentes e, conseqüentemente, absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais. Com relação ao caráter absoluto cabe ressaltar que existem direitos da personalidade relativos, aqueles que permitem exigir do Estado uma determinada prestação, como o que ocorre, por exemplo, com o direito à educação<sup>76</sup>.

Não há um rol exaustivo<sup>77</sup> que descreva os direitos da personalidade. Também, “a fisionomia dos direitos da personalidade é integrada pela sede de sua disciplina, a qual tem suscitado graves dificuldades de ordem dogmática relativamente à determinação desses direitos”, sendo “certo que os direitos da personalidade são muito mais numerosos do que aqueles cuja disciplina se ocupou o legislador do direito privado”<sup>78</sup>.

Conveniente destacar que “o homem contemporâneo, embora reconheça a necessidade de igualação num conjunto de condições sociais básicas (v.g., na educação e na saúde), passa a reclamar, ciente da sua individualidade constantemente ameaçada pela ‘normalização’ e pela massificação, um direito à diferença que contemple a especificidade da sua personalidade”. Mas, “o curioso é que a satisfação dessas reivindicações vai processar-se não exclusivamente pelo alargamento dos direitos especiais de personalidade mas sobretudo através da consagração de um direito geral de personalidade, cujo objeto se procura concretizar e delimitar”<sup>79</sup>.

Como ensina Tepedino, “a rigor, as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e características, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular.”<sup>80</sup>.

Deste modo, o fato de o Código Civil brasileiro trazer expressos cinco direitos da personalidade – direito ao corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade – “não impede

<sup>75</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, 1961, p. 17.

<sup>76</sup> Assim: AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5ª ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 252.

<sup>77</sup> A respeito da inexistência de um rol exaustivo que elenque os direitos da personalidade, aduz Perlingieri: “Elasticità della tutela della personalità significa che non esiste un numero chiuso di ipotesi tutelate ma che è tutelato il valore della personalità senza limiti, salvo quelli posti nell’interesse di altre personalità, non di terzi”. (PERLIENGIERI, Pietro. *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, p. 185).

<sup>78</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, 1961, p. 33-35.

<sup>79</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, 1995, p. 84/85.

<sup>80</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 41.

que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do art. 1º, III, da Constituição”. Assim, “cumprir verificar se consistem (tais manifestações) em esferas essenciais da personalidade humana, que escaparam à atenção do legislador, ou se configuram, ao contrário, aspectos menores da existência individual que não podem ser elevados a direitos da personalidade”<sup>81</sup>. De tal modo, o direito à educação consiste em esfera essencial da personalidade humana, não se quer acreditar que seja ela vista como um aspecto menor da existência individual.

Pode-se, assim, afirmar que a disciplina prescrita pelo direito positivo para os direitos da personalidade, parece não só coerente com o seu caráter de ‘essencialidade’, mas também neste mesmo aspecto completa. Isto é ainda mais certo quando se tem presente que aparecem dotados de inerência ao sujeito não só os direitos da personalidade, enquanto entidades complexas, mas também as faculdades que constituem as partes de seu conteúdo<sup>82</sup>.

Entende-se como direito geral de personalidade o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana, com a conseqüente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou de deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa cometida. Dessa forma, o objeto tutelado por tal direito envolve a compreensão de uma *cláusula geral*, que representaria a personalidade humana, juridicamente tutelada. Assim, embora pareça que um direito geral de personalidade seja eivado de elementos de indefinição e de incerteza preliminares próprios das cláusulas gerais, que nos sistemas jurisprudenciais demasiado positivo-formais lhe cerceiam da sua eficácia prática, permite em contrapartida, “em sistemas jurisprudenciais valorativos, conferir ao direito geral de personalidade maleabilidade e versatilidade de aplicação a situações novas e complexas”<sup>83</sup>.

Eis a vantagem de se adotar a cláusula geral da personalidade. Ademais, cabe reassaltar que, “a tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo, ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou

<sup>81</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, 2011, p. 15.

<sup>82</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, 1961, p. 59/60

<sup>83</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, 1995, p. 93.

de direito privado”<sup>84</sup>. Assim, “da prática judicial, da produção legislativa, da reflexão doutrinária emergem, a cada dia, novos direitos da personalidade, manifestações existenciais as mais variadas que vêm clamar pelo reconhecimento de sua essencialidade”<sup>85</sup>.

O direito geral de personalidade, ou cláusula geral de tutela da personalidade se constrói a partir da dignidade da pessoa humana, reconhecida pelo ordenamento brasileiro, que permite não ficar adstrito ao rol trazido pelo Código Civil de 2002, enquadrando o direito à educação como valor essencial da personalidade.

Nesse espeque, importante a adoção da cláusula geral de tutela da personalidade pois, a reflexão filosófica contemporânea salientou que o ser do homem não é algo de permanente e imutável: ele é propriamente, um vir-a-ser, um contínuo devir. Ademais a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação. Nesse sentido, afirma Comparato que o homem é o único ser incompleto pela sua própria essência; ou seja, ele não tem substância, no sentido clássico que o termo possui na filosofia grega, medieval e moderna. Como disse Ortega y Gasset, o homem não é, ontologicamente falando, um ser suficiente mas, bem ao contrário, radicalmente indigente<sup>86</sup>. Ora, se o homem é ser incompleto e mutável, os direitos da personalidade não podem vir em rol exaustivo, eles representam os valores essenciais da pessoa.

Neste aspecto, “não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome, etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade”<sup>87</sup>.

Com efeito, afirma Tepedino, “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor

<sup>84</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 52.

<sup>85</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, 2011, p. 218.

<sup>86</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2005, pp. 28-30.

<sup>87</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 53.

máximo pelo ordenamento”<sup>88</sup>.

Assim sendo, quando da celebração dos contratos entre as instituições de ensino e os estudantes devem prevalecer os preceitos protegidos pela Constituição, quais sejam, a vida digna, a saúde, a igualdade, a justiça, enfim, os valores concernentes aos objetivos (art. 3º) e fundamentos da República (art. 1º). “O princípio constitucional da dignidade representa uma cláusula geral de tutela da pessoa humana”<sup>89</sup>. Finalmente, “a rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana”<sup>90</sup>.

Quanto à dignidade da pessoa humana, ensina Gregorio Peces-Barba Martínez que é ela “(...) hoje um referencial do pensamento moral, político e jurídico, e para este último alcança o papel de valor ou de princípio, (...) ou como critério fundante dos valores, os princípios e os direitos, (...). Daí sua abundante presença na doutrina, na legislação e na jurisprudência (...)”<sup>91</sup>. Destarte a dignidade da pessoa humana ocupa todo o ordenamento e deve estar presente em todas as relações e interações sociais.

Na perspectiva ético-racionalista do pensamento kantiano, a dignidade da pessoa humana, fulcrada na autonomia (capacidade de eleger as próprias normas), consiste na consideração do homem como fim em si mesmo, vedando-se sua *coisificação*<sup>92</sup>. Extrai-se, a partir de um conceito *a priori*, que o homem, enquanto ser racional, é um fim em si mesmo,

---

<sup>88</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 54. Aponta Capelo de Sousa que desde o *Code Napoléon* começa-se a assumir o direito geral de personalidade: “Não se estranhará, por isso que o Código Civil napoleônico seja mais em “Código dos bens” do que um código da liberdade e da igualdade entre as pessoas, se bem que, face ao “*Ancien Régime*”, contenha diversos elementos positivos, como, v.g., as regras da igualdade de capacidade jurídica (art. 8.º) e da obrigatoriedade de reparação de quaisquer danos ocasionados culposamente a outrem (art. 1382.º), donde a jurisprudência e a doutrina francesas puderam retirar diversos direitos subjectivos de personalidade, não expressamente previstos nos textos legais, e começar a encetar a admissão de um direito geral de personalidade”. Ver também: Mesmo em França e em Itália, onde como vimos o positivismo legal mais fortemente deu preferência à especialização dos direitos de personalidade e repudiou a ideia de um genérico direito de personalidade, vem-se alargando progressivamente o leque dos direitos especiais de personalidade, que não estão sujeitos a qualquer *numerus clausus*. Acresce que alguns dos direitos especiais de personalidade aí reivindicados sempre tiveram uma dinâmica bastante expansiva, particularmente o direito à individualidade. Depois é muito amplo o âmbito da responsabilidade civil geradora de um dever indenizatório. Finalmente porque a própria vida contemporânea e o evoluir do pensamento jurídico vêm inculcando tal ideia do direito geral de personalidade, a ponto de ela ter sido expressivamente consagrada em 1951 no projeto de Reforma do Código Civil francês. (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, 1995, pp. 70/87-88).

<sup>89</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 112.

<sup>90</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 60.

<sup>91</sup> MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 66. (Tradução livre).

<sup>92</sup> Neste sentido, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant apresenta máximas da razão pura prática que consistem em imperativos categóricos, interessando, em especial, a seguinte: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos* (Trad. Leopoldo Holzbach). São Paulo: Martin Claret, 2006, p.56.).

não podendo ser coisificado ou instrumentalizado<sup>93</sup>.

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet anota que, ao tomar a decisão de elencar, no título dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (art.1º, III, da Constituição Federal), a dignidade da pessoa humana, o constituinte reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal<sup>94</sup>. Destaque-se que, em determinado sentido, a dignidade humana chega mesmo a ostentar um conteúdo absoluto, diferentemente dos outros direitos fundamentais. Este conteúdo, de acordo com Alexy<sup>95</sup>, seria protegido pela *regra* da dignidade, fundamentada, sob determinadas condições, em relações de precedência do princípio da dignidade sobre todos os outros princípios.

Nessa lógica, “os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais”, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, serão direitos fundamentais e também direitos da personalidade aqueles atributos essenciais à condição humana<sup>96</sup>. Assim, o direito fundamental à educação, enquanto atributo da personalidade humana, é também direito da personalidade.

Ademais, insta acrescentar que, “(...) a incidência normativa não se resume às situações que configuram delito ou que causam dano injusto – momento patológico da tutela da personalidade –, mas se estende a todos os momentos da atividade econômica, daí decorrendo que a validade dos atos jurídicos, por força da cláusula geral de tutela da personalidade, está condicionada à sua adequação aos valores constitucionais e à sua funcionalização ao desenvolvimento e realização da pessoa humana”<sup>97</sup>.

O objeto da tutela jurídica são o físico (corpo), o intelectual (mente) e o moral (alma). A vida é fenômeno unitário e complexo, unificada nestes três aspectos: biológico, físico e espiritual<sup>98</sup>. Adepto da mesma classificação, Limongi França afirma, porém, que a classificação dos direitos da personalidade, tamanha a complexidade, “não poderia ser abrangido por uma única classificação, senão por várias, segundo quatro critérios, a saber: o da *extensão*; o da *esfera do Direito*; o dos *aspectos fundamentais da personalidade* e o do *estado*, ora subdividido de acordo com *duas* perspectivas — a da *faixa vital* e da *validade*”.

<sup>93</sup> SALGADO, Joaquim. *A idéia da justiça em Kant*. Belo Horizonte: UFMG, 1986, p. 251.

<sup>94</sup> Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 98.

<sup>95</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (Trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008, p.114.

<sup>96</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, 2011, p. 13.

<sup>97</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 58.

<sup>98</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 2003, pp. 259/261.

Assim, são direitos da personalidade de natureza *pública a generalidade daqueles definidos nas declarações constitucionais dos direitos do cidadão*, sendo de natureza social o direito à educação, ao trabalho, ao lazer, etc<sup>99</sup>.

Assim, partindo-se do pressuposto de que “(...) numa sociedade que se propõe justa, democrática e desenvolvida, a educação superior passa a representar não mais a aspiração ou o privilégio de poucos, mas a etapa inicial do processo contínuo da formação de seus cidadãos”<sup>100</sup>, pode-se afirmar que o direito à educação insere-se na cláusula geral de tutela da personalidade como integrante do núcleo da dignidade da pessoa humana. A educação é direito da personalidade porque densifica a possibilidade de conhecimento e formação intelectual do ser humano – tema que passa a ser discutido.

### *1.1.2 Criação e acesso à informação e ao conhecimento como atributos humanos*

Informação e conhecimento não significam o mesmo. Como muito bem notou Alfred N. Whitehead, o séc. XX vem sendo o palco de uma descoberta fundamental. Descobriu-se que a fonte de todas as fontes chama-se informação e que a ciência – assim como qualquer modalidade de conhecimento – nada mais é do que um certo modo de organizar, estocar e distribuir certas informações<sup>101</sup>. A despeito da diferenciação, dúvidas não há de que o acesso à informação e, através dessa, ao conhecimento é essencial. Aquele que detém o maior número de informações e sabe processá-las da forma mais correta está em grande vantagem em relação aos demais.

A evolução tecnológica é contínua, verificando-se diuturnamente um avanço no processamento e armazenamento de dados. A transnacionalização e a formação de novos blocos socioeconômicos, a interdependência das esferas produtivas e financeiras e os mecanismos inéditos de resolução de conflitos, oriundos desses novos contextos sociais, abalaram o pensamento jurídico construído em torno de conceitos e princípios característicos da modernidade, tais como soberania, legalidade, direito subjetivo, território, segurança e cidadania<sup>102</sup>. Assim, as inovações tecnológicas causam repercussão não apenas no acesso e

<sup>99</sup> LIMONGI FRANÇA, R. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, nº 567, jan. - 1983, pp. 09-17.

<sup>100</sup> ATIQUÉ, Andraci Lucas Veltroni. A educação superior e os princípios constitucionais. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 18, Jul / 2006, p. 62.

<sup>101</sup> LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 1998, p. ix.

<sup>102</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Direito informacional: direito da sociedade da informação. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 859, Mai/2007, p. 743.

processamento das informações, mas também em todas as esferas da vida, inclusive no campo do Direito.

Conforme descreve Ascensão, criam-se os grandes *slogans*, que passam a ocupar o lugar da realidade primária, cita dois deles: a globalização e a sociedade da informação. O processo da globalização culminaria hoje com a informática e a Internet. A sociedade da informação é, segundo o autor, uma ressaca da Guerra do Vietnã, em que imperava o grande lema – não revelado – de que “quem domina a informação domina o mundo”<sup>103</sup>.

A educação é essencial para possibilitar acesso a tais inovações, pois a incerteza do conhecimento é o principal obstáculo intelectual para o acesso ao conhecimento seguro, e é o que tem, infelizmente, prevalecido no meio intelectual, principalmente das universidades públicas ou privadas. Quantas fontes, quantas causas de erros e de ilusões múltiplas e renovadas constantemente se verificam em todos os conhecimentos.

Há desigualdade presumida do poder e do acesso à informação nos diversos campos da vida, por exemplo, é o que ocorre nas relações entre fornecedores e consumidores. Assim, ao mesmo tempo em que a informação é valor protegido no contrato de consumo o acesso a ela também pode ser objeto desse contrato – como ocorre nos contratos privados de ensino – em que o objeto é o acesso à educação que permite que a informação seja, no mínimo, melhor compreendida pelo contratante do serviço (o estudante).

Daí decorre a necessidade de destacar em qualquer processo educativo, as grandes interrogações sobre as possibilidades de conhecer. Pôr em prática essas interrogações constitui o oxigênio de qualquer proposta de conhecimento. Afinal, “o conhecimento permanece como uma aventura para a qual a educação deve fornecer o apoio indispensável. O conhecimento do conhecimento, que comporta a integração do conhecedor em seu conhecimento, deve ser, para a educação, um princípio e uma necessidade permanentes”<sup>104</sup>.

Nesse processo do conhecimento “informação e formação estão estritamente relacionadas. A liberdade de educação não se consubstancia apenas em nível escolar, mas na lealdade da transmissão tanto dos fatos quotidianos, quanto dos problemas culturais, uns e outros igualmente plenos de valores pedagógicos, positivos ou negativos, segundo as modalidades e os tempos da sua comunicação. O problema da liberdade de educação deve ser proposto, portanto, e com particular atenção, em relação aos canais e às técnicas da informação que cada vez mais invadem, literalmente, pessoas e famílias, acabando por nivelá-

---

<sup>103</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. In: *Globalização e direito. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 164/165.

<sup>104</sup> MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 3. ed. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaga. São Paulo: Cortez, 2000, p. 30.

las, geralmente sensibilizando-as a valores efêmeros que condicionam o desenvolvimento da pessoa e a sua formação”<sup>105</sup>.

Portanto, o acesso à educação deve ser garantido, pois como se viu direito fundamental social. Esse acesso, para ser efetivo, deve ser progressivo de forma que se garanta desde o direito ao ensino fundamental até o ensino superior. Trata-se de um processo em que a educação seria o meio para facilitar às pessoas o processamento das informações, que a todo momento chegam por diversos meios (televisão, Internet, etc), e de posse da informação poderem da melhor forma obter o conhecimento.

Não há dúvidas de que o caminho e o progresso de uma comunidade estatal são estritamente condicionados à melhoria e ao enriquecimento da instrução e da educação de todos os membros da comunidade. De fato, pode-se afirmar, a ignorância, além de ser um obstáculo ao desenvolvimento da personalidade, impede a realização do ideal democrático: a decisão acerca de problemas comuns fica restrita àqueles que têm condições de compreendê-los, excluídos os demais da condição de cidadãos tanto em termos de participação política como de acesso a benefícios sociais<sup>106</sup>.

A informação constrói a cidadania, “(...) é a chave de um mercado maduro, harmonioso, equilibrado; a falta de informação, o abuso do desconhecimento, são os sinais de falhas no mercado”<sup>107</sup>. A informação “torna-se um elemento estratégico decisivo da evolução social e factor com capacidade determinante do comportamento dos povos”<sup>108</sup>. Conhecer o humano é, antes de mais nada, situá-lo no universo, e não dele separá-lo. Todo conhecimento deve contextualizar seu objeto, para ser pertinente<sup>109</sup>.

Nesse sentido, Giovanni Ferri concebe o direito de ser informado como um direito da personalidade. Segundo o autor italiano, todas as liberdades, incluindo a liberdade de informação e manifestação do pensamento, são, de fato, iguais em dignidade e importância: até mesmo aquela, de que cada um de nós é titular, de ser deixado, por assim dizer, em paz. Todas as liberdades convergem em um único lugar, de fato, em um ponto, que é a pessoa humana<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 877.

<sup>106</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A universidade e o estado. Algumas considerações acerca do papel do estado na atividade educacional de nível superior. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 24, Jul-1998, p. 63.

<sup>107</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos*. Contratos: aspectos generales. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 416. (Tradução livre).

<sup>108</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. In: *Globalização e direito. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 167.

<sup>109</sup> CHARDIN, Pierre Teilhard de. *O fenômeno Humano*. São Paulo: Herder, 1965, p. 47.

<sup>110</sup> FERRI, Giovanni B. Diritto all’informazione e diritto all’oblio. In: *Rivista di diritto civile*. Anno XXXVI, Parte prima, Padora: CEDAM, 1990, pp. 801/822.

Entretanto, pode-se afirmar, na atualidade o maior problema não tem sido encontrar a informação, “mas ter acesso à informação de qualidade, que potencialize o desenvolvimento dos indivíduos, para que se tornem menos distantes da exclusão social. E a exclusão social, aliás, tem como um dos seus mais importantes ingredientes a falta de informação. Muitas vezes, o acesso aos direitos não custa nada, mas as pessoas que precisam não são beneficiadas”<sup>111</sup>. Ademais, atualmente a informação é, em si, um ativo econômico, pode-se dizer, informação é poder<sup>112</sup>.

Seria preciso, em consequência, que a transmissão do saber não fosse limitada à de informações, mas que ela comporte a aprendizagem de todos os procedimentos capazes de melhorar a capacidade de conectar campos que a organização tradicional dos saberes isola ciosamente. A palavra de ordem da interdisciplinaridade, difundida, sobretudo após a crise de 1968, mas preconizada bem antes, parece seguir esta direção. Ela chocou-se contra os feudalismos universitários e com muito mais<sup>113</sup>. Assente é que o ensino deve assegurar não somente a reprodução das competências, como também de seu progresso e capacidade de autocrítica.

A informação resulta como diretamente requerida pela precaução como maneira de assegurar que a liberdade de escolha e a autodeterminação dos indivíduos permita a eles definir quais os riscos aos quais deve ser dada maior atenção e ênfase. Garantir à pessoa a devida informação sobre os aspectos dos riscos, bem como permitir a ela que participe ativamente da discussão sobre como geri-los, é uma questão de exercício da cidadania e de respeito à dignidade humana<sup>114</sup>, processo esse facilitado com o acesso à educação.

Nesse processo de transmissão da informação a confiança é valor importante. Anthony Giddens propõe-se a definir a confiança, para isso traz dez pontos importantes para este fim. Dentre os dez pontos, afirma que “a confiança está relacionada à ausência no tempo e no espaço. Não haveria necessidade de se confiar em alguém cujas atividades fossem continuamente visíveis e ações transparentes”. Assim, continua, “(...) a condição principal de requisitos para a confiança não é a falta de poder, mas a falta de informação plena”<sup>115</sup>.

Sob a perspectiva da teoria dos sistemas, Luhmann define a confiança como um *fato básico da vida social* de tal maneira que uma ausência completa de confiança impediria

<sup>111</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*, 2010, p. 70.

<sup>112</sup> HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. *Revista do Direito do Consumidor*. Ano 18, n. 70, abr-jun. São Paulo: RT, 2009, p. 216.

<sup>113</sup> LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 1998, p. 94.

<sup>114</sup> HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. *Revista do Direito do Consumidor*. Ano 18, n. 70, abr-jun. São Paulo: RT, 2009, p. 230.

<sup>115</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. (Trad. Raul Fiker). 6ª Reimpressão. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 40.

inclusive de levantar-se pela manhã. Cada dia os seres humanos apóiam sua confiança na natureza do mundo, ou na natureza humana. Desse modo, a confiança é um sistema social com seu próprio sistema especial de regras, influenciada tanto pela personalidade quanto pelo próprio sistema social. Assim, nos estudos de Luhmann, a confiança seria um mecanismo de redução da complexidade que permite oferecer segurança e orientações dirigidas ao futuro. A confiança não garante uma certeza absoluta, mas permite um futuro que ainda que permaneça incerto se faz confiável, é uma aposta feita no presente, baseando-se nas experiências do passado, ou seja, uma aposta que se faz no presente para o futuro com base no passado<sup>116</sup>.

Com as novas tecnologias da informação, as quais proporcionam ferramentas para a formação de redes, comunicação à distância, armazenamento e processamento de informação e de descentralização do processo de tomada de decisão, “deduz-se que a produtividade e a competitividade das instituições, empresas, regiões e pessoas, dependem, em grande parte, de sua capacidade para gerar, processar, buscar e usar a informação obtida do conhecimento em diversas áreas do saber”<sup>117</sup>. Não se deve esquecer que o conhecimento se adquire e aperfeiçoa-se com a educação, que é um direito fundamental social. Nesse sentido, “o direito fundamental à informação visa à concreção das possibilidades objetivas de conhecimento e compreensão por parte do consumidor típico, destinatário do produto ou do serviço. Cognoscível é o que pode ser conhecido e compreendido pelo consumidor”<sup>118</sup>.

Portanto, é possível facilitar o acesso à informação e ao conhecimento quando o direito à educação escolar se mostra efetivo. Também se poderá falar em um contrato que respeite o equilíbrio quando o consumidor do contrato de ensino, o aluno, tem garantido o direito fundamental à educação que facilita a compreensão e o acesso à informação clara e precisa acerca do objeto contratual. Trata-se de um ciclo, no qual o acesso à informação é garantido com a efetividade do direito à educação, pois desta forma a pessoa, enquanto aluno e consumidor (contrato privado de ensino), terá maior facilidade na compreensão das informações prestadas ou da ausência delas, conhecendo os instrumentos eficazes para a busca de um contrato justo. Nesse sentido, importante é o estudo da efetividade do direito à educação.

---

<sup>116</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 5-14.

<sup>117</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*, 2010, p. 148/149.

<sup>118</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 37, Jan-2001, p. 59.

## 1.2 Efetividade do direito à educação

Efetividade, segundo ensina Luis Roberto Barroso, significa “a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”<sup>119</sup>. Nessa linha, ensina Bobbio que, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. Com efeito, o problema que se tem não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados<sup>120</sup>.

Desse modo, pode-se afirmar que “os direitos, liberdades e prerrogativas consubstanciadas no título II, caracterizados como direitos fundamentais, só cumprem sua finalidade se as normas que os expressem tiverem efetividade”<sup>121</sup>. Por isso, o artigo 5º, §1º da Constituição afirma que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*, sendo que tal declaração por si só não seria suficiente se não houvesse outros mecanismos para torná-la eficiente. Vigora, portanto, o princípio da eficácia plena e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, sendo que, apenas em “situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação”<sup>122</sup>.

O direito à educação, previsto no artigo 6º da Constituição como direito social, enseja a própria condição de desenvolvimento da personalidade humana de cada pessoa e, conseqüentemente, da cidadania. Como qualquer direito fundamental, possível é que haja uma colisão de princípios em face de tal direito. Logo, é possível se falar em eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, na medida em que sejam respeitadas regras e o fim almejado pela norma ao defender esse direito. Portanto, se o direito à educação é um direito fundamental social devem ser respeitadas as relações que tratem de direitos relacionados a esse direito fundamental.

<sup>119</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

<sup>120</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 1992, p. 24-25.

<sup>121</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2006, p. 467.

<sup>122</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2006, p. 467.

Quando observado como integrante do “mínimo existencial” o direito à educação deve ser visto como aquele indispensável para uma vida digna. Assim, “(...) a eficácia dos direitos sociais nas relações privadas presta-se para fundamentar a constitucionalidade das normas que, em favor destes direitos, impuserem limitações à autonomia privada dos agentes econômicos ou criarem obrigações positivas para os mesmos”<sup>123</sup>.

Quando a Constituição estabelece, no *caput* do artigo 209 (que diz respeito à Ordem Social), que o ensino é livre à iniciativa privada atendidas as condições impostas nos incisos I e II desse mesmo dispositivo, a liberdade de iniciativa privada a que esse artigo alude é a liberdade de o particular, “observadas as exigências do Estado quanto ao ensino sob o aspecto educacional, ministrá-lo paralelamente ao ensino público, o que implica dizer que ele, embora dever do Estado, não é monopólio deste, mas constitui atividade aberta à iniciativa privada, sem se levar em conta qualquer conotação econômica”<sup>124</sup>.

Cabe, entretanto, ao Estado fiscalizar a forma como é prestado o ensino, e deverá obedecer às normas constitucionais protetoras do ensino, bem como se submeter à Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Ademais, em se tratando de ensino superior privado deve o contrato que rege a relação entre o estudante e a instituição respeitar as normas previstas nos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor para que se fale em contrato justo e equilibrado e, finalmente, em efetividade do direito à educação.

Embora se possa afirmar que a Constituição de 1988 tenha trazido uma nova perspectiva para o direito à educação, “melhorar a qualidade de ensino não depende apenas da Carta. Depende de fatores econômicos, políticos, engajamento da sociedade, de estruturas que de fato levem o direito à educação a ser prioridade política do país”<sup>125</sup>. Ademais não há que se falar em qualidade do serviço prestado se já desde o início da prestação desse serviço forem observadas abusividades e desrespeito à justiça contratual.

A Lei n. 9.394/96, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu art. 5º<sup>126</sup>, faz questão de ressaltar a garantia de intervenção junto ao Poder Judiciário

<sup>123</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2008, p. 298.

<sup>124</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 580.

<sup>125</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*, 2010, p. 51.

<sup>126</sup> Lei 9.394/96: “Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo. (...)§ 2º Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais. §3º Qualquer das partes mencionadas no *caput* deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente. § 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o

como meio de dar efetividade aos direitos nela consagrados. Mesmo que o dispositivo mencione “acesso ao ensino fundamental”, deve-se ter em mente que a formação inicial e continuada do professor exige que o parque de universidades públicas se volte para a educação básica. Assim, “a melhoria da qualidade da educação básica depende da formação de seus professores, o que decorre diretamente das oportunidades oferecidas aos docentes. O aprimoramento do nível superior, por sua vez, está associado à capacidade de receber egressos do nível básico mais bem preparados, fechando um ciclo de dependência mútua, evidente e positiva entre níveis educacionais”<sup>127</sup>.

Quanto à intervenção junto ao Poder Judiciário, insta ressaltar que são os direitos sociais que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito à sua eficácia (jurídica) e efetividade (eficácia social), inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização<sup>128</sup>. Com efeito, assevera Canaris, “independentemente de todas as controvérsias em torno da questão da natureza normativa do ‘direito dos juízes’, pelo menos sob o ponto de vista *fático* é, em grande medida, apenas a jurisprudência que confere às leis pelo conteúdo, criando, portanto, *law in action* em contraposição a *law in the books*, e que, assim, influencia decisivamente as consequências práticas da legislação para as posições jurídicas fundamentais dos cidadãos”<sup>129</sup>.

No que concerne a atuação do Judiciário, em que pesem os notáveis avanços propiciados pela atuação do Ministério Público e pela jurisprudência recente do STF, percebe-se que o Direito, segundo estudo realizado por Nina Ranieri e Erik Arnesen, na relação educação-sociedade-Estado, foi – e ainda é – mais utilizado como técnica de formalização do que como instrumento de racionalidade que poderia contribuir à meta da efetivação da educação, o que também tem possibilitado a preservação, na política e na prática educacionais, das características centralizadoras do federalismo brasileiro<sup>130</sup>.

Defende-se, nesta medida, que, quando o legislador infraconstitucional define o direito

oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade. § 5º Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior”.

<sup>127</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*. (Série IDP). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95/96.

<sup>128</sup> KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-26.

<sup>129</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. (Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), 2003, pp. 40/41.

<sup>130</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ARNESEN, Erik Saddi. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional à Educação: A promoção indireta dos princípios e normas internacionais. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do/ JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 654.

à educação como direito fundamental social cria, para os cidadãos, o direito subjetivo de que o Estado deve o prestar, diretamente ou por meio de instituições privadas, de forma regular, contínua, segura e eficiente, a todos. Limita-se, com isso, a liberdade do legislador futuro de dispor de forma diferente nesta matéria, vinculam-se os particulares a garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e aumentam-se a segurança e a confiança necessárias às relações sociais.

Além de reconhecer o exercício dos direitos sociais, em favor da dignidade humana, conferindo-lhes eficácia e aplicabilidade imediata, o Estado deve ainda, vedar a edição de medidas legislativas que dizem respeito à redução, anulação ou revogação do núcleo essencial já reconhecido aos indivíduos. É o que a doutrina chama de “princípio da proibição do retrocesso social”<sup>131</sup>.

Com relação a esse tema ensina Ingo Wolfgang Sarlet que o reconhecimento de um princípio constitucional (implícito) da “proibição de retrocesso” constitui – pelo menos no que diz com a vinculação do legislador aos programas de cunho social e econômico (nos quais se insere a previsão dos próprios direitos sociais, econômico e culturais) – uma manifestação possível de um dirigismo constitucional, que, além de vincular o legislador de forma direta à Constituição, também assegura uma vinculação que poderíamos designar de mediata, no sentido de uma vinculação do legislador à sua própria obra, especialmente com o propósito de impedir uma “frustração da vontade constitucional”<sup>132</sup>.

Numa perspectiva de Direito e Economia, afirma Luciano Banetti Timm, “os recursos orçamentários obtidos por meio de tributação são escassos e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso”<sup>133</sup>. Tal discussão é de suma importância no debate dos direitos fundamentais, segundo o ponto de vista do autor, pois aponta para o modo mais eficiente para implementação dos direitos fundamentais, os melhores critérios de escolha e a maneira mais eficiente de implementar os direitos sociais.

Para compreender quais seriam as necessidades prementes das pessoas é importante lembrar o conceito do mínimo existencial. Ana Paula de Barcellos entende o mínimo

---

<sup>131</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 468.

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança Social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108/109.

<sup>133</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: Sarlet, I. W.; TIMM, L. B. (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 56/57.

existencial – aquele formado pelas condições materiais básicas para a existência e correspondente a uma parte nuclear da dignidade humana – composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, quais sejam: a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Reafirma a autora que “esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. (...) não se trata de escolha aleatória. Assim, “a educação e a saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, (...) a assistência aos desamparados evita a indignidade em termos absolutos, (...) e o acesso à justiça é o elemento indispensável da eficácia positiva reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial”<sup>134</sup>.

Quanto ao ensino superior, o quadro que se observa é que, no novo contexto econômico-social, passa-se a oferecer cursos de formação apressada e barata; são oferecidos cursos moduladores superficiais e desvinculados da formação geral, que propõem, em curto período de tempo, desenvolver a autoestima, a liderança, a motivação para o trabalho, aumentando a distância entre o saber e o fazer. Os cursos técnicos são caracterizados pelos “alunados” não mais os do nível médio, nem os de nível superior; é uma comunidade instável, sem identidade, volúvel. Observa-se, portanto, que as modificações no mundo do trabalho atual têm gerado uma mudança importante em torno do conceito de qualificação<sup>135</sup>. Tema esse em plena sintonia com a questão da efetividade do direito à educação que envolve, não apenas o acesso à educação mas também, o modo como é prestado esse serviço não só pelas instituições privadas de ensino bem como pelas universidades públicas.

Chega-se a afirmar que “a educação é uma mercadoria no reino do capital e em decorrência disso, aumenta-se a crise do sistema público de ensino, pressionado pelas demandas do capital e pelo esmagamento dos cortes de recursos dos orçamentos públicos”<sup>136</sup>. Logo, o controle da efetividade do direito à educação é temática que envolve tanto o acesso, como a forma da prestação do serviço, devendo haver maior controle por parte do Estado a ser realizado nas instituições privadas de ensino superior. Uma forma de exercer esse controle é a partir da análise dos contratos privados de ensino, que envolvem o direito fundamental em questão e outros direitos também fundamentais. Para isso, importante observar o processo de constitucionalização, a superação entre a dicotomia público-privado e a unidade

---

<sup>134</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2011, pp. 302/303.

<sup>135</sup> EILBERG, Ilana Finkielsztejn. O direito fundamental à educação e as relações de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 74, Abr-2010, p. 154.

<sup>136</sup> EILBERG, Ilana Finkielsztejn. O direito fundamental à educação e as relações de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 74, Abr-2010, p. 169.

constitucional para, em seguida, traçar o panorama do chamado “novo paradigma contratual”.

### **1.3 Constitucionalização: superação entre o público e o privado e a unidade constitucional**

O direito à educação, como visto acima, beneficia-se das garantias constitucionais próprias aos direitos e garantias fundamentais, expressas no §1º, do art. 5º e do inc. IV, do art. 60, também as normas internacionais relativas a direitos humanos são igualmente de aplicação imediata, conforme assegura o §2º, do art. 5º da Constituição Federal. O direito à igualdade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana passam a ser o norte das relações públicas e/ou privadas. Os negócios jurídicos exigem a observância e respeito de tais princípios. Afinal, “não há negócio jurídico que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional”<sup>137</sup>.

As relações contratuais continuam a ser regidas pelo *pacta sunt servanda*, mas deve essa relação observar os direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição Federal, sobretudo quando representem a forma de acesso a um direito fundamental social – tal é o caso dos contratos que envolvem o direito à educação. Dessa forma, devem as normas constitucionais incidirem nas relações privadas, uma vez que “a Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República e, portanto, deve condicionar, permear e vincular diretamente todas as relações jurídicas públicas e privadas”<sup>138</sup>.

Nesse sentido, cabe traçar o panorama da constitucionalização do Direito Civil, a superação entre o público e o privado e, ao mesmo tempo, a necessidade de manutenção da unidade do ordenamento. A fim de se contextualizar essas alterações metodológicas, pode-se afirmar que o avanço do processo de globalização econômica e tecnológica importou, em período coincidente com a chamada ‘constitucionalização do direito civil’, um redimensionamento da autonomia privada, uma nova difusão do individualismo e a manifestação de valores diversos (e contrastantes) daqueles aclamados pelos artigos das constituições econômicas<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 55.

<sup>138</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 205.

<sup>139</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, p. 282.

Com a evolução social, os princípios contratuais – dentre eles o da autonomia privada –, outrora rígidos e inflexíveis na proteção do dogma voluntarista, não poderiam persistir, a ponto de cativar a injustiça nas relações privadas e retirar dos contratos e negócios jurídicos a legitimidade que deles se espera como instrumentos de circulação e distribuição de riqueza e ainda de manejo em outros campos<sup>140</sup>.

Dessa forma, “no decorrer do século XX, com o advento das constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais dos diversos ramos do direito e também os princípios fundamentais do direito privado passaram, nos países de tradição romano-germânica, a fazer parte dos textos constitucionais. Também no Brasil, os princípios gerais do direito civil haviam sido transplantados para o texto constitucional”<sup>141</sup>. A proteção de tais princípios na Constituição Federal supõe um maior respeito nas relações privadas, de forma a se falar na publicização das relações patrimoniais, que passam a ter a pessoa como centro de proteção e não apenas o patrimônio.

No Estado Liberal, observava-se que, enquanto o constitucionalismo procurava delimitar os poderes do estado mínimo, a codificação procurava ampliar os poderes dos indivíduos e do mercado, fixando os princípios diretores da matéria privatística. Na base dessa distinção, entre constitucionalismo e codificação, estava a bifurcação do direito do Estado em direito público e direito privado. A linha divisória entre esses dois setores do direito era traçada segundo os interesses em jogo: de um lado o direito privado, que prevalecia quando estavam em questão os interesses individuais, e de outro lado o direito público, sempre que se tratava de valores relativos à coletividade. Dessa forma, a separação entre direito público e direito privado exprimia a ideologia típica do direito burguês moderno, que impermeabilizava as relações jurídicas de caráter predominantemente privado da possibilidade de intervenção dos poderes públicos<sup>142</sup>.

Já em momento posterior, no chamado Estado Social, que propõe a fortalecer serviços e garantir direitos considerados essenciais para manter o nível de vida necessário para que os cidadãos participem plenamente da vida social, os temas sociais e econômicos juridicamente relevantes foram constitucionalizados e a ação intervencionista do legislador acabou por desentranhar da codificação civil áreas inteiras, transformadas algumas vezes em ramos

---

<sup>140</sup> MARTINS, Fernando R. *Estado de Perigo no novo código civil: uma perspectiva civil constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 18.

<sup>141</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 72/73.

<sup>142</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, pp. 278/279.

autônomos<sup>143</sup>.

Descrito o cenário, em termos apertados, da constitucionalização, é necessário compreender a relação entre a lógica (privada) das instituições de ensino e a função (pública) a ser por elas desempenhada. Em virtude disso, importante um estudo acerca da antiga dicotomia público-privado e do atual diálogo entre ambos, ou da “interpenetração dos espaços público e privado no âmbito do discurso jurídico doutrinário, normativo e jurisprudencial”<sup>144</sup>. Deste modo, pode-se afirmar que a Constituição passa a ser vista como uma autêntica norma jurídica, e não mera enunciação de princípios retóricos, tendo sido cada vez mais invocada na Justiça, inclusive contra os atos ou omissões inconstitucionais dos poderes majoritários.

A dicotomia público-privado constitui uma das grandes dicotomias do Direito. No exame desta dicotomia, importa mencionar que existem duas acepções básicas a partir das quais se estruturam as relações de oposição entre os termos. Na primeira, público é o que afeta todos ou a maioria, sendo, portanto o comum, que se contrapõe ao privado, visto como o que afeta a um ou a poucos. Na segunda, público é o que é acessível a todos em contraposição ao privado, encarado como aquilo que é reservado e pessoal<sup>145</sup>.

Entretanto, se a dicotomia público-privado era tema de discussões e controvérsias, pode-se afirmar com Pietro Perlingieri que a própria distinção entre direito público e direito privado está em crise. Tal fato decorre do aumento das dificuldades de se traçar linhas de fronteira entre direito público e privado, por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermédia. Dessa forma, ensina o autor, a distinção não é mais qualitativa é quantitativa. Portanto, o Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao Poder, à soberania, e por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa é realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa<sup>146</sup>.

Devido ao fato do reconhecimento de necessidade de manutenção da unidade do ordenamento jurídico, assim como por efeito da meteórica evolução das circunstâncias sociais a partir, sobretudo, da Segunda Guerra Mundial – que gerou a alteração das estruturas

<sup>143</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, p. 280.

<sup>144</sup> FACHIN, Luiz Edson. Contratos na ordem pública do direito contemporâneo. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. (Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira). (Coordenadores: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 458.

<sup>145</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 1988, p. 243.

<sup>146</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. (Trad. de Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 53/54.

socioeconômicas, bem como pela acentuada presença dos poderes públicos na vida individual e comunitária – a antiga distinção entre direito público e direito privado, já originariamente obscura e polêmica, tem acentuado estes caracteres, generalizando-se na doutrina a alusão a entrada em crise de tão remota distinção, antigamente de caráter fundamental e antiético<sup>147</sup>.

No momento atual, não é possível se vislumbrar a existência de duas esferas independentes, uma recheada de situações públicas e outra repleta apenas por situações privadas. Há uma “interpenetração” entre essas esferas, pontos de interseção, de forma que, por exemplo, nos contratos assinados entre os estudantes e as instituições privadas de ensino devem ser observados os princípios contratuais clássicos em harmonia aos princípios contratuais modernos, todos voltados a assegurar a dignidade da pessoa humana. Em síntese, pode-se afirmar, dentro da perspectiva dos contratos privados de ensino, que o Estado exerce a função pública, pois a ele incumbe a prestação do direito à educação, e o particular (instituição privada) exerce a função pública ao prestar um serviço essencial a toda comunidade. Sem que uma função se desprenda da outra.

Assim, no início dos anos oitenta do século passado, vislumbra-se um novo rumo para o direito civil, que passou a caminhar na direção da interlocução e da interdisciplinaridade entre os ramos público e privado e da tutela jurídica da cidadania, assim sendo, “onde havia disjunção, pode-se enxergar unidade hermenêutica e equilíbrio teórico, passando a estar lado a lado valores, princípios e normas, consagrados nas leis civis e na lei constitucional”<sup>148</sup>.

Importa ainda hoje compreender a superação da dicotomia público-privado, pois, para valorar a incidência da Constituição no direito privado, tem de ter-se em conta o estado atual da clássica e dicotômica divisão do direito em público e privado. Resulta, desde logo, imperiosa a necessidade funcional de parcelar o estudo do Direito, mas esta premente necessidade não justifica ruptura alguma da essencial unidade do ordenamento, nem avaliza a desconexão de suas instituições com o ápice normativo constitucional<sup>149</sup>.

Dessa forma, os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis e realmente compenetraram-se um no outro, sendo que o primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado, que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; enquanto que o segundo representa a revanche dos interesses privados através da

---

<sup>147</sup> FLOREZ-VALDES, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*, 1991, p. 31.

<sup>148</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, pp. 280/281.

<sup>149</sup> FLOREZ-VALDES, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Ed. Cuadernos Civitas, 1991, p. 30.

formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos<sup>150</sup>. Logo, “os problemas concernentes às relações civilísticas devem ser colocados recuperando os valores publicísticos ao Direito Privado e os valores privatísticos ao Direito Público<sup>151</sup>”.

Portanto, a constitucionalização do Direito Civil representa o fato de que “a norma constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea, a incidir sobre o conteúdo das relações intersubjetivas, funcionalizando-as aos seus valores”<sup>152</sup>.

A partir do momento em que o direito civil passa a ser lido à luz dos princípios constitucionais (na já mencionada “constitucionalização do direito civil”) devem os contratos privados respeitar os princípios constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana. Pois, “somente a partir desta reunificação do ordenamento, que supere os compartimentos estanques em que foram divididos os ramos do direito no passado e a dicotomia entre o direito privado, poderemos antever uma teoria contratual compatível com o momento presente”<sup>153</sup>.

No tópico acerca do *instituto jurídico na visão unitária do ordenamento*, Perlingieri ensina que “alguns direitos civis não encontram tutela, reconhecimento ou disciplina no Código Civil, mas, por exemplo, no Texto Constitucional. Alguns direitos ou deveres, que no plano das relações sociais e civis se traduzem em situações existenciais mesmo de relevância civilística, não encontram a sua disciplina no Código Civil, mas naquele Penal ou nas leis ‘especiais’ do Direito Administrativo. Daí a confirmação da unidade do ordenamento”<sup>154</sup>.

A pessoa humana passa a ocupar o centro do direito civil, isso significa que a vida digna deve ser alçada à condição de necessário parâmetro de interpretação e de aplicação das normas de direito civil. Na mesma perspectiva deve seguir a teoria contratual, voltada à proteção da pessoa, impondo-se, de acordo com o paradigma da essencialidade, a diferenciação dos contratos conforme a sua específica importância como instrumento de satisfação das necessidades fundamentais do homem de carne e osso<sup>155</sup>.

Levando em consideração o paradigma da essencialidade, desenvolvido por Teresa

<sup>150</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política*, 1987, p. 27.

<sup>151</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. (Trad. de Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55.

<sup>152</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010, p. 29.

<sup>153</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.250.

<sup>154</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. (Trad. de Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55.

<sup>155</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 480/481.

Negreiros<sup>156</sup>, o contrato que envolva o direito fundamental à educação deve ser considerado como contrato essencial, uma vez que versa sobre direito fundamental social, imprescindível à dignidade da pessoa humana. Tema este que será desenvolvido no tópico a seguir.

Em tais acordos não se fala apenas na produção de efeitos às partes envolvidas no contrato, mas em efeitos que atingem toda a sociedade, pois o direito à educação é imprescindível para o exercício de outros direitos também fundamentais. Assim, mesmo que o Estado não seja capaz de garantir acesso gratuito à educação a todos os cidadãos, deve zelar para que esse serviço (público) seja prestado da forma mais eficiente, respeitando-se a justiça contratual e banindo-se as abusividades contratuais entre as instituições de ensino privadas e os estudantes.

Também no campo do direito e acesso à educação criaram-se falsas oposições. A mais indesejável delas foi a oposição entre educação básica e educação superior. Diante da falta de recursos, alegava-se que caberia ao gestor público optar pela primeira, sem que a União aumentasse o investimento na educação básica, o argumento serviu de pretexto para asfixiar a rede federal de educação superior, cujo custeio foi reduzido em 50% em dez anos, e inviabilizar uma expansão significativa da rede. Resultado disso foi que na educação básica faltam professores com licenciatura para exercer o magistério e alunos do ensino médio desmotivados pela insuficiência de oferta de ensino gratuito nas universidades públicas. Era uma oposição, além de tudo, irracional, pois como se poderia pensar em reforçar a educação básica se a educação superior, debilitada, não lhe oferece suporte mediante formação de bons professores em número suficiente?<sup>157</sup>

Neste aspecto, as instituições privadas são eficientes, necessitam de menos burocracia para funcionarem, podem acompanhar de forma mais acelerada as exigências do mercado na difusão do conhecimento (privado). Mas, como a educação é um serviço (público) por natureza, um direito fundamental social, não há que se falar na dissociação entre as duas esferas, mas sim de um campo de interseção entre o público e o privado, e tal campo seria justamente o respeito à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido indica Canaris que “de qualquer modo, mesmo onde os direitos fundamentais não sejam aplicáveis na sua específica dimensão jurídico-constitucional, e onde não esteja em causa uma violação das proibições do excesso ou de insuficiência, podem ser relevantes para a interpretação do direito privado, e, em especial, para a concretização das suas cláusulas gerais. Pois neste caso os direitos fundamentais sempre podem produzir efeitos

<sup>156</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>157</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*, 2010, pp. 93-95.

como princípios gerais de direito (e com a consequência de que a sua falta de consideração não poderá, então, de forma alguma, ser impugnada com sucesso mediante uma queixa constitucional)”<sup>158</sup>.

Mas, deve-se ter em mente que “a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto. Sob esta ótica, a norma constitucional assume, o direito civil, a função de modificar – validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, e à luz de seus valores e princípios – os intuitos tradicionais”<sup>159</sup>. Finalmente, “acolher a unidade hierarquicamente sistematizada do ordenamento jurídico significa aceitar que seus princípios superiores estão presentes em todo o tecido normativo infra-constitucional, resultando, em consequência, inadmissível a rígida contraposição direito público x direito privado como *summa divisio* do direito”<sup>160</sup>.

Isso porque, conforme ensina Tepedino, “a Constituição é toda ela, norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas”<sup>161</sup>. Ademais, “nossa Carta-compromisso recupera essa unidade esfacelada do ordenamento, esse sistema decomposto e, para tanto, tem incidência direta nas relações privadas. Negar esta premissa metodológica, como tem ocorrido predominantemente na doutrina pátria, significa incidir em verdadeira inversão hermenêutica, uma espécie de leito de Procusto que, como na mitológica grega, procura reduzir no estreitíssimo leito de ferro da legislação ordinária a pujante enunciação normativa estabelecida pelo texto constitucional”<sup>162</sup>.

Eis a importância de superação da dicotomia público-privado e reconhecimento da unidade constitucional, uma vez que “esta visão unitária do ordenamento – especialmente ligada ao compromisso de solidariedade política, econômica e social (...) – significa também que não se justifica pedir ao juiz aplicação de um complexo de normas concernentes ao instituto e esquecer que aquele instituto é merecedor de tutela enquanto, na unidade do

<sup>158</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. (Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paula Mota Pinto), 2003, p. 74/75.

<sup>159</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010, p.16.

<sup>160</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010, pp. 28/29.

<sup>161</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 236.

<sup>162</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237.

ordenamento, se fornece como preliminar atuação de outros institutos, ou seja, de outras normas”<sup>163</sup>.

A vastidão e diversidade das leis de ensino existentes no país reclamam uma reconstituição da situação educacional brasileira, de forma a desenvolver a visão integrada da ordem vigente sobre a matéria. “Há, pois, um elenco riquíssimo, expressivo e ordenado de normas e princípios jurídicos regulamentadores da atividade educacional”. Tal integração, para alguns autores, justificaria a criação de um Direito Educacional, que também afirmam que essas normas e princípios possuem uma suficiente especificidade para merecer um tratamento científico por parte da dogmática jurídica, de molde a constituir-se num ramo autônomo do Direito<sup>164</sup>.

#### **1.4 Novo paradigma contratual: transformações dos contratos de ensino e sua essencialidade**

Alguns princípios vigentes no Direito Privado, como a autonomia privada, a força vinculante dos contratos, o princípio da confiança no tráfico jurídico, pertencem desde séculos ao ordenamento jurídico. Tais princípios expressam ideias jurídicas de validade supratemporal<sup>165</sup>. Isso porque “(...) a verdade é que não existe uma ‘essência’ histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações<sup>166</sup>”.

Nesse esboço cabe a indagação de Gustavo Tepedino: “há, de fato, uma nova teoria contratual? Seria consentido entrever uma nova teoria geral dos contratos por força ou no âmbito dos direitos do consumidor?”<sup>167</sup>. E obtempera: “Responderia afirmativamente, no sentido de que há alterações profundas dos conceitos jurídicos derivados do Código de Defesa do consumidor”, mas “a resposta seria negativa, entretanto, se pensarmos que a relativização

---

<sup>163</sup> PERLIENGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Università degli Studi di Camerino – Scuola di perfezionamento in diritto civile – Lezioni raccolte da Pietro Perlingieri. E.S.I. Napoli, 1972, p. 18. (Tradução livre). No original: “Questa visione unitaria dell'ordinamento – collegata specialmente all'impegno di solidarietà politica, economica e sociale di cui la Costituzione fa menzione proprio all'inizio (art. 2) – significa anche che non si giustifica chiedere al giudice l'applicazione di un complesso di norme concernenti un istituto e dimenticare che quell'istituto in tanto è pienamente meritevole di tutela in quanto, nell'unitarietà dell'ordinamento, si prevede come preliminare l'attuazione di altri istituti, cioè, di altre norme”.

<sup>164</sup> PAIVA, Regina Garcia de. *Direito educacional sob uma ótica sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 65.

<sup>165</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, 2009, p. 479.

<sup>166</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1998, p. 348.

<sup>167</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 229.

dos conceitos jurídicos, conquista indiscutível da civilística atual, altera a compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo e permeia, portanto, a própria dogmática”<sup>168</sup>.

Os modelos de análise, de acordo com Maria Luiza Feitosa, da repersonalização das relações civis em clima de constitucionalização do direito civil e o da procedimentalização das normas substantivas em estruturas legais sistêmicas autorreguláveis, equivaleriam à compreensão do direito enquanto instrumento de disciplinamento e regulação dos processos sociais. Assim, essas duas maneiras de interpretar, de acordo com a autora, parecem balizar, pelos extremos, o que ela denomina “‘novo direito dos contratos’, uma etiqueta provisória, como a própria adjetivação utilizada, que comporta interpretações de teor ideológico bastante distintos, revelando-se sintomática de uma fase de transformações ainda em curso, marcada pela precariedade de respostas e de conclusões, tanto na esfera prática como em âmbito doutrinal”<sup>169</sup>.

Dentro dessa nova perspectiva da teoria contratual<sup>170</sup>, também os princípios que regem tais contratos sofrem alterações. “Houve um tempo, por exemplo, em que o princípio da igualdade correspondia à idéia de que ‘todos são iguais perante a lei’”. Verificou-se depois, conforme constata Maria Celina, que “outras categorias de sujeitos, como a dos locatários e a dos consumidores, tampouco se encontravam em igualdade de condições com os locadores e com os produtores ou fornecedores; logo, a eles também não bastava a regra de ouro da igualdade perante a lei”, dessa forma, foi necessário que a lei os protegesse de modo especial, dada a sua peculiar condição na relação jurídica. Neste sentido, não somente os locatários e os consumidores “são vulneráveis, em sentido jurídico, mas também as crianças e adolescentes, os homossexuais, os transexuais, os idosos, os doentes, os portadores de necessidades especiais, isto é, os grupos minoritários dos mais diversos tipos”<sup>171</sup>. Também o são os estudantes frente às instituições de ensino superior privadas.

<sup>168</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 230.

<sup>169</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, p. 284.

<sup>170</sup> Cabe ressaltar que já em 1952 San Tiago Dantas alertava que: “O exame das características e problemas do direito dos contratos, no momento atual, conduz às seguintes conclusões: 1) A multiplicação das formas de contratos, na prática contemporânea dos negócios, prova a vitalidade do princípio da autonomia da vontade, malgrado as múltiplas manifestações do interesse público, que se traduzem em limitações e regras coercitivas; 2) o princípio da obrigatoriedade das convenções de direito público e privado deve sofrer as restrições necessárias para que as obrigações tornadas excessivamente onerosas em consequência de atos governamentais ou de modificações sociais consideráveis e inesperadas, sofram uma revisão a pedido da parte interessada, dentro de limites estabelecidos em lei; 3) é desejável que um sistema de sanções eficazes seja estabelecido para dar uma força obrigatória mais efetiva dos contratos concluídos entre empresas pertencentes ou controladas pelo Estado, ou com organismos internacionais”. (DANTAS, San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo – Imprevisão*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 195, jan. de 1952, p. 557).

<sup>171</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010, p. 113.

Por isso é importante compreender o Direito enquanto ciência social que se modifica e representa os anseios das pessoas. “Aliás, uma mesma pessoa, no curso de sua existência, experimentara transformações que implicarão novas e diferentes necessidades”<sup>172</sup>. Assim, os contratos, sobretudo os de execução diferida devem ser abertos às transformações e às complementações necessárias ao longo de sua vigência. “Na sociedade da informação a transnacionalização abrange todos os ramos do direito, importando em novos paradigmas e profundas repercussões sócio-econômicas, o que significa que também o direito do consumidor está inserido nesta problemática”<sup>173</sup>.

De acordo com a passagem do tempo e as mudanças de interesses sociais, econômicos e políticos, há também uma alteração na concepção dos valores que regem a teoria contratual. A liberdade permanece como o axioma que rege a negociação, contudo esta liberdade que antes não encontrava limites definidos (Estado Liberal<sup>174</sup>), hoje encontra seus limites estabelecidos na função social (Estado Social). O que se está a dizer é que, com a modificação dos interesses e transformação econômica, política e social, o contrato é influenciado e sofre alterações, modificando-se a forma como esses valores são interpretados.

Afinal, já ensinava Miguel Reale essa impossibilidade de o Direito isoladamente prever e regular todas as situações possíveis e a necessidade de conciliação entre o fato, o valor e a norma. Deste modo, “a integração de três elementos na experiência jurídica (o axiológico, o fático e o técnico-formal) revela-nos a precariedade de qualquer compreensão do Direito isoladamente como *fato*, como *valor* ou como *norma*, e, de maneira especial, o equívoco de uma compreensão do Direito como pura forma, suscetível de albergar, com total indiferença, as infinitas e conflitantes possibilidades dos interesses humanos”<sup>175</sup>.

Assim, o Direito enquanto ciência humana deve analisar todos os fatores, os fatos, os valores presentes no ordenamento e as normas aplicáveis ao caso. Importante valor que rege os contratos é a confiança, a qual também passa a ser respeitada de forma diferente – dando-se maior relevo às expectativas legítimas – de acordo com o chamado novo paradigma contratual.

<sup>172</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002, p. 456.

<sup>173</sup> HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. *Revista do Direito do Consumidor*. Ano 18, n. 70, abr-jun. São Paulo: RT, 2009, p. 216.

<sup>174</sup> Nesse sentido Maria Luiza Feitosa afirma que: “Em âmbito contratual, os princípios da igualdade formal das partes contratantes e da mais ampla liberdade de contratar, conjugados ao princípio da obrigatoriedade dos pactos – *pacta sunt servanda* – foram apresentados como as vigas mestras da compreensão liberal dos contratos, como mecanismos de formalização jurídica das operações de mercado ou como diretrizes jurídico-sociais de relevante conteúdo econômico.” (FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, p. 301).

<sup>175</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 699/700.

Frada explica claramente a relação necessária entre a confiança nos negócios jurídicos e os contratos de longa duração. Ressalta o autor que “há um conjunto de características e especificidades que se conjugam e singularizam de algum modo as relações duradouras. Com muita frequência, são relações de confiança (...). As relações duradoiras põem tipicamente em causa um determinado paradigma do contrato – com a circunscrição precisa das obrigações dele emergente, o carácter estático do respectivo clausulado e a função de troca isolada e instantânea de bens ou serviços –, apelando a um aperfeiçoamento da dogmática geral dos contratos que (entre outros aspectos) reflecta devidamente o concreto dinamismo da relação entre as partes do contrato e as marcas que nela vai imprimindo a experiência da execução contratual”<sup>176</sup>.

Dessa realidade não se afastam os contratos privados de ensino. São contratos de execução diferida, que se prolongam no tempo, por quatro, cinco ou mais anos. Devem esses contratos assegurar o direito fundamental à educação, sendo isso possível na medida em que se respeitam os princípios contratuais, sobretudo a justiça contratual.

Aduz Wieacker que “(...) neste sistema ordenador, os princípios constitutivos do direito privado clássico – a fundamentação dos direitos subjectivos privados e da autonomia negocial privada e as conexões conceituais e a unidade interna do sistema – estão necessariamente postas à prova e submetidas a uma mutação decisiva de funções. Uma nova legitimação do direito privado na consciência jurídica do estado social e a sua convincente sintonização com o direito social (ao lado da sua integração numa economia concorrencial concebida como princípio de funcionamento do mercado) passaram a constituir a tarefa mais premente da jurisprudência e da dogmática civilísticas da actualidade”<sup>177</sup>.

Assim, o Estado movido pela necessidade de prevalência da solidariedade, para remover a desigualdade e para dar respostas, intervem, seja direta ou indiretamente, seja regulando ou controlando os contratos, guardando acesso ao território aparentemente restrito e inacessível dos conteúdos privados<sup>178</sup>. “Em visão interdisciplinar, o contrato pode ser considerado como a formalização jurídica de uma operação económica que ocorre no meio social”<sup>179</sup>.

<sup>176</sup> FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Lisboa: Livraria Almedina Coimbra, 2004, p. 560.

<sup>177</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 1967, p. 633.

<sup>178</sup> GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia. Il diritto privato oggi* – serie a cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 59/69.

<sup>179</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, p. 297.

Quanto à historicidade do contrato, afirma Enzo Roppo<sup>180</sup> que “a verdade é que não existe uma ‘essência’ histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações”. Nesse contexto, pode-se afirmar que a “(...) mais importante conseqüência para o sujeito contratual reside na mudança de sua condição de parte na relação jurídica: de contratante (identificável) para a categoria, a de consumidor (anônimo), num quadro global de preocupação pública com a tutela dos interesses daqueles que precisam cotidianamente contratar, como destinatários finais de bens ou serviços”<sup>181</sup>. Nesse sentido, importante compreender tais transformações.

Bobbio indaga “Qual é a relação do direito com a mudança social? Não há dúvida de que a função do direito não é apenas manter a ordem constituída, mas também mudá-la, adaptando-a às mudanças sociais; tanto é verdade que todo ordenamento jurídico prevê alguns procedimentos destinados a regular a produção de normas novas para substituir as velhas. Entretanto, como cumprir essa função? O direito é instrumento adequado para reformar, para transformar a sociedade? Quais são as razões pelas quais o direito foi sempre considerado um meio mais de conservação do que de inovação social? É o grupo dos juristas mais um grupo de conservadores do que de reformadores”<sup>182</sup>?

Importantes indagações as realizadas por Norberto Bobbio. Indagações essenciais, cuja resposta pode modificar a forma como se visualiza a estrutura e a função de institutos jurídicos, por exemplo, da estrutura do negócio e da função desempenhada pelo contrato, bem como a forma como se concebe a própria educação e sua função.

Para responder a tais indagações necessário é, portanto, compreender que o Direito sofre alterações, avança em suas teorias de acordo com os anseios sociais. O contrato, como um instrumento vivo, representante e necessário à vida social, reflete tais modificações. Deve-se compreender, destarte, que a função dos princípios contratuais no Estado Liberal (maior autonomia ao indivíduo) era um e que o papel desses no Estado Social é outro (limites definidos em prol da solidariedade social).

Neste sentido, “se toda obrigação visa satisfazer um interesse do credor, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, acima deste está o ‘interesse geral’, ou ‘bem comum’, de que já falavam Aristóteles e São Tomás de Aquino. O que pode ser difícil, na sociedade real, dividida por conflitos de interesses e valores e fortemente influenciada pelas ideologias

---

<sup>180</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1988, p. 348.

<sup>181</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, pp. 308/309.

<sup>182</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*. São Paulo: Manole, 2007, p. 94.

dominantes, é saber que conteúdo deve ser dado ao interesse geral, ou ao bem comum”<sup>183</sup>.

De acordo com Fernando Noronha<sup>184</sup>, “a principal fonte de obrigações é, sem dúvida, o negócio jurídico, especialmente na sua modalidade mais importante, que é o contrato. É o negócio jurídico que permite aos indivíduos prover à satisfação de suas necessidades, pois é ele que fornece os quadros jurídicos para a produção e circulação de bens e serviços, para a associação de pessoas, para as relações de trabalho, etc”. E isso já afirmava Emilio Betti, de acordo com o qual “na vida das relações de direito privado, têm, de longe, uma maior importância aqueles fatos que – em atenção às suas funções de criar, modificar ou extinguir estas relações – são qualificados como ‘negócios jurídicos’”<sup>185</sup>.

Ferri explica que a sociedade, isto é o direito, é precisamente estrutura social, não significa uma privação ou um empobrecimento do indivíduo, senão um enriquecimento de sua vida, uma indispensável integração. Tem-se dito hoje com verdade que *unus homo, nullus homo*<sup>186</sup>. “Tudo isto se exprime através da fórmula da *relatividade do contrato* (como, aliás, de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”<sup>187</sup>.

O contrato, portanto, transforma-se, para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica em cada época prevalecente. Mas justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, “o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é – e continua a ser – a sua *função fundamental* no âmbito das economias capitalistas de mercado, isto é, a função de *instrumento da liberdade de iniciativa econômica*”. Está agora claro que as transformações do instituto contratual, que Enzo Roppo designa em termos da sua objectivação, não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correta: “autonomia privada, portanto, não como sinônimo de ‘autonomia da vontade individual’, mas como forma jurídica e legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir o lucro ou, então, de actuar segundo as conveniências de mercado (...). Por outras palavras, as tendências objectivistas do direito moderno não vão necessariamente contra o princípio da autonomia privada, porque este – como já se tinha advertido – não se identifica com o ‘dogma da vontade’”<sup>188</sup>.

Luiz Edson Fachin descreve os “(...) novos parâmetros contratuais na

<sup>183</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 45/46.

<sup>184</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, 2010, pp. 427.

<sup>185</sup> BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. (Trad. Ricardo Rodrigues Gama). Tomo III. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 62.

<sup>186</sup> FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. (Trad. Luis Sancho Mendizabal). Granada: Ed. Comares, 2001, p. 201.

<sup>187</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1988, p. 24.

<sup>188</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1988, pp. 310/311.

contemporaneidade”, os quais seriam “aptos a estrear as seguintes afirmações: quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata; quem contrata não mais contrata tão-só o que contrata; o contrato, como ‘iter’ do direito material, não principia na conclusão; e o contrato, como processo do direito substancial desdobrado em planos, não se extingue necessariamente na execução formal do pacto”<sup>189</sup>.

Logo, não há como negar: o contrato tem sua importância fundamental na circulação das riquezas, o estudo e compreensão da teoria do negócio jurídico é essencial para entender os axiomas que regem os contratos e as modificações pelas quais passam os princípios fundamentais, norteadores dessas “novas” ou “revisitadas” figuras contratuais.

Destarte “à luz do denominado *paradigma da essencialidade*, propõe-se que a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais. O paradigma da essencialidade sintetiza uma mudança no modo de se conceber os princípios do contrato, traduzindo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista e socialmente neutra do fenômeno contratual”<sup>190</sup>.

A autora examina que forma a teoria econômica procede à classificação dos bens. Nesse sentido, ensina “de fato, a constitucionalização da ordem econômica, uma das marcas da chamada ‘Constituição Dirigente’, tornou explícita a relação de interpenetração do Direito com a Economia, na medida em que se passou a atribuir ao Estado a função não apenas de garantir o exercício da liberdade econômica no mercado, mas igualmente de intervir na transformação de estruturas econômicas incompatíveis com a tarefa de assegurar a todos ‘existência digna, conforme os ditames da justiça social’ (CF, caput do art. 170)”<sup>191</sup>.

Adverte Luciano Benetti Timm, a partir de uma análise com base no Direito Econômico, que “não se trata (...) de pôr em discussão a essencialidade dos direitos sociais para a sociedade” tampouco de questionar a sua importância. Mas se trata “de buscar a melhor maneira de fazê-lo, ou seja, de haver maior eficiência (jargão econômico)”<sup>192</sup>.

Assim, Teresa Negreiros propõe o chamado “paradigma da essencialidade” como forma de enfrentar os problemas trazidos pelas transformações que impactaram as relações contratuais. Para a autora, “é no exame destas múltiplas funções, e, em especial, na composição dos princípios aplicáveis às diferenças espécies de contratos definidas

<sup>189</sup> FACHIN, Luiz Edson. Contratos na ordem pública do direito contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (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. 458.

<sup>190</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002, p.380.

<sup>191</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002, p. 386.

<sup>192</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: Sarlet, I. W.; TIMM, L. B. (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 56.

funcionalmente, que se torna útil à teoria contratual contemporânea, ou mesmo necessário, o recurso ao paradigma da essencialidade”<sup>193</sup>.

Enfim, se “o pressuposto último das várias épocas do direito privado foi sempre a constituição de um método mais seguro de ordenação da globalidade dos problemas do seu tempo”<sup>194</sup>, necessário traçar novos paradigmas frente aos novos anseios que surgem com as contratações no campo do ensino superior privado, antes inexistente. Logo, o problema que se propõe a ser analisado é a conciliação da missão pedagógica das instituições privadas de ensino superior (interesse existencial) e simultaneamente sua função como prestadora de serviço (interesse patrimonial). “Afinal, é preciso, cada vez mais, abraçar o desafio e renovar o direito civil à luz da primazia atribuída aos direitos fundamentais e aos valores e princípios constitucionais”<sup>195</sup>.

Dessa forma, os contratos privados de ensino, que há pouco tempo eram estruturas desconhecidas ou pouco utilizadas – antes do advento das instituições privadas –, representam hoje o meio de acesso mais comum ao ensino superior, tendo em vista o aumento das universidades privadas (possibilidade concedida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 209). Trata-se, conforme se conceituou de um contrato que envolve um direito fundamental social (direito à educação) e que, por isso, merece um tratamento específico e cauteloso. Na tensão entre a economicidade do contrato e a essencialidade do serviço por ele prestado (ensino superior) deverá prevalecer o respeito à essencialidade do serviço, de forma a se garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. Por isso, analisados os aspectos gerais do direito fundamental à educação e sua interface nas relações privadas (contrato de ensino) serão, no segundo momento que segue, analisadas as especificidades dos contratos privados de ensino no âmbito dos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, entre outras normas infraconstitucionais pertinentes.

---

<sup>193</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002, p. 411.

<sup>194</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 1967, p. 721.

<sup>195</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002, p. 489.

## 2 – CONTRATO PRIVADO DE ENSINO NOS CÓDIGOS CIVIL E DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Forma-se por meio do contrato de ensino uma relação jurídica entre a instituição superior privada e o estudante, relação esta composta de obrigações e contraprestações interdependentes, que se sujeitam à garantia do equilíbrio contratual. A relação contratual de ensino, ora objeto de estudo, tem como sujeitos o aluno, o pai do aluno ou o responsável (contratante) e o estabelecimento de ensino superior privado (contratado). Esse é um contrato de prestação de serviços, cujo objeto é o processo de ensino-aprendizagem. Trata-se de um contrato relacional, de adesão, que se prolonga no tempo e vincula as partes enquanto durar a prestação do serviço, na maior parte dos casos, de quatro a cinco anos. Por isso, tal contrato deve observar os princípios que regem as relações contratuais, dentre os quais a justiça contratual, que permitirá o equilíbrio entre as prestações e contraprestações.

No que tange a esse equilíbrio, Fernando Noronha tece importantes ponderações acerca das origens históricas da justiça contratual. Salaria que o *jus* era a arte do bom e do equitativo e provinha da *justitia*, que era a vontade de viver honestamente sem prejudicar o próximo. Explica que mesmo se tratando de fórmulas vazias, serviu de fundamento para a diferenciação de uma justiça em sentido estrito, geral e abstrata, e a equidade, específica do caso concreto<sup>196</sup>.

É importante ter presente que o direito é um sistema racional com a função de prevenir e solucionar conflitos. A justiça é, nesse sistema, uma exigência fundamental, porque, sem ela, não há a adequada e definitiva eliminação do conflito. Não há dúvidas de que a obtenção da paz social na prevenção e solução de conflitos, criando ou concretizando as normas, impõe a consideração das expectativas sociais.

De tal modo, ensina João Baptista Machado que a necessidade de maior atenção aos problemas da justiça contratual material e, principalmente, uma maior preocupação com a tutela da confiança despertada pelos modernos processos de *marketing*, é decorrente de fatores como: imperativos decorrentes do princípio do estado social, mudança de estrutura das expectativas no quadro de uma economia de consumo, sofisticação técnica dos produtos postos no mercado, que excede em muito as capacidades do homem comum. Continua explicando que, com esses fatores surgiram e surgem leis impondo a um dos contratantes deveres de informação (e de cautela) alargados, cuja violação induz a responsabilidade pré-

---

<sup>196</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 206.

contratual ou mesmo a anulabilidade do contrato; leis sobre mensagens publicitárias; leis sobre cláusulas contratuais gerais; leis sobre a proteção do consumidor e, ainda, leis sobre a responsabilidade do produtor. Sendo que estas leis buscam, justamente, o alcance de uma justiça material mais plena e, sobretudo, assegurar a proteção do axioma confiança, visto que nada mais justo que garantir a confiança dos que se veem obrigados a negociar e a participar numa sociedade altamente complexa, sendo que a própria complexidade é já de si fonte de insegurança e de riscos<sup>197</sup>.

De forma a contextualizar os contratos privados de ensino no âmbito de proteção dos códigos Civil e de Defesa do Consumidor – o que se dará de forma mais específica nos itens a seguir – é importante, sob o marco teórico do “direito civil constitucional”, compreender os novos paradigmas contratuais advindos da transformação dos contratos e como se dará, sob esse “novo<sup>198</sup>” enfoque, a disciplina de tais contratos nos códigos já mencionados. Por isso, justifica-se uma abordagem geral das transformações advindas com o Código de Defesa do Consumidor e a conciliação dessas transformações no novo Código Civil. Impõe-se uma “visão nova e rigorosa da coexistência, no mesmo ordenamento jurídico, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002”<sup>199</sup>.

Destarte, “(...) percorrendo, ainda que a passo rápido, a história do movimento dito ‘consumerista’, a primeira fase, (...) é de *denúncia* da situação do consumidor, é de *alerta* para os perigos, riscos e abusos a que ele está exposto, coenvolvendo essa denúncia, frequentemente, uma generalizada crítica à *sociedade de consumo*. Isto não impede que se possa dizer inserir-se o tema da defesa do consumidor *na linha da evolução do direito civil* neste século, que ele faz parte dessa mesma evolução e está em sintonia com a dimensão de *justiça social e materialmente fundada* que perpassa por todo o direito civil contemporâneo”<sup>200</sup>. A análise que se faz parte dessa “sintonia” de forma que fica difícil

<sup>197</sup> MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. In: *Obra dispersa*, 1991, p. 361-362.

<sup>198</sup> Importante lembrar aqui da arguta crítica de Gustavo Tepedino ao termo “nova teoria contratual”: “No momento exato em que rompe com o caráter absoluto dos institutos jurídicos, obriga-nos a considerar sempre em mutação nossas categorias e teorias, todas historicamente condicionadas. E, sob este ponto de vista, nem mesmo precisaríamos recorrer ao adjetivo *novo* para qualificar a teoria contratual que floresce das relações de consumo, senão apenas para, em homenagem à retórica ou à didática, enfatizar as transformações ocorridas nesta mesma dogmática”. (TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 230). Aqui utiliza-se o termo “novo” no sentido de indicar que, conforme também já explicado por Tepedino, “(...)há alterações profundas dos conceitos jurídicos derivados do Código de Defesa do consumidor”. (Idem, *Ibidem*.)

<sup>199</sup> MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 51, p. 34, Jul- 2004.

<sup>200</sup> PINTO MONTEIRO, António. A defesa do consumidor no limiar do século XXI. In: *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra (Globalização e Direito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 38.

dissociar as consequências das transformações advindas do Código de Defesa do Consumidor daquelas advindas do novo Código Civil.

Nesse sentido, pode-se afirmar, de acordo com Gustavo Tepedino que “todos os institutos do direito civil, a rigor, foram perdendo a estrutura abstrata e generalizante, em favor de disciplinas legislativas cada vez mais concretas e específicas. Desse processo por assim dizer de esfacelamento das grandes unidades conceituais não parece ter restado indene também a nossa teoria contratual, que tinha como ponto de referência o Código Civil de 1916”<sup>201</sup>. Tais alterações serão, primeiramente analisadas no âmbito do negócio jurídico e, posteriormente, na espécie dos contratos em geral para, ao fim, compreender a atual disciplina dos contratos privados de ensino de forma específica nos próximos itens.

Nota-se, portanto, que a figura do negócio jurídico passou por grandes transformações desde o a concepção romana até os dias atuais. Sobre o tema afirma Franz Wieacker que “ao direito romano da antiguidade tinham sido completamente estranhos certos conceitos fundamentais da actual teoria do direito privado, encarado como tal (o direito subjectivo, o negócio jurídico, a capacidade jurídica e negocial, a pessoa jurídica)”<sup>202</sup>.

Ensina Santos Cifuentes que em Roma não havia uma teoria do negócio jurídico. Tal teoria teria tido sua origem com os pandectistas alemães e se consagra em todos os estudos que pertencem a parte geral do direito civil, extensível sem exceção aos diversos ramos do direito privado. Esta sistematização moderna, nos dizeres do autor, surgida no século passado, teve origem na Alemanha e Itália, denominando-se negócio jurídico aos atos que Savigny havia designado “declarações de vontade”. Expandiu-se também na Espanha e na França, onde se fala em atos jurídicos<sup>203</sup>.

Há, destarte, diversas teorias que tentaram, cada qual ao seu modo e importância, definir o instituto do negócio jurídico. Tal tema poderia, inclusive, ser assunto de uma dissertação específica<sup>204</sup> frente à complexidade e riqueza de informações e importância para a compreensão da atual concepção, que prevalece, acerca do instituto do negócio. Portanto, desde a concepção subjetiva de negócio, que tem como expoentes Savigny, Ferrara até a concepção objetiva de Bülow e Henle, e dentro desta concepção a teoria preceptiva de Emilio

<sup>201</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 231.

<sup>202</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 1967, p. 254.

<sup>203</sup> CIFUENTES, Santos. *Negócio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. (Colaboração COBAS, Manuel O.; ZAGO, Jorge A.). 1ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 126. (Traduziu-se).

<sup>204</sup> Como de fato há vários livros específicos que falam do histórico do conceito de negócio jurídico, por exemplo, o de Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, que dedica em sua tese de doutoramento a primeira parte a este intuito.

Betti<sup>205</sup>, até a posição de Antonio Junqueira, que defende a concepção estrutural<sup>206</sup>, muito se acrescentou ao importante instituto do negócio jurídico.

O contrato, como espécie do gênero negócio jurídico, não ficou aquém dessas transformações. Conforme ensinam Bessone e Roppo<sup>207</sup>, os inconvenientes da tradição dogmática rígida prejudicaram o esforço de se construir uma teoria jurídica do contrato articulada e dúctil tanto quanto seria necessária.

Partindo do pressuposto que “(...) contrato é ‘consenso’, isto é ‘encontro de vontades’; o negócio jurídico é declaração de vontade”<sup>208</sup>, pode-se afirmar, com apoio em Maria Luiza Feitosa<sup>209</sup>, que o contrato amolda sua disciplina as suas funções e a sua própria configuração de acordo com o contexto econômico-social no qual se insere. Não pode ser encarado como categoria abstrata e universalizante. O contrato teve configurações objetivamente diversas, de acordo com a época e com as circunstâncias econômico-sociais. Logo, não há uma linearidade nos fatos.

Assegura Perlingieri que “as fortes transformações sociais, a internacionalização da economia, as inovações tecnológicas tiveram um forte impacto sobre a noção do contrato”<sup>210</sup>. Nesta perspectiva, o fenômeno econômico da standardização das trocas, em virtude da qual se determina o fenômeno jurídico da ausência da fase das tratativas na formação do contrato, tem como consequência não a morte do contrato<sup>211</sup>, mas a simples adequação da sua disciplina. A evolução do sistema econômico, mais que permitir uma mudança qualitativa no contrato, consistente em uma mudança radical das características com as quais se harmonizam os interesses das partes, induz a uma sua mutação essencialmente quantitativa, representada

<sup>205</sup> Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: RT, 1989, pp. 21/82.

<sup>206</sup> Antônio Junqueira de Azevedo é favorável a uma concepção estrutural do negócio, ou seja, ele compreende que a vontade não deve ser ignorada, é ela ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. Sendo assim, parte-se de uma perspectiva psicológica para uma social, procurando-se compreender o que o negócio jurídico é (estrutura) e não como surge (vontade) ou como funciona (objetiva). Para maiores detalhes ver em: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 15/21/22.

<sup>207</sup> BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. Il problema della causa nei suoi profili attuali. (Materiali per una discussione). In: ALPA, Guido; Bessone, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982, p. 4. Traduziu-se. (No original: “Questi incovenienti della tradizione dogmática hanno gravemente pregiudicato ogni sforzo di costruire una teoria giuridica del contratto (e del rapporto obbligatorio) tanto articolata e duttile quanto è necessario”).

<sup>208</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. (Tradução de Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes). Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 227.

<sup>209</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, p. 298/299.

<sup>210</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 384.

<sup>211</sup> O autor que se referiu à “morte do contrato” foi Grant Gilmore (GILMORE, Grant. *The death of contract*. Ann Arbor, Mich.: Columbus/The Ohio State University Press, 1995).

pelo aumento do número de contratos com os quais se distribuem bens de consumo<sup>212</sup>.

No que toca ao direito dos contratos, a chave da mudança do perfil contratual está, na verdade, numa profunda alteração provocada implicitamente na forma de se enxergar o instrumento do contrato<sup>213</sup>. Mencionando a importância de um Código de Defesa do Consumidor afirma António Pinto Monteiro que: “simplesmente... a vida não é estanque. De 1966 para cá acentuaram-se consideravelmente as situações de desequilíbrio, multiplicaram-se as fontes de risco e surgiram problemas novos. Houve necessidade de intervir legislativamente, perante a *insuficiência e/ou inadequação* das soluções tradicionais. Pensemos, entre tantos outros exemplos, nos *contratos de adesão*, nos contratos celebrados com base em *cláusulas contratuais gerais*. Perante este *novo modelo contratual*, em face deste *novo modo de celebração* de contratos, bem distinto do *modelo negociado tradicional*, havia que intervir, para enfrentar problemas específicos ao nível da formação do contrato, do conteúdo das cláusulas predispostas e dos meios de reacção, *máxime judicial*”<sup>214</sup>.

Destarte, “do contrato com regime geral e único passamos para o contrato com regime jurídico também plural, tendo em vista a aplicação de uma série de leis especiais e gerais à mesma relação contratual em seus mais diversos aspectos”<sup>215</sup>. Nesse sentido, os contratos privados de ensino se caracterizam por essa pluralidade, uma vez que nele irão incidir o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, dentre outras leis infraconstitucionais, ou seja, normas gerais e específicas regerão a prestação do serviço de ensino superior.

De todo o cenário descrito, intui-se que o avanço das necessidades sociais provoca alterações no campo contratual. Alterações estas que não são espontâneas ou voluntárias, alterações pensadas e colocadas em ação para minimizar o impacto da grande e necessária circulação de riquezas. Nesse sentido, entende-se poder afirmar que há uma nova teoria contratual, que se modifica com i) a passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada; ii) com o “direito civil constitucional”, que trouxe a dignidade da pessoa humana para as relações privadas; iii) com o reconhecimento dos contratos existenciais<sup>216</sup>; iv) com a

<sup>212</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, pp. 397/398.

<sup>213</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, p. 321.

<sup>214</sup> PINTO MONTEIRO, António. A defesa do consumidor no limiar do século XXI. In: *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra (Globalização e Direito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 38/39.

<sup>215</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 175.

<sup>216</sup> Com relação ao tema ver artigo: MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. In: *Revista de direito do consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011, ano 20. (Coordenação Claudia Lima Marques). São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 265-307.

volta da discussão acerca da importância dos comportamentos sociais típicos e da atividade<sup>217</sup>, etc.

Também os princípios que regem as relações contratuais sofreram uma nova leitura, que se poderia dizer, mais adequada aos anseios sociais. Dentre os princípios fundamentais dos contratos, como ensina Fernando Noronha, “a liberdade, no Direito dos Contratos, constitui o núcleo essencial do princípio da autonomia privada. A justiça conforma o princípio da justiça contratual. A ordem, que no âmbito dos contratos seria melhor chamada de segurança, faz-se presente através do princípio da boa-fé contratual”<sup>218</sup>. Princípios esses de fundamental importância na compreensão das relações contratuais e todo o contexto que os envolvem, pois devem ser respeitados à luz das situações jurídicas representadas nos contratos.

O mercado sofre uma crescente concorrência na seara educacional, a educação – conforme já foi dito – deve ser efetiva, sem apresentar prejuízo na qualidade do ensino para não permitir a depredação do sistema<sup>219</sup>. Portanto, o controle de qualidade a ser realizado sob o ensino é de fundamental importância para a efetividade do direito à educação, ademais os contratos que regem a relação entre instituição de ensino e estudantes devem estar em acordo com os preceitos do Código Civil e de Defesa do Consumidor. Por conseguinte, “útil, pois, é a idéia de ‘diálogo’ das fontes, diálogo que significa a aplicação simultânea, coordenada e sistemática destas duas leis principais e coexistentes no Direito Privado brasileiro”<sup>220</sup>.

Passa-se, portanto, a análise do contrato privado de ensino sob o âmbito do Código Civil, leitura essa feita, pelo todo que se expôs, sempre em harmonia com o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

---

<sup>217</sup> A esse respeito destaca-se: TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 44, out-dez/2010. Rio de Janeiro: Padma, pp. 19-30.

<sup>218</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, 1994, p. 102.

<sup>219</sup> EILBERG, Ilana Finkielstejn. O direito fundamental à educação e as relações de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 74, Abr-2010, p. 154.

<sup>220</sup> MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 51, p. 34, Jul- 2004. E continua: “Três serão, em resumo, os diálogos entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor: o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias (reais ou aparentes) e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática”. (Idem, Ibidem).

## 2.1 A disciplina dos contratos de ensino no Código Civil

Para tratar da disciplina dos contratos privados de ensino no Código Civil, antes será necessário tecer considerações acerca da teoria contratual, sua evolução e princípios caracterizadores, uma vez que as características gerais dos contratos são coincidentes com as particularidades dos contratos privados de ensino.

Dessa forma, cabe iniciar com a ressalva de que se o Código Civil de 1916 tinha como valor fundamental o indivíduo, fruto do contexto histórico e social vivido à época, cuja característica marcante era a crença no individualismo como verdadeiro dogma, o advento do Código Civil de 2002 alterações são observadas. Pode-se falar, sob a égide do novo código, em uma nova face do Direito Civil, que impôs mudanças específicas no direito dos contratos e das obrigações, advindo dessas transformações as figuras da autonomia privada, da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da justiça contratual, que mudaram definitivamente a liberdade das partes na celebração dos negócios jurídicos.

Quanto à liberdade das partes celebrantes de um contrato, insta salientar que a vontade não é banida do ordenamento jurídico. E sim que essa vontade passa a ser lida de uma nova forma, há uma objetivação desse elemento subjetivo. Sobre o tema explica Enzo Roppo que “(...) para servir o sistema da produção e da distribuição de massa, o contrato deve, antes, tornar-se, tanto quanto possível, autônomo da esfera psicológica e subjetiva em geral do seu autor, insensível ao que nesta se manifesta e sensível, sobretudo ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objetivas de mercado: o contrato deve transformar-se em *instrumento objetivo e impessoal*, para adequar-se à objetividade e impessoalidade do moderno sistema de relações econômicas”<sup>221</sup>.

Assim, o que se observa é que a vontade individual não poderia imperar de forma absoluta. Pelo contrário, deveria haver uma busca dos princípios fundamentais garantidos constitucionalmente a fim de que se preservasse a supremacia da dignidade da pessoa humana, também no que concerne às relações entre particulares, e especificamente na relação que envolve o contratante e o contratado. Logo, em se tratando de uma relação privada de ensino, as obrigações que envolvem o estabelecimento de ensino (contratante) e os alunos ou seus representantes (contratado) devem respeitar os princípios contratuais que favoreçam o respeito à dignidade da pessoa humana, havendo limites impostos à vontade individual, que não mais é ampla e irrestrita.

Nesse contexto, a afirmação da necessidade de um novo paradigma e de uma nova

---

<sup>221</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1998, p. 309.

racionalidade para a teoria dos contratos, conforme alhures explicitada, não representa mais qualquer novidade teórica, fala-se na mudança de paradigmas, provocada pelas alterações ocorridas no curso do processo de globalização dos mercados, que atingiu indiscriminadamente os diversos setores sociais e também, e principalmente, a esfera do direito contratual<sup>222</sup>. Assim, se antes sequer havia contratos privados de ensino – a educação superior privada era fornecida pelas universidades públicas – hoje tais contratos devem respeitar as regras e modificações ocorridas no tráfego negocial.

E as mudanças ocorrem não apenas no campo das relações contratuais. São alterações sociais de grande monta, que refletirão na própria disciplina do Direito Civil. Conforme ensina Maria Celina, “transforma-se, em consequência, o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e a sua dignidade seja mais amplamente tutelada”<sup>223</sup>.

Assim, pode-se afirmar que, “(...) o Direito Civil progressivamente se vai ‘despatrimonializando’, o que não deixa de ser certo, se se observa o auge dominante que adquirem os direitos da personalidade e as relações familiares, que polarizam a força atrativa das reformas legais e dos estudos doutrinários”<sup>224</sup>. Observa-se uma maior preocupação do Direito Civil, que abandona a lógica exclusivamente patrimonial e passa a respeitar os valores existenciais, privilegiados pela Constituição.

Tal inversão de valores, evidente, também será observada no campo das relações contratuais. Deste modo, é possível no contrato privado de ensino verificar que há “situações dúplices” a serem tuteladas. O contrato privado de ensino abrange tanto as situações patrimoniais (que envolvem o estabelecimento privado, fornecedor do serviço, e a necessidade de manutenção deste) como existenciais (direito à educação). Não vigora apenas o interesse patrimonial nas fases negociais, mas respeita-se os valores existenciais envolvidos.

Esse respeito aos valores existenciais era imprescindível, pois observa-se que a chamada setorização e homogeneidade têm mudado substancialmente, uma vez que o cidadão vive contratando comerciantes, visto que a sociedade atual comercializa tudo: à enfermidade se contrata com empresas de serviços médicos, à morte com as de serviços fúnebres, a educação com os colégios privados, às férias com as empresas de turismo, à alimentação com

---

<sup>222</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, p. 288.

<sup>223</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010, p. 15.

<sup>224</sup> FLOREZ-VALDES, Joaquin Arce. *El derecho civil constitucional*, 1991, p. 54/55. (Tradução livre).

supermercados, à moradia com empresas de construções. Enfim, tudo é fornecido por empresas e toda atividade é comercial<sup>225</sup>. No mínimo, essas atividades comerciais devem respeitar o consumidor e sua dignidade.

Mais um motivo para que se exerça o devido controle sobre os contratos celebrados entre particulares, principalmente quando tais contratos envolvem direitos fundamentais e tutelam situações existenciais, relacionadas à efetividade da dignidade da pessoa humana. Tal é o que ocorre com o contrato celebrado entre o estudante e a instituição privada de ensino. Esse controle é realizado pelo Código Civil em harmonia com o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, bem como, em conjunto com todas as normas infraconstitucionais sobre o assunto.

O vínculo escolar entre a instituição privada de ensino e o estudante, ou seu responsável, é regido por um contrato de prestação de serviços educacionais, determinado por um estabelecimento de ensino particular (contratado) que se propõe a ministrar os currículos da educação escolar – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio e ensino superior – (art. 21, I e II, da Lei 9.394/1996) a uma pessoa (educando ou contratante), semestralmente ou anualmente (art. 1º, *caput*, da Lei 9.870/10999), por meio de remuneração contratada cujo valor será dividido em prestações conforme o período de regime didático (art. 1º, § 1º, da Lei 9.870/1999).

É papel do Estado e do agente privado a implementação dos direitos garantidos constitucionalmente. Os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, conforme dispõe o artigo 209 da Constituição Federal. Portanto, deve ser serviço que respeite a eficiência e os demais princípios atinentes aos serviços públicos. Os contratos privados de ensino devem respeitar o interesse que tutelam (educação – serviço essencial), respeitando as normas de conduta e os deveres anexos de comportamento, mesmo que não se tratassem de contratos de adesão.

No que tange aos contratos de adesão, modelo utilizado pelas instituições privadas de ensino, o Código Civil de 2002 passou a discipliná-los, “reconhecendo no aderente um contratante merecedor de uma tutela especial (arts. 423 e 424). Contudo, a definição de ‘contrato de adesão’ permanece sendo a constante do CDC (arts. 54). Os argumentos (...) no sentido da possibilidade de, sob certas circunstâncias, aplicar analogicamente o CDC a

---

<sup>225</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 55.

contratos de adesão que não sejam relações de consumo sobrevivem ao advento do Código Civil. A disciplina do CDC, mais pormenorizada e sistemática, poderá ser invocada para o efeito de suprir as deficiências do Código Civil na tutela do aderente em condição de inferioridade<sup>226</sup>. Assim, mesmo que não se tratasse de relação de consumo, o contrato privado de ensino, como contrato de adesão, encontraria guarida no próprio Código de Defesa do Consumidor.

A esse respeito, dos contratos de adesão, afirma Fernando Rodrigues Martins que “(...) numa sociedade em que a grande maioria dos contratos tem formação decorrente de oferta, de publicidade, de termos padronizados e sob modelo com poucos espaços em branco para preenchimento, principalmente redigidos pela pessoa ou ente que detém o exclusivo conhecimento de seu negócio, a interpretação evolui na exigência de competência e clareza (transparência) por parte de quem a emitiu, impondo-lhe uma carga de responsabilidade pelo dito, pelo escrito<sup>227</sup>”.

Deste modo, a justiça contratual é importante princípio que rege a relação contratual, sobretudo as relações que envolvem contratos de adesão. No que tange à justiça contratual, importante distinguir a justiça formal, aquela que assegura às partes igualdade no processo de contratação, da justiça substancial (material) que se relaciona ao efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações entre as partes. Na relação jurídica, que envolve o contrato de ensino superior privado, deve-se vislumbrar a justiça contratual. Para isso, são necessárias obrigações recíprocas e equilibradas, tanto no âmbito interno do contrato, quanto com relação ao seu reflexo em toda a coletividade. Para a garantia dessa função social, tanto em seu aspecto *inter partes*, quanto com relação à coletividade, pode-se contar com o apoio do Estado, que tem o dever de fiscalizar o serviço prestado.

Portanto, somente se pode falar em contrato privado de ensino justo se este respeita os princípios civis constitucionais, se as cláusulas contratuais forem interpretadas de acordo com o fim protetivo da norma<sup>228</sup>, qual seja o acesso ao direito à educação e, sendo a relação jurídica entabulada entre a instituição e o estudante justa, conseqüentemente, estará garantido na relação contratual privada o respeito ao direito fundamental à educação.

Conforme ensina Rodolfo Luis Vigo, é, sobretudo nos contratos em que a exigência da justiça comutativa surge, pois, é nesse momento que se reclama a equivalência das prestações

---

<sup>226</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 245.

<sup>227</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 343.

<sup>228</sup> Assim dispõe o artigo 423 do Código Civil. CC/2002: “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

e contraprestações, porém, atenta para o fato de não se tratar de uma obsessão por uma igualdade absoluta e ideal entre elas, mas sim da procura de uma “*equivalência prudente, possível e concreta*”<sup>229</sup>. Assim, além do consentimento, deve haver respeito ao justo comutativo na determinação de direitos e deveres contratuais.

Pode-se afirmar, ainda, que além de se relacionar ao princípio da boa-fé e autonomia privada, a análise da justiça contratual está diretamente ligada à garantia da dignidade da pessoa humana nos termos em que é definida por Ingo Wolfgang Sarlet, como “(...) 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 assegurem à 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>230</sup>.

Infere-se daí que o princípio da dignidade da pessoa humana inspira a cláusula geral de que os contratos devem atender à justiça contratual. E, nesse sentido, conclui-se de acordo com Fernando Noronha, que “foi a crítica aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual que permitiu que desabrochassem os princípios da boa-fé e da justiça contratual – os quais, aliás, nunca deixaram de estar latentes em todos os ordenamentos: apenas eram ofuscados pelo brilho artificialmente acrescentado ao princípio da (velha) autonomia da vontade”<sup>231</sup>. Todos esses princípios e a evolução da teoria dos contratos devem ser respeitados nos contratos privados de ensino.

A autonomia privada, um dos princípios acima mencionados, está consagrada no texto constitucional através da livre iniciativa (art. 170 da Constituição Federal) é um valor constitucional que passa a ter que ser socialmente justificado na medida em que não se trata de uma liberdade ampla e irrestrita, mas limitada pela função e solidariedade social<sup>232</sup>. Assim,

<sup>229</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*, 2005, p. 166.

<sup>230</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001, p. 60.

<sup>231</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, 1994, p. 122.

<sup>232</sup> Quanto ao tema da solidariedade social ver em DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito privado*. (Tradução: Servanda Editora). Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 23: “Estabelecidas a existência, a natureza e a extensão da solidariedade social, fácil, é mostrar como nela reside o verdadeiro fundamento do Direito. O homem vive em sociedade e só pode viver em sociedade; a sociedade subsiste apenas pela solidariedade que une os indivíduos que a compõe. Por consequência, uma regra de conduta impõe-se ao homem social pela própria força das coisas, e essa regra pode formular-se deste modo: nada fazer que atente contra a solidariedade social sob qualquer das suas duas formas, e fazer tudo o que for de natureza a realizar e a desenvolver a solidariedade social mecânica e

“na limitação do conteúdo dos direitos subjectivos dos indivíduos manifesta-se o núcleo do princípio do estado social: a responsabilização não apenas da sociedade, mas também do próprio indivíduo pela existência social e pelo bem-estar dos outros”<sup>233</sup>.

Ressalta-se, conforme as lições de Luigi Ferri, que “a autonomia privada não é somente nem principalmente liberdade; suas manifestações não são mero exercício de um direito subjectivo, como o são andar ou arar o solo. A autonomia privada é, antes de tudo, poder, e os negócios jurídicos são manifestações de poder”<sup>234</sup>. É, ainda, como afirma Grisi<sup>235</sup> a autonomia privada “(...) princípio atinente aos comportamentos humanos constitutivos de situações jurídicas”<sup>236</sup>. A relação jurídica pode passar por múltiplas vicissitudes e, pode, durante o seu ciclo de desenvolvimento, atravessar várias fases, que representam outras tantas situações jurídicas<sup>237</sup>.

Portanto, pode-se afirmar é a autonomia privada essencial ao contrato. Conforme ensina Enzo Roppo os contratos funcionam “enquanto a medida e a qualidade dos efeitos por ele produzidos correspondam às expectativas e aos projectos da autonomia privada”<sup>238</sup>, o que demonstra a importância e a necessidade de respeito a esse princípio contratual. Afirma Betti que nessa investigação é necessário utilizar um grau de sensibilidade social e, só assim, examinada a estrutura – forma e conteúdo (o como e o quê) – do negócio, pode resultar frutuoso estudar-lhe a função (o por quê). Para Betti, essa função se denomina “causa”, ou seja, a razão do negócio, a qual liga-se, logicamente, àquilo que é o conteúdo do negócio sem, no entanto, se identificar com ele. Conteúdo do negócio é “não uma ‘vontade’ qualquer, expressão vazia e incolor do capricho individual, mas um preceito da autonomia privada, com o qual as partes pretendem regular os seus interesses, nas relações entre elas ou com terceiros”<sup>239</sup>.

Tratando da autonomia privada e do problema dos tipos contratuais, Enzo Roppo

---

orgânica. Todo o direito objetivo se resume nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deverá ser a expressão, o desenvolvimento ou a execução deste princípio”.

<sup>233</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 1967, p. 624.

<sup>234</sup> FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. (Trad. Luis Sancho Mendizábal). Granada: Editorial Comares, 2001, p. 246 (Tradução livre).

<sup>235</sup> GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Il diritto privato oggi – serie a cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 9. (Tradução livre). No original: “Ci só che, comunque, in linea di massima, può affermarsi, è che l'autonomia privata è princípio atinente ai comportamenti umani costitutivi di situazioni giuridiche”.

<sup>236</sup> A respeito da situação jurídica ver: Pietro Perlingieri, que afirma: “relação jurídica é a ligação entre situações subjectivas”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, 2002, pp. 115/116). Ainda: CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

<sup>237</sup> BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, 2003, pp. 52/53.

<sup>238</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1988, p. 230.

<sup>239</sup> BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, 2003, pp. 247/248.

afirma que “(...) o princípio da autonomia privada constitui a tradução, numa fórmula enobrecida pelo recurso a termos e conceitos da teoria geral do direito, daquele princípio da ‘liberdade contratual’ – princípio ideológico, mas ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais – que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre”<sup>240</sup>. Assim, pode-se afirmar que o princípio da liberdade é o ideológico princípio de organização das relações sociais. O axioma liberdade compreendido na teoria geral do direito é traduzido no âmbito da teoria contratual na expressão da liberdade de contratar.

Mas, como adverte Teresa Negreiros, o problema é que quando se analisam os fatores sociais que legitimam a compreensão da liberdade contratual, a fim de impedir a difusão de práticas contratuais abusivas, não se costuma salientar a importância do objeto do contrato, aqui se entendendo por objeto o bem – produto ou serviço – sobre cuja utilização ou aquisição o contrato disponha<sup>241</sup>. Assim, há uma ressalva. A autonomia privada é essencial ao contrato, ela representa a liberdade de contratar, mas essa liberdade não é ilimitada e irrestrita. Por exemplo, em um contrato privado de ensino o contratado – estabelecimento de ensino – tem liberdade de redigir as cláusulas contratuais de acordo com suas pretensões, mas o contratante – estudante ou seu responsável – pode questionar essas cláusulas ou submetê-las ao judiciário, caso sejam abusivas e, se somente depois da assinatura do contrato disso ele se dê conta.

Nesse sentido, deve-se ressaltar, como bem adverte Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, que a atividade interpretativa do negócio jurídico assume grande importância, pois não apenas a declaração, mas também os efeitos que decorrem da forma como se interpreta essa declaração geram consequências para as partes. Assim, essa atividade interpretativa não pode “ficar à mercê do arbítrio do intérprete, por mais qualificado e probo que seja”<sup>242</sup>. Tendo em vista que “para a interpretação econômica, para que um contrato seja perfeito, se requer o cumprimento de uma série de condições relativas à ‘racionalidade dos indivíduos’ que contratam e o ambiente em que se realiza o contrato”<sup>243</sup>, infere-se que o contrato deve representar todas as circunstâncias que estão a influenciá-lo. Não deve se afastar da realidade, a qual representa<sup>244</sup>.

As cláusulas contratuais devem ser interpretadas de acordo com as circunstâncias que

<sup>240</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1988, p. 132.

<sup>241</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002, p. 382.

<sup>242</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*, 1989, p. 15.

<sup>243</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 161. (Tradução livre).

<sup>244</sup> “yo soy yo y mi circunstancia”, como afirma Ortyega y Gasset. (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2005, p. 28).

representam e, além disso, o Juiz se chamado a solucionar o caso concreto deve se atentar a esse fato. Por exemplo, o juiz ao analisar o contrato privado de ensino deverá ter em mente, ao buscar a solução para o caso, que se trata de um contrato de adesão, que envolve uma parte vulnerável, que o objeto do contrato é um direito fundamental social, enfim, procurar adaptar e adequar aquele contrato de ensino, que envolve um interesse existencial, sem causar grandes prejuízos às partes envolvidas.

A esse respeito também importante lição de Frada, de acordo com o qual, há que fixar critérios seguros de construção de deveres de comportamento, harmonizando interesses e pontos de vista não coincidentes dos sujeitos; apresentar conceitos de delimitação das esferas de risco das partes; estabelecer os critérios da modificabilidade e adaptabilidade do contrato a diferentes tipos de circunstâncias, sendo que, tudo isso é pedido pela racionalização das exigências que este tipo de relações contratuais manifesta de modo exemplar. Como pano de fundo não deixe de sublinhar-se que, muito embora o conteúdo da relação se possa apresentar à partida vincadamente indeterminado e susceptível de flexibilização em função de diversas ocorrências, existe sempre uma subordinação do comportamento das partes a elementos de *razoabilidade*, isto é, dizer também, a *critérios de justificação intersubjectivamente vinculantes*<sup>245</sup>.

Lembrando-se que “o homem jamais se desprende do meio social e histórico, das circunstâncias que o envolvem no momento de agir”, ao contrário delas participa e sobre elas reage, “são forças do passado que atuam como processos e hábitos lentamente constituídos, como laços tradicionais e linguísticos, que a educação preserva e transmite; são forças do presente com seu peso histórico imediato; são forças do futuro que se projetam como idéias-força, antecipações e ‘programas de existência’ envolvendo dominadoramente a psique individual e coletiva”<sup>246</sup>. Logo, a razoabilidade assume papel importante na verificação das situações (objetivas e subjetivas) que envolvem as partes contratantes e que deverão ser levadas em conta – o consumidor e o fornecedor dentro do seu meio social e histórico.

Afinal, “o contrato, como instrumento da civilização humana, não pode estagnar-se em pautas únicas. Deve representar o todo que a civilização humana é (forte e fraca, rica e pobre, próspera e necessitada). Sob um Estado Democrático de Direito, convive com todos os pensamentos e políticas. E ainda mais: interage com a economia, repaginando seu papel de

<sup>245</sup> FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 2004, p. 562.

<sup>246</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 1999, p. 392.

circular, distribuir riquezas e até governar”<sup>247</sup>. Dessa realidade não se afastam os contratos de ensino.

Enfim, conforme aponta Canaris<sup>248</sup>, com fundamento em Diederichsen, deve-se “carregar com o conteúdo valorativo dos direitos fundamentais” as cláusulas gerais de direito civil. Somente assim se vislumbra a efetiva proteção dos bens constitucionalmente protegidos nas relações contratuais. “Há portanto que manter ‘aberta’ a relação duradoura; uma abertura susceptível de se realizar, ora através de uma menor densidade ou especificação do tecido normativo contido no contrato que a institui, ora na previsão de mecanismos idôneos de adaptação contratual”<sup>249</sup>.

Essas alterações e adaptações são inevitáveis. E mesmo que contratar seja prever<sup>250</sup>, alguns fatos são imprevisíveis. Todo o direito dos contratos passou a encontrar profundo eco nas novas ideias de solidariedade que marcavam as redes de proteção pública do Estado de Bem Estar e permeavam as concepções de abuso do direito (cláusulas contratuais abusivas) e de função social do contrato, expressas na ampliação do princípio da boa-fé, nas discussões sobre responsabilidade objetiva e sobre enriquecimento ilícito, nas teorias das nulidades, na doutrina da imprevisão, na possibilidade de revisão externa (judicial) dos contratos<sup>251</sup>.

É importante lembrar que nas relações jurídicas contratuais, as hipóteses do intervencionismo estatal vão se dando, não mais e tão somente, face à ausência de autonomia privada. Hoje, essa intervenção dá-se mais acentuadamente quando em jogo *fatores mínimos existenciais*. Neste caso haverá uma proteção ao sujeito de direito fazendo valer seu acesso a um *mínimo existencial* que lhe assegure dignidade. Compreende-se um *minimal welfare*, ou seja, uma intervenção para salvaguardar o suprimento de necessidades primárias dos contratantes, como ocorre, por exemplo, com relação ao direito à educação nos contratos privados de ensino. Portanto, é importante compreender a lógica das relações patrimoniais e existenciais no âmbito dessa relação contratual entabulada entre as instituições de ensino superior privadas e os estudantes.

<sup>247</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*, 2009, p. 390.

<sup>248</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, 2003, p. 31.

<sup>249</sup> FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 2004, p. 562.

<sup>250</sup> “*Contratar é prever*”. Cf. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. (Trad. Osório de Oliveira). São Paulo: Saraiva, 1937, p. 156.

<sup>251</sup> FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, p. 309/310.

### 2.1.1 Relações patrimoniais e existenciais a partir do marco teórico do Direito Civil Constitucional

A realidade hoje é marcada pelas contratações. O contrato representa o meio de acesso tanto às necessidades básicas, envolvendo desde questões existenciais – como a saúde, educação, moradia, etc – e também questões patrimoniais – compra e venda, comodato, contratos mercantis, etc – como o acesso aos bens comerciais. Havendo ainda contratos que envolvem questões patrimoniais e existenciais na mesma circunstância – as chamadas “situações dúplices”. Mas, importante é afirmar que em todas as relações contratuais “na linha metodológica da ‘constitucionalização do direito civil’, esta proteção da pessoa humana frente a imperativos mercadológicos é encontrada na positivação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana (...)”<sup>252</sup>.

Com relação à dignidade da pessoa humana, cabe mais uma vez com apoio em Ingo Sarlet firmar que, “a doutrina majoritária tem entendido que o núcleo em dignidade humana constitui o conteúdo indisponível dos direitos fundamentais mesmo para o próprio titular do direito, gerando inclusive um dever estatal de proteção da pessoa contra si mesma, nas hipóteses em que estiver havendo uma evidente violação deste núcleo em dignidade”<sup>253</sup>. Deste modo, o direito à educação compõe o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, em seu aspecto amplo (acesso desde o ensino fundamental até o superior) e cria um dever por parte do Estado de prestar esse dever e, também, de proteger o particular nas relações contratuais que garantam o acesso ao ensino.

Tal proteção conferida à pessoa humana, que passa a ser não apenas sujeito de direitos e que tem reconhecida sua dignidade, é advinda da transformação do caráter estritamente patrimonial que caracterizava não só as relações contratuais, mas, o próprio Direito Civil. Nesse sentido, cabe ressaltar que “a transformação não é de pequena monta. Ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista e empresarial (numa palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, privilegiados pela Constituição, se tornam, no âmbito do direito civil, prioritários. Emblemática aplicação desta inversão dos valores no ordenamento”<sup>254</sup>.

<sup>252</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 4.

<sup>253</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 353.

<sup>254</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010, p. 15.

Dessas transformações surge a necessidade de uma reinterpretação das relações de acordo com a tutela da pessoa humana. Na relação contratual surge a preocupação de se distinguir as situações existenciais e patrimoniais, de forma a ser possível garantir maior proteção à pessoa quando a relação envolver questões extrapatrimoniais. Como foi dito, com o anseio de melhor tutelar tais relações são traçados “novos” paradigmas. Entre eles, “o paradigma da essencialidade”, que constitui a base para uma tal diferenciação, e encontra fundamento na Constituição, na medida em que esta instituiu uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, impondo, desta forma, o reconhecimento da influência de interesses não patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais. Por isso, há de se distinguir os contratos em que tais interesses extrapatrimoniais estão presentes daqueles outros contratos nos quais, ao contrário, as obrigações assumidas sejam instrumento de satisfação de interesses exclusivamente patrimoniais. Defende Teresa Negreiros que as relações contratuais devem ser escalonadas em níveis diversos, de maior ou menor intervenção, conforme o grau de utilidade existencial atribuído ao bem contratado<sup>255</sup>.

No que tange a essa necessidade de diferenciação das relações patrimoniais e extrapatrimoniais, por vezes não tão simples, afirma Maria Celina que “como consequência direta da constitucionalização do direito civil, portanto, no âmbito patrimonial os institutos são tutelados em razão e nos limites da sua função social. Já no âmbito extrapatrimonial, não se deve cogitar de direitos-deveres para com a sociedade, porque não cabe esperar o exercício de qualquer tipo de função social dos atributos existenciais da pessoa humana”<sup>256</sup>.

Neste sentido também se posiciona Teresa Negreiros ao afirmar que “a classificação dos contratos em função da utilidade existencial do bem contratado poderá, nesta hipótese, servir como uma espécie de trincheira, atrás da qual sejam resguardadas as conquistas advindas da socialização do contrato em face das pressões liberalizantes trazidas pela retórica da globalização”<sup>257</sup>. A autora propõe, então, que a essencialidade do contrato seja analisada de acordo com a essencialidade do bem que se contrata.

Logo, pode-se afirmar, “a taxonomia proposta pela dogmática atual que compreende os contratos de atendimento à *subsistência humana* como contratos *existenciais*, na consideração de que o objeto perseguido tem em conta atendimento à saúde, à manutenção da vida, ao salvamento em situações periclitantes, acesso à moradia, à propriedade imobiliária como bem de família, à educação, ao trabalho, à energia elétrica, ao transporte, aos meios de

<sup>255</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002, p. 450.

<sup>256</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010, p. 148.

<sup>257</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002, p. 478.

comunicações e provedores virtuais, dentre outras possibilidades”<sup>258</sup>. Os contratos privados de ensino, nessa classificação proposta, poderiam ser considerados como contratos existenciais (por envolverem um direito fundamental e também direito da personalidade) e patrimoniais (pois, os estabelecimentos privados de ensino precisam se manter com o recebimento dos valores devidos).

Nessa esteira, também por se tratar de um contrato que abrange uma situação dúplice, devem os contratos privados de ensino favorecer o acesso à educação, na exata medida em que a autonomia privada não deve se desligar dos direitos fundamentais, no caso do direito fundamental à educação. Isso porque não é possível que em um Estado Democrático de Direito se fale em cidadania plena se não se efetiva tal direito, ou seja, se ele não está à disposição dos cidadãos. Dessa forma, a atuação do Poder Público deve garantir a efetividade do direito à educação, constitucionalmente previsto (art. 6º CF), por meio de mecanismos coercitivos, pois a Constituição não se satisfaz abstratamente com o simples reconhecimento de um direito. Assim, apesar de o direito à educação possuir aplicação imediata, surge o dever estatal de proteger e facilitar o seu pleno exercício, inclusive em instituições privadas de ensino.

Ao Estado cabe o dever de possibilitar o acesso à educação e uma forma de realizar essa obrigação é por meio da fiscalização das universidades privadas, os alunos tem direito ao ensino de qualidade e a prestação desse serviço deve ser fiscalizada. Não se está aqui a afirmar que as instituições privadas sejam piores que as instituições públicas. Pelo contrário, as instituições privadas justamente por exigirem uma menor burocracia para o seu funcionamento seria, em tese, capaz de acompanhar e atender as necessidades dos estudantes de forma mais eficiente. Possuem, na maioria dos casos, melhores recursos de ensino, remuneram melhor os professores e estimulam mais os estudantes ao aprendizado. Algumas visam ao lucro<sup>259</sup>, mas esse lucro não pode ser alcançado desrespeitando o estudante, o

---

<sup>258</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. In: *Revista de direito do consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011, ano 20. (Coordenação Claudia Lima Marques). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 272.

<sup>259</sup> Tendo em vista que há, dentro das instituições privadas, várias classificações. Ver art. 20 da LDB: “Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias: I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo; II - comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade; (Redação dada pela Lei nº 12.020, de 2009); III - confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior; IV - filantrópicas, na forma da lei”. Conforme ensina Mônica Tereza Mansur Linhares: “(...) o setor privado não é composto por instituições de

contrato privado de ensino deve ser meio eficaz à garantia do direito à educação.

Após a tentativa de diferenciação entre as situações jurídicas existenciais e patrimoniais e, até mesmo, a assunção da possibilidade de convivência, em uma mesma relação, de ambas as situações – fato esse como se disse bastante comum –, cabe agora indagar, no conflito entre a situação existencial e patrimonial qual delas deverá prevalecer e em que medida. Pode-se principiar que, “em estreita síntese, enquanto o Código Civil dá prevalência e precedência às relações patrimoniais, no novo sistema do Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência é de ser atribuída às relações existenciais, ou não-patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, assegurar tutela e proteção prioritárias”<sup>260</sup>. Tal tema será tratado a seguir.

### 2.1.2 Prevalência das situações subjetivas jurídicas existenciais sobre as patrimoniais

Parte-se da premissa de que “(...) em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema”<sup>261</sup>. A Constituição Federal, ao recepcionar temas do estatuto Privado provoca transformações fundamentais do sistema de Direito Civil clássico, como se observa no direito de propriedade, o qual passa a ser vinculado a uma função social, e, sobretudo nas relações contratuais, em que houve a inserção de previsões voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor e ainda a inserção da preocupação com a justiça distributiva.

Pode-se assim perceber que os direitos humanos que inspiraram o constituinte pátrio de 1988 na formação das *normas definidoras de direitos*<sup>262</sup> compõem-se como cláusula geral para tutela de direitos privados, aqui tratados como *direitos de personalidade* ou *direitos civis*<sup>263</sup>, já que a personalidade não pode ser vista, apenas, como capacidade de direitos e

---

mesmo caráter ou finalidade”. (LINHARES, Mônica Tereza Mansur. *Ensino jurídico: Educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de Direito*, 2010, p. 110.).

<sup>260</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010, p. 31.

<sup>261</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010, p. 114.

<sup>262</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 2003, p. 147.

<sup>263</sup> Gustavo Tepedino in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 33: “os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala em direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los

obrigações, mas, muito além disso, como direito à existência e as consequências de viver.

Como bem afirmam Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, “a averiguação da função da situação jurídica, entendida como síntese de seus efeitos essenciais, só poderá ser operada em concreto, uma vez que não há essencialidade previamente determinada pelo legislador, mas somente aquela constatada ante o fato concreto”<sup>264</sup>, será imperiosa a análise das principais abusividades presentes nos contratos privados de ensino para exemplificar qual seria a metodologia adequada para a solução do caso concreto, em que há situação dúplici – existencial e patrimonial – o que se fará, de forma mais pormenorizada, na terceira parte.

Teresa Negreiros afirma que “ao se propor a adoção, no âmbito da teoria contratual, do paradigma da essencialidade” configurado em seu trabalho “como uma decorrência das transformações ocorridas no direito dos contratos e da supremacia dos valores existenciais sobre os valores patrimoniais, propõe-se, como consequência, que os contratos que tenham por objeto a aquisição ou a utilização pessoal de bens classificados como essenciais estejam sujeitos a uma disciplina legal de índole tutelar, diversa, neste sentido, da disciplina aplicável às demais espécies de contratos”<sup>265</sup>.

O paradigma da essencialidade, proposto por Teresa Negreiros, “proporciona instrumentos e conceitos que permitem tratar os problemas sociais como problemas a serem enfrentados também pelo direito contratual, constituindo ao mesmo tempo uma expressão e um expoente do compromisso do estudioso desta área do saber jurídico com a tutela da dignidade *essencial* da pessoa humana”<sup>266</sup>. Nesse sentido, o paradigma da essencialidade revela justamente seu viés funcional, ao buscar a maior ou menor utilidade nos interesses em concreto, pela análise funcionalizada à dignidade humana e aos valores do ordenamento, que identifica a essencialidade na maior serventia do bem à efetivação do interesse existencial a ele imputável.

---

contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos de personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas”.

<sup>264</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 8.

<sup>265</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002, p. 470. Cumpre salientar que a adoção da teoria proposta no referido texto, porém, pode ser alvo de críticas, pelo fato de aí ser possível vislumbrar verdadeiro retrocesso metodológico, na medida em que o paradigma da essencialidade proposto pela autora (a subdividir os bens entre essenciais, úteis e supérfluos – qualidades que a autora estende, em seguida, aos próprios negócios realizados sobre esses bens) representaria reforço do estruturalismo, apenas se substituindo antigas por novas categorias abstratas. Certo é que, mostra-se impossível prever, em abstrato, determinado bem que seria, *de per se*, essencial, pois apenas à luz do caso concreto pode-se identificar se tais funções (que justificam, de fato, sua tutela diferenciada) estão sendo desempenhadas.

<sup>266</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002, p. 380/381.

Afirmada a prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais, estes últimos tendem a ocupar posições de menor merecimento de tutela quando contrapostos aos primeiros, não se adotando com isso, porém, postura maniqueísta em relação aos bens que satisfazem prioritariamente interesses economicamente apreciáveis (o que contraria a própria noção tradicional de bem jurídico como objeto de utilidade econômica). Justifica-se a prevalência da ponderação, pois no caso de situações existenciais em conflito deve-se recorrer à ponderação e não a institutos, muitas vezes, mais adequados à solução de conflitos exclusivamente patrimoniais.

Advertem, nessa órbita, Carlos Konder e Pablo Rentería que o “(...) perigo de admitir a existência de obrigações não patrimoniais é enquadrar estas hipóteses em uma estrutura jurídica (o direito de crédito), cuja disciplina normativa, como se sabe, foi toda elaborada tendo em vista situações patrimoniais, tratando-as com desprezo ao seu valor existencial”<sup>267</sup>.

Os autores indicam o perigo de “se submeter as relações existenciais a normas concebidas para regular relações patrimoniais e, mais especificamente, de admitir obrigações sem o requisito da patrimonialidade. Claramente, a dificuldade em definir o que seja esta patrimonialidade é grande, mas assim como é difusa a área de transição entre relações existenciais e patrimoniais. As figuras híbridas são diversas, assim como as situações que, sendo de uma natureza, têm repercussões de outra natureza. No entanto, a dicotomia tem uma importância central em um ordenamento que distingue e prioriza as situações existenciais, justificando que o intérprete persista neste esforço de distinção”<sup>268</sup>.

A relação jurídica contratual, é por tudo o que se expôs, vista como instrumento apto à proteção da pessoa humana (tanto no aspecto existencial quanto no efeito patrimonial), até porque o apelo da globalização importa em exigir de todos os modais jurídicos o respeito aos direitos humanos, como se disse, através da ‘*democratização do discurso*’<sup>269</sup>. Observa-se,

<sup>267</sup> KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Diálogos sobre direito civil*. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 292.

<sup>268</sup> KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Diálogos sobre direito civil*. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 295/296.

<sup>269</sup> HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*, 2000, p. 437. Explicita o filósofo alemão que “por racionalidade entendemos, antes de tudo, a disposição dos sujeitos capazes de falar e de agir para adquirir e aplicar um saber falível. Enquanto os conceitos básicos da filosofia da consciência obrigarem a compreender o saber exclusivamente como um saber sobre algo no mundo objetivo, a racionalidade é medida pela maneira como o sujeito solitário se orienta pelos conteúdos de suas representações e de seus enunciados. A razão centrada no sujeito encontra sua medida nos critérios de verdade e de êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age segundo fins com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis. Em contrapartida, assim que concebemos o saber como algo mediado pela comunicação, a racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra seus critérios nos procedimentos

neste sentido, que as relações jurídicas contratuais são mais que oportunas para a instrumentalização dos direitos humanos fundamentais, mesmo porque a base que atualmente sustenta essa interpolação é a mesma: a dignidade da pessoa humana<sup>270</sup>.

Nesse contexto, “não basta, apenas, averiguar o cumprimento da função social de toda e qualquer situação jurídica, principalmente, as de ordem patrimonial, mas sim, qual a função que determinada situação jurídica realiza, que melhor concretiza os objetivos constitucionais. Para as situações existenciais, é necessária a realização de uma função de cunho pessoal, que tutele o livre desenvolvimento da personalidade não apenas da pessoa como núcleo isolado, mas inserida na sociedade, em determinado contexto”<sup>271</sup>. Ademais, “o contrato na dimensão existencial pressupõe, sobretudo, vida digna, relação de reciprocidade qualificada, aprendizado delongado e troca de experiências solidárias entre os parceiros contratuais”<sup>272</sup>.

Assim sendo, nos contratos privados de ensino, que envolvem situações existenciais – direito fundamental à educação – e situações patrimoniais – as instituições privadas, independente do regime adotado, precisam se manter com o recebimento das mensalidades dos alunos – no caso concreto, no conflito entre ambas as situações deverá ser feita a análise de forma a se preservar ao máximo a situação existencial, ou seja, o acesso à educação. No terceiro capítulo serão discutidos casos concretos que envolvem tal situação.

No embate entre os contratos existenciais e os contratos de lucro, afirma Antônio Junqueira de Azevedo que, “essa dicotomia não visa eliminar outras já existentes no direito contratual, como a divisão milenar entre contratos onerosos e gratuitos, ou aquela própria do direito contratual do século XX, entre contratos de adesão e contratos paritários. A nova dicotomia, própria do século XXI, procura conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana. Os três níveis de contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados”<sup>273</sup>.

Não é questão de negar a existência da dicotomia contratos existenciais *versus*

argumentativos de desempenho diretos ou indiretos das pretensões de verdade proposicional, justeza normativa, veracidade subjetiva e adequação estética”.

<sup>270</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 58, p. 55, Abr- 2006, p. 56.

<sup>271</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 7.

<sup>272</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. In: *Revista de direito do consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011, ano 20. (Coordenação Claudia Lima Marques). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 273.

<sup>273</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

contratos patrimoniais, e ainda “há mesmo certa hierarquização dos contratos existenciais sobre os contratos empresariais considerando a *essencialidade* intrínseca, o que justifica a intervenção mais ativa e necessária dos órgãos protetivos e da respectiva legislação”<sup>274</sup>.

Evidente que para esse novo paradigma existencial a hermenêutica do contrato toma outra dimensão, porque parte observar a essencialidade do objeto envolvido (e a inerente natureza contratual) abrindo flancos para a atuação mais prospectiva do jurista, em busca da superação da ótica exclusivamente proprietária no tratamento jurídico dos bens. Esse novo paradigma e a, conseqüente, necessidade de observação da essencialidade do objeto caracterizam a hermenêutica do contrato privado de ensino.

## **2.2 A disciplina dos contratos de ensino nos sistemas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação**

O contrato de ensino, entabulado entre o estudante e a instituição de ensino superior privada, é um típico contrato de adesão<sup>275</sup>. Não há discussão acerca das cláusulas contratuais. O estudante realiza o exame para ser admitido na instituição e posteriormente assina o contrato que regerá essa relação. Como em todo contrato de adesão as cláusulas já estão redigidas e predispostas, basta assinar no espaço reservado.

Conforme estabelece a Lei 9.870/99, o ato da matrícula consuma-se com a assinatura do contrato e com o pagamento da primeira mensalidade, não havendo matrícula sem esses dois requisitos. Portanto, enquanto na rede pública de ensino as relações de compromisso são implícitas e decorrem do ato de deferimento da matrícula, na rede privada de ensino as relações obrigacionais plenas entre o estabelecimento de ensino e o aluno decorrem do contrato. Dessa forma, como não pode haver contrato válido sem a respectiva matrícula, a assinatura do contrato de adesão pressupõe a consumação da matrícula, desde que paga a primeira mensalidade.

Como se trata de um contrato de adesão, em uma típica relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor será instrumento hábil e necessário para tutela das partes

<sup>274</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. In: *Revista de direito do consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011, ano 20. (Coordenação Claudia Lima Marques). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 273.

<sup>275</sup> Sobre a definição do contrato de adesão: “Dans certains contrats la position des parties est telle que l’un des contractants est obligé de traiter aux conditions qui lui sont par l’autre à la fois offerts et imposées. On a donné à ces contrats le nom de *contrats d’adhésion*”. (RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4<sup>ème</sup> édition. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 97.).

envolvidas nesse contrato. Mas, não apenas o Código de Defesa do Consumidor deverá ser respeitado, também será indispensável que haja uma leitura dos dispositivos constantes do Código, que protegem o consumidor, em acordo com os princípios e regras constantes da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB).

Conforme ensina Enzo Roppo os contratos de adesão representam um fenômeno caracterizado pela “despersonalização das relações contratuais e de automatismo na actividade destinada a constitui-las”, pela praxe de *contratação standardizada*, através do emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogênea (no caso os estudantes ansiosos para o início das atividades acadêmicas) e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa). A aceitação do consumidor, no caso o estudante, “resume-se, no máximo, a um simples acto de *adesão* mecânica e passiva ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de ‘declaração de vontade’: também aqui a declaração contratual se traduz num *comportamento socialmente tipicizado*”<sup>276</sup>.

Portanto, o fato de se tratar de um contrato de adesão não justifica que o contrato privado de ensino se afaste das finalidades da educação superior, especificamente trazidas no artigo 43 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que se aplicam tanto ao ensino público quanto privado. Como a própria lei estabelece “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (artigo 1º da LDB), esse conceito de educação deve ser observado no contrato privado de ensino.

Por se tratar de um direito fundamental social, o Estado tem o dever inerente de garantir esse direito, possibilitando um nível de educação adequado às pessoas, de forma a se garantir o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso corre quando o Estado respeita, protege e facilita esse direito fundamental. Para isso, são importantes as normas infraconstitucionais que facilitam o real acesso ao direito à educação, por exemplo, normas que se referem à política educacional. Entre elas, a Lei 9.394 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional; bem como a Lei 9.870 de novembro de 1999, que dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. Tais legislações, juntamente com a Constituição, contemplam um conjunto de princípios e diretrizes, buscando a inserção do direito à educação no âmbito da sociedade, possibilitando o

---

<sup>276</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1988, p. 302/303.

acesso à educação que promova o pleno desenvolvimento da pessoa<sup>277</sup>.

Haverá, deste modo, a necessidade de observância, por parte do contrato que regulará a relação entre o estudante e a instituição privada de ensino, das regras gerais da relação contratual, dos princípios que regem tal relação, e das especificidades contidas nas normas infraconstitucionais. Como ensina Emilio Betti, os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida de relações, surgem como atos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica<sup>278</sup>.

Assim se comportam os contratos de ensino, que têm sua gênese nas relações necessárias entre as instituições e os estudantes, para satisfazer as exigências de acesso ao mercado de trabalho, surgem instituições privadas de ensino (terreno social) e a necessidade de regular a relação entre tais instituições e os estudantes.

Conforme Betti, esta gênese, que os negócios jurídicos costumam ter no terreno social, mostra, claramente, que eles germinam da iniciativa privada e são, essencialmente, atos por meio dos quais os particulares procuram satisfazer a necessidade de regular por si mesmos os seus interesses nas relações recíprocas, ou seja, atos de autodeterminação, de autorregulamentação dos seus próprios interesses<sup>279</sup>.

Desta forma, “o modelo ‘objectivo’ de contrato é, ao invés, instrumento funcional a uma economia capitalista altamente desenvolvida, caracterizada por produções e consumos de massa (...)”<sup>280</sup>. Justifica-se, assim, a necessidade de objetivação do contrato, pois num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa<sup>281</sup>, o primeiro imperativo é, de facto, o de *garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações*: mas esses objetivos requerem, justamente, que as transações sejam tomadas e disciplinadas na sua objetividade, no seu desenvolvimento típico. Eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra com a teoria da vontade<sup>282</sup>.

<sup>277</sup> Nesse sentido estabelece a CF/88: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

<sup>278</sup> BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, 2003, p. 64.

<sup>279</sup> BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, 2003, p. 66.

<sup>280</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1988, p. 310.

<sup>281</sup> Ver em Mosset Iturraspe: Costumes típicos são substituídos por costumes impostos; cada vez nos comportamos de um modo mais similar. (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Cómo contratar em una enonomia de mercado*, 2005, p. 156).

<sup>282</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1988, p. 298.

Tendo em vista a tutela do estudante, aquele que figura como parte nos contratos privados de ensino – tanto pelo Código Civil, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, essa em conjunto com os demais diplomas infralegais sobre o tema – é necessário a busca de uma uniformidade dos diversos diplomas. “Em síntese, não se concebe a *revogação* ou *exclusão* do Código de Defesa do Consumidor pela LDB ou vice-versa: o que se impõe é a sua *articulação*, com vistas a obter um resultado efetivo tanto na proteção do consumidor como na efetivação do processo de ensino”<sup>283</sup>.

Quanto à LDB, prevista no artigo 22, XXIV da Constituição Federal, cabe de início informar que, “foi ela criada a partir de uma intensa luta parlamentar e extraparlamentar, resultando numa mistura de interesses de diversos setores da população e do governo junto com os interesses dos empresários do ensino”<sup>284</sup>. Isso pode ser justificativa para o fato de que “a LDB, através de suas expressões legais diferenciadas, ao longo de momentos histórica e politicamente diversos, sempre expressou problemas complexos (...)”. Dentre tais problemas enumera Carlos Roberto Cury o fato do caráter nacional da lei em face da autonomia real ou presumida dos estados-membros da Federação; o caráter nacional enquanto questão político antropológica; o caráter polêmico das fronteiras entre o ensino público e o privado; o caráter provocativo da temática da igualdade. Enfim, “o texto aprovado, cumpre vê-lo como um intertexto cujo jogo de vozes não chega a compor uma melodia harmônica”<sup>285</sup>.

Entretanto, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação possui papel importante pelo simples fato de regulamentar a educação nacional. Dentre as regulamentações, a LDB, no artigo 19, traz a classificação das instituições de ensino nas seguintes categorias administrativas: públicas ou privadas. Tal artigo é ainda regulado pelo Decreto 5773<sup>286</sup>, de 9 de maio de 2006, que dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino.

Deverão as relações contratuais que envolvem o direito à educação respeitarem os

<sup>283</sup> GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. In: Revista de direito do consumidor. RDC. (Coord. MARQUES, Claudia Lima). São Paulo: RT, Ano 20, vol. 77, jan-mar. / 2011, p. 87.

<sup>284</sup> CURY, Carlos Roberto Jamil. *Lei de diretrizes e bases da educação (Lei 9.394/96)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 8.

<sup>285</sup> CURY, Carlos Roberto Jamil. *Lei de diretrizes e bases da educação (Lei 9.394/96)*, 2001, pp. 13/14.

<sup>286</sup> O Decreto 5773/2006 dispõe, quanto à regulação do sistema federal de ensino: “Art. 9º A educação superior é livre à iniciativa privada, observadas as normas gerais da educação nacional e mediante autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Art. 10. O funcionamento de instituição de educação superior e a oferta de curso superior dependem de ato autorizativo do Poder Público, nos termos deste Decreto. § 1º São modalidades de atos autorizativos os atos administrativos de credenciamento e reconhecimento de instituições de educação superior e de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores, bem como suas respectivas modificações. § 2º Os atos autorizativos fixam os limites da atuação dos agentes públicos e privados em matéria de educação superior”.

preceitos e princípios constantes da LDB. Os princípios, tratados no título II (artigos 2º e 3º), serão tratados no tópico 2.2.2, por isso não será feita referência a eles neste momento. O artigo 7º da LDB<sup>287</sup> traz as normas gerais para o funcionamento da educação nacional, vigorando o princípio da livre iniciativa limitado a atender determinadas condições, dentre elas a autorização de funcionamento, conforme artigo 46 da LDB, e avaliação de qualidade a ser feita pelo Poder Público. Assim, “se a escola particular preenche as condições estabelecidas em lei, o Poder Público outorgará autorização para que a escola possa dar cumprimento aos seus fins educacionais e didáticos”, havendo “(...) evidente círculo vicioso”, pois “a qualidade de ensino só pode ser avaliada com a escola em funcionamento durante longo período”<sup>288</sup>.

Ainda nesse sentido, conforme artigo 9º, inciso IX, da LDB cabe à União, no exercício do controle de qualidade dos cursos ministrados, autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

Outros deveres expressos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, além dos decorrentes da relação de confiança e legítima expectativa que passar a existir entre a instituição privada de ensino e o aluno, estão previstos nos artigos 47 – que traz o prazo mínimo que a instituição de ensino possui para os trabalhos acadêmicos; o dever de informar aos interessados, antes de cada período letivo, os programas dos cursos e demais componentes curriculares, sua duração, requisitos, qualificação dos professores, recursos disponíveis e critérios de avaliação, obrigando-se a cumprir as respectivas condições; o dever de fiscalizar a obrigatória frequência de alunos e professores; o dever de oferecer no período noturno, cursos de graduação nos mesmos padrões de qualidade mantidos no período diurno – bem como no artigo 52, que traz as especificidades que caracterizam as instituições privadas de ensino. Dentre elas, pode-se citar, a produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional; a exigência de que um terço do corpo docente, pelo menos, possua titulação acadêmica de mestrado ou doutorado e a de que um terço do corpo docente trabalhe em regime de tempo integral.

Portanto, a partir da análise de alguns dos dispositivos constantes da Lei de Diretrizes

---

<sup>287</sup> Lei 9394/96: “Art. 7º: O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino; II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público; III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal”.

<sup>288</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação: Lei 9.394, de 20.12.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

e Bases da Educação, pode-se concluir que o contrato privado de ensino sofre a ingerência tanto da referida lei, que traz o norte para a solução de alguns problemas complexos que envolvem as instituições privadas de ensino e os estudantes – problemas esses detalhados na terceira parte da dissertação. Ademais, a relação entre o estabelecimento privado de ensino superior e seus discentes também sofrerá a incidência do Código de Defesa do Consumidor, o que será tratado a seguir.

### 2.2.1 A defesa do consumidor no contrato privado de ensino

Conforme ensina António Pinto Monteiro “‘A defesa do consumidor no limiar do século XXI’ é sem dúvida um tema que está no centro das preocupações do mundo *global* em que vivemos. E constitui um *desafio* bem vivo e bem actual ao *ordenamento jurídico*, de quem se exige um *novo discurso e novos modelos*, perante o qual se reclamam *respostas adequadas, simples e céleres*, designadamente no plano dos *mecanismos alternativos de resolução de conflitos* – com um apelo forte a *meios* extrajudiciais – e ao nível da *reforma processual*”<sup>289</sup>.

Nesse sentido, afirma Claudia Lima Marques, que “a opção da Constituição Federal de 1988 de tutela especial aos consumidores, considerados agentes econômicos mais vulneráveis no mercado globalizado, foi uma demonstração de como a ordem econômica de direção deveria preparar o Brasil para a economia e a sociedade do século XXI. Efetivamente, o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social e econômico positivado na Constituição Brasileira (art. 5.º, XXXII, CF/1988)”<sup>290</sup>. Portanto, daí infere-se que o Código de Defesa do Consumidor representa uma das respostas exigidas pela sociedade para defesa da parte vulnerável frente ao mercado globalizado atual. Trata-se, de sistema que possui um arcabouço importante na defesa dos consumidores de serviços, dentre os quais, os estudantes das instituições de ensino superior privadas.

Deste modo, a importância do Código de Defesa de Consumidor se faz presente também nas relações contratuais que envolvem o direito à educação. Isso porque, “apesar de a educação ser considerada um direito humano fundamental, não se pode mais negar que se

<sup>289</sup> PINTO MONTEIRO, António. A defesa do consumidor no limiar do século XXI. In: *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra (Globalização e Direito)*, 2003, p. 36.

<sup>290</sup> MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 51, Jul- 2004, p. 34.

tornou uma mercadoria valiosa nas escolas privadas e isso fez com que uma nova relação jurídica surgisse – a do consumidor e fornecedor do ensino”<sup>291</sup>. Entretanto, “é preciso parar de tratar o ensino privado como mera atividade comercial”, pois trata-se da prestação de um serviço de relevância pública que deve estar submetido a um regime especial<sup>292</sup>.

Portanto, o contrato assinado entre as instituições privadas superior e os estudantes, ou seu representante, deve representar o caráter essencial do serviço prestado e respeitar o direito fundamental ali tratado – direito à educação.

Aplicando os conceitos de fornecedor e consumidor ao contrato de prestação de serviços educacionais, nota-se que “são fornecedores tanto as instituições permanentes dedicadas a tal finalidade (colégios, universidades, cursos de idiomas, academias de ginástica e balé) quanto os profissionais autônomos que ministram aulas particulares”. Estariam, portanto, abrangidas nesse conceito as pessoas jurídicas, as pessoas naturais e os entes despersonalizados, a exemplo da sociedade de fato composta por docentes. Por outro lado, são consumidores, em face da definição ampla adotada pelo direito brasileiro, tanto o aluno (usuário do serviço) quanto aquele que tenha contratado o serviço, como os pais ou tutores. Dessa forma, os contratos de prestação de serviços educacionais, mesmo quando avençados pelo pai ou responsável, têm o aluno, ainda assim, como usuário do serviço prestado<sup>293</sup>.

Conforme já foi mencionado, trata-se de um contrato de adesão ou contrato de massa, mas, “seja qual for a natureza dos chamados contratos de massa, a verdade é que constituem uma técnica de legalização de operações econômicas que favorece a um dos participantes, ao lhe permitir a emissão de um regulamento que tem de ser aceito pelo outro, sem alternativa. É só e só ele que regula a operação, quer dizer, que traça o esquema da relação comercial; ao outro não se concede liberdade alguma no jogo das negociações pré-contratuais ou preliminares”<sup>294</sup>. Aliás, pode-se afirmar, “(...) os contratos pré-digítados tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes – um, autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente –, desmentindo a ideia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual”<sup>295</sup>.

Mas, mesmo em se tratando de contratos de adesão, vale ressaltar que “ainda quando a

<sup>291</sup> EILBERG, Ilana Finkielstejn. O direito fundamental à educação e as relações de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, (DTR\2010\532), vol. 74, Abr-2010, p. 154.

<sup>292</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação*, 1999, p. 101.

<sup>293</sup> GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. In: *Revista de direito do consumidor. RDC*. (Coord. MARQUES, Claudia Lima). São Paulo: RT, Ano 20, vol. 77, jan-mar. / 2011, p. 88/89.

<sup>294</sup> GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 56.

<sup>295</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 2011, p. 159.

disponibilidade na área da autonomia privada se estreite muitas vezes, há dois aspectos contratuais que, como princípio, se ligam à liberdade jurídica: a) a liberdade de contratar e de não contratar; b) já resolvido contratar, a liberdade recíproca de eleger com quem se contrata. O conteúdo do contrato, contudo, já é questão de enfoque parcial diferente: o contrato não se justifica por ser contrato; é aquele conteúdo o que deve ser justo, e o que, quando assim o é, justifica o acordo<sup>296</sup>. Assim, mesmo que o contrato privado de ensino seja um contrato de adesão em que as cláusulas já estão predeterminadas deve ele respeitar os princípios constitucionais e aqueles previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Ainda com relação aos princípios, tão caros à relação contratual, salienta Ghestin<sup>297</sup> no tópico *conciliação necessária dos princípios*, a justiça contratual e a boa-fé devem ser conciliados com a liberdade e responsabilidade individual. E, como consequência, presume-se que o contrato, concluído pelos indivíduos livres e responsáveis, é, dessa feita, conforme à justiça. Mas se trata de uma simples presunção. A constatação de um desequilíbrio entre as prestações, ou a prova de que uma das partes não está em situação de apreciar ou de defender normalmente seus interesses, justificaria a intervenção dos poderes públicos.

Ensina Ripert que, respeitando a lei e os costumes, os contratantes têm o direito de discutirem seus interesses, sendo que nesta “luta de vontades egoístas”, cada um se esforça para obter a maior vantagem com o menor sacrifício possível. Essa luta é criadora, pois produz energias e conserva riquezas<sup>298</sup>. Além disso, será justamente pela necessidade de se garantir o equilíbrio de direitos e deveres entre as partes que surgirá a noção de *equidade contratual*, como um princípio norteador na conduta dos contratantes. Como exemplo da prevalência desse princípio pode-se citar as normas imperativas do Código de Defesa do Consumidor, que proíbem o uso de qualquer cláusula abusiva<sup>299</sup>, como as que garantam

<sup>296</sup> BIDART CAMPOS, German J. *Las obligaciones en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 120. Traduziu-se. (No original: “Il sommovimento investe, giocoforza, gli istituti e le categorie portanti del diritto privato: per rimuovere le diseguaglianze e per dar risposta alle istanze di solidarietà, lo Stato prende ad intervenire, sai direttamente che indirettamente e con misure regolative e di controllo sempre più numerose ed incisive, nella dinamica economica, guadagnando accesso ai territori (prima inaccessibili) dei rapporti privati”).

<sup>297</sup> GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations: principes et caractères essentiels, ordre public, consentement, objet, cause, théorie générale des nullités*. (Vol. 1). Paris: LGDJ, 1980, p. 144. (Tradução livre).

<sup>298</sup> RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 74. (Tradução livre). No original: “A la condition de respecter les lois et les bonnes mœurs, les contractants ont le droit de débattre leurs intérêts. C’est alors la lutte des volontés égoïstes, chacun s’efforçant d’obtenir le plus grand avantage moyennant le plus faible sacrifice. Lutte féconde, car elle est productrice d’énergies et conservatrice de richesse, lutte en tout cas fatale, car l’intérêt est le principal mobile des actions humaines, tout au moins, lorsqu’il s’agit de l’échange des produits et des services”.

<sup>299</sup> Essa proteção do consumidor contra as abusividades, principalmente nos contratos de adesão decorrem do fato de que a liberdade hoje é mitigada, ou seja, o consumidor decide se adere ou não àquele contrato, sendo, muitas vezes, obrigado a contratar aquele serviço que não seria disponibilizado por outra forma. Nesse sentido cabe mencionar: “O aspecto relevante das negociações agora realizadas põe em relevo que não só foi suprimida ao consumidor a possibilidade de participar da elaboração e confecção interna (conteúdo) do contrato, como

vantagens unilaterais ou em exagero para o fornecedor de bens e serviços, ou aquelas que são incompatíveis com a boa-fé e a equidade (*ex vi* art. 51, inciso IV do CDC).

O próprio artigo 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor traz o conceito de serviço como sendo qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista<sup>300</sup>. Logo, dúvidas não há de que os contratos privados de ensino se enquadram no conceito de serviço trazido pelo CDC.

Trata-se de relação em que se observa um desequilíbrio significativo entre as partes contratantes, de um lado a instituição privada de ensino (detentora das informações negociais) e de outro o aluno, ou seu responsável (ansioso para o ingresso no ensino superior). Tal situação é caracterizada por Claudia Lima Marques como “abuso no exercício da posição contratual preponderante”<sup>301</sup>. Nesse sentido, analisando a Diretiva nº 93/13/CEE, quanto às cláusulas abusivas, afirma Inocêncio Galvão Telles que “cláusulas abusivas são as cláusulas não negociadas que, contrariando as exigências da boa-fé, dão azo a um *desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor*, entre os direitos e obrigações das partes”<sup>302</sup>.

Assim, esse desequilíbrio entre o fornecedor e o consumidor, “não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrária às novas normas de ordem pública de proteção do CDC e a

---

também lhe é vedada a possibilidade de exercer tratativas no sentido de melhorar a sua posição no contrato. Seu direito limita-se a decidir se contrata ou não. Esta questão coloca em relevo a debilidade estrutural do consumidor como sujeito do contrato, pois ele necessita consumir bens e usar serviços e, para isto precisa contratar; sua liberdade, portanto, de fazer ou não, é relativa”. Continua o autor: “Afirma-se que ele [consumidor] é livre para não contratar, se as condições gerais não são equitativas. Respondo que dito argumento é falso, pois hoje, questões essenciais que interessam às pessoas normais e que, precisamente por isso, são objeto de contratação como os contratos bancários, de transporte terrestre, marítimo e aéreo, de seguro, de consórcio de bens duráveis, de internação em hospitais, de intervenção cirúrgica, de assistência jurídica, de compra e venda e locação de imóveis etc., somente se instrumentalizam em condições gerais predispostas e uniformes”. (STIGLITZ, Rubén S. Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 13, Jan-1995, pp. 5/7.).

<sup>300</sup> Claudia Lima Marques define: “Serviço no Código de Defesa do Consumidor seria o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que envolver a prestação de um fazer economicamente relevante, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor. Serviços de consumo tem caráter eminentemente comercial, não são neutros, são vinculativos e seu regime importa pelo Código de Defesa do Consumidor é imperativo (risco profissional)”. (MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 33, Jan-2000, p. 106).

<sup>301</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 2002, p.148 e 741/742.

<sup>302</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas. In: *O direito*. (Director: TELLES, Inocêncio Galvão). Ano 127º, Jan-Jun/ 1995, p. 303.

autonomia da vontade não prevalecerá”<sup>303</sup>. Essa proteção concebida pelo Código de Defesa do Consumidor é essencial, tendo em vista que, muitas vezes, o consumidor pode até ter aceito a cláusula contratual abusiva, mas se ela for contrária aos princípios da boa-fé, e justiça contratual, a autonomia não prevalecerá.

Nesse sentido, com o advento do Código de Defesa do Consumidor são impostos novos deveres aos fornecedores. Entre eles se destacam o *dever de cuidado na redação dos contratos*, conforme artigos 46 e 54 do CDC. Assim sendo, ao redigir o contrato privado de ensino a instituição superior privada deverá observar um dever especial por se tratar de um contrato de adesão, em que a parte contratante não tem o tempo de discutir e compreender as cláusulas contratuais.

Aliás, importante destacar que conforme “a idéia de racionalidade limitada (*bounded rationality*) reconhece que os indivíduos não estão aptos a receber, armazenar e processar um grande volume de informações. Diante de decisões complexas, eles tendem a simplificar o problema e reduzir alternativas. Este conceito é de fundamental importância para a regulação dos contratos de consumo”<sup>304</sup>. Logo, como o contrato privado de ensino é um contrato complexo, relacional, que se estende por um longo período é improvável que os estudantes ao tempo que firmam o contrato com a instituição privada de ensino estejam aptos a prever, a planejar todas as possíveis contingências futuras a que poderão estar sujeitos.

Como a própria lei classificou o contrato de prestação de serviços educacionais como contrato de consumo, em caso de conflito decorrente dos termos do contrato, o aluno ou contratante contará com a proteção geral prevista nos artigos 6º e 7º do CDC, além de outros que possam atender aos seus interesses, os principais benefícios do contratante, em decorrência da vinculação ao Código de Defesa do Consumidor são, dentre outros, o acesso aos órgãos do Judiciário; a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive para ser demandado no foro de seu domicílio e com inversão do ônus da prova, desde que satisfeito o requisito da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência (art. 6º, VII e VIII, CDC); ser ressarcido por danos materiais e extrapatrimoniais (art. 6º, VI, CDC); não ser exposto a ridículo nem submetido a vexame ou constrangimento quando da cobrança de débitos (art. 42, CDC); ter as cláusulas contratuais interpretadas de maneira mais favorável (art. 47, CDC); arrepender-se e romper o contrato, no prazo de sete dias, recebendo o valor pago, no ato, em dinheiro e corrigido (art. 49, CDC); obter o reconhecimento de abusividade de eventuais

---

<sup>303</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 2002, p. 148 e 741/742.

<sup>304</sup> MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 35, Jul-2000, p. 117.

cláusulas e a declaração de sua nulidade (art. 51, CDC), inclusive podendo valer-se da assistência do órgão do Ministério Público (art. 51, § 4º, CDC) e poder fazer o pagamento de seu débito com a aplicação da taxa de multa de 2% (dois por cento) em caso de inadimplência (art. 52, § 1.º, CDC).

Portanto, o contratante do contrato privado de ensino goza das proteções gerais e específicas cabíveis aos consumidores. Mas, não apenas os contratos privados de ensino merecem controle, também a atividade ou serviço prestado pelas instituições privadas de ensino superior devem ser fiscalizadas. Nesse sentido, afirma Perlingieri que “além de se controlar o contrato, deve-se também a vigilância e o controle sobre as instituições escolares e culturais, às quais se acrescenta o sistema de avaliação nacional e aquele interno, devem garantir o funcionamento correto das instituições, respeitando tanto os seus objetivos, quanto, sobretudo, as exigências existenciais, formativas e educativas, envolvidas na atividade que elas realizam”<sup>305</sup>. Cabe, ao Estado o dever de zelar e fiscalizar o serviço educacional prestado de forma a garantir as exigências existenciais advindas da relação que se forma.

Quanto ao direito dos consumidores, em geral, Stiglitz distingue uma categoria prévia de direitos formativos, constituída do direito à educação e organização e do direito à informação. Em primeiro plano, a educação visa a dotar o consumidor de espírito crítico adequado para enfrentar as técnicas de venda. Em segundo plano, os consumidores devem organizar-se em grupos de interesses, para a defesa dos seus direitos coletivos. Menciona, o autor, as diretivas comunitárias europeias do direito de formação do público consumidor, que recomenda sejam colocados à disposição de todos, crianças, jovens e adultos, desde as escolas, conhecimentos sobre os princípios básicos da economia, habilitando a população a uma escolha prudente de bens e serviços<sup>306</sup>.

Pode-se afirmar, de acordo com a linha de pensamento de Stiglitz que o próprio Código de Defesa do Consumidor ao afirmar, no artigo 6º, II, que é direito básico do consumidor a educação, seria contraditório o diploma de defesa do consumidor proteger a educação como um valor e esse valor não ser respeitado nas relações jurídicas que negociam a prestação do serviço de ensino. Em outras palavras, o aluno ao receber a educação (direito fundamental social) é capaz de melhor compreender a relação contratual de prestação de serviços educacionais.

Isso ocorre porque as relações contratuais são cada vez mais complexas, logo, tendo

---

<sup>305</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 883.

<sup>306</sup> STIGLITZ, Gabriel A. *Protección Jurídica del Consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1986, pp. 46-50. (Tradução livre).

acesso à educação de qualidade é possível ao contratante do contrato privado de ensino compreender os problemas, riscos e imperfeições desse contrato de adesão. Em suma, como afirma Pinto Monteiro, “uma série de novos problemas em múltiplos domínios, a impor a necessidade de consagrar novas regras, tendo designadamente em conta a necessidade de *proteger o consumidor*. É certo que esta preocupação vem *na linha* de preocupações mais antigas, como as de *proteger os mais fracos, a parte mais débil* da relação contratual, e de zelar pela *segurança* das pessoas. Mas com a ‘sociedade de consumo’ dos nossos dias tornou-se imperioso reagir *de modo específico e organizado* contra práticas e técnicas de utilização sistemática, tendo por *denominador comum* a defesa do consumidor, isto é, a defesa de quem é *vítima* de tais práticas ou técnicas, de quem está *à mercê*, pela sua situação de *dependência* ou de *debilidade* (econômica; técnica, jurídica, cultural ou outra), da organização econômica da sociedade”<sup>307</sup>.

Enfim, o respeito à pessoa humana deve ser verificado em todos os âmbitos da relação contratual. Deve-se respeitar o pleno desenvolvimento da pessoa seja na universidade pública, seja na universidade privada. E isso não ocorrerá se as cláusulas contratuais não estiverem de acordo com os princípios constitucionais. Portanto, a defesa do consumidor no contrato privado de ensino é algo que se faz urgente e imperioso para que seja garantido o direito fundamental tutelado nessa relação contratual. O Código de Defesa do Consumidor se aplica aos contratos privados de ensino, uma vez que se trata de uma relação consumerista. Mas mesmo para aqueles que não enxergam nesse contrato um contrato de consumo, embora imbuído de situação existencial, cabe ressaltar que mesmo que não se tratasse do consumidor no seu sentido técnico<sup>308</sup>, caberia aqui a imposição das normas contidas no CDC.

Para se controlar um possível desequilíbrio tendente a prejudicar uma das partes contratantes, é que se faz necessária a adoção de novas técnicas, entre elas o controle da abusividade. Nesse contexto, importante ferramenta de defesa do direito à educação, em aspecto mais específico, é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Os princípios constantes de tal legislação são fundamentais na defesa do contrato justo e equilibrado. Por isso, passa-se

<sup>307</sup> PINTO MONTEIRO, António. A defesa do consumidor no limiar do século XXI. In: *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra (Globalização e Direito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 39/40.

<sup>308</sup> Nesse sentido: “Por isso concordamos com Mario Tenreiro quando defende ser este um código *autour du consommateur*, mais do que um Código, pura e simplesmente, de defesa do consumidor. Tal como o direito comercial é hoje, recordando Orlando de Carvalho, um *‘direito da empresa ou à volta das empresas’*, também o direito do consumidor é um direito em torno do consumidor, um direito – e um Código – cujo *refrente* fundamental é o consumidor, mesmo que acolha no seu seio *outras pessoas*, mesmo que destinatário de protecção que constará não seja – ou não seja apenas – o consumidor em *sentido técnico*”. (PINTO MONTEIRO, António. A defesa do consumidor no limiar do século XXI. In: *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra (Globalização e Direito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 45/46).

a análise de tais princípios.

### *2.2.2 Os princípios constantes na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB)*

A Lei de Diretrizes e Bases, de 20.12.1996, também estabeleceu metas importantes e bases para a educação nacional. O art. 2º da Lei 9.394/1996, do título I, estatui que “a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O artigo 3º da Lei 9.394/96 traz os princípios a serem observados na estruturação do ensino, tendo em vista, conforme já mencionado, que a Lei não diferencia as expressões “ensino” e “educação”. Portanto, são princípios que devem reger as práticas de ensino: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; respeito à liberdade e apreço à tolerância; coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização do profissional da educação escolar; gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; garantia de padrão de qualidade; valorização da experiência extraescolar; vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Destaca-se, por englobar princípios relevantes para o ensino no País, os seguintes princípios: a igualdade de condições para acesso e permanência na escola; a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento e o saber; a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais e a garantia do padrão de qualidade. Ademais, “cotejadas as finalidades da educação superior, tal como discriminadas no art. 43, da Lei 9.394/1996, ao art. 3.º, da CF/1988, observa-se que as universidades, enquanto instituições pluridisciplinares de formação de quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano (art. 52, da Lei 9.394/1996), desempenham importante papel no cenário nacional em face dos objetivos do País”<sup>309</sup>.

---

<sup>309</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A universidade e o estado. Algumas considerações acerca do papel do estado na atividade educacional de nível superior. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 24, Jul-1998, p. 63.

Insta salientar que de acordo com o PDE<sup>310</sup> – Plano de Desenvolvimento da Educação –, a educação superior baliza-se pelos seguintes princípios complementares entre si: *i*) expansão de vagas, dado ser inaceitável que somente 11% dos jovens, entre 18 e 24 anos, tenham acesso a esse nível educacional; *ii*) garantia de qualidade, pois não basta ampliar, é preciso fazê-lo com qualidade; *iii*) promoção de inclusão social pela educação, minorando o histórico de desperdício de talentos, considerando que se dispõe comprovadamente de significativo contingente de jovens competentes e criativos que têm sido sistematicamente excluídos por um filtro de natureza econômica; *iv*) ordenação territorial, permitindo que ensino de qualidade seja acessível às regiões mais remotas do país; e *v*) desenvolvimento econômico e social, fazendo da educação superior, seja enquanto formadora de recursos humanos altamente qualificados, seja como peça imprescindível na produção científico-tecnológica, elemento-chave da integração e da formação da Nação<sup>311</sup>.

Portanto, tais princípios e diretrizes devem ser observados pelas instituições privadas de ensino ao fornecerem a prestação do serviço, cabendo, ainda, ao Estado o dever de fiscalizar que tais preceitos estão sendo respeitados.

### **2.3 Proposta de diálogo entre os contratos de ensino no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor à luz dos princípios da LDB**

Diante da caracterização do contrato privado de ensino que já foi realizada até o momento, utilizando-se da própria Constituição Federal, que insere o direito à educação como direito fundamental social; do Código Civil que dispõe sobre os princípios contratuais e a relação contratual em geral; do Código de Defesa do Consumidor, que tutela o estudante ou seu responsável na relação de prestação de serviços educacionais; e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que elenca os deveres das instituições superiores, define a educação, cabe deixar claro que tais diplomas deverão ser lidos de forma não excludente, mas em conjunto para a defesa da relação justa e equilibrada.

Com efeito, afirma Tepedino, “a Constituição define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do direito civil. E, por isso mesmo, os

---

<sup>310</sup> O PDE – Plano de Desenvolvimento da Educação publicado durante o governo Lula, propõe expor “em tom de diálogo com a sociedade e principalmente com os educadores – os princípios políticos, os fundamentos teóricos, os métodos educacionais e o passo-a-passo administrativo que têm marcado sua gestão à frente do Ministério”. (Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/livro/livro.pdf>).

<sup>311</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*, 2010, p. 112/113.

princípios insertos no Código do Consumidor, coerentes com a nova ordem pública constitucional (...), justamente por expressarem valores constitucionais, não podem deixar de incidir sobre toda a teoria contratual. São adotados de verdadeira vocação expansionista”<sup>312</sup>.

Com isso, pode-se averbar que a teoria geral dos contratos é informadora e não conformadora aos contratos, permitindo, ao seu melhor exame, um acesso sem obstáculos aos princípios constitucionais e aos valores fundamentais. Aliás, essa última análise serve de combate à ideia de que o Código de Defesa do Consumidor é dispare e antinômico ao Código Civil, no que respeita aos contratos, porque a teoria geral é idêntica, o que garante, nesse diapasão, um “diálogo de fontes”<sup>313</sup>.

Nesse contexto, o cientista do Direito ao tecer investigação sobre a teoria geral do contrato forçosamente deve compreender o negócio jurídico, especialmente porque os elementos constitutivos nele contidos (acordo de vontades, o objeto, a forma) são comuns. Calha, entretanto, ressaltar que o objeto de estudo na teoria geral dos contratos não são especificamente os elementos, senão os princípios que podem ser operacionalizados no sistema através das cláusulas gerais; verdadeiras vias de mão dupla que permitem ao operador o manuseio sistemático dos princípios gerais no direito<sup>314</sup>.

Giorgio Oppo, em comunicação proferida na *Accademia dei Lincei* explica que no terreno do direito privado, nota-se uma particular ligação funcional, das categorias: valores como idealidade civis, nas quais se inspira o ordenamento, ou melhor, a ordem jurídica; princípios como a assunção em forma perceptiva de tais valores; cláusulas gerais, como a identificação dos princípios de critérios de conduta; padrões valorativos, como medida social da aplicação daqueles critérios<sup>315</sup>.

Posto isto, devem ser observados os princípios que preponderam na teoria geral dos

<sup>312</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.233.

<sup>313</sup> MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 51, p. 34, Jul- 2004, p. 47. De acordo com Claudia Lima Marques “diálogo pressupõe o efeito útil de dois (*di*) e uma lógica ou fala (*logos*), enquanto o ‘conflito’ leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o ‘monólogo’ de uma só lei”. Quanto à expressão “diálogo das fontes” expressão trazida por Erik Jayme, conforme ensina Claudia Lima Marques. Nesse sentido, JAYME, *Recueil des Cours* 251/259, 1995: “Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent”.

<sup>314</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 58, Abr- 2006, p. 58.

<sup>315</sup> OPPO, Giorgio. *Sobre os princípios gerais do direito civil*. Comunicação apresentada no Congresso Os princípios gerais do direito, promovido pela Accademia dei Lincei, nos dias 27-29 de maio de 1991. Artigo destinado aos Studi in onore di Luigi Megnoni.

contratos, a saber: a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a justiça contratual e daí sua função social, consoante estudo já balizado na doutrina<sup>316</sup>. Afinal, “o contrato é a afirmação por excelência da autonomia individual. Mas não pode dizer que se viva num mundo puramente voluntarista e subjectivista. Ele tem sempre um lado objectivo e obedece a um princípio extra-individual”<sup>317</sup>.

Deste modo, o contrato privado de ensino não se sujeita apenas às vontades dos contratantes, deve respeitar as regras impostas pelo ordenamento e sistemas que compõe aquela realidade a ser tratada na circunstância contratual. O contrato assinado entre a universidade privada e o aluno atinge também os demais alunos e o direito à educação como um todo.

Nesse sentido, “o *pluralismo*, a pluralidade de métodos, de fontes e de agentes econômicos caracteriza e desafia o Direito Privado brasileiro atual. É o desafio proposto pelo aparecimento de novos sujeitos de direitos, que levam à distinção do campo de aplicação de uma norma subjetivamente, com base no agente econômico envolvido (civil, empresário ou consumidor)”. Deste modo, ensina Iturraspe que o Direito se desentendeu, durante longo tempo, dos fatos; das consequências de aplicação da norma; da relação entre normado e a vida real. É o que se denomina o problema da ‘função do Direito’, ou bem o problema intimamente conexo “ideológico-político do fim do Direito. Pode se expressar, assim mesmo, como “o papel das Ciências Jurídicas na fundação de uma sociedade orientada para a justiça”<sup>318</sup>. Mas, dentro da pluralidade deve-se encontrar a unidade.

Sublinha Tepedino “a necessidade de utilizarmos sem restrições os princípios que foram introduzidos pelo Código do Consumidor, uma vez superada a trabalhosa etapa de sua consolidação no sistema jurídico brasileiro”. Mas ressalta que “é preciso que tenhamos em mente que tais princípios traduzem a tábua axiológica de um sistema constitucional, não de um microssistema fragmentado, que mais faria lembrar uma espécie de gueto legislativo. A força do Código não se reduz às suas próprias normas, localizando-se, sobretudo, na ordem constitucional que o fundamenta e o assegura”<sup>319</sup>.

Dessa mesma forma, “a educação, como processo de socialização e individualização voltada para a autonomia, não pode ser artificialmente segmentada, de acordo com a

<sup>316</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, 1996, p. 118.

<sup>317</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as clausulas abusivas. In: *O direito*. (Director: TELLES, Inocêncio Galvão). Ano 127º, Jan-Jun / 1995, p. 314.

<sup>318</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos*. Contratos: aspectos generales. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 100.

<sup>319</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*, 2008, p. 250.

conveniência administrativa ou fiscal. Ao contrário, tem de ser tratada com unidade, da creche à pós-graduação, ampliando o horizonte educacional de todos e de cada um, independentemente do estágio em que se encontre no ciclo educacional”<sup>320</sup>.

Cabe ressaltar que o diálogo entre a pluralidade normativa presente deve ser realizada de acordo com a manutenção da unidade e coerência do ordenamento, que tem como ápice a Constituição. Assim, “ampliado ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de uma aparentemente perfeita subsunção à norma de um caso concreto, é necessário sempre buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico”<sup>321</sup>.

Há, portanto, um diálogo em busca da harmonização da pluralidade normativa no contexto dos contratos privados de ensino. Diante dos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor e da LDB (pluralidade normativa), deve-se encontrar a harmonia de forma a se respeitar a Constituição Federal.

#### **2.4 A relevância da taxonomia da ordem pública nos contratos de ensino**

Cresce o debate em torno da questão de o ensino superior ser um serviço público apenas quando proporcionado pelas universidades públicas ou privado, quando prestado pelas instituições privadas de ensino, conforme a lógica atual do mercado de ensino. Certamente, a grande tendência na seara do ensino superior dos últimos anos é a da comercialização do serviço que é favorecida pelo desenvolvimento das novas tecnologias e estimulada pelo fato de o Estado não ser capaz de possibilitar o acesso a todos os cidadãos ao ensino superior. O problema é o comércio se tornar um critério dominante na definição de políticas educacionais, fato esse que pode fazer com que a educação não apresente mais uma ideia de serviço público, devido a sua essencialidade, independentemente do fato de ser prestada por uma instituição privada de ensino.

Esta polarização bem público *versus* bem privado não é nem absoluta, dadas as possibilidades de hibridismos; nem isenta de tensões, como sempre ocorre nos âmbitos sociais e, por isso, ideológicos. “A economia é uma dimensão imprescindível da vida humana, a ser

---

<sup>320</sup> SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*, 2010, p. 95.

<sup>321</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010, p. 16.

adequadamente desenvolvida pela educação. O papel da educação como motor da economia deve também ser levado em conta. Entretanto, a economia não pode se desbordar na economização da vida humana, ou seja, não pode ser tomada como o centro do desenvolvimento civilizacional, não pode ser a referência central e primordial dos valores da vida pessoal e social”<sup>322</sup>. Da mesma forma, o ensino superior não deve ser instrumento dessa funcionalização economicista.

Há uma grande competição mercadológica dos estabelecimentos de ensino entre si em relação aos custos, o que por vezes prejudica a qualidade do ensino prestado. Não se pode negar que o ensino é uma atividade econômica, baseada nas regras de mercado, na liberdade de iniciativa, na concorrência e no lucro – dependendo do modelo adotado pela instituição privada –; todavia, as universidades particulares continuam sendo prestadoras de um serviço essencial.

A Constituição Federal de 1988 expressamente consagrou o ensino livre à iniciativa privada, desde que obedeça às normas gerais de educação nacional e se submeta à autorização e à avaliação de qualidade pelo Poder Público, conforme dispõe o artigo 209, *caput*, incisos I e II. Torna-se necessário saber se pode ser o ensino considerado como atividade econômica típica, baseada nas regras de mercado, liberdade de iniciativa, concorrência e lucro ou se as escolas particulares têm a sua atividade, seja qual for o modo de sua prestação, vinculada aos direitos sociais.

Entretanto, consignar que o ensino será livre à iniciativa privada não significa que ele poderá ser organizado com a liberdade de iniciativa que caracteriza o exercício das atividades econômicas, conforme exegese do artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal. Ao contrário, trata-se de uma atividade fiscalizada pelo Poder Público e por ele avaliada, devendo ter autorização prévia para seu funcionamento. Deverá, também, obedecer às normas constitucionais protetoras do ensino, bem como se submeter à Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Percebe-se, neste contexto, “(...) *uma certa rendição do Estado à economia de mercado, com garantia de manutenção do poder público nas mãos do Executivo*. (O Estado, ao invés de ser prestador do serviço, passa a ser ‘controlador’)”<sup>323</sup>.

Nessa conjuntura, a Lei 9.870, de 23.11.1999, alterada pela Medida Provisória 1.930,

---

<sup>322</sup> SOBRINHO, José Dias. Avaliação ética e política em função da educação como direito público ou como mercadoria? In: *Educação & Sociedade*, vol. 25, n. 88, out. 2004, Campinas, p. 703-725. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0101-73302004000300004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt]. Acesso em: 18/06/2012.

<sup>323</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A universidade e o estado. Algumas considerações acerca do papel do estado na atividade educacional de nível superior. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 24, Jul-1998, p. 63.

de 29.11.1999 e, posteriormente, pela Medida Provisória 2.173, de 28.06.2001, regulamentou o Contrato de Prestação de Serviços Educacionais com normatividade específica, regulando desde as condições de validade para a sua celebração até as consequências decorrentes do inadimplemento das obrigações estipuladas.

A Lei 9.870/ 99 aborda, portanto, o tema da essencialidade do serviço educacional prestado. Dependendo do regime adotado pela instituição de ensino, se semestral ou anual, naquele semestre ou ano, o estudante terá que adimplir o pactuado com o pagamento das mensalidades em atraso. Há, portanto, um diálogo entre a essencialidade do serviço e a economicidade do contrato, à medida que caso não seja paga a mensalidade em um mês, deverá esta ao fim do semestre ou ano ser adimplida. Dessa forma, protege-se o núcleo patrimonial do contrato, uma vez que o resultado inadimplemento só é postergado para o próximo semestre – efeito do inadimplemento é postergado. Haverá, ainda assim, a proteção essencial do ensino contra as medidas abusivas.

Contudo, caso o estudante mesmo assim não cumpra o pactuado – ao fim do semestre ou do ano letivo – pode-se afirmar que o consumidor despertou a confiança na instituição de ensino de que iria cumprir o contrato. A Lei 9.870/99, no seu artigo 1º, §3º permite o cálculo atuarial, ou seja, a própria lei admite que seja repassado o risco do inadimplemento ao consumidor.

Insta salientar, conforme ensina Nina Ranieri que a prestação dos serviços educacionais sob o regime do Direito privado não elide a incidência dos princípios constitucionais especiais, por exemplo, previstos no artigo 206 da Constituição Federal, nem o controle previsto no artigo 209. Isso porque a natureza pública da atividade educacional nessa esfera determina, portanto, a derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de direito público, dada a prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular (muito embora interesse público e interesse particular se confundam em face dos fins da atividade educacional). Apresentam-se, assim, alguns paradoxos: se em determinadas situações a natureza pública da função equipara o particular ao Estado, em outras frisa sua qualidade de mero delegado, submetido ao controle finalístico do Estado. Ademais, “aparentemente, a tendência de transformação das técnicas jurídicas aponta para um novo modelo de intervenção do Estado, baseado no controle e no contrato, o que se percebe na Lei 9.394, de 20.12.1996”<sup>324</sup>.

---

<sup>324</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A universidade e o estado. Algumas considerações acerca do papel do estado na atividade educacional de nível superior. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 24, Jul-1998, p. 63.

As negociações de consumo que importam em um vínculo que se prolonga no tempo, que envolve prestações mensais, costumam ter natureza complexa, visto que envolvem compromissos de crédito, prestação de serviços, fiscalização dessa prestação. Esse é o caso dos contratos privados de ensino, que perduram por longo período, devendo ainda ter a prestação dos serviços educacionais fiscalizada pelo Estado, pois envolvem um serviço essencial.

Viu-se que “o contrato é instrumento de circulação das riquezas da sociedade”, mas, “hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado”<sup>325</sup>. Por isso, devem os contratos privados de ensino proteger o direito fundamental à educação, o que se faz em uma relação contratual justa e em conformidade com os princípios constitucionais, a legislação infraconstitucional e o Código de Defesa do Consumidor.

Deste modo, sendo a norma consumerista de ordem pública transparece correto subdividi-la: i) em ordem pública *procedimental*; ii) ordem pública de *proteção à parte débil*; iii) ordem pública de *coordenação*; e iv) ordem pública de *direção*. Pela ordem pública *procedimental* consigne-se que a autonomia privada admite limites e exceções de tal forma que haja o *consentimento esclarecido* do consumidor, receptor da declaração de vontade conforme princípio da confiança, em que se verifica o incessante dever de *informar e oportunizar* por parte dos contratantes (estabelecimento de ensino superior privado), mesmo porque o consumidor deve ter dimensão cognoscitiva de seus direitos e obrigações, conforme dispõe o artigo 47 Código de Defesa do Consumidor. Pela ordem pública de *proteção à parte débil* põe-se em pauta a vulnerabilidade fática do consumidor não-profissional (estudantes) como exposto às falhas de mercado, dotando-lhe, mediante estatuto dirigista, de iguais oportunidades que o fornecedor (art. 2º, *caput*, CDC). Neste prisma destaque-se o *conteúdo vital mínimo* do consumidor-estudante como forma normativo-eloqüente de proteção à substância e subsistência da pessoa humana. Pela ordem pública de *coordenação* permite-se o controle de conteúdo dos contratos, conforme elenco exemplificativo das cláusulas abusivas arroladas no art. 51 do CDC, expurgando dos pactos os dispositivos que agridem a pessoa (em seus atributos e patrimônio), os bons costumes e a equidade e, ademais, exigindo a instrumentalização dos deveres anexos da boa-fé (dentre eles a *cooperação e renegociação da dívida*). Pela ordem pública de *direção*, busca-se a harmonia nas relações contratuais (art. 4º, CDC), pautando-se o direito do consumidor como princípio da “Constituição econômica”;

---

<sup>325</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 2010, p. 174.

justamente rumo ao equilíbrio mercadológico<sup>326</sup>.

Deve a confiança depositada nos contratos privados de ensino ser respeitada. E isso será possível com o respeito aos direitos fundamentais e uma tutela efetiva do Estado, uma vez que a educação é um serviço essencial, que mesmo quando prestada por um particular não perde sua essencialidade pública.

Afinal, como ensina Larenz “‘o homem é um ser histórico’. (...) O ‘mundo histórico’, que o homem cria em seu redor e no qual vive a sua vida é tanto contínuo como variável. (...) O Direito possui também a estrutura temporal da historicidade e se encontra em um processo contínuo de adaptação às variações do tempo histórico. (...) Quem quiser compreender o Direito do presente em seu estado atual, tem que contemplar também sua transformação histórica, sua abertura até o futuro”<sup>327</sup>. Deve-se, pois, compreender as necessidades surgidas com a massificação do acesso à educação nos contratos privados de ensino. Passa-se para a análise da concretude de tais contratos.

---

<sup>326</sup> MARTINS, Fernando R. Superendividamento e a necessidade de proteger o consumidor dele mesmo. In: *Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/superendividamento-e-a-necessidade-de-protger-o-consumidor-dele-mesmo/6323>>. Acesso em: 06/07/2012.

<sup>327</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, 2009, p. 178. (Tradução livre).

### 3 – CONTRATOS DE ENSINO: (IN)ADIMPLEMENTO, CONCRETUDE E VALOR DA PESSOA

A relação obrigacional tem sido visualizada sob o ângulo da totalidade, dentro de uma ordem de cooperação em que credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, assim, a expressão “obrigação como processo” sublinha o ser dinâmico da obrigação e as várias fases da relação obrigacional, que se ligam com interdependência. Entretanto, desde uma perspectiva dogmática, é necessário distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação<sup>328</sup>.

No contexto da relação obrigacional, Claudia Lima Marques chama a atenção para dois problemas. Afirma que “de um lado, visualizamos hoje – em virtude do princípio criador, limitador e hermenêutico da boa-fé (objetiva) – as obrigações como processos de cooperação no tempo, como feixes de deveres de conduta e de prestação direcionados a um só bom fim, o cumprimento do contrato”. Ocorre que “nesta visão dinâmica da obrigação, concentrar-se em apenas uma das ‘condutas’, em uma das ‘prestações’ é reduzir o espectro, uma vez que – se durar – muitas serão as ‘prestações principais’ no tempo, sem esquecer que na complexidade da vida atual, os fazeres são múltiplos, múltiplos são os ‘dares’ para satisfazer uma só necessidade de consumo e, acima de tudo, hoje já não está mais certo qual a prestação é principal”<sup>329</sup>.

A questão do adimplemento das obrigações torna-se ainda mais delicada quando se observa que as relações contratuais apresentam-se hoje como o palco de inúmeros paradoxos, compondo uma realidade onde o novo e o antigo se misturam, onde pontos de vista tradicionalmente tidos como contraditórios se aproximam e se incluem. No resultado geral, pode-se afirmar, as fronteiras são fluidas, as ordens são plúrimas e as soluções são várias. Assim, no âmbito contratual privado, a ilusão de uma segurança jurídica foi definitivamente alcançada pela dúvida e pela perplexidade, atingida pela ausência de pontos de partida seguros e de premissas básicas que sirvam de cimento ao estrato teórico novo que indica estar em formação. O único consenso, conforme afirma Maria Luiza Pereira Feitosa, parece ser a constatação de que já não há mais consenso<sup>330</sup>.

<sup>328</sup> SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, pp. 17-20.

<sup>329</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 33, Jan-2000, p. 84.

<sup>330</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, 2007, p. 287.

O contrato que envolve as instituições superiores privadas e os estudantes, – já classificado com contrato bilateral, oneroso, comutativo e de longa duração –, não se distancia da realidade acima descrita. Há prestações recíprocas a serem cumpridas pelas partes, entre elas, destaca-se o dever do aluno de cumprir o pactuado arcando com o pagamento dos valores avençados, e o dever da instituição de fornecer o serviço educacional dentro dos padrões de qualidade exigidos, em atenção ao princípio da *garantia do padrão de qualidade* (art. 206, VII CF), seja por meio de corpo docente qualificado<sup>331</sup>, cumprimento das ementas curriculares, enfim, primando pela melhor forma de transmissão do conhecimento e informação necessários ao exercício da profissão. Além disso, é comum as instituições superiores privadas prometerem a inserção rápida do aluno no mercado de trabalho, a facilidade em encontrar estágios e orientações, ou seja, quanto maior a publicidade veiculada, maior e mais abrangente se torna a obrigação contratual.

No campo do adimplemento contratual por parte da instituição privada de ensino superior e a responsabilidade decorrente do seu descumprimento, pode-se mencionar, a título de exemplo, a previsão do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 20, da responsabilidade do fornecedor em três hipóteses, quais sejam, em caso de vícios por impropriedade<sup>332</sup>, vícios por diminuição do valor<sup>333</sup> e vícios por disparidade com as indicações informativas. Quando se trata de hipótese de vício de quantidade no serviço, na maior parte dos casos, não se deve tomar a medida máxima de rescisão do contrato, com restituição do valor pago e perdas e danos, salvo em casos excepcionais, em que o vício de quantidade for capaz de afetar de forma direta a qualidade do serviço prestado.

Também dentro dessa perspectiva, cabe mencionar o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que estabelece a responsabilidade do fornecedor de serviços, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos

---

<sup>331</sup> O art. 13, inciso III, da Lei 9.394/96 prevê, dentre os deveres dos docentes, o de “zelar pela aprendizagem dos alunos”.

<sup>332</sup> Imagine-se o caso de uma instituição de ensino superior privada que não obtém a renovação do ato que permite o seu funcionamento. Caso não ocorra o credenciamento ou venha, antes do ciclo quinquenal, ocorrer o descredenciamento, os alunos não perdem o direito aos estudos feitos. Terão, contudo, que prosseguir seus estudos em outra universidade, centro universitário ou faculdade. Muitas vezes, por razões financeiras, as mantenedoras privadas têm que suspender o funcionamento, tendo em vista não haver um equilíbrio econômico. Isso é permitido. Entretanto, têm que ser preservado o direito dos alunos e garantida a continuidade de estudos em outra unidade de ensino, mantendo as mesmas condições quanto a valores de anuidade e, especialmente, currículo semelhante. O descumprimento dessas regras permite que o aluno recorra ao Poder Judiciário para receber indenização por danos patrimoniais e patrimoniais. Não é possível que a Justiça determine a continuidade de funcionamento do curso, mas é de sua competência a fixação de valor desse ressarcimento. Disponível em: <[http://www.ipae.com.br/direitoeduca/cart\\_direit\\_educ.htm](http://www.ipae.com.br/direitoeduca/cart_direit_educ.htm)> .

<sup>333</sup> Não cumprimento da carga horária, por exemplo, pelas constantes faltas dos professores, sem qualquer reposição.

consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. A esse respeito deve-se fazer referência a Antônio Herman Benjamin, que expõe o fato de que o tratamento conferido pelo Código de Defesa do Consumidor supera a clássica dicotomia existente entre a responsabilidade contratual e extracontratual (ver nota 346 *infra*), pois o que justifica a responsabilidade civil do consumidor é o próprio vínculo, “a relação de consumo, contratual ou não”. Dessa forma, na sociedade de consumo essa dicotomia, de acordo com o autor, não faz sentido, “especialmente se se quer um regramento apropriado do fenômeno dos vícios de qualidade por insegurança”<sup>334</sup>. Aliás, é a segurança hoje um novo nexos de imputação a ser observado na responsabilidade pelo fato do serviço.

A Lei federal 9.870, de 23.11.1999, alterada pelas Medidas Provisórias 1.930, de 29.11.1999 e 2.173 de 23 de agosto de 2001, regulamenta o Contrato de Prestação de Serviços Educacionais com normatividade específica, disciplinando desde as condições de validade para a sua celebração até as consequências decorrentes do inadimplemento das obrigações avençadas. Com a edição posterior do novo Código Civil, em vigor a partir de janeiro de 2003, a prestação de serviços, como gênero, foi amplamente disciplinada sob o título “Da Prestação de Serviço”. Logo, a Lei 9.870/99, como Lei especial, continua a reger os contratos de prestação de serviços educacionais e as regras do novo Código Civil lhe são aplicadas subsidiariamente, em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, tudo em respeito à Constituição Federal e à unidade do ordenamento.

Nesse sentido, para se perceber as peculiaridades dos contratos privados de ensino, é necessário melhor compreender os negócios contemporâneos de maior complexidade, como é o caso dos contratos relacionais – conceito no qual se encaixam os contratos privados de ensino – aqueles constituídos por períodos extensos ou por períodos reduzidos, desde que suscetíveis de prorrogação, criando entre as partes fortes vínculos de cooperação e solidariedade<sup>335</sup>. Dessa forma, mesmo nos contratos relacionais que sejam de adesão – como é o caso dos contratos objeto de estudo – não se falará na perda do aspecto relacional, uma vez que tal aspecto se faz presente “numa forma momentaneamente descontínua e instantânea, o que, entretanto, não lhes desfigura necessariamente as demais características relacionais que continuam dominantes. Assim, é nos contratos de adesão para computação, matrícula em

---

<sup>334</sup> BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 147/148.

<sup>335</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, 2010, p. 97.

escola, alistamento militar (...)”<sup>336</sup>.

Em tais contratos – relacionais de prestação de serviços – destaca-se também, conforme aduz Claudia Lima Marques, a relevância do elemento tempo; tempo que significa, de acordo com a autora, “maior confiança, menor atenção, maior dependência e uma nova posição de catividade frente ao serviço prestado, tempo significa também ‘necessidade no futuro’, segurança esperada, daí a idéia de manutenção do vínculo (art. 51, § 2.º, do CDC) e direito a serviços públicos essenciais contínuos (art. 22 do CDC)”<sup>337</sup>.

Em contratos relacionais é preciso controlar ou regular uma relação que se prolonga no tempo, pois existe a dificuldade muito grande de trazer para o momento presente todas as circunstâncias futuras que podem afetar o conteúdo desta relação contratual. Como controlar a qualidade, preço, tipo de informação que estão envolvidos num contrato relacional? Como saber se a qualidade do serviço se mantém a mesma? Como conciliar a inovação tecnológica com o conceito de adequação do serviço? Como saber o preço que se pagará pelo serviço depois de cinco ou dez anos? Tais indagações feitas por Ronaldo do Porto Macedo Junior indicam, como o próprio autor afirma, que “os contratos relacionais exigem uma inclusão de mecanismos para a revisão e o replanejamento desta relação, isto é, o replanejamento, a retificação, a reformulação nos termos da relação contratual é algo ‘natural’, é algo normal na vida dos contratos relacionais, ao passo que a revisão de cláusulas contratuais é algo excepcional na vida dos contratos descontínuos”<sup>338</sup>.

Por isso, justifica-se a necessidade de analisar os contratos de ensino de maneira equitativa, de forma a explicitar as abusividades presentes e a responsabilidade decorrente de tais imperfeições. Para tanto, indispensável o recurso à jurisprudência, que embora se mostre tímida em matéria de litígios envolvendo o ensino superior privado e a justiciabilidade do direito à educação<sup>339</sup>, para apontar as decisões que poderiam oferecer um padrão ao julgador, de acordo com princípios gerais. Embora possa se refletir sobre a afirmação de que “o

<sup>336</sup> MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 136.

<sup>337</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 33, Jan-2000, p. 87.

<sup>338</sup> MACEDO Jr., Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos - a perspectiva do direito do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 37, Jan-2001, p. 82.

<sup>339</sup> Afirma Flavia Piovesan que “o incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas que envolvem a tutela dos direitos sociais e econômicos no Brasil reflete ainda um ‘estranhamento recíproco’ entre a população e o Poder Judiciário, tendo em vista que ambos apontam o distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional”. (PIOVESAN, Flavia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68)

momento fragmentário atual não é o mais propício para elaborar teorias gerais”<sup>340</sup>, necessário é traçar alguns parâmetros para compreender e analisar, criticamente, a tendência majoritária das decisões que envolvem os contratos privados de ensino superior.

Ademais, como ensina Larenz, a Jurisprudência ocupa uma posição privilegiada entre as ciências do Direito, pois representa a conexão da ciência com sua missão na práxis jurídica, ela se dedica em princípio sempre a uma ordem jurídica determinada, dessa forma, as soluções de uma ordem jurídica positiva são, com frequência, respostas a problemas jurídicos gerais, que se desenvolvem da mesma maneira em todos ou na maior parte dos ordenamentos jurídicos<sup>341</sup>. Deste modo, afirma o Larenz que “a aplicação do Direito e o desenvolvimento do Direito caminham juntos”<sup>342</sup>. Tal perspectiva demonstra a importância da Jurisprudência e do sistema aberto<sup>343</sup> para a Ciência do Direito, uma vez que não se pode conceber uma ciência da sociedade de forma estática, ela deve evoluir e essa evolução se consegue por meio da *aplicação* do Direito. Ao ser aplicado ele é discutido, debatido e modificado para melhor se adequar aos seus fins<sup>344</sup>.

Nesse sentido, destaca-se a importância da concretude do tema que se estuda, pois, “para haver um acto justo, não é do homem abstrato que devemos falar. O homem abstrato não existe. É uma abstração. Pode servir para falar de Justiça academicamente, como essência, como ideia. Mas onde a Justiça se realiza, ou não, é nos casos concretos, é perante as pessoas concretas de alma, carne e osso feitas”<sup>345</sup>. A grande dificuldade hoje é atribuir solução ao caso concreto, solução esta que seja permeada pela segurança e uniformidade do que se decide.

---

<sup>340</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 33, Jan-2000, p. 79.

<sup>341</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, 2009, p. 181.

<sup>342</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, 2009, p. 215.

<sup>343</sup> Canaris traz a noção de sistema aberto, afirma, “entende-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema; neste sentido, o sistema da nossa ordem jurídica hodierna pode caracterizar-se como aberto”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2 ed. Lisboa : Calouste Gulbenkinan, 1996, p. 104.

<sup>344</sup> João Baptista Machado, valendo-se das lições de Luhmann, elucida que o Direito serve para combinar duas funções, quais sejam: assegurar expectativas geradas pelas condutas comunicativas das pessoas responsáveis e dirigir e coordenar dinamicamente a interação social; e criar instrumentos aptos a dirigir e coordenar essa interação. Para o autor português, na primeira função, o Direito reinstucionaliza instituições sociais e, na segunda opera como mecanismo de institucionalização. Nesse sentido, o Direito tutela e cria uma rede suficientemente complexa de agregação de expectativas e de orientações da ação. O que, por seu turno, permite múltiplas possibilidades de ação com forte probabilidade de realização efetiva, assim como a elaboração da experiência humano-social dentro de certos quadros e a expressão de um discurso intersubjetivamente vinculante que, viabilizando o enquadramento dos conflitos e o controle das decisões, institui uma ordem de si mesmo apta a desaconselhar a opção pelo recurso à força. (MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. In: *Obra dispersa*, 1991, p. 346 – 347).

<sup>345</sup> FERREIRA, J. O. Cardona. Justiça – os caminhantes e os caminhos. In: *O Direito*. (Director : MIRANDA, Jorge). Lisboa: Almedina, 2010, Ano 142º, V, pp. 814/815.

Será analisado o tema do cumprimento do contrato de ensino, para isso, dividiu-se o estudo em duas partes, quais sejam, a responsabilidade contratual e a extracontratual por violação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva<sup>346</sup>. Ao Direito contemporâneo cabe o desafio da reparação dos danos que a atividade dos homens causa aos outros homens, visto que não mais se aceita o drama da civilização material que impõe sacrifícios e relega as vítimas à fatalidade. Os conflitos cotidianos multiplicam-se, sobrecarregando o Judiciário e exigindo a reelaboração constante do conceito de responsabilidade civil.

Tal reelaboração, que já se iniciou e continua em seu processo, deve sempre ser feita em acordo com “(...) a base da dignidade da pessoa humana, conquista civilizatória fundamental”, a qual “poderá ser mitigada para operar por meio de uma racionalidade economicista do Direito ou mesmo banalizando-se por ausência de uma adequada metodologia de investigação jurídica que seja feita, isto sim, na medida do sujeito concreto, pessoa que é portadora de necessidades reais e efetivas, e não apenas como conjunto de conceitos sequestrados por uma racionalidade formal e abstrata, descompromissada com o seu espaço e com o seu tempo”<sup>347</sup>. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana e o sujeito concreto serão premissas observadas ao longo da análise do cumprimento do contrato de ensino e a responsabilidade contratual e extracontratual derivadas do inadimplemento dos deveres impostos pelo contrato ou decorrentes da boa-fé objetiva, que se faz a seguir.

---

<sup>346</sup> Nesse sentido, cabe mencionar, a despeito de se ter conhecimento – e certa razão para aqueles que o fazem – de autores que não mais acreditam na divisão em responsabilidade contratual e extracontratual (no Brasil com o advento do Código Civil de 2002 reúnem-se em um mesmo instituto, os princípios relativos aos *efeitos* da responsabilidade civil, bem como, os efeitos comuns às suas *modalidades*), a exemplo de Fernando Noronha, o qual afirma: “(...) a bipartição ‘responsabilidade contratual’ e ‘extracontratual’ reflete um tempo passado, o da elaboração da distinção (o século XVII, época de formação do novo sistema econômico capitalista, com a atenção voltada para a tutela das transações comerciais), em que se dava o máximo relevo às obrigações assumidas no âmbito da autonomia privada, relegando a lugar secundário as ‘não contratuais’. Atualmente já se vai reconhecendo que a responsabilidade que era chamada de extracontratual não é simplesmente aquela que fica para além dos contratos, ela é bem mais importante, é o regime-regra da responsabilidade civil”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 455). Entretanto, como há ainda implicações em não se considerar a bipartição (por exemplo, com relação a contagem do termo prescricional), adota-se, para fins metodológicos, no presente trabalho a bipartição e estuda-se de forma separada a responsabilidade contratual da extracontratual – o que não quer dizer, conforme já se afirmou, que não se reconheça a obrigação como processo e não dividida em fases estanques – em virtude da ausência de espaço para longa digressão sobre o tema. Com relação ao tema ver também: MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos*. Responsabilidad contractual. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 45 ss.; Ver também: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v.1, p. 132; Claudia Lima Marques: “a imposição da solidariedade na cadeia de produção ou organização dos serviços têm como reflexo mais destacável a superação da *suma divisio* entre a obrigação contratual e extracontratual. Esta é uma contribuição importante do Código de Defesa do Consumidor ao Direito Civil”. (MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 33, Jan-2000, pp. 95/96).

<sup>347</sup> FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 903, Jan-2011, pp. 33.

### 3.1 Cumprimento do Contrato de Ensino e Responsabilidade Contratual

O negócio jurídico que se fundamentou na autonomia privada, *um contrato privado de ensino*, carrega consigo uma carga de responsabilização por parte daquele que declarou sua vontade livre e espontaneamente (*a instituição superior privada*), pois ela faz surgir no outro (*o estudante*) uma expectativa com base em uma confiança, que deverá ser respeitada na execução das prestações. De outro lado, há na carga de boa-fé do estudante o dever de pagamento, bem como demais reflexos decorrentes da sua manifestação de vontade de contratar com aquela instituição de ensino.

Parte-se do pressuposto de que em uma relação contratual “o cumprimento da obrigação é a regra; o inadimplemento, a exceção. Vários são os motivos que levam o contratante a cumprir o que prometeu. Primeiramente, a simples ética (...)”<sup>348</sup>, esse era o posicionamento de Agostinho Alvim descrito no início do século passado, mas que hoje merece ressalvas. Tendo em vista as relações complexas, a vulnerabilidade do consumidor, podem ocorrer outros motivos, que não a simples falta de ética, que levem ao inadimplemento da obrigação por parte do consumidor. Assim, “que alguém esteja ‘vinculado’ a um tratado, que ‘deva’ cumpri-lo, não quer dizer o mesmo que ele tenha que esperar ‘sanções’ por parte do ordenamento jurídico para o caso de não cumprimento”<sup>349</sup>.

Deve ser feita análise, de acordo com o caso concreto, das situações que envolvem o contrato e que levaram o consumidor, no caso o estudante do ensino superior privado, ao inadimplemento da obrigação contratual. Não se pode perder o foco de que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas segundo o fim da norma. Nesse contexto, importante esclarecimento de Daniel Sarmiento de que “os direitos sociais e econômicos devem também influenciar decisivamente a interpretação e a aplicação das normas jurídicas infraconstitucionais incidentes sobre as relações privadas”<sup>350</sup>. Assim, quando se analisa a concretude das relações jurídicas, que envolvem os estudantes e as instituições privadas de ensino superior, deve-se adotar aquela interpretação que favoreça o direito à educação – direito fundamental social –, o que torna possível que o contrato seja justo e equilibrado.

Pondera Larenz que a validade do contrato deve levar em consideração as declarações orais ou escritas das partes, que podem ser objeto de prova no processo, devendo o jurista comparar o contrato com a lei indagando se os pressupostos exigidos na lei para a conclusão

---

<sup>348</sup> Ver: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 6.

<sup>349</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, 2009, p. 187.

<sup>350</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2008, p.299.

válida do contrato são observados e se o conteúdo não infringe as exigências legais. “Trata-se, de um lado, do sentido intentado do sucesso, de outro, do sentido de determinadas normas a ele aplicáveis; e, finalmente, de se o sucesso assim enunciado é conforme à norma”<sup>351</sup>.

Nesse sentido, importante refletir acerca da aplicação dos princípios no adimplemento das relações contratuais. Betti lança alguns questionamentos que merecem destaque: “Como deve se entender o princípio da boa-fé que rege o cumprimento das obrigações?” Responde que: “a boa-fé submete a controle, por inteiro, o comportamento das partes; não somente de uma delas, mas também da outra, em suas recíprocas relações, tanto enquanto que também a outra parte deve encontrar satisfeita uma expectativa própria”. A boa-fé poderia, assim, ser caracterizada como “um critério de conduta que se funda sobre a fidelidade do vínculo contratual e sobre o *compromisso* de satisfazer a legítima expectativa da outra parte: um compromisso em pôr todos os recursos próprios ao serviço do interesse da outra parte na medida exigida pelo tipo de relação obrigatória de que se trate; compromisso em satisfazer integralmente o interesse da parte credora da prestação”<sup>352</sup>.

Portanto, não se questiona, como há tempos já afirmara Agostinho Alvim (conforme citação acima), que o normal é que as obrigações sejam adimplidas no exato termo em que foram contratadas. Entretanto, como as circunstâncias da vida concreta e real envolvem uma série de acontecimentos, alguns deles que fogem à previsibilidade, deve a apreciação incidir casuisticamente naquela relação para se adotar a melhor solução frente ao inadimplemento, seja do devedor/consumidor, seja do credor/fornecedor.

O contrato de prestação de serviços educacionais pressupõe a satisfação dos requisitos previstos na Lei 9.870/99. De acordo com referida lei, artigo 1º, *caput*, o contrato terá vigência por período anual ou semestral, conforme o regime didático adotado pelo estabelecimento de ensino. O artigo 1º, §1º, prevê também que os serviços sejam contratados mediante remuneração com vigência pelo período de um ano e que essa remuneração seja dividida em doze ou seis prestações, conforme o período de duração do serviço. Assim, o contrato privado de ensino possui especificidades que deverão ser consideradas quando do exame da responsabilidade contratual.

Entretanto, antes do exame dessas peculiaridades do contrato privado de ensino, é pertinente o estudo do aspecto histórico e evolutivo do regime da responsabilidade civil o que permite, em linhas gerais, conhecer as mudanças de paradigma frente aos acontecimentos

---

<sup>351</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2009, p. 185.

<sup>352</sup> BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*, 1969, p. 114.

danosos e culmina, segundo Marcelo Dias Varella<sup>353</sup>, no socorro à solidariedade.

Nesse sentido, é pertinente traçar em breves linhas uma parte da evolução da responsabilidade civil. No entanto, o intuito não é o da construção de um esboço histórico pormenorizado, eis que descabido para os limites da presente dissertação. Procurar-se-á apresentar as linhas gerais da transformação da responsabilidade civil para que o instituto seja assimilado em sua essência dinâmica, capaz de adaptar-se às transformações sociais, a fim de obter sempre o reequilíbrio desfeito por ocasião de um dano.

No seio da Revolução Francesa forjou-se, como afirma Cláudio Luiz Bueno de Godoy<sup>354</sup>, uma normatização civil que visava garantir autonomia às pessoas diante do Estado e segurança dos mecanismos jurídicos de atuação econômica e de acesso à propriedade por parte da classe burguesa. Arnoldo Wald afirma que embora o Código Napoleônico fosse inspirado nos princípios da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – restou consagrado o princípio da autoridade. Autoridade do pai sobre os filhos, do marido sobre a mulher, do dono na gestão dos seus bens, do patrão sobre o assalariado<sup>355</sup>. Tal princípio justificava-se pelas bases do mundo novo que se abria a partir da ruptura das antigas amarras feudais marcadas pelo poder dos nobres e monarcas. Propalavam-se, com impulso dos ideais burgueses, os direitos de liberdade, de propriedade e de contratar.

No seio de tais condições, o Código de Napoleão faz erigir, no âmbito da responsabilidade civil, a chamada doutrina subjetiva, sob o fundamento de que a reparação do dano causado é a culpa<sup>356</sup>. À semelhança do que ocorreu na França, o Código Civil Brasileiro de 1916 também surge após grandes transformações sofridas pela sociedade, com destaque para a abolição da escravatura e proclamação da República no final do século XIX. Vale lembrar que, nesse contexto, a sociedade brasileira passava por rápida e importante evolução econômica e social, presenciando o nascimento da atividade industrial e da classe média. Por conta de tais antecedentes, internos e externos, restou ao Código Civil Brasileiro de 1916 um perfil marcadamente individualista e patrimonialista.

Nesses moldes, a responsabilidade civil voltava-se para a identificação de um culpado pela reparação de patrimônio desfalcado em razão do ilícito cometido<sup>357</sup>. A legislação civil imprime à responsabilidade civil um caráter individualista, assentada no critério da culpa do

---

<sup>353</sup> VARELLA, Marcelo Dias (Coord). *Responsabilidade e socialização do risco*. Conselho de Estado da França. Trad. Michel Abes. Brasília: UniCEUB, 2006, p.13.

<sup>354</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

<sup>355</sup> WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 845, Mar-2006, p. 82.

<sup>356</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990, p. 19.

<sup>357</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo Risco da Atividade*, 2009, p. 10.

ofensor, cabendo a este, com vistas à recomposição do patrimônio da vítima, uma obrigação ressarcitória.

Restou assentada, pois, no antigo Código Civil, a regra geral da responsabilidade subjetiva. O art. 159 da lei civil, ao definir os atos ilícitos, estabelecia: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*”. A determinação da responsabilidade, pois, pressupunha a existência de culpa, assim como a reparação do dano pressupunha a prática de um ato ilícito. Na ausência de prova de culpa, não há como ser imposta a obrigação de reparar o prejuízo.

A partir do artigo mencionado, é possível entender, com fulcro em Maria Celina Bodin de Moraes, que o Código Civil de 1916 fundou o seu sistema de responsabilidade civil na prática de um ato ilícito, isto é, numa cláusula geral cujo elemento nuclear se configurava na noção de culpa lato sensu<sup>358</sup>.

Tal noção se manteve no Código Civil de 2002, eis que, seu art. 927 impõe a obrigação de reparar o dano causado a todo aquele que praticar um ato ilícito, remetendo o intérprete ao art. 186, cuja redação conceitua ato ilícito, ou seja, aquele marcado pela ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente, que viola direito ou causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

A evolução econômica e social acabou por fazer da responsabilidade civil *o problema central do Direito Privado no Século XX*<sup>359</sup>. A revolução industrial, a evolução tecnológica, as novas condições econômicas, a explosão demográfica e a ideia de solidariedade social alavancaram a discussão da responsabilidade civil ao topo das maiores controvérsias do direito privado da atualidade. Aos poucos, em face das múltiplas situações de danos e dos crescentes reclames indenizatórios, foi sendo reconhecida a insuficiência da teoria da responsabilidade subjetiva. E esse fenômeno não se deu exclusivamente no Brasil.

A entrada em vigor do novo Código Civil, em 2002, bem expressa a mudança de perspectiva da responsabilidade civil, visto que a ampliação de seu campo de abrangência acaba por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua

---

<sup>358</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, Ano 95, v.854, dez.- 2006, p. 12. Sobre o conceito de cláusula geral: Judith Martins Costa, em sua obra *A boa-fé no direito privado*. São Paulo, RT. 2000, p. 303 afirma, “*constitui uma disposição normativa que utiliza um enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico*”. As cláusulas gerais, pois, adaptam-se às diversas situações fáticas, flexibilizando o sistema e dispensando alterações legislativas recorrentes.

<sup>359</sup> WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 845, Mar-2006, p. 84.

configuração. Giselda Hironaka<sup>360</sup> ressalta que a atual legislação introduziu uma regra geral bem distinta da que se teve, até então. Introduziu o sistema geral da imputação da obrigação de indenizar por atribuição meramente objetiva, ou seja, não prescreve tal dever apenas em situações individualizadas e excepcionais, mas cria um preceito legal geral de responsabilidade civil objetiva. É o que se percebe da leitura do art. 927<sup>361</sup>, parágrafo único, do novo Código.

O ordenamento opta por priorizar os princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade em detrimento da finalidade sancionadora anterior. Significa que as relações intersubjetivas passam a ser impregnadas pela realização da função social, da eticidade e da dignidade da pessoa humana.

Esse equilíbrio deve estar presente nas relações contratuais entre as instituições superiores privadas de ensino e os estudantes. Dessa forma, as ações judiciais de iniciativa do aluno ou consumidor contratante – que podem abranger todo o grande leque de alternativas admitidas em lei – têm, geralmente, como base questionamentos referentes à validade e às consequências decorrentes do vínculo obrigacional estabelecido a partir da assinatura do contrato e do pagamento da primeira mensalidade, do contrato com suas cláusulas e obrigações específicas, do serviço prestado ou à sua forma de prestação, da legislação editada pelas autoridades educacionais, do reajuste das mensalidades, entre outros. As ações judiciais de iniciativa da instituição privada de ensino superior ou fornecedor contratado têm como fundamento, na maior parte dos casos, o inadimplemento contratual por parte do estudante, o não pagamento das mensalidades, a tentativa de renovação da matrícula ou a sua não renovação (abandono do curso sem comunicar à secretaria), etc. Tais casos serão tratados em seguida, por meio das decisões angariadas nos tribunais.

### *3.1.1 Inadimplemento Absoluto e Relativo (Mora)*

Uma das discussões em torno da questão de ser ou não a escola uma atividade econômica, está diretamente relacionada ao custo do ensino particular e à tormentosa questão

---

<sup>360</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências Atuais da Responsabilidade Civil: marcos teóricos para o Direito do Século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 225.

<sup>361</sup> CC/2002: Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para aos direitos de outrem”.

do adimplemento das obrigações contratuais por parte do aluno e da instituição privada de ensino. Nesse conflito entre a economicidade do contrato *versus* a essencialidade do serviço prestado vivem os contratos privados de ensino, pois, ao mesmo tempo em que a instituição precisa se manter – independentemente da forma como seja constituída – o aluno tem direito ao acesso à educação de qualidade e algumas garantias devem ser a ele conferidas. Nesse contexto, é importante compreender como serão tratados o inadimplemento absoluto e a mora nessa dualidade patrimonial e existencial que permeia os contratos privados de ensino.

A mora vem regulamentada nos artigos 394 a 401 do Código Civil, sendo que o conceito de mora pode ser retirado da leitura em conjunto dos artigos 394 e 396. Assim, “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer” (art. 394), “não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora” (art. 396). O artigo 395, por outro lado, traz o principal efeito da mora do devedor, que consiste na responsabilidade deste pelos prejuízos a que sua mora der causa mais juros, atualização dos valores monetários, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Sendo que “se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos” (art. 395, parágrafo único).

Acerca da distinção entre mora e inadimplemento absoluto ensina Agostinho Alvim, seguido pela doutrina dominante, que o critério para a distinção reside na possibilidade ou impossibilidade de acordo com o credor, ou seja, na possibilidade ou não de ele receber a prestação, pois, “com efeito, se admitirmos, como vulgarmente se diz, que o inadimplemento absoluto é a impossibilidade de ser cumprida a obrigação pelo devedor” esta fórmula é verdadeira para vários casos, mas não para todos. “Portanto, o inadimplemento absoluto é precisamente a impossibilidade de receber; e, a mora, a persistência dessa possibilidade”<sup>362</sup>.

De tal modo, para se falar em *mora*, em lugar de inadimplimento ou não-cumprimento definitivo, não basta que a prestação que o devedor deixou de efetuar no momento oportuno ainda seja abstratamente possível, é necessário que, com o retardamento, a prestação não se torne inútil para o credor<sup>363</sup>.

Poderá se falar em mora das instituições privadas de ensino quando elas dificultam o recebimento dos meios de quitação do devedor (o estudante, ou seu responsável) com o fim de, posteriormente, cobrar cláusula penal do “inadimplente”. Pode-se afirmar que é esse um caso de mora, com verdadeiro abuso, praticado pelo estabelecimento de ensino.

---

<sup>362</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 1980, p. 41/44.

<sup>363</sup> VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. (Volume 2). Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 57.

Isso porque, conforme ensina Antunes Varela, “ocorre a mora do credor quando o credor quem, devendo realizar atos de cooperação com o devedor, para a realização da prestação, falha na atividade preparatória da prestação”<sup>364</sup>.

Também incorre em mora o estudante/consumidor que não arca com o pagamento da mensalidade no tempo correto. Nesse caso, entretanto, em que há um inadimplemento relativo, não podem os alunos sofrer, naquele semestre ou ano, os efeitos desse inadimplemento. Poderão e deverão ter acesso aos seus documentos, caso deles necessitem; participar de todas as atividades previstas, como a realização de provas e trabalhos<sup>365</sup>. Não poderão, entretanto, renovar a matrícula antes de adimplir os seus débitos junto à instituição. Trata-se de questão relacionada à regulação dos contratos de prestação de serviços educacionais e a questão da continuidade da prestação do serviço pelo estabelecimento educacional, em face da inadimplência do aluno ou responsável.

No que tange ao inadimplemento e rematrícula de alunos nos semestres seguintes, cabe destacar que, o prestador de serviços educacionais não está obrigado a renovar a matrícula (ou contrato) com o contratante inadimplente, conforme decorre do disposto no artigo 5º da Lei 9.870/99. De acordo com o dispositivo há obrigatoriedade da renovação da matrícula do aluno, exceto quando nos casos em que houver inadimplência. Dessa forma, a renovação da matrícula é um direito assegurado àqueles que estiverem em dia com os pagamentos perante a instituição privada de ensino<sup>366</sup>. Entretanto, conforme já se mencionou,

---

<sup>364</sup> VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*, 1978, p. 152.

<sup>365</sup> Assim decidiu a jurisprudência: ESTABELECIMENTO DE ENSINO - Universidade particular - Retenção do certificado de colação de grau em razão do inadimplemento das mensalidades - Inadmissibilidade - Ato que viola direito líquido e certo, uma vez que a instituição possui outros meios legais de cobrança do crédito - Inteligência do art. 6.º, § 1.º, da Lei 9.870/99. EMENTA OFICIAL: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. ATRASO NO PAGAMENTO DE MENSALIDADES. PROIBIÇÃO DE COLAÇÃO DE GRAU E RETENÇÃO DO COMPROVANTE DE CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 6.º DA LEI 9.870/99. 1) Hipótese em que o impetrante busca, por meio de ação mandamental, uma decisão judicial que lhe assegure o direito à colação de grau, bem com ao fornecimento do comprovante de conclusão do curso superior de Direito realizado na Sociedade Educacional do Espírito Santo - Sedes, haja vista o indeferimento do pedido, em razão de estar inadimplente quanto ao pagamento de algumas mensalidades relativas ao ano de 1999.2) A suspensão de provas escolares, a retenção de documentos ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas, por motivo de inadimplemento de aluno, não encontram respaldo legal, consoante dispõe o art. 6.º e seu § 1.º da Lei 9.870/99.3) Deve a instituição de ensino valer-se dos meios legais de cobrança, sendo ilegal a negativa de expedição do diploma em razão da existência de débitos.4) Remessa necessária improvida. (Remessa Ex Officio em MS 1999.50.01.005033-7. Relator: Des. Federal Antônio Cruz Netto. TRF-2.ª Reg. - REO 1999.50.01.005033-7 - 5.ª Turma - j. 16/1/2008 - v.u. - rel. Antônio Cruz Netto - DJU 28/1/2008 - Área do Direito: Administrativo).

<sup>366</sup> Notícia interessante é a veiculada no *site* do STJ: “a Segunda Turma manteve decisão que garantiu a uma aluna a rematrícula no curso de Direito. A faculdade havia negado a renovação porque o pai da estudante, aluno do curso de Ciências Contábeis na mesma instituição de ensino, estava com mensalidades em atraso. No STJ, o recurso do centro universitário alegava que como os pais são, via de regra, os representantes capazes dos alunos, o impedimento previsto em lei deveria ser aplicado ao caso. O relator, ministro Mauro Campbell Marques, considerou que a inadimplência não se referia à aluna, mas a terceiro, e por isso deveria ser afastada a exceção que possibilita o impedimento à renovação de matrícula prevista na Lei 9.870/99 (REsp 1.096.242)”. Disponível

o aluno inadimplente não poderá sofrer restrições de acesso à educação até o final do período letivo (ou do contrato) – por exemplo, a instituição não pode deixar de aplicar as provas referentes àquele semestre, deixar de divulgar as notas, ou não permitir a retirada de documentos dos alunos inadimplentes (art. 6º Lei 9870/99) – , mas garantiu-se à escola contratada o direito de recusar a renovação de sua matrícula para o próximo semestre ou ano, sempre que houver atraso superior a 90 dias, mesmo que numa única mensalidade<sup>367</sup>.

No entanto, importante ressalva deve ser observada pelas instituições privadas de ensino, pois, caso o estudante, mesmo que fora do prazo de matrícula, realize o acerto financeiro completo do período anterior e esteja, de alguma forma, frequentando as aulas existe o risco de a instituição ser obrigada a aceitar sua matrícula extemporânea, ou seja, fora do prazo. É o que retrata importante decisão do Tribunal Federal da 1ª Região, que assim decidiu num caso de aluno de instituição de ensino superior<sup>368</sup>.

Tais posicionamentos são coerentes com o que dispõe o §1º do artigo 6º da Lei 9.870/99, que ao tratar das ações judiciais pertinentes ao estabelecimento de ensino, proibiu o que denomina de “desligamento do aluno antes do final do ano ou do semestre letivos”. Também o §2º do mesmo artigo autorizou o exercício dos “procedimentos legais de cobrança judiciais”. Logo, restou proibida a ação de rescisão contratual por inadimplemento do contratante. A expressão “procedimentos de cobrança judicial” indica, além da cobrança como ação típica, a possibilidade do uso de todos os meios judiciais possíveis, os quais visem

---

em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104488](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104488)>. Acesso em: 24/01/2012.

<sup>367</sup> Esse é o entendimento da jurisprudência: “A Constituição Federal, no art. 209, I, dispõe à iniciativa privada o ensino, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional. A Lei 9.870/99, que dispõe sobre o valor das mensalidades escolares, trata do direito à renovação da matrícula nos arts. 5º e 6º, que devem ser interpretados conjuntamente. A regra geral do art. 1.092 do CC/16 aplica-se com temperamento, à espécie, por disposição expressa da Lei 9.870/99. O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido. O atraso no pagamento não autoriza aplicar-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99), mas está a entidade autorizada a não renovar a matrícula, se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas”. (REsp nº 660439/RS, Relª Minª Eliana Calmon, DJ 27/06/2005).

<sup>368</sup> O caso foi o seguinte: A UNIUBE - Universidade de Uberaba/MG terá que efetivar matrícula de aluno inadimplente. A decisão da 5.ª turma do TRF da 1ª região mantém sentença anterior com tem base no artigo 205 da CF 88, de acordo com o qual há de se privilegiar o exercício do direito constitucional à educação em detrimento dos interesses financeiros da instituição de ensino. A universidade alegava que o estudante, do curso de Direito, efetuou o pagamento dos débitos pendentes fora do prazo previsto para matrícula no calendário acadêmico, fazendo com que perdesse o prazo de matrícula. De acordo com os autos, mesmo após a quitação do débito o aluno foi impedido de renovar matrícula. Para o relator, o desembargador Federal Souza Prudente, tal penalidade não possui qualquer amparo legal, visto que, uma vez quitada a dívida, mesmo com atraso, é descaracterizado o estado de inadimplência. Existem, ainda, precedentes do caso. De acordo com decisão anterior, “*Não é admissível o indeferimento de matrícula, sob alegação de que ultrapassado o prazo para a sua realização, se o único óbice decorreu de atraso de mensalidades logo depois adimplidas, como ocorreu na hipótese em causa*” (AMS 0004645-10.2008.4.01.3400/DF). Baseada nos autos e na decisão do relator, a 5.ª Turma decidiu negar provimento à remessa oficial. Processo: 0001248-90.2011.4.01.3802/MG.

à satisfação de seu crédito. Contudo, o estabelecimento de ensino somente poderá mover ação de cobrança após o vencimento da terceira mensalidade (respeitando o prazo dos 90 dias) sem o pagamento devido, conforme dispõe o artigo 6º, *caput*, da Lei 9.870/99.

Em relação à continuidade do serviço, o ponto nodal a considerar é se a educação privada merece a qualificação de serviço “essencial”, situação que atrairia a incidência do art. 22 do CDC. Nesse sentido, a Constituição Federal é o norte a ser buscado e natureza fundamental do direito à educação oferece critério importante. Não se trata de impor ao estabelecimento privado a obrigação de fornecer ensino de forma indeterminada ao aluno que por ele não paga, ao mesmo tempo em que não pode o aluno restar prejudicado pela interrupção abrupta do ciclo pedagógico. Justifica-se, pois, a adoção, nos serviços educacionais privados, de uma *continuidade mitigada*, aliás plenamente refletida na legislação vigente. A propósito, a Lei 9.870/1999 aborda expressamente a matéria, proibindo a “suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor e com o Código Civil. Fica plenamente caracterizado, portanto, o caráter ininterrupto da prestação educacional *dentro do ano ou do semestre letivo*, como é próprio da concepção mitigada que se tem em vista<sup>369</sup>.

Quanto ao percentual da multa moratória praticada nos contratos de serviços educacionais, este tem seu limite fixado em 2% (dois por cento) pelo art. 52, *caput* e §1.º do CDC. A justificativa da aplicação desse dispositivo aos contratos de prestação de serviços educacionais reside em qualificá-los como *contratos de outorga de crédito*. Neste sentido, a Portaria SDE/MJ 3, de 19.03.1999, determina, no seu item 11, serem nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem multa de mora superior a tal percentual nos contratos de prestação de serviços educacionais e similares”. Outra justificativa para se impor esse limite é o fato de se tratar de um contrato de consumo.

Assim, vistos os casos concretos acima mencionados, tanto de mora do consumidor e do fornecedor e os deveres dela decorrentes, cabe agora a referência e diferenciação do instituto do inadimplemento absoluto. Inicia-se pelo chamado inadimplemento antecipado. Logo, no que tange ao inadimplemento absoluto, importante figura é o denominado

---

<sup>369</sup> GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. In: *Revista de direito do consumidor. RDC.* (Coord. MARQUES, Claudia Lima). São Paulo: RT, Ano 20, vol. 77, jan-mar. / 2011, pp. 91/93.

inadimplemento antecipado, ou termo mais apropriado “risco de descumprimento”<sup>370</sup>.

Suponha-se o caso de um aluno que se matricula em uma instituição de ensino superior privado e, logo após a sua inscrição, tem a notícia de que a instituição está em vias de ir à falência. Poderia o aluno romper o contrato? Nesse sentido, apoiando-se na própria definição do inadimplemento absoluto, de acordo com Gustavo Tepedino, pode-se afirmar que “em uma perspectiva dinâmica do vínculo obrigacional, não se pode, de fato, exigir que o credor permaneça paralisado até o vencimento da obrigação enquanto o devedor evidencia, por seu comportamento inequívoco, o descumprimento iminente do ajuste”. Com a ressalva de que a resolução do vínculo pode se mostrar excessiva quando o futuro inadimplemento ainda não for tido como certo, em tal hipótese poderia se cogitar a aplicação analógica do artigo 477 do Código Civil<sup>371</sup>.

Dessa forma, não é razoável que o aluno, diante da notícia de que a instituição privada de ensino já não cumpre com as suas obrigações perante outros credores, esteja obrigado a permanecer no vínculo contratual, podendo, nesse caso, romper o contrato que já foi assinado e não adimplir o avençado.

Também é caso de inadimplemento absoluto por parte da instituição privada de ensino quando deixa, abruptamente, de fornecer os serviços educacionais avençados<sup>372</sup>, por exemplo,

---

<sup>370</sup> Quanto a essa diferenciação, adverte Aline de Miranda Valverde Terra que “a falta de rigor na identificação do suporte fático objetivo do inadimplemento anterior ao termo permite nele incluir situações que não impossibilitam ou inutilizam verdadeiramente a prestação, mas que apenas expõem a risco seu adimplemento. Essa postura acaba por ensejar a produção dos efeitos de um pelo outro, de modo a descaracterizar, por completo, ambos os institutos. Obviamente, se a perpetuação do risco de descumprimento acabar por convertê-lo em inadimplemento anterior ao termo, estará o credor autorizado a adotar as medidas compatíveis com essa circunstância; mas isso porque restou configurado o suporte fático do inadimplemento anterior ao termo”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 184.).

<sup>371</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Direito das obrigações. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 344/345.

<sup>372</sup> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INTERRUÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - FECHAMENTO DE ESCOLA - ANTECIPAÇÃO DE SEMESTRALIDADES - NÃO DEVOLUÇÃO - PRIMEIRA APELAÇÃO - ILEGITIMIDADE ATIVA - PRELIMINAR REJEITADA - DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - ILEGITIMIDADE PASSIVA - PRELIMINAR REJEITADA - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PRELIMINAR REJEITADA - GESTOR QUE ENTRA POSTERIORMENTE À CRISE DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - SEGUNDA E TERCEIRAS APELAÇÕES - NULIDADE DA DECISÃO QUE REJEITOU OS EMBARGOS - PRELIMINAR REJEITADA - REDISCUSSÃO DE MATÉRIA- PORVA EMPRESTADA - POSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS COLIGADAS - DANO MORAL COLETIVO - POSSIBILIDADE. Ao longo da História das sociedades, tivemos três paradigmas básicos de organização política: o “Estado de Direito”, o “Estado de Bem-Estar Social” e o “Estado Democrático de Direito”. Paralelamente a esses paradigmas de organização política do Estado, fala-se também nos “direitos de primeira geração” (individuais), “direitos de segunda geração” (coletivos e sociais) e “direitos de terceira geração” (difusos, compreendendo os direitos ambientais, do consumidor e congêneres). Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a doutrina dos direitos fundamentais revelou grande capacidade de incorporar desafios: “Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida e outras mazelas, com os direitos de solidariedade” (grifos no original). Entre os “direitos de

porque não tenha conseguido renovar a autorização para o funcionamento do curso. Nesse caso, pode-se recorrer ao artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor para responsabilização do estabelecimento privado de ensino.

Portanto, caracteriza inadimplemento contratual, gerando danos aos consumidores, a “ausência de certificação do curso, ou impedimento de expedição de certificado ou diploma em face do descumprimento de normas regulamentares das autoridades educacionais. Neste caso, presumem-se danos do consumidor em vista do inadimplemento da instituição, o que se regula pelo regime da responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14, do CDC), com o direito à indenização do consumidor”<sup>373</sup>.

Os estudantes também poderão incorrer em descumprimento do contrato, configurando o inadimplemento absoluto, quando, por exemplo, estiverem em mora com a mensalidade a ser paga e, entretanto, mesmo com o pagamento dessas prestações devidas, não puderem alcançar o fim do contrato – acesso ao diploma – pelo fato de terem extrapolado o prazo máximo previsto para completarem a formação no ensino superior (jubilção). Dessa forma, nesse caso em que o estudante está em mora, mas mesmo quitando seus débitos não puder se formar, pois ela decorre do período que extrapolou o prazo normal, poder-se-ia falar em uma “transubstanciação” do inadimplemento relativo em absoluto.

---

terceira geração” figuram os direitos coletivos e difusos de consumidores. Os direitos individuais homogêneos, em verdade, têm natureza individual, mas recebem tratamento coletivo por quatro razões, quais sejam, economia processual, redução de custos, evita decisões contraditórias, aumenta o acesso a justiça. O réu tem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, porque procedência da demanda está apta a melhorar o patrimônio dos autores; bem como influenciará na vida ou patrimônio do réu. O art. 109, da CF88, que estabelece a competência dos Juízes Federais, em nenhum momento prevê que as causas relativas à educação devem ser julgadas por estes, do que se conclui que não há nenhum fundamento legal para a alegação da apelante de que a Justiça Federal é o foro competente para apreciar a presente lide. Poder-se-ia até mesmo falar em competência desta se qualquer das partes fosse ente federal, o que não é o caso. De acordo com as provas constantes dos autos, foi sob a gerência do apelante que o estabelecimento educacional encerrou as atividades, obrigando os alunos a se transferirem para outras escolas, deixando também de fornecer até históricos escolares em prejuízo dos alunos. Além disso, houve má prestação do serviço, que se verifica pela escassez de professores e distribuição de material didático irregular. - E segundo entendimento jurisprudencial, os embargos são incabíveis para o reexame de matéria sobre a qual a decisão embargada havia se pronunciado. Colhida a prova emprestada sob o crivo do contraditório e notadamente em processo no qual litigavam as mesmas partes que formam a presente relação processual e pelo mesmo objeto, não há como negar a possibilidade de seu aproveitamento. No caso dos autos, as sociedades, ora apelantes mantêm relações com as demais rés na prestação de serviços educacionais, fato que por si só estende a responsabilidade a elas. Tanto a licença do uso da marca "Objetivo" quanto a impressão de material escolar influenciam na educação dos alunos. Ao contrário do alegado, não somente a dor psíquica pode gerar danos morais. Qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade também merece reparação. Caracterização, no caso concreto, de dano moral coletivo consistente na ofensa ao sentimento da coletividade, caracterizado pela espoliação sofrida pelos consumidores locais, gravemente maculados em sua vulnerabilidade. Agravo de Instrumento Nº 1.390.811 - MG (2011/0027087-2) Relator : Ministro Arnaldo Esteves Lima Agravante : Di Gênio E Patti Ltda S/C Advogado : Rogério Ravanini Magalhães Agravado : Ministério Público Do Estado de Minas Gerais Interes. : Editora Sol Soft's E Livros Limitada Interes. : José De Jesus Rizzo. Data do Julgamento: 23/05/2011.

<sup>373</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 407.

Citados os exemplos de descumprimento contratual por parte do contratante, cabe mencionar que, caso haja inadimplemento por parte do aluno frente à instituição algumas regras, materiais e processuais, deverão ser observadas para a cobrança do débito. Dentre elas, a regra geral segundo a qual, não prestado o serviço, de nenhum direito dispõe o contratado contra o contratante. Por conseguinte, resguardado o exercício do contraditório (efeitos da revelia, por exemplo), a ação judicial proposta pelo estabelecimento de ensino, visando ao adimplemento contratual, não pode ser acolhida sem a prova do efetivo cumprimento da obrigação. Essa prova faz-se, usualmente, pela apresentação da lista de presença e pelo histórico escolar, mas nada impede a produção da prova por todos os meios admitidos no processo.

Quanto ao meio processual adequado reside controvérsia sobre ter o estabelecimento de ensino ação executiva com base no contrato assinado entre ele e o estudante. Embora, conforme previsão do artigo 585, inciso II do Código de Processo Civil, seja o contrato um título executivo, é controverso o fato de o contrato de prestação de serviços educacionais, mesmo subscrito por duas testemunhas, não é título executivo, de tal sorte que não enseja execução. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o contrato se revestirá de força executiva quando demonstrado o cumprimento total da obrigação, nos termos do art. 615, IV, do CPC, caso contrário, o contrato enseja o exercício da ação monitória<sup>374</sup>.

Dessa forma, tanto o estabelecimento de ensino quanto o estudante possuem uma série de aparatos para solução dos problemas advindos do tráfico negocial. Cabe a cada qual a utilização do instrumento mais correto e coerente para solucionar de forma rápida e efetiva os conflitos que possam surgir ao longo da relação obrigacional, sempre com vistas a defesa e preponderância do interesse existencial (acesso à educação) quando em conflito com situações estritamente patrimoniais. Para isso, importante analisar os deveres de fidúcia decorrentes do contrato de ensino.

---

<sup>374</sup> Assim tem decidido os tribunais: EXECUÇÃO - Contrato de prestação de serviços educacionais - Título executivo hábil, se o credor comprovar que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde - Simple presunção que não se admite - Inteligência do art. 615, IV, do CPC. EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. TÍTULO EXECUTIVO. COMPROVAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. EXECUÇÃO. ART. 615, IV, DO CPC. NÃO PROVIMENTO. I - O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS E TÍTULO EXECUTIVO HABIL, PROVANDO O CREDOR, NA FORMA DO ART. 615, IV, DO CPC, QUE ADIMPLIU A CONTRAPRESTAÇÃO QUE LHE CORRESPONDE, NÃO SE ADMITINDO COMO TAL A SIMPLES PRESUNÇÃO. PRECEDENTES DO STJ; II - APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (TJMA - ApCiv 019243/2008 - 3.ª Câmara Cível - j. 23/10/2008 - v.u. - rel. Cleones Carvalho Cunha - Área do Direito: Civil. 3.ª Câm. Civ. - Sessão do dia 23.10.2008 - ApCiv 019243/2008 - São Luís.

### 3.1.2 Deveres de fidejussão nos contratos de ensino e a chamada “violação positiva do contrato”

Segundo Menezes Cordeiro, “a boa-fé surgiu, no palco jurídico, pela mão do pretor: este criou a própria expressão *bona fides*, como expediente técnico destinado a provocar efeitos precisos de Direito, como a inerência das exceções, os quais foram, também, engendrados numa dimensão jurídica pura”<sup>375</sup>. Conforme ensinamento acima transcrito, a boa-fé objetiva tem raízes no direito romano. Porém, era ela concebida apenas como um valor ético individual, noção esta que foi modificada pela doutrina alemã que no §242 do BGB consagra a boa-fé como cláusula objetiva.

A boa-fé objetiva traduz regras, deveres de cuidado e segurança em todas as fases negociais. Portanto, gera uma responsabilidade que é também pré-negocial em virtude das expectativas legítimas que foram criadas, mesmo em fase anterior à celebração do contrato, bem como após a extinção das obrigações. Isso ocorre, pois, os atos praticados por uma das partes para influenciar a outra na celebração do contrato cria expectativas, e estas não devem ser quebradas pela não observância de deveres que a tutelam. Diz-se, então, que quando essa quebra é injustificada ou injusta possibilita a responsabilidade pré-contratual, que será tratada adiante.

E como define Ghestin, de maneira geral, “a boa-fé aparece finalmente como a consagração geral de uma exigência de lealdade cujo grau, mas não o princípio, pode ser definido pelo legislador, ou, na falta disso, determinado pela jurisprudência a partir dos usos e, mais frequentemente, pelas boas práticas contratuais”<sup>376</sup>. Logo, trata-se de um conceito amplo e flexível de boa-fé o que permite a sua aplicação a diversas situações da vida.

Observa-se, portanto, a impossibilidade de se estabelecer em norma rígida os deveres de comportamento, tratando-se de cláusula geral, que deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto e, até mesmo, o nível intelectual e cultural das partes envolvidas.

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a boa-fé desempenha três funções principais, quais sejam: *i*) fonte de critérios para a interpretação dos contratos e o fiel cumprimento das obrigações; *ii*) fonte de deveres secundários ou anexos; *iii*) limitadora do exercício de

---

<sup>375</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*, 2001, p. 1169.

<sup>376</sup> GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations: principes et caractères essentiels, ordre public, consentement, objet, cause, théorie générale des nullités*, 1980, p. 144. (Tradução livre).

direitos<sup>377</sup>. Em contrapartida, advertem Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber que a tríplice função atribuída à boa-fé pela doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos, poderiam ser reduzidas a apenas duas, quais sejam, “(i) a função interpretativa e (ii) a função criadora de deveres anexos”, pois são esses deveres anexos, “que formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato”. Dessa forma, de acordo com os autores citados, tais deveres anexos se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa, mas encontram-se limitados e vinculados à função socioeconômica do negócio celebrado<sup>378</sup>.

É, sem dúvida, esta regra da boa-fé uma das diretivas-mestras na interpretação reveladora do querido pelos contratantes; nela estão interessadas não somente as partes, mas também a comunidade<sup>379</sup>. Por exemplo, no contrato privado de ensino assinado entre o estudante e a instituição superior privada há uma série de deveres previstos não apenas na Lei de Diretrizes e Bases, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, mas, também no contrato firmado entre as partes. Há, ainda, uma infinidade de comportamentos assumidos pelo simples fato de se relacionar por meio de um negócio – deveres anexos de comportamento – que sustentam a confiança e as expectativas depositadas no contrato.

A evolução da boa-fé mostrou como ela tem servido vetores diferentes e, por vezes, opostos. De um lado o esforço da contratualidade, por outro, o controle judicial dos conteúdos contratuais. Difícil uma solução abstrata imposta pela boa-fé, visto que apenas perante uma ordem jurídica precisa e face ao caso concreto, aflorará a resposta. E se, em rigor, este fenômeno ocorre face ao indagar de qualquer regra, ele mais se acentuará em proposições indeterminadas<sup>380</sup>.

Como leciona Ghestin fornecendo espontaneamente certas informações, a parte que as prestou faz desaparecer na outra a necessidade de buscar esclarecimentos, pois há uma tendência a crer na sinceridade do contratante, visto que sempre se presume a boa-fé. Isso é o que o autor francês denomina “a confiança legítima fundada nas informações fornecidas pela

---

<sup>377</sup> AGUIAR Jr., Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. In: *Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14: 20-27, abr./jun. 1995, p. 23.

<sup>378</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37/39.

<sup>379</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*, 2005, p. 164.

<sup>380</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1257.

outra parte”<sup>381</sup>.

A boa-fé, que não era sequer expressa no Código Civil de 1916, é hoje elemento essencial às relações contratuais e extracontratuais. É requisito indispensável à garantia da confiança dos indivíduos nas relações que firmam e forma de garantia da segurança jurídica, enfim, típico dever anexo de eticidade.

Importante ressaltar que não apenas o inadimplemento contratual é passível de reparação, mas também, perfeitamente os deveres anexos do contrato, deveres de boa-fé, informação, segurança, confiança, os quais devem ser tutelados pelo direito, pois a responsabilidade não é apenas contratual, mas também extracontratual.

Fernando Noronha divide os deveres decorrentes da boa-fé objetiva em: *i*) deveres de cuidado ou proteção, *ii*) de informação, *iii*) assistência e *iv*) lealdade, sendo que na responsabilidade civil os mais importante serão os de informação (que podem se subdividir em deveres de esclarecimento, de conselho e de advertência) e os deveres de cuidado e lealdade<sup>382</sup>.

O próprio Código de Defesa do Consumidor traz uma lista repleta de deveres que tem como alicerce o princípio da boa-fé objetiva, dentre os quais pode-se mencionar: o dever de o fornecedor prestar a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (art. 6º, III); a obrigação gerada pela informação ou publicidade, que suficientemente precisas, obrigam o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (art.30); a vedação ao fornecedor de condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (art. 39, I), etc.

As normas previstas expressamente na Lei de Diretrizes e Bases devem ser interpretadas de acordo com uma ordem sistemática, de forma a respeitar os princípios e garantias predispostos nos códigos de conduta, criados pela boa-fé objetiva e, apoiados sob a norma constitucional da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a elevação dos princípios do direito privado a orbita Constitucional. Embora referida lei não faça previsão expressa de todos os deveres a serem observados pelos estudantes e instituições privadas por não ser capaz de, isoladamente, antever todas as situações e regulá-las. Dessa forma, fica evidente a incompletude do sistema infraconstitucional atinente à legislação que regula o ensino, sendo necessário e eficaz recorrer a princípios gerais do direito, como forma de garantir o acesso à educação de forma justa e equilibrada, respeitando os valores inerentes à

---

<sup>381</sup> GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations: principes et caractères essentiels, ordre public, consentement, objet, cause, théorie générale des nullités*, 1980, p. 411. Tradução livre.

<sup>382</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, 2010, p. 471/472.

dignidade da pessoa humana.

Nesse compasso, “todo aquele que cria uma particular situação de risco para os interesses de terceiros deve em princípio responder por esse risco”<sup>383</sup>. As instituições privadas de ensino, no cenário atual, representam o elo entre o estudante e acesso ao ensino. Logo, devem zelar pela efetividade dos deveres de comportamento que permitem um contrato justo e capaz de cumprir sua função social.

Poderá se falar em adimplemento imperfeito por parte da instituição de ensino, por exemplo, quando ela deixa de fornecer as matérias que foram contratadas, ou quando não disponibiliza o número suficiente de docentes para ministrarem as aulas previstas no currículo ou quando há atraso para o início das aulas ou elas não ocorrem por algum motivo, que não seja excludente da responsabilidade de ministrar as aulas no horário previsto.

Nesse sentido, mesmo que se admita que a relação pedagógica em sala de aula não comporta regulação direta pelo Código do Consumidor – por não constituir, ela própria, uma relação de consumo – não se pode negar, por outro lado, que os eventos que ocorrem em sala de aula podem *repercutir, mesmo que indiretamente*, na relação de consumo, que vincula o aluno ou o seu responsável à instituição de ensino. Exemplo disso é o do professor que deixa de ministrar conteúdos básicos do currículo do curso dando ensejo, em virtude de sua conduta, ao descumprimento das obrigações que o estabelecimento assumiu perante o consumidor<sup>384</sup>. Nesse caso, a instituição privada de ensino superior, por ser responsável pelo serviço prestado pelos seus professores, incorrerá em responsabilidade decorrente do vício no serviço prestado.

Assumem as instituições privadas de ensino superior os deveres de garantir as expectativas legítimas depositadas pelo estudante no contrato avençado. Devem tais contratos primar pela prevalência da confiança no mercado, isso porque, conforme já lecionava João Baptista Machado<sup>385</sup>, “o princípio da confiança é um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem”. Assim sendo, “dentro da comunidade das pessoas responsáveis (ou imputáveis), a toda a conduta (conduta significativa, comunicativa) é inerente uma responsabilidade – no sentido de um responder pelas pretensões de verdade, de

---

<sup>383</sup> MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. In: *Obra dispersa*, 1991, p. 414.

<sup>384</sup> GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. In: *Revista de direito do consumidor. RDC*. (Coord. MARQUES, Claudia Lima). São Paulo: RT, Ano 20, vol. 77, jan-mar. / 2011, p. 87.

<sup>385</sup> MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. In: *Obra dispersa*, 1991, p. 352.

rectitude ou de autenticidade inerentes à mensagem que essa conduta transmite<sup>386</sup>”.

Em acordo com essa premissa Claudia Lima Marques defende que “mesmo havendo anulação dos contratos, parece-nos que permanece a responsabilidade pela confiança”. E recorre às lições de Jhering que, já no século passado, notara que estabelecida a aproximação negocial, mesmo que o contrato dela resultante fosse nulo, havia responsabilidade pelo dano negativo<sup>387</sup>. Assim, a responsabilidade pela confiança desempenha uma função complementar, ou uma função de corretivo que viria colmatar as lacunas de proteção deixadas a descoberto pela teoria do negócio jurídico<sup>388</sup>. Tal responsabilidade será aplicada quando do descumprimento, por parte da instituição de ensino, dos deveres que a ela foram imputados, não somente pela lei, mas pelos padrões éticos de comportamento.

Os contratos privados de ensino atingem diretamente o interesse social. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, em conjunto com as diretrizes previstas na LDB, visam, nesse aspecto, defender não apenas o estudante, mas também o mercado como um todo. Protege o estudante ao impedir os abusos e a instituição superior privada quando impede seu enriquecimento sem causa. Portanto, deve haver um equilíbrio contratual. Isto impediria, por exemplo, a prática comum da chamada “cobrança de valor fixo pela semestralidade” realizada por instituição de ensino superior. A jurisprudência é assente no sentido de defender os consumidores – estudantes – de tais abusividades contratuais. Dentre elas, pode-se citar, a cobrança de valor fixo pela semestralidade, independentemente do número de disciplinas cursadas, não havendo uma proporcionalidade entre o serviço prestado e o valor a ser pago por esse serviço. Tal fato configura abusividade e enseja a restituição dos valores pagos ao estudante<sup>389-390</sup>.

---

<sup>386</sup> MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. In: *Obra dispersa*, 1991, p. 351.

<sup>387</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 2006, p. 755.

<sup>388</sup> MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. In: *Obra dispersa*, 1991, p. 376.

<sup>389</sup> EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - POSSIBILIDADE - JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS - NÃO-ABERTURA DE VISTAS À PARTE CONTRÁRIA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - JULGAMENTO EXTRA PETITA - INOCORRÊNCIA - INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR - COBRANÇA DE VALOR FIXO PELA SEMESTRALIDADE, CORRESPONDENTE À GRADE CHEIA, INDEPENDENTEMENTE DO NÚMERO DE DISCIPLINAS CURSADAS - OFENSA AO PRINCÍPIO DA COMUTATIVIDADE DO CONTRATO - CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PÕE O CONSUMIDOR EM DESVANTAGEM - NULIDADE - IMPLEMENTAÇÃO DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE - ALCANCE - RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA. O art. 3º da Lei nº. 7.347/85 tem por finalidade evitar a duplicidade na imposição da obrigação de reparar o dano causado, o que não ocorre se os pedidos formulados na inicial dizem respeito a fatos diversos. Cumulação de pedidos possível desde que presentes os requisitos do art. 292, CPC. Não há que se falar em cerceamento de defesa pelo indeferimento de prova oral se a questão controvertida era unicamente de direito, e nem pela ausência de vista sobre documentação juntada pela parte contrária, se a mesma era irrelevante ao julgamento da causa, não causando assim qualquer prejuízo. Não apresenta vício de

O contrato padrão de ensino não pode impor a cobrança de valor fixo pela semestralidade, independente do número de disciplinas cursadas pelo aluno. Isso configura o abuso de direito e fere a proporcionalidade, uma vez que o aluno paga por disciplinas que não irá cursar naquele semestre. É óbvio que a instituição faz um cálculo do gasto que terá com cada aluno por semestre. Mas, sob pena de se configurar o enriquecimento sem causa, não é justo se cobrar do aluno um serviço que não é por ele utilizado. Mudanças ocorrem a todo o momento na vida de todas as pessoas. Os contratos devem estar abertos a essas alterações, representam um direito da pessoa humana, no caso o direito à educação.

Tendo em vista essa importância dos contratos, que regem setores da vida das pessoas, é necessário traçar quais seriam as dificuldades dos contratantes, ou mais especificamente dos consumidores frente à relação de consumo. Ronaldo do Porto Macedo Junior afirma que “a principal fragilidade dos consumidores consiste na falta de informações quanto à formação de

---

Julgamento extra petita a sentença que reconhece fato apontado como causa de pedir na inicial, e estabelece o modo de aplicação da determinação contida no dispositivo. A cobrança pela instituição de valor fixo pela semestralidade do curso oferecido, independentemente do número de disciplinas cursadas pelo aluno, ofende o princípio da comutatividade dos contratos e deixa o consumidor em desvantagem exagerada, devendo assim ser substituída pelo critério da proporcionalidade entre o serviço prestado e o valor cobrado. Uma vez estabelecido o modo de cobrança proporcional ao número de disciplinas cursadas, resta evidente que embora impedida de cobrar pelo serviço não prestado, não está a instituição obrigada a ministrar disciplinas de forma gratuita, sob pena de se causar novo desequilíbrio. Reconhecida a nulidade da cláusula que previa a cobrança de forma desproporcional, é cabível a condenação da instituição a devolver os valores cobrados em decorrência de sua aplicação, sempre que prejudicial ao consumidor, devendo, contudo, a restituição se dar de forma simples, ante à inexistência de má-fé. (Apelação cível nº 1.0702.05.197631-5/007 - comarca de Uberlândia - Apelante (s): Assoc. Salgado Oliveira Educação Cultura e Mantenedora do Centro Universitário do Triângulo -UNITRI - Apelado (a)(s): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Mota e Silva. Data do Julgamento: 19/11/2009).

<sup>390</sup> A questão teve a repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) e a decisão dos ministros no processo escolhido como paradigma – o Recurso Extraordinário (RE) 641005 – deverá ser aplicada a todas as ações judiciais semelhantes que estiverem em tramitação em todas as instâncias do Poder Judiciário. O relator do RE é o ministro Luiz Fux. Segundo ele, “o tema constitucional versado nestes autos é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, pois alcança uma quantidade significativa de instituições universitárias de direito privado e discentes de todo o país, podendo ensejar relevante impacto na prestação do serviço de educação”. O processo em questão envolve uma instituição privada de ensino superior e a Associação de Proteção e Assistência ao Cidadão (Aspac), de Pernambuco, e nele discute-se se o pagamento de mensalidade pode ser efetuado de forma proporcional à quantidade de disciplinas cursadas pelos alunos. Para o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJ-PE), o contrato de prestação de serviços educacionais está sujeito ao Código de Defesa do Consumidor e, por isso, deve haver equivalência entre o serviço prestado e a contraprestação paga. O acórdão do TJ-PE, contra o qual a instituição de ensino recorreu ao STF, afirma que “não pode prevalecer cláusula contratual abusiva que garanta a desproporcionalidade entre o valor cobrado e o serviço oferecido, com o conseqüente enriquecimento ilícito, em patente afronta ao Código de Defesa do Consumidor”. Para o TJ-PE, o regime pedagógico adotado pela universidade não pode se sobrepor à lei, mas sim adequar-se aos preceitos por ela estabelecidos. No STF, a instituição privada de ensino argumenta que a decisão do TJ-PE viola os artigos 5º, inciso LV (que assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa), 207, *caput* (que trata da autonomia universitária), e 209 (que dispõe que o ensino é livre à iniciativa privada) da Constituição Federal. Sustenta que os cursos que oferece seguem projeto pedagógico no qual as disciplinas curriculares são distribuídas em séries anuais ou semestrais, sendo inviável o fracionamento de disciplinas e, por inferência, a decomposição da mensalidade.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=208979&tip=UN>>. Acesso em: 02/06/2012.

preço dos bens ou serviços que consomem (...)”, isso porque os consumidores não teriam acesso ao valor atuarial para cálculo deste custo. Evidentemente, continua o citado autor que, “isso só poderá ser feito através de um monitoramento de preços, através de cálculos econômicos atuariais frequentes, ou seja, estas medidas de abusividade e de excessividade no preço só poderão ser combatidas quando forem encontradas soluções através de uma tecnologia relativamente sofisticada de acompanhamento de preço, de acompanhamento de elevação de imposto, de acompanhamento tecnológico, enfim, de uma série de variáveis que o consumidor individual ou coletivamente jamais terá. Estes direitos estão assegurados ao consumidor (art. 4.º, IV, V, VI, VII e VIII, CDC)”<sup>391</sup>.

Dessa forma, se o aluno tivesse acesso às informações quanto ao preço do serviço prestado pela instituição de ensino privada, ou acesso a uma perspectiva dos reajustes que serão realizados ao longo do contrato poderia, talvez, melhor se programar para financiar os gastos que terá ao longo de sua formação. Assim, observa-se que a informação possibilita a formação da pessoa, enquanto estudante do ensino superior, de forma mais organizada, de modo a se evitar inesperadas surpresas para o adimplemento das mensalidades.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor veda expressamente o fornecedor de serviços educacionais de “aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido”, conforme artigo 39, XI, do CDC. Também a, já referida, Lei 9.870/1999 regula expressamente a questão da majoração das mensalidades, estipulando que o reajuste, a ser concretizado anualmente, deverá tomar por base o valor total anual praticado no ano imediatamente anterior, acrescido de “montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio”. Cabe, ainda, à instituição de ensino explicitar as causas do aumento de despesas mediante a apresentação de uma planilha de custo (art. 1.º, § 3.º). Concretiza-se, deste modo, a despeito de notórias insuficiências, o princípio da transparência nas relações de consumo, já enunciado previamente pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme exegese do art. 4.º, *caput*<sup>392</sup>.

Juntamente com o princípio da transparência, que possui previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, também outros deveres e princípios deverão ser respeitados no tráfego negocial, como por exemplo, o dever de informar (arts. 4º, IV; 6º, III) e os já mencionados deveres anexos da boa-fé. A esse respeito, conforme ensina Claudia Lima Marques, “a inexecução ou descumprimento dos deveres anexos leva, no sistema do Código

---

<sup>391</sup> MACEDO Jr., Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos - a perspectiva do direito do consumidor. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo : RT, vol. 37, Jan-2001, p. 85.

<sup>392</sup> GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. In: Revista de direito do consumidor. RDC. (Coord. MARQUES, Claudia Lima). São Paulo: RT, Ano 20, vol. 77, jan-mar. / 2011, p. 91.

de Defesa do Consumidor, ao mesmo regime de inadimplemento do descumprimento dos deveres principais, como exemplifica os arts. 14 e 20 do CDC, garantindo os mesmos direitos e pretensões em caso de descumprimento do dever de informar e do dever de qualidade da prestação principal. Trata-se da já conhecida figura da violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*) do direito alemão, resultado da aplicação do princípio da boa fé. É uma visão binária da obrigação, pois se o princípio da boa-fé cria (e o Código de Defesa do Consumidor impõe) estes deveres de informar, cuidar e cooperar, há *Schuld* (obrigação, crédito), logo, há *Haftung* (responsabilidade, dever de indenizar). A diferença é que esta ‘responsabilidade’ não substitui-se, mas une-se à responsabilidade pela obrigação principal de prestação e, normalmente é limitada ao máximo desta. É espécie de descumprimento obrigacional (parcial, daí o nome ‘positivo’, referindo-se ao cumprimento do dever principal de prestação). Há aqui, pois, expansão, multiplicação dos deveres e obrigações do fornecedor de serviços”<sup>393</sup>.

Entretanto, cabe ressaltar, conforme ensina Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, ao contrário do que muitos autores defendem<sup>394</sup>, “a amplitude, portanto, do conceito de mora no direito brasileiro torna discutível a utilidade, entre nós, da violação positiva do contrato<sup>395</sup>, ou, mais tecnicamente, violação positiva da obrigação. Esforços recentes têm sido empreendidos no sentido de associá-la à violação de deveres de cooperação impostos pela boa-fé objetiva, em construção que, a rigor, dispensaria a importação da figura”<sup>396</sup>.

Nesse sentido, a releitura funcional do conceito de adimplemento seria suficiente para solucionar os casos de cumprimento defeituoso da prestação que possam ter escapado da amplitude do conceito que envolve a mora<sup>397</sup>.

Assim sendo, por exemplo, caso o aluno não formalize o trancamento da matrícula perante a secretaria da instituição privada de ensino superior poderia dele ser cobrado os valores relativos às aulas que não assistiu, pelo fato de a instituição presumir que ele esteja em sala de aula por não ter efetuado o trancamento da matrícula? Ou somente o simples abandono

<sup>393</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo : RT, vol. 33, Jan-2000, p. 104.

<sup>394</sup> A exemplo de: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*.

<sup>395</sup> Conforme ensina Antunes Varela, “os autores alemães falam nas *violações positivas do contrato* (*Positivevertragsverletzungen*), enquanto na literatura jurídica de raiz latina se prefere a expressão *cumprimento defeituoso* (*mau cumprimento ou cumprimento imperfeito*) da obrigação”. (VARELA, Antunes. p. 61).

<sup>396</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Direito das obrigações. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 343/344.

<sup>397</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 32, out./dez. 2007, p. 17.

do curso o eximiria do pagamento das parcelas referentes à anualidade ou semestralidade? É realmente preciso “trancar a matrícula” de maneira formal para que o contrato de prestação de serviços seja rescindido?

De um lado estaria a instituição de ensino a efetuar a cobrança das mensalidades por um serviço contratado anteriormente e por ela ofertado, que teoricamente estaria à disposição do aluno que não efetuou o trancamento da matrícula. Seria abusivo e ilícito a instituição cobrar por esse serviço colocado à disposição do aluno/contratante?

E a cláusula contratual, comum em contratos de ensino, que dispõe que eventual falta de comparecimento do aluno não o eximirá do pagamento das parcelas acordadas pela contratação em questão, a fim de consolidar de uma vez por todas o direito já garantido à instituição de reaver, na íntegra, o montante equivalente à contraprestação dos serviços acadêmicos por ela disponibilizados, seria abusiva?

A Jurisprudência já se posicionou no sentido de não ser abusiva tal cláusula, pois ausente prova documental do pedido de trancamento o serviço estaria à disposição dele, não cabendo à instituição de ensino tomar conhecimento da não frequência do aluno<sup>398</sup>. Ocorre que da mesma forma que a instituição privada de ensino tem controle sobre os alunos que estão inadimplentes ou não, possui ela vários meios que poderiam ser utilizados para verificar a frequência do aluno às salas de aula, por exemplo, as “chamadas” realizadas pelos professores. Caso observe a ausência de um aluno, por período considerável, tem a instituição os meios suficientes para entrar em contato com ele e saber o motivo de suas faltas. Assim sendo, não parece razoável cobrar pela potencialidade do serviço pelo fato de estar à disposição do aluno, que às vezes, não teve a informação precisa de que deveria comunicar frente a secretaria do trancamento de sua matrícula. Em outras palavras, havendo boa-fé por parte do aluno não cabe ser dele cobrada a mensalidade correspondente ao período que não frequentou as aulas<sup>399</sup>.

---

<sup>398</sup> Assim já se decidiu: EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. ALUNO DESISTENTE. ALEGAÇÃO DE COMUNICAÇÃO À INSTITUIÇÃO. NÃO-COMPROVAÇÃO. DISPONIBILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. MENSALIDADES DEVIDAS. O aluno que firma contrato de prestação de serviços educacionais com instituição particular superior de ensino obriga-se ao pagamento das mensalidades avençadas, independentemente de ter ou não frequentado as aulas se não promoveu o cancelamento da matrícula nos termos previstos no contrato, e a instituição continuou disponibilizando os serviços para sua utilização. (Apelação Cível N° 1.0637.06.037836-0/001 - Comarca De São Lourenço - Apelante(S): Daniel Geyerhahn Garcia - Apelado(A)(S): Soc Educacional Santa Marta Ltda - Relator: Exmo. Sr. Des. Generoso Filho. Data do Julgamento: 27/03/2007; Data da Publicação: 14/04/2007).

<sup>399</sup> MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - CANCELAMENTO DE MATRÍCULA - REPROVAÇÃO EM DISCIPLINA - PEDIDO DE ABANDONO JUSTIFICADO NÃO PROTOCOLIZADO NO PRAZO DETERMINADO - ERRO NA DIVULGAÇÃO DO CALENDÁRIO ESCOLAR.1. Cancelamento da matrícula da impetrante no curso de pós-graduação em razão da reprovação em uma disciplina, por ausência de apresentação de pedido de abandono justificado do curso no prazo estabelecido para sua realização.2.

Outro ponto que envolve o tema dos deveres anexos decorrentes da boa-fé é a questão dos descontos concedidos nas mensalidades e a inadimplência. Muitas instituições privadas de ensino fazem previsão de descontos ou “bolsas de estudos”. Ocorre que é normal condicionar tais descontos à pontualidade do pagamento das mensalidades. Dessa forma, caso haja atraso no pagamento da mensalidade ou anuidade o aluno poderia perder o direito aos descontos ou à bolsa de estudos? Costuma-se, além de retirar o benefício do aluno inadimplente cobrar deste multa moratória sobre o valor da mensalidade sem o desconto que ganharia caso estivesse em dia com o pagamento da mensalidade. Nesse caso, não há dúvidas de que se trata de cobrança abusiva, inclusive gerando uma duplicidade de penalidade decorrente de um só fato gerador, violando disposição do artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor<sup>400</sup>.

Por fim, adotada tal postura, tem-se ainda que os juros de mora (1% - um por cento - ao mês) são devidos desde a data do efetivo inadimplemento, e não da citação nessa ação, já que os juros decorrem da mora e como esta se dá no vencimento da prestação inadimplida (conforme artigo 394 do Código Civil), resulta manifesta sua incidência desde então, não da citação, fixada na lei processual para obrigações que não sejam pré-constituídas nem líquidas.

São, pois, exemplos dos deveres que podem não estar previstos no contrato privado de ensino – isso porque se sequer o ordenamento é capaz de prever e regular todas as possíveis situações de conflito entre as pessoas, quem dirá o contrato – mas que decorrentes da boa-fé objetiva deverão ser observados pelas partes contratantes, como se no contrato estivessem expressos, tanto pela instituição privada de ensino quanto pelo aluno que lá estiver matriculado.

---

Reconhecimento pela própria autoridade impetrada de erro de digitação no calendário divulgado pela Internet.3. A reprovação ocasionou a diminuição do coeficiente de rendimento da impetrante e, conseqüentemente, o cancelamento de sua matrícula, não existindo outro motivo para o desligamento da aluna do referido curso.4. Ainda que as datas e prazos corretos tenham sido publicados no Diário Oficial, o fato de uma informação incorreta ter sido divulgada através do site oficial da instituição de ensino não pode prejudicar o direito da impetrante.5. Remessa oficial não provida. (9125 SP 2003.61.05.009125-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, Data de Julgamento: 22/04/2010, TERCEIRA TURMA).

<sup>400</sup> Esse entendimento fora muito bem pontuado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar a referida questão, tendo assim decidido aquela Corte: “Prestação de serviços educacionais. Cobrança Bolsa de estudos atrelada ao pagamento pontual da mensalidade. Cumulação com multa moratória e juros em caso de inadimplência. Inadmissibilidade. Multa disfarçada. “Bis in idem” configurado. Violação do Código do Consumidor. Multa limitada a 2% do valor da prestação. Inteligência do artigo 52, § 1º, da Lei 8.078/90. Recurso parcialmente provido. “O atraso no pagamento da mensalidade não pode sujeitar o devedor, a um só tempo, à perda da bolsa de estudo, com cobrança do valor integral, acrescido de multa moratória, por configurar dupla punição pelo inadimplemento, o que se mostra abusivo, conforme o Código do Consumidor”. (Apelação sem revisão 1.173.192-0/1, 26ª Câmara, j.11.8.2008, rel. Des. ANDREATTA RIZZO).

### 3.1.3 Perdas e Danos<sup>401</sup>: diálogo com a existência

Dispõe o artigo 389 do Código Civil que do não cumprimento da obrigação há responsabilidade do devedor pelo ressarcimento das perdas e danos. Mas, pelo sistema jurídico contratual do Código Civil, da inadimplência contratual decorrem penalidades consistentes também na rescisão do contrato e na composição de perdas e danos, conforme artigos 475 e 476 do novo Código. Isso porque, “a consequência, pois, do inadimplemento, é fazer nascer a obrigação de satisfazer o dano”<sup>402</sup>.

O dever de reparar os danos causados possui fundamento na Constituição Federal, conforme artigo 5º, inciso XXXV, e é detalhado em cada um dos sistemas legais, seja no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VI). Como se opta, metodologicamente, pela adoção do diálogo das fontes caberá aplicação de um ou de outro, ou de ambos os diplomas legais conforme o caso e o inadimplemento cometido.

Não há no ordenamento brasileiro uma definição legal de dano. Aliás, como bem elucida Paulo Mota Pinto, a noção de dano tem sido discutida há séculos e tem sido objeto de inúmeras tentativas de aprofundamento dogmático, sendo que, normalmente, a doutrina fornece uma *noção geral de dano* como “a lesão ou prejuízo real, sob a forma de destruição, subtração ou deterioração de um certo bem, lesão de bens juridicamente protegidos do lesado, patrimoniais ou não, ou simplesmente uma desvantagem de uma pessoa que é juridicamente relevante, por ser tutelada pelo Direito”. Entretanto, ressalta que o problema de um conceito geral de dano está na sua manifesta insuficiência operativa, sendo, inclusive prudente que a lei não forneça a definição de dano, por não ser “missão do legislador resolver controvérsias definitórias”<sup>403</sup>.

Certo é que a consagração da tutela dos interesses existenciais, consequência da aplicação direta da norma constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana, significa a ampliação do objeto protegido pelo direito em face da atuação lesiva, ou seja, a expansão quantitativa e qualitativa dos danos ressarcíveis. Ademais, em função da “erosão dos filtros tradicionais da reparação”, o dano vem conquistando lugar de destaque como elemento apto a,

<sup>401</sup> Cabe aqui mencionar a crítica feita por Agostinho Alvim com relação à utilização do termo “perdas e danos”. De acordo com o autor melhor seria adotar, a exemplo do que fez o Código Civil francês em seu art. 1.146, a expressão “danos e interesses” (*dommages et intérêts*), uma vez que “perdas e danos são expressões sinônimas, que designam, simplesmente, o dano emergente. (...) se dissermos danos e interesses, estaremos designando assim o dano emergente, a diminuição, como o lucro cessante, isto é, a privação do aumento”. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 1980, p.175).

<sup>402</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 1980, p. 170.

<sup>403</sup> MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 538/540.

por si só, atrair atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios diversos<sup>404</sup>.

Considerando “que a relação jurídica de consumo é de serviço, sempre que, no plano da eficácia, a pretensão dela oriunda for um fazer, uma atividade por parte do fornecedor” este pensar permite, por exemplo, que em contratos complexos, como os contratos privados de ensino, “considere-se a intenção do consumidor, suas expectativas legítimas como mais importantes do que a natureza de dar ou fazer da efetiva prestação cumprida ou realizada *in concreto*”<sup>405</sup>.

Nesse sentido, cabe ressaltar que “o mero inadimplemento obrigacional não gera, por si só, dano moral”, “faz-se necessário demonstrar que os prejuízos e perdas sofridos derivam direta e imediatamente do inadimplemento obrigacional”<sup>406</sup>.

Afastada a possibilidade de rescisão por inadimplemento, o estabelecimento de ensino pode fazê-lo por infringência contratual decorrente de conduta incompatível com as normas gerais de ensino e com o seu regimento interno. Levando em consideração que, o estabelecimento de ensino pode rescindir o contrato por meio da chamada “transferência compulsória”, critério este que somente poderá ser utilizado em casos de atos de grave ameaça, violência ou atentado a princípios da disciplina, da moral e da ética – ou seja, trata-se de procedimento emergencial, quase sempre precedido pela suspensão do aluno, pelo qual o estabelecimento declara rescindido o contrato e entrega ao contratante os documentos necessários para que ele procure outro estabelecimento onde estudar –, o procedimento para a rescisão do contrato por essa modalidade requer, como condição de validade, decisão colegiada do órgão escolar competente, assegurada ampla possibilidade de defesa ao aluno.

Assim, caso não sejam respeitadas tais exigências e condições determinadas e o aluno for submetido indevidamente à “transferência compulsória” poderá ele ingressar com ação e requerer as perdas e danos, patrimoniais e extrapatrimoniais, decorrentes do fato – dependendo do caso concreto – se houve ofensa à sua integridade psicofísica. Nesse sentido, importante analisar de forma geral a questão do dano patrimonial e moral sob a nova perspectiva da responsabilidade civil.

Quanto ao dano patrimonial nota-se que pouca alteração foi por ele sofrida como decorrência da alteração do conceito de dano, pois a lesão ao patrimônio permanece sendo

---

<sup>404</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84/85.

<sup>405</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor e evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 33, Jan-2000, p. 88.

<sup>406</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Direito das obrigações. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 375/376.

aferida pelo critério matemático. De forma diferente ocorre com o dano moral, em que não há um critério objetivo para sua quantificação. Por isso, o desafio é definir os métodos de aferição deste merecimento de tutela, reconhecendo a importância da discricionariedade, mas sem deixá-la exclusivamente ao arbítrio dos tribunais<sup>407</sup>.

Assim, de acordo com Anderson Schreiber, “revela-se uma faceta do dano até então desprezada pela doutrina: a de funcionar como uma espécie de cláusula geral, que permite ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, verificar se o interesse alegadamente violado consiste, à luz do ordenamento jurídico vigente, em um interesse digno de proteção, não apenas em abstrato, mas, também e sobretudo, face ao interesse que se lhe contrapõe”<sup>408</sup>.

Destarte, deverá o Poder Judiciário, quando acionado a resolver os casos concretos decorrentes de possíveis danos patrimoniais ou extrapatrimoniais das relações privadas de ensino, recorrer à ponderação de interesses para melhor solução do caso e verificar a existência ou não de danos a serem ressarcidos e qual a medida necessária a esse ressarcimento. Tal ponderação deve levar em consideração a existência de interesses existenciais a serem tutelados e se há caso de merecimento de tutela em relação a eles<sup>409</sup>.

---

<sup>407</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 2012, pp. 107/108.

<sup>408</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 2012, p. 140.

<sup>409</sup> Caso interessante foi noticiado em 27/06/2012 - Aluno não conclui curso e é indenizado - As Faculdades Unidas do Norte de Minas (Funorte), de Montes Claros, terão de indenizar o estudante M.H.C.P. em R\$ 28.742,65 por danos materiais e em R\$ 7 mil por danos morais. A decisão é da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Segundo os autos, M.H.C.P., formado em educação física, iniciou mestrado na área da saúde em outubro de 2006. O curso era oferecido pela Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro (Utad), de Portugal, em parceria com a Funorte, que era responsável pela gestão do curso. Entretanto, ele foi impedido de concluir o mestrado mesmo após participar das aulas, cumprir os créditos e apresentar proposta de dissertação, porque a Funorte não repassou as mensalidades para a universidade parceira. Assim, o aluno ajuizou a ação pleiteando indenização por danos materiais e morais. A universidade, em sua defesa, argumentou que o estudante não conseguiu terminar o curso por ter obtido notas insuficientes e não ter cumprido todos os créditos. O juiz da 2ª Vara Cível de Sete Lagoas julgou procedente o pedido do estudante e condenou a Funorte a devolver-lhe todas as mensalidades pagas. Ambas as partes recorreram ao Tribunal. O relator do recurso, desembargador José Marcos Vieira, entendeu que o estudante sofreu não só danos materiais mas também danos morais: “As provas dos autos demonstram o flagrante descumprimento contratual e a angústia suportada pelo autor, que, após longo trabalho de pesquisa para a dissertação do mestrado, o cumprimento da carga horária, em universidade localizada no exterior, vê frustrados o tempo e a perspectiva com a conclusão do curso”. O revisor, Francisco Batista de Abreu, divergiu do relator ao entender que a Utad já havia suspenso o convênio com a Funorte, portanto a universidade portuguesa é que deveria responder pela ação. Como o vogal, Sebastião Pereira de Souza, concordou com o relator, a Funorte deverá indenizar o estudante. A decisão de primeira instância foi parcialmente mantida, pois a 16ª Câmara Cível decidiu também pela indenização por danos morais. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=45738>>. Acesso em: 30/06/2012.

### 3.2 Responsabilidade Extracontratual por violação dos deveres de boa-fé

No que tange à responsabilidade extracontratual por violação dos deveres de boa-fé, antes de se adentrar ao seu estudo no âmbito dos contratos privados de ensino, será traçado um panorama da responsabilidade extracontratual para, enfim, posteriormente analisar os casos concretos que envolvem a violação da boa-fé objetiva seja no trato das relações pré, pós ou supra contratuais.

Nesse sentido, conforme lição de Caio Mario da Silva Pereira, “à medida que a pena privada perde o caráter de punição, toma corpo a idéia correlata de reparação (...) e a partir de quando a autoridade pública assegura a punição do culpado, o aspecto civil se dissocia do penal”. Entretanto, ainda não se cogitava da ideia de culpa e tampouco da existência de um princípio geral fixador da responsabilidade civil. A estrutura jurídica da responsabilidade extracontratual só viria a ser determinada pelo Direito Romano, com a Lei Aquília<sup>410</sup>.

Tamanha a importância de tal lei para o tema da responsabilidade que acaba por emprestar seu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual – responsabilidade aquiliana. Conforme a lição de José de Aguiar Dias, por meio da Lei Aquília é possível esboçar um princípio geral regulador da reparação do dano<sup>411</sup>.

Para Caio Mario, a *Lex Aquilia* “foi um marco tão acentuado, que a ela se atribui a origem do elemento “culpa” como fundamental na reparação do dano”<sup>412</sup>. Além disso, os pretores e juristas foram além dos casos previstos nos três capítulos do texto legal, e partindo da ideia originária do *damnum* (inicialmente sobre coisa corpórea – *damnum corpore datum* – em seguida prevista também para coisas incorpóreas – *damnum non corpore datum*) alcançou a noção mais geral de prejuízo como requisito para a configuração do dano.

No atual contexto contratual em que se observa a predominância dos contratos de adesão, cativos<sup>413</sup>, de longa duração, necessário se faz uma adaptação para que se possa coibir

---

<sup>410</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*, 1990, p. 07.

<sup>411</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954, p. 25.

<sup>412</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*, 1990, p. 09.

<sup>413</sup> No que tange à expressão, cabe mencionar a própria explicação de Cláudia Lima Marques: “Dirão alguns, o que a catividade, expressão de Carlos Alberto Gherzi, que utilizei para formar a noção nova de “contratos cativos de longa duração”, tem a ver com os sujeitos da relação de serviços. Sim, catividade é um status novo do sujeito, é uma qualidade nova da relação de serviços que perdura no tempo. Que a catividade no sistema do Código de Defesa do Consumidor ( LGL 1990\40 ) seja juridicamente importante e que este sistema introduza como princípio a manutenção das relações no tempo (boa-fé do arts. 4.º, III e 51, § 2.º, do CDC ( LGL 1990\40 ) ), trata-se de uma importante modificação da teoria contratual. (...) O consumidor é cativo pelas características ou qualidades do serviço e do fornecedor, por exemplo um serviço essencial territorialmente monopólico (ex: água, esgoto, telefone fixo), um serviço não essencial mas territorialmente único (TV a cabo, escola ou creche próxima (...)). (MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do

práticas que geram desequilíbrio de maneira a prejudicar a parte vulnerável. Nesta perspectiva, a boa-fé e a função social do contrato servem de limite a liberdade de contratar, indicando parâmetros a serem devidamente seguidos. Para se controlar esse desequilíbrio tendente a prejudicar uma das partes contratantes, é que se faz necessária a adoção de novas técnicas, entre elas o controle da abusividade.

Hoje, ressalta-se que a instituição privada de ensino superior que, sem justificativas plausíveis, participa das tratativas negociais de forma a causar lesões ao direito do estudante ou da coletividade, mesmo que respaldada em preceitos normativos, estará agindo em desconformidade com o razoável, tal prática configurará o abuso de direito e dará ensejo a responsabilização.

O abuso no exercício do direito, que é concedido ao particular pela Constituição, conforme artigo 209 – que possibilita a educação superior ser disponibilizada por instituições privadas – pode ocorrer quando há desrespeito das normas atinentes às tratativas, por exemplo, na fase pré-contratual, quando faz uso de publicidade enganosa ou abusiva, por um lado, ou quando a instituição dispõe no contrato cláusulas abusivas ou não respeita as cláusulas já pré-pactuadas.

Conforme salienta Rodolfo Luis Vigo<sup>414</sup>, o abuso de direito é uma reação explícita contra o modelo dogmático, vigente no século XIX, que possibilitou o reencontro do Direito com a realidade social e humana. Para o autor, essa teoria visa afastar um dano jurídico injustificado, que em sua origem ou aparentemente não seria antijurídico, mas que acaba por violar direitos. Assim, a “aparência de juridicidade e o injusto concreto formam as características mais importantes do instituto”.

Fernando Noronha ao explicar o abuso de direito salienta que “só existe abuso de direito quando haja manifesta desproporção entre o interesse prosseguido pela parte e aquele da contraparte que é lesado, quando seja manifesta a desproporção entre as vantagens auferidas pelo titular do direito e os sacrifícios infligidos à outra parte”<sup>415</sup>.

Geralmente, nos atos apontados como abuso do direito, está presente uma violação do dever de agir de acordo com a boa-fé, nesse sentido, “quem age contra o direito, age sem direito: os casos ditos de abuso do direito são, na realidade, casos de atuação contrária ao

---

consumidor a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 33, Jan-2000, p. 93/94.).

<sup>414</sup>VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*, 2005, p. 257-259.

<sup>415</sup>NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, 1996, p. 169.

direito, atuação antijurídica, não necessariamente ilícita”<sup>416</sup>.

Há ainda o dever de zelar para que seja mantida a confiança e a expectativa geradas no consumidor, por exemplo, por meio do combate às cláusulas abusivas, conforme dispõe o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito entre outras, as cláusulas contratuais abusivas, não apenas as elencadas no rol do artigo 51, bem como outras que embora não previstas no Código representem afronta ao consumidor.

Assim, violado o dever de boa-fé por parte da instituição privada de ensino, mesmo em sede extracontratual – antes ou após a conclusão do contrato – haverá o dever de reparar os danos causados conforme as regras estabelecidas pela responsabilidade extracontratual.

Isso é possível, pois, “o espírito do Código de Defesa do Consumidor é aberto (interface do art. 7º e solidariedade do parágrafo único do art. 7º) e expansivo subjetivamente, pois *ex vi lege* amplo o suficiente para incluir um grande número e todas as espécies de relações de consumo envolvendo serviços, relações contratuais (art. 20, CDC), pré-contratuais (arts. 30, 31, 34, 39, 40 e 84, CDC), pós-contratuais (arts. 9.º, 10, 42 e 43, CDC) e extracontratuais *ex delicto* (art. 14, CDC), como também se pode notar nas amplas definições de consumidor (arts. 2.º, parágrafo único, 17 e 29 do CDC), de fornecedor de serviços (art. 3.º, § 2.º, do CDC) e na norma objetivo do art. 4.º do Código de Defesa do Consumidor (especialmente incs. I, III, V e VI)”<sup>417</sup>. Inicia-se, pois, um estudo da responsabilidade extracontratual, de forma a observar os deveres de reparação dos danos decorrentes da responsabilidade pré, supra e pós-contratual.

### 3.2.1 Responsabilidade pré-contratual

A responsabilidade pré-negocial, como preferiu denominar Fernando Noronha, representa a categoria mais ampla das ofensas à liberdade negocial. Assim, a parte que nas tratativas preliminares procede em inobservância à boa-fé objetiva e à informação leal deverá indenizar os danos causados a outra parte, seja se a violação impedir a realização do negócio

<sup>416</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, 1996, p. 173-176.

<sup>417</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos 5.º congresso brasileiro e 3.º congresso mineiro de direito do consumidor Belo Horizonte de 02 a 05 de maio de 2000 sob os auspícios do instituto brasileiro de política e direito do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 35, Julho-2000, p.78.

nos termos esperados, seja porque o contrato venha a ser invalidado<sup>418</sup>.

Embora o Código Civil brasileiro não tenha tratado da responsabilidade pré-contratual de forma expressa “o instituto é claramente dedutível da combinação entre as regras do art. 389 (que trata da indenização pela inexecução de obrigações, não as restringindo às obrigações *contratuais*); art. 186 (cláusula geral de ilicitude subjetiva); art. 187 (que comina de ilicitude ato manifestamente contrário à boa-fé); art. 422 (impositivo do dever de conduta segundo a boa-fé desde a conclusão do contrato, abrangendo a fase em que *nasce a conclusão*, portanto, a fase das tratativas); e o art. 927 (norma impositiva da obrigação de indenizar, reenviando aos pressupostos dos arts. 186 e 187)”<sup>419</sup>.

A teoria da confiança protege, dessa forma, as expectativas legítimas na contraparte que confiou nas obrigações e no vínculo declarado pelo parceiro, tem como fim maior proteger não apenas a pessoa que figura no contrato, mas os efeitos do contrato, assegurando, pela intervenção do direito, a proteção dos legítimos interesses e a segurança das relações<sup>420</sup>. Nesse viés, de proteção das expectativas legítimas daqueles que confiam no que contrataram, importante salientar que mesmo alguns efeitos não expressamente declarados no contrato, se amparados na boa-fé, devem integrar a relação contratual, visto que o interesse legítimo criado gera confiança, a confiança é necessária à garantia da segurança jurídica, e o contrato não produz efeitos apenas com relação às partes que nele figuram, mas em toda sociedade, que merece ter retribuída a confiança que depositam nas relações.

E é justamente na defesa dessa confiança que tem sido proferidas as decisões da jurisprudência. Não poderia ser diferente. Os contratos de ensino não podem estar eivados de abusividades e toda legítima expectativa gerada nas partes contratuais deve ser respeitada.

Nesse sentido, o período pré-negocial representaria, segundo ensina Judith Martins Costa, um *locus* de um especial contato social polarizado pela confiança, sendo que a proximidade máxima dos contatos sociais revestidos de dimensão jurídica é aquela ocasionada pelo *negócio jurídico*, nele havendo “um contato qualificado pela existência de um ato voluntário e por uma forma especial de *fides*, que é a promessa implícita a todo o contrato de que o pactuado será cumprido”. Por outro lado, a chamada “proximidade mínima” é “refletida no vínculo derivado da responsabilidade delitual ou aquiliana, derivada da infração culposa ou dolosa do dever de a ninguém lesar, pois esse vínculo será decorrente de

---

<sup>418</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, 2010, p. 478/479.

<sup>419</sup> MARTINS COSTA, Judith H. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 867, Jan-2008, p. 13.

<sup>420</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 2006, p. 281.

um contato fortuito e em certa medida aleatório, derivado do mero fato da convivência social”. Entre esses dois polos se apresenta uma vasta zona gris, sendo nessa zona que se desenvolvem as chamadas *negociações preliminares*. Quando aí se observam danos injustos, serão eles indenizáveis sob a forma da responsabilidade pré-negocial<sup>421</sup>.

Caso bastante comum, que envolve a confiança dos estudantes e fere as legítimas expectativas por eles depositadas na fase pré-contratual, é o fato de não raro os estabelecimentos de ensino superior privado disponibilizarem cursos quando ainda não estão habilitados para fazerem. Conforme dispõe o artigo 606 do Código Civil, que trata do título de habilitação, caso o serviço seja prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Entretanto, se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.

Em matéria de contrato privado de ensino superior tal situação é bastante grave. Isso porque o aluno que confia naquela instituição de ensino superior privada acredita que ao fim do curso obterá o diploma, que lhe possibilitará o exercício da profissão e comprovará a aquisição da titularidade do ensino superior. Assim, caso a instituição não esteja devidamente habilitada para a prestação desse serviço responderá, conforme própria dicção do artigo 606 *supra* mencionado, por perdas e danos e não terá a instituição de ensino direito ao ressarcimento pelos serviços prestados. Entretanto, caso esteja de boa-fé o juiz poderá arbitrar um valor a título de compensação pelo serviço prestado. Mas, nesse caso, deverá a instituição,

---

<sup>421</sup> MARTINS COSTA, Judith H. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 867, Jan-2008, pp. 14/15. Com relação ao tema da responsabilidade pré-contratual, se contratual ou extracontratual, posiciona-se Antonio Junqueira de Azevedo: “(...) uma primeira grande questão sobre a responsabilidade pré-contratual é a de seu *fundamento*: este, nem parece ser contratual, porque ainda não há contrato, nem parece ser conveniente qualificá-lo como extracontratual, eis que, estando os candidatos a contratantes em negociações, têm eles, entre si, deveres específicos - por exemplo, o de prestar esclarecimentos um ao outro; ora, um dever específico é como que um vínculo jurídico entre duas pessoas e não se assemelha ao dever genérico de não prejudicar a outrem - *alterum non laedere* - do art. 159, do CC/1916. (...) Alguns autores sustentam a idéia do *tertium genus*; haveria, além da responsabilidade contratual e extra-contratual, a pré-contratual.(...) Pessoalmente, tendo em vista nossa idéia de que o contrato é um processo (uma sucessão de “tempos”, como ocorre com o próprio negócio jurídico), que vai, desde a fase pré-contratual, passando à fase contratual, distribuída em três fases menores (conclusão do contrato, eficácia do contrato e execução/adimplemento do contrato), e indo até a fase pós-contratual, todas subordinadas à boa-fé objetiva, pensamos que, embora surgindo de ato ilícito, a responsabilidade pré-contratual, por se tratar de descumprimento de deveres específicos, gerados pela boa-fé objetiva, deva se submeter ao tratamento da responsabilidade contratual; haverá lugar, portanto, para presunção de culpa, capacidade contratual, prescrição *idem* etc... Os danos emergentes e os lucros cessantes devem ser os do interesse negativo”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo : RT, vol. 18, Abr-1996, pp. 23/24).

para receber essa “compensação”, comprovar que agiu de acordo com a boa-fé objetiva, ou seja, não estava devidamente habilitada por alguma força maior ou até mesmo por fato de terceiro. Caso contrário responderá pelas perdas e danos e pode ainda sofrer sanções criminais previstas no próprio Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, nos artigos 66 e 67 que vedam expressamente a publicidade enganosa e abusiva, inclusive, com a cominação de pena e multa.

A respeito da publicidade enganosa e abusiva, o próprio artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor prevê que toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, integrando o contrato que vier a ser assinado. Ocorrendo a inadequação total (impropriedade do serviço), terá o consumidor a possibilidade de exigir a reexecução do serviço, quando cabível (inciso I) ou a restituição imediata da quantia paga (inciso II); no caso de inadequação parcial, poderá pleitear a reexecução do serviço ou o abatimento proporcional do preço (inciso III).

Trata-se, nesse caso, de dano pré-contratual, pois antes mesmo de assinar o contrato, ao procurar a instituição de ensino superior privada, seja porque foi induzido pela publicidade<sup>422</sup> ou por alguma sugestão, o potencial estudante confia que ao final do curso receberá o seu diploma. Não pode esse estudante ser lesado pela má-fé da instituição, que nas tratativas não informou adequadamente o estudante da situação irregular do estabelecimento. Assim, “(...) o dano pré-negocial ocorre no espaço do ‘ainda-não-contrato’, o da inexistência, ainda, de vinculação negocial, pois no espaço do ‘trato’ ainda não é manifesta a *vontade de vinculação negocial*, apenas a *vontade para negociar*, isto é, para preparar um futuro negócio”<sup>423</sup>.

Nesse sentido, cabe mencionar que “(...) a responsabilidade por violação do dever de informar na fase pré-negocial compreende a falsidade, a omissão e a deficiência de

---

<sup>422</sup> Caso interessante que envolveu a publicidade enganosa foi o julgado recentemente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais: EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR - ALTERAÇÃO NA DENOMINAÇÃO DO CURSO - ATO ILÍCITO E PREJUÍZO AO ALUNO - OCORRÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - VOTOS VENCIDOS. Sendo ilegal a ‘migração’ dos alunos do Curso de Comércio Exterior para outro curso, são devidos danos materiais e morais a quem teve prejuízos com as atitudes da Fundação Educacional. À luz do que preceitua a Lei 8.078/90, o prestador de serviços educacionais responde de forma objetiva pelos danos verificados em decorrência da propaganda enganosa. Embargos não acolhidos. VVs.: A alteração de nomenclatura do curso é insuficiente para configurar ilícito civil. (Des. Cabral da Silva e Des. José Antônio Braga - Embargos Infringentes Cível N° 1.0287.07.035692-1/002 - Comarca De Guaxupé - Embargante(S): Fundação Educacional Guaxupé - Embargado(A)(S): Tamara Del Valle Urias - Relator: Exmo. Sr. Des. Alberto Aluizio Pacheco De Andrade).

<sup>423</sup> MARTINS COSTA, Judith H. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 867, Jan-2008, p. 17.

informações relevantes para a formação do consentimento contratual; comporta a informação sobre pontos que seriam impeditivos da validade ou da eficácia do contrato; abrange informações contidas em mensagens e declarações constantes de prospectos, como as alusivas a ofertas públicas de valores mobiliários; inclui o vasto problema das informações constante de mensagens publicitárias; incide sobre fatos que sejam de exclusivo conhecimento de uma das partes e que só ela podia conhecer, sendo decisivos para a decisão de contratar da contraparte; e adentra a informação sobre o conteúdo do contrato e riscos excepcionais relacionados ao seu objeto supondo-se que nas relações paritárias os riscos normais sejam conhecidos por ambos”<sup>424</sup>.

O dever de informação se transformou em dever ainda mais explícito, pois se trata de um direito básico do consumidor, conforme dicção do artigo 6.º, inciso III, que dispõe que “são direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação, adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”.

Tal dever tanto pode ser violado por ação – por meio de informações falsas ou inexatas – como por omissão, ou seja, silenciando elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer<sup>425</sup>. Assim, incorre na violação do dever de informação o estabelecimento de ensino superior privado que omite o fato de ainda não possuir a habilitação específica e o reconhecimento do MEC, bem como aquela que afirma o possuir quando na verdade ainda está irregular.

Responderá a instituição privada de ensino, conforme já se disse, por perdas e danos decorrentes da quebra do dever de prestar informações claras e precisas e, além disso, pelo fato de induzir o consumidor/aluno em erro quanto ao contrato a ser celebrado<sup>426</sup>.

Logo, caso reste “configurada a obrigação de indenizar deverá o lesante satisfazer ao lesado o sugestivamente denominado ‘interesse da confiança’, ou ‘prejuízo negativo’, referente à situação em que o credor se encontraria, se não tivesse celebrado o contrato, ou entrado em negociações que se viram injustamente frustradas por qualquer dos casos em que

---

<sup>424</sup> MARTINS COSTA, Judith H. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 867, Jan-2008, p. 24.

<sup>425</sup> MARTINS COSTA, Judith H. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 867, Jan-2008, p. 27.

<sup>426</sup> Interessante a passagem do Código Civil Italiano que, em seu art. 1.338, afirma nesse sentido que, conforme o caso, as negociações nem sequer deveriam começar. Assim, “a parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, dela não deu notícia à outra, é obrigada a ressarcir o dano que esta sofreu, por ter, sem culpa, confiado na validade do contrato”. (No original: “Art. 1338 Conoscenza delle cause d’invalidità: La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto (1418 e seguenti), non ne ha dato notizia all’altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto (1308)”).

pode ocorrer a violação de dever pré-contratual”<sup>427</sup>.

Essa é a regra da responsabilidade pela quebra do dever de lealdade nas tratativas contratuais. Assim, é razoável que, a depender do caso concreto, o juiz possa determinar que a instituição promova a sua regularização para posterior emissão do diploma, mas nesse caso deverão os alunos receber indenização pelo atraso em recebê-lo; determinar que toda a quantia paga pelo estudante seja devolvida com juros e correções, caso não seja possível o reconhecimento do curso.

Caso que também abala a relação de confiança e a legítima expectativa gerada nos estudantes é o que se refere à qualidade do serviço prestado pela instituição privada de ensino. Situação esta peculiar e de difícil comprovação, mas que com a imposição de alguns critérios objetivos pode ser melhor examinada. Dispõe o artigo 24 do Código de Defesa do Consumidor que “a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”. Versa o dispositivo sobre uma responsabilidade legal decorrente da chamada “teoria da qualidade”. Tal responsabilidade é decorrente de uma garantia implícita em todo contrato quanto à adequação do produto e do serviço prestado. Deste modo, conforme artigo 23 do mesmo diploma legal, a violação do dever legal mencionado e presentes os demais requisitos da responsabilidade civil, haverá, automaticamente, a obrigação de indenizar, sendo irrelevante a culpa do fornecedor.

Seria o caso de aplicar esses dispositivos ao serviço prestado pela instituição privada de ensino superior com relação ao curso que é ministrado aos alunos? Caberia se falar em responsabilidade do estabelecimento de ensino, independente de culpa, pela inadequação do serviço prestado? E o que seria essa inadequação, ou seja, como conceituá-la?

Entende-se perfeitamente possível a responsabilidade do fornecedor do serviço educacional (instituição privada de ensino) pela má qualidade do serviço prestado. Mas para isso alguns parâmetros precisam ser adotados. Claro que a análise será feita de acordo com o caso concreto, e não é possível abarcar todas as hipóteses que a realidade comporta, mas, de forma geral, pode-se levantar e discutir algumas hipóteses frequentes, que poderão servir de

---

<sup>427</sup> MARTINS COSTA, Judith H. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 867, Jan-2008, p. 30. Para o estudo da diferença entre interesse contratual negativo e positivo ver: MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*. Assevera o autor que, “a posição maioritária é, porém, aquela segundo a qual a indemnização por responsabilidade pré-contratual corresponde, no caso de ruptura das negociações, ao interesse negativo. (...) Nos casos de responsabilidade pré-contratual, designadamente, pela *ineficácia* ou *invalidade* do contrato, a jurisprudência dos nossos tribunais comuns tem-se também inclinado maioritariamente no sentido da indemnização do interesse contratual negativo”. (MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 10/11).

paradigma para solução de casos semelhantes.

Entretanto, adverte Lívio Goellner Goron que “aquilo que no âmbito dos serviços educacionais costuma ser apontado pela doutrina como exemplo de vício de qualidade, também denominado *adimplemento imperfeito* (art. 20, *caput* e § 2.º, do CDC), geralmente acaba por materializar, não uma hipótese de vício, mas de *inadimplemento contratual*; certamente é essa a situação do educandário que não ministra integralmente o conteúdo básico do curso. Nesse caso, há responsabilidade do fornecedor pelo descumprimento e não por vício. Falando realisticamente, o inadimplemento é o ponto no qual o direito do consumidor se detém quanto aos contratos de ensino, a cogitação dos *vícios de qualidade* tem, nessa seara, muito mais de imaginação do que de realidade”<sup>428</sup>.

Mas, por outro lado, deve ser considerada a expectativa do aluno ao assinar o contrato com a instituição privada de ensino. Tal expectativa não é subjetiva, mas decorre do minimamente esperado por parte do estabelecimento de ensino, ou seja, que haja pontualidade nas aulas ministradas, que todo o conteúdo previsto seja fornecido, com qualidade. Não exigir o mínimo de qualidade das instituições privadas de ensino, mínimo este que pode ser averiguado por meio das supervisões e avaliações propostas pelo MEC, é deixar a maior parte dos estudantes do ensino superior – visto que a maior parte está matriculada na rede privada – a mercê das atrocidades que vem sendo observadas nas instituições públicas e privadas.

A questão da inadequação do serviço prestado foi tratada no âmbito da responsabilidade pré-contratual, pois tem-se que, na maior parte dos casos, a qualidade do serviço é um dos fatores que levam os estudantes a optarem por essa ou aquela instituição privada de ensino. Outros são os casos de responsabilidade extracontratual decorrentes da quebra de dever objetivo da boa-fé em fase pré-contratual, mas os fatos aqui mencionados servem de norte à necessidade de se observar os princípios contratuais, os deveres de fidúcia e as expectativas geradas no contratante. Passa-se ao exame da responsabilidade denominada “supracontratual”.

### 3.2.2 Responsabilidade supracontratual

Conforme ensina Fernando Noronha, o interesse fundamental da função social das obrigações é mostrar que a liberdade contratual não se justifica quando afetar o que o autor

---

<sup>428</sup>GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. In: *Revista de direito do consumidor. RDC.* (Coord. MARQUES, Claudia Lima). São Paulo: RT, Ano 20, vol. 77, jan-mar. / 2011, p. 90.

chama de “*valores maiores da sociedade*, supracontratuais, e, além disso e agora no âmbito estritamente contratual, também deve sofrer restrições quando conduzir a graves desequilíbrios entre os direitos e obrigações das partes, que sejam atentatórios de *valores de justiça*, que também têm peso social”, sendo isso que se pretende dizer quando se afirma que o interesse do credor tem de ser legítimo, para ser digno de tutela jurídica<sup>429</sup>.

Dessa forma, a responsabilidade supracontratual tem origem em um contrato, mas ultrapassa os deveres impostos por este, ou seja, há ofensa de deveres que são independentes da relação estabelecida, mesmo que o negócio não tivesse sido celebrado, danos acontecidos durante a relação negocial, mas que ficam fora do âmbito da autonomia privada e que, conseqüentemente, ultrapassam essa relação e ligam-se aos deveres gerais de *neminem laedere*<sup>430</sup>.

Portanto, pode-se afirmar, nesse sentido, que o objeto do contrato de ensino não é a simples garantia do emprego no futuro ou a vitória em exames exigidos para o exercício da profissão<sup>431</sup> (por exemplo, aprovação na Ordem dos Advogados do Brasil para os estudantes do curso de Direito) – tanto é que cada instituição é livre para adotar a sua metodologia de ensino, dentro dos padrões exigidos pelo Ministério da Educação –, mas a prestação dos meios suficientes e necessários para que o aluno possa, adicionando seu esforço, atingir seus objetivos particulares. Para isso é necessário que o estabelecimento de ensino cuide para que esses meios sejam oferecidos aos alunos. Isso ocorre quando a instituição, mesmo que não esteja predisposto no contrato, zela pela qualidade dos professores que irão ministrar as aulas, pela pontualidade, pelo cumprimento da grade curricular, enfim, para o bom funcionamento da instituição que será imprescindível à qualidade do curso oferecido.

Afirma José de Aguiar Dias, ao tratar da responsabilidade decorrente da atividade profissional, que “o contrato exige do médico uma consciência profissional, para cuja observação não basta a simples correção do locador de serviços”<sup>432</sup>, nesse mesmo sentido, e analogamente, estaria além do contrato de ensino a responsabilidade da instituição superior privada e do professor com a incolumidade do estudante e intrinsecamente previsto no contrato a consciência profissional que se exige tanto do estabelecimento de ensino quanto do professor.

Caso interessante é o chamado “*bullyng*”, tão mencionado nas mídias. Está dentro do

---

<sup>429</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, 2010, p. 47/48.

<sup>430</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, 2010, p. 473/480.

<sup>431</sup> Segundo Arnoldo Wald: “O dinamismo do ensino deve acompanhar a realidade da vida”. (WALD, Arnoldo. Aula inaugural proferida em 31-3-67, na Faculdade de Direito da Universidade João XXIII. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 383/7, set./1967.).

<sup>432</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 1954, p. 273.

dever da instituição cuidar da incolumidade dos seus alunos. Como não é o propósito discutir acerca do fenômeno denominado “bullying”, além disso, outros fenômenos de desrespeito à dignidade da pessoa humana também são frequentes, chama-se a atenção para o caso ocorrido em uma faculdade de medicina. De acordo com notícia veiculada pelo Jornal Eletrônico CONJUR (Consultor Jurídico), em uma decisão recente, uma Faculdade de Medicina e dois dos seus professores foram obrigados a pagar uma indenização total de 90 mil reais para um aluno que teve problemas no vestibular e depois, ingressando no curso através de uma decisão judicial, passou a ser alvo, tanto da universidade e dos professores que praticaram, de forma ostensiva, todo tipo de constrangimento e agressão, verbal e psicológica, com o intuito de forçar sua exclusão do curso<sup>433</sup>.

Portanto, mesmo que no contrato de prestação de serviços educacionais não conste a vedação a essas práticas consideradas de violência, física ou psicológica, é dever do estabelecimento de ensino zelar para que o respeito à dignidade humana seja observado, sobretudo, dentro do ambiente escolar.

Também exemplo de responsabilidade supracontratual é a recomendação da Coordenação Regional do Procon Estadual de Uberlândia<sup>434</sup>, realizada pela 3ª Promotoria de Justiça especializada na defesa dos consumidores, que sugere à Câmara dos Dirigentes Lojistas de Uberlândia (CDL) que não promova a inscrição de consumidores inadimplentes de serviços públicos essenciais – dentre os quais os de ensino privado – no banco de dados de controle de crédito do qual é mantenedora, qual seja, Serviço de Proteção ao Crédito (SPC).

Por meio dessa medida, visa o Ministério Público proteger os consumidores inadimplentes da exposição a constrangimentos, conforme artigo 42 do CDC, tendo em vista a natureza do serviço – no caso, educacional – ser essencial, direito de todos e dever do Estado, com caráter social predominante ao caráter financeiro, ainda que exercido por instituições privadas de ensino. Dessa feita, seria abusiva a inclusão do nome do consumidor, de serviços públicos essenciais, inadimplente em bancos de dados de sociedades de controle de crédito, pois tais sociedades foram criadas para dar proteção ao mercado de concessão de crédito e financiamento.

Portanto, a proteção do consumidor do serviço privado de ensino, por estar estreitamente relacionada ao exercício da cidadania, da justiça social, da dignidade da pessoa humana, merece guarida não apenas das normas contratuais predispostas, mas também, de

---

<sup>433</sup> Notícia veiculada no site: <[http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/universidade-federal-rondonia-condenada-bullying-aluno?utm\\_source=twitterfeed&utm\\_medium=twitter](http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/universidade-federal-rondonia-condenada-bullying-aluno?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter)>. Acesso em: 20/07/2012.

<sup>434</sup> Notícia veiculada no Jornal “Correio de Uberlândia”, no dia 11/08/2012.

uma responsabilidade supracontratual, que leva em consideração a qualidade do objeto contratado, decorrente da prestação do serviço privado de ensino. Poderia se afirmar que se trata de uma obrigação implícita, que exige o dever de favorecer o adimplemento, seja por parte do credor seja por parte do devedor, em respeito aos valores de justiça.

Passa-se, agora, ao exame da responsabilidade pós-contratual, que também tem a finalidade de proteção da justiça, mesmo após o fim do contrato.

### 3.2.3 Responsabilidade pós-contratual

Conforme ensina Menezes Cordeiro, primeiro autor a analisar a responsabilidade pós-contratual no contexto da língua portuguesa, deverão os danos após a extinção do contrato serem indenizados, sempre que houver a violação dos deveres de conduta impostos pelo princípio da boa-fé<sup>435</sup>. A maior parte da doutrina, conforme Mosset Iturraspe, recorre à boa-fé objetiva para fundamentar a responsabilidade pós-contratual<sup>436</sup>.

Cabe advertir que se a própria norma jurídica impõe certo efeito, não há que se falar em pós-eficácia, mas em eficácia, isto é, a lei prevê que uma dada obrigação tem de ser cumprida num momento posterior. De acordo com Rogério Donnini há algumas classificações da pós-eficácia, dentre elas a denominada pós-eficácia continuada, que ocorre nas obrigações de conteúdo complexo em que há vínculos acessórios ao efetivo cumprimento da obrigação como um todo<sup>437</sup>.

Pode-se afirmar, nesse sentido, que como o contrato privado de ensino já foi caracterizado como de trato sucessivo a pós-eficácia relativa a ele será a “pós-eficácia continuada”. Assim, a realização do interesse do aluno somente acontecerá quando ocorrer a concretização de todos os deveres constantes da obrigação e se mesmo após a conclusão desse contrato houver a violação dos deveres anexos impostos pela boa-fé haverá a responsabilidade, por parte daquele que violou tal dever, em ressarcir os danos causados.

Os deveres anexos derivados da boa-fé que possibilitam a responsabilidade pré ou pós contratual deriva também da concepção das relações obrigacionais não como uma relação antagônica, mas como uma cooperação para que os objetivos de ambas as partes sejam

<sup>435</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*, 2001, p. 625 ss.

<sup>436</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos*. Responsabilidad contractual, 2007, p. 387/388.

<sup>437</sup> DONINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180/181.

alcançados.

Nesse sentido assevera Arnaldo Wald que “nos últimos anos, deixou-se, no entanto, de conceber o contrato como instrumento necessariamente decorrente ou representativo de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* – a *affectio contractus* –, com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o vínculo conjugal”<sup>438</sup>.

Portanto, não apenas nos contratos a longo prazo – como é o caso do contrato privado de ensino – mas nas relações contratuais em geral, há não uma oposição entre as partes contratantes, mas uma vontade comum de se relacionarem para cada qual atingir o objetivo almejado, para isso sendo necessária uma cooperação voluntária entre credor e devedor que abrange não apenas a fase das tratativas (fase pré-contratual), mas também o período de sua execução (momento contratual) e a fase posterior a sua concretização (fase pós-contratual).

Não abrindo mão da perspectiva obrigacional como processo, como já se concebeu as lições de Clóvis do Couto e Silva, será aqui analisada a responsabilidade pós-contratual existente nas relações entre as instituições privadas de ensino superior e os estudantes contratantes. Nesse sentido, serão analisados casos importantes que correspondem a uma violação do dever de boa-fé mesmo após a concretização do contrato firmado entre as partes.

Destarte, tendo em vista a responsabilidade pós-contratual, em caso de descumprimento do contrato por parte da instituição de ensino superior privada, mesmo após a colação de grau pode ser reconhecido o vício na prestação do serviço. Foi assim que se posicionou o Superior Tribunal de Justiça ao entender que, mesmo após a colação de grau por parte dos estudantes, era cabível a restituição dos valores pagos pelos créditos não ofertados pela instituição, sob pena de enriquecimento sem causa daquela<sup>439</sup>. Tal decisão prima pela

---

<sup>438</sup> WALD, Arnaldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 845, Mar-2006, p. 90.

<sup>439</sup> EMENTA: DIREITO CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. UNIVERSIDADE. MENSALIDADE. PAGAMENTO SEM A DEVIDA CONTRAPRESTAÇÃO EM HORAS-AULA. RESTITUIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PELAS ALÍNEAS A E C. AUSÊNCIA DE VÍCIOS A CONTAMINAR O ACÓRDÃO RECORRIDO. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 964 E 965 DO CC/1916. INAPLICABILIDADE DO ART. 971 DO MESMO DIPLOMA AO CASO DOS AUTOS. REPETIÇÃO SIMPLES. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há se falar em violação aos arts. 165, 458 e 535 do CPC, quando o Tribunal examinou a matéria posta na lide e declinou os fundamentos que o levaram às conclusões firmadas. À configuração do dissídio pretoriano impõe-se que se proceda ao correto cotejo analítico entre os casos confrontados o que na espécie não ocorreu. 2. Celebrado contrato de prestação de serviços entre a universidade e os recorrentes, e não tendo sido ministrado o número de créditos avençados, deve esta restituir o que recebeu a maior, indevidamente, sob pena de enriquecimento ilícito. 3. Não pode ser imputada aos recorrentes a anuência com o ilícito, pelo simples fato de ter ocorrido a colação de grau, pois buscaram, tanto na via administrativa quanto judicial, o reconhecimento do seu direito à repetição.

justiça contratual, uma vez que, decidir em sentido contrário significaria que os estudantes, mesmo tendo atingido o fim (colação de grau em ensino superior), teriam pagado por um serviço não prestado. Nesse caso, a instituição superior de ensino cobrou pelo serviço antes da colação de grau (momento contratual), mas como a disciplina não foi devidamente ministrada os alunos ingressaram com ação de restituição após a conclusão do contrato (momento pós-contratual). Logo, o consumidor após a extinção do contrato pôde, em momento posterior, exigir a restituição das mensalidades pagas sem a devida contraprestação.

Outra questão que envolve a responsabilidade pós-contratual é a exposição dos dados sigilosos por parte da instituição de ensino superior. Certo é que alguns dados íntimos à vida do estudante não podem ser revelados a terceiros. Mas, e no caso de ser fato relevante a ser apresentado à autoridade pública?

Esse dever de abstenção (de não revelar segredos ou não romper o sigilo) tem eficácia na relação intersubjetiva, entre os dois negociadores – de um lado a instituição de ensino superior privada e de outro o estudante –. Conforme já se salientou, “(...) na fase pós-contratual, a boa-fé também cria deveres, os posteriores ao término do contrato – são os deveres *post pactum finitum*”<sup>440</sup>. Portanto, como regra geral, não poderá a instituição divulgar os dados sigilosos de seus alunos. Excepcionalmente, caso se trate de questão de ordem pública, poderão tais dados ser revelados para defesa da sociedade. Deverá tal medida respeitar a razoabilidade e alguns filtros impostos pelos princípios que regem o ordenamento (direito à privacidade e intimidade; dever de sigilo; formalidades específicas para violação desse dever, etc), sobretudo, o princípio da boa-fé objetiva, norte das relações contratuais.

Importante também é a análise da impossibilidade da cobrança pela expedição dos diplomas no ensino superior. Admite-se que o pagamento ou não da “taxa” de expedição do diploma é questão que se dá antes do fim do término da relação obrigacional, pois é esse o momento em que se pode, de forma ampla, falar em cumprimento do contrato por parte do credor (instituição privada de ensino). Mas, imagine-se que houve a cobrança da taxa, o aluno

---

4. Inexistindo cobrança ofensiva ou vexatória pela universidade, de forma a expor os alunos ao ridículo, não tem aplicação a repetição em dobro, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido. REsp 895.480/SC (2006/0226907-8).Relator: Min. Luis Felipe Salomão.

Recorrentes: Alexandra Caminha e outros - advogados: João Gualberto de Souza e outros; e Gustavo Furtado Silbernagel. Recorrida: Fundação Universidade do Vale do Itajaí - Univali - advogados: Cíntia Carla Fernandes e outros. 4.<sup>a</sup> T.; REsp 895.480/SC; número do registro: 2006/0226907-8; números de origem: 20010091828, 20040022468, 20040022468000201, 200501845740 e 7990008106; pauta: 09.11.2010; julgado: 09.11.2010; relator: Exmo. Sr. Min. Luis Felipe Salomão; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. João Otávio de Noronha; Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Ana Maria Guerrero Guimarães; secretária: bela. Teresa Helena da Rocha Basevi).

<sup>440</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 18, Abr-1996, p. 26.

pagou e depois de concretizado o contrato tem notícia de que tal cobrança fora ilegal. Cabe ainda ao aluno prazo para pedido de restituição desse valor?

A título de explicação sobre as regras da “taxa de expedição do diploma” cabe ressaltar que, a despeito de o artigo 48, §1º da Lei 9.394/96 prever que “os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprios registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação”, não deverão esses custos serem repassados aos alunos. Tal cobrança é indevida e abusiva, tendo sido inclusive alvo de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público em defesa do consumidor/estudante.

Tal vedação, que já era defendida com base em normas já existentes, como as Resoluções nº 1/1983 e 3/1989 do Conselho Federal de Educação (CFE) foi também, no ano de 2007, regulamentada pela Portaria Normativa nº 40 do Ministério da Educação (MEC), que trouxe expressamente a proibição da cobrança pela expedição de diploma conforme artigo 32, §4º, que dispõe: “a expedição do diploma e histórico escolar final considera-se incluída nos serviços educacionais prestados pela instituição, não ensejando a cobrança de qualquer valor, ressalvada a hipótese de apresentação decorativa, com a utilização de papel ou tratamento gráfico especiais, por opção do aluno”.

Existem várias decisões sobre o tema e os precedentes sempre apontam para irregularidade de condicionar a expedição de diploma a um preço a ser pago pelo aluno, pois o valor é mais um ônus incidente sobre a atividade educacional que deve ser suportado por quem presta o serviço, ou seja, a instituição de ensino superior privada<sup>441</sup>. Assim, as instituições privadas de ensino, diante de já consolidada posição do Ministério da Educação e do Poder Judiciário, contrária à cobrança de “taxa” para expedição do diploma, devem se adequar a esse posicionamento e qualquer cobrança nesse sentido será eivada de ilicitude e abusividade.

Contudo, em ocorrendo essa cobrança, e somente em momento posterior à colação de

---

<sup>441</sup> Conforme se verifica: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. TAXA PARA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA. 1- É ilegítima a imposição de taxa para a expedição do diploma universitário, porquanto, nos termos da Resolução nº 001/83, reformulada pela Resolução nº 003/89, do Conselho Federal de Educação, o fornecimento da primeira via de certificados e diplomas de conclusão está entre os encargos educacionais sujeitos à cobrança por meio de anuidade escolar a ser paga pelo aluno. 2- Com o intuito de pôr fim à discussão, o Ministério da Educação editou a Portaria nº 40, de 12 de dezembro de 2007, estipulando, no parágrafo 4º do artigo 32, que "a expedição do diploma considera-se incluída nos serviços educacionais prestados pela instituição, não ensejando a cobrança de qualquer valor, ressalvada a hipótese de apresentação decorativa, com a utilização de papel ou tratamento gráfico especiais, por opção do aluno". 3- Precedentes jurisprudenciais da Corte. 4- Remessa oficial a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, REOMS 0000012-27.2007.4.03.6118, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO, julgado em 12/11/2009, DJF3 CJ1 DATA:07/12/2009).

grau e ao recebimento do diploma o aluno tomar conhecimento de que tal pagamento por ele já realizado foi indevido, ou seja, que a cobrança realizada pela instituição privada de ensino foi abusiva, poderá ele exigir a restituição do valor pago, mesmo que o contrato já tenha sido concluído, com fundamento na responsabilidade decorrente da pós-eficácia aparente do contrato.

Caso que também envolve a responsabilidade pós-contratual é o fato de suspensão de reconhecimento de curso após avaliação realizada pelo Ministério da Educação. O interesse maior dos alunos deve ser levado em consideração na análise e avaliação do serviço educacional, inclusive quando prestado por entidades privadas de ensino. Sobre o tema se posiciona a jurisprudência a favor de proteger os interesses dos alunos que poderiam ser prejudicados por avaliação feita pelo MEC – Ministério da Educação<sup>442</sup>. Assim, deve ser conferido prazo para que a instituição se enquadre nas exigências feitas pela avaliação do MEC, sob pena de prejudicar aqueles alunos que estudam na instituição. Por exemplo, se o aluno já adimpliu todas as prestações/mensalidades e aguarda apenas a obtenção do diploma, pode-se afirmar que por parte do consumidor (aluno) já houve o cumprimento da obrigação a ele pertinente, cabe agora à instituição privada de ensino conceder-lhe o diploma. Na relação existente entre o MEC e a instituição é importante que haja uma adequação – com a concessão de prazos, por exemplo – para que o aluno não seja prejudicado.

Conforme se viu, são vários os casos que decorrem da responsabilidade pós-contratual, em que mesmo após o cumprimento das obrigações por uma das partes (adimplemento contratual) haverá a necessidade de observância dos deveres anexos derivados da boa-fé, mesmo que tais deveres não estejam previstos expressamente no contrato.

Para finalizar, cita-se caso interessante ocorrido em 1973 nos Estados Unidos. Relata-se que um ex-aluno da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, Dascomb Henderson, foi despedido de seu emprego após aplicar uma fórmula de investimento ensinada na

---

<sup>442</sup>ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DO RECONHECIMENTO DE CURSO. NECESSIDADE DE CONCESSÃO PRÉVIA DE PRAZO PARA SANAÇÃO DAS DEFICIÊNCIAS. DESCUMPRIMENTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO RITO ADMINISTRATIVO. EXAME NACIONAL DE CURSOS. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. 1. A avaliação do MEC e seus consectários encartam-se no poder da Administração Pública cuja conveniência e oportunidade são insidicáveis pelo Poder Judiciário, salvo a ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder. 2. É líquido e certo o direito da instituição de ensino lhe seja concedido prazo para sanar as irregularidades verificadas na avaliação pelo Exame Nacional de Cursos antes de ser suspenso o curso que recebeu avaliação insuficiente (art. 46, § 1º, da Lei n.º 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) 3. A inversão dessas etapas; a saber, primeiro a suspensão do reconhecimento do curso e depois o deferimento de prazo para suprir as deficiências, afronta a cláusula pétrea do devido processo legal aplicável a todo e qualquer procedimento administrativo. 4. Legitimidade e interesse de agir da instituição ante a Teoria do Fato Consumado quanto ao direito dos alunos que estão prestes a concluir o curso submetido ao ato dito "abusivo" da autoridade. 5. Mandado de Segurança concedido. (Mandado de Segurança Nº 8.130 - Df (2002/0001015-7) Relator : Ministro Luiz Fux Impetrante : Organização Educacional de Ribeirão Pires. Advogado : Paulo Laitano Távora e Outro. Impetrado : Ministro de Estado da Educação).

faculdade, causando à empresa um prejuízo. O ex-aluno ingressou com uma ação de indenização contra a Universidade e o professor que havia ensinado a fórmula, pleiteando US\$ 500,000 de lucros cessantes e US\$ 200,000 pelas humilhações sofridas. Inicialmente a ação foi extinta; porém, na fase recursal, foi acolhido o pedido de um julgamento, afirmando o juiz que “it seems paradoxical beyond endurance to rule that a manufacturer of shampoos may not endanger a student's scalp but that a premier educational institution is free to stuff his skull with nonsense”<sup>443</sup>.

Assim, mesmo após a extinção do vínculo contratual houve a responsabilidade da Universidade de indenizar o aluno pela não observação da qualidade do serviço prestado (serviço essencial – de ensino superior), que teve repercussões no exercício da profissão. Quantos alunos não iriam, com base nesse precedente, recorrer ao judiciário para serem ressarcidos das enormes atrocidades que se ensinam nas universidades brasileiras?

Cabe aqui nesse caso, bem como no contrato privado de ensino, a *metodologia de devolução dos conceitos* (lógica reversa) a depor a favor da atualização legislativa, vez que suscita o préstimo do cidadão em buscar seus direitos quando dos abusos sofridos no mercado, abastecendo as instituições com fatos ensejadores de hipóteses de incidência para a aplicação das regras consumeristas. Nestas hipóteses a audiência pública, a aceitação de *amicus curiae*, a abertura de cadastro de processos coletivos, a função pedagógica e ética da responsabilidade civil, afora a tutela administrativa já realizada pelos PROCONs, incentivam o consumidor a deixar de lado a costumeira *passividade*, dando mostras da possibilidade de resposta efetiva pelos aparelhos estatais frente às mazelas mercadológicas. Há, por isso, um *reenvio* e uma *ressignificação cultural* do Código de Defesa do Consumidor que ao mesmo tempo em que protege o consumidor, por ele é protegido (no abastecimento de fatos, posições e situações) como norma essencial na democracia mercadológica<sup>444</sup>.

É que, conforme lição primorosa de Anthony Giddens<sup>445</sup>, as práticas sociais são constantemente examinadas à luz das informações em forma de conceitos, evidenciando um movimento espiral (tipo dentro-fora), o que permite reconstituir o universo de valores e o próprio universo de conceitos, autorizando o sistema jurídico na alteração constitutiva de seu caráter.

---

<sup>443</sup> GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A responsabilidade das instituições de ensino superior pelo vício no serviço prestado. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, vol. 40, Out -2001, p. 268. (Tradução livre: Parece paradoxal, além do suportável, decidir que um fabricante de xampus não pode pôr em risco o couro cabeludo de um estudante, mas uma instituição de ensino seja livre para encher sua cabeça de besteiras).

<sup>444</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. *A contingente atualização do código de defesa do consumidor: novas fontes, metodologia e devolução de conceitos*. Artigo a ser publicado na Revista de Direito do Consumidor.

<sup>445</sup> GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 45.

Dessa feita, o papel da educação é como um espiral – devolve-se para a intuição o que se aprende nas salas de aula – e, nesse sentido, seria no mínimo contraditório as universidades ensinarem os direitos fundamentais, a importância do acesso à educação, a necessidade de coibir as práticas abusivas nas relações contratuais e, ao fim do mês ou ano, cobrar o contrário dos seus alunos.

## CONCLUSÃO

Longe da pretensão de serem linhas definitivas sobre a temática, as conclusões aqui traçadas podem, no máximo, significar um horizonte que potencialize as possibilidades abertas por uma leitura crítica da relação jurídica obrigacional presente entre as instituições privadas de ensino superior e os estudantes, ou seus responsáveis.

Conforme já se explicitou como o controle da efetividade do direito à educação é temática que envolve tanto o acesso, como a forma da prestação do serviço, deve haver maior controle por parte do Estado a ser realizado nas instituições privadas de ensino superior, tanto avaliando a qualidade do serviço prestado como a forma de sua prestação – controle das abusividades presentes nos contratos privados de ensino.

Pelo fato de envolver a prestação de um serviço essencial – acesso ao ensino superior – o contrato entabulado entre as instituições superiores privadas e os estudantes, ou seus representantes, deve proteger o caráter essencial do serviço proporcionado e respeitar o direito fundamental ali tratado – direito à educação.

Dessa forma, buscou-se demonstrar a necessidade de um diálogo entre a essencialidade do serviço e a economicidade do contrato. Protege-se o núcleo patrimonial do contrato, sem deixar de observar e respeitar a proteção essencial necessária ao ensino, controlando as medidas abusivas.

Portanto, na solução do caso concreto deve-se ter em mente que se trata de um contrato que envolve situações dúplices (existenciais e patrimoniais), para que não se prejudique o direito à educação, tampouco a necessidade de circulação do mercado. Para isso, deverá ser respeitada a confiança legítima despertada pela instituição privada de ensino – de um lado – e exigida a boa-fé do consumidor/aluno – de outro lado –, sendo que ambos deverão cumprir com seus deveres decorrentes não apenas da obrigação principal, mas dos deveres anexos que envolvem as relações contratuais.

Para isso foram analisados na concretude do contrato privado de ensino os casos de inadimplemento mais frequentes, tanto por parte das instituições privadas de ensino quanto pelos estudantes; os deveres de fidúcia decorrentes dessa relação contratual e as implicações daí decorrentes, bem como a responsabilidade pré, supra e pós-contratual.

Deve-se, pois, compreender as necessidades surgidas com a massificação do acesso à educação nos contratos privados de ensino de forma a se solucionar os problemas advindos dessa frequente relação contratual da forma mais razoável possível.

Com o propósito de trazer a lume os casos mais frequentes de violação dos deveres de boa-fé por parte dos estudantes e quebra da confiança por parte das instituições privadas de ensino, dividiu-se, com a finalidade apenas metodológica, a responsabilidade em contratual e extracontratual. Entretanto, tal divisão não significa desconhecimento da relação obrigacional como processo. Assim optou-se apenas com a finalidade de facilitar o estudo das implicações decorrentes do inadimplemento e enfatizar as consequências desse descumprimento nas fases contratuais (pré, supra ou pós contratual).

Deste modo, foram analisados casos de inadimplemento absoluto e relativo pelo descumprimento do contrato privado de ensino, tanto por parte das instituições superiores privadas como por parte dos alunos inadimplentes, e as consequências advindas desse inadimplemento, sendo que a depender da parte inadimplente as implicações daí decorrentes serão distintas, tendo em vista, por exemplo, o fato de os consumidores gozarem de proteção especial, por se tratar de parte vulnerável, que merece tutela específica. Mas, isso não significa que os estudantes não terão deveres a serem cumpridos, não apenas decorrentes da obrigação principal, mas também deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva.

E em outra ponta, foram considerados os casos de responsabilidade extracontratual por violação dos deveres de boa-fé, analisando-se em cada fase das tratativas contratuais os eventos ensejadores de responsabilidade, pois, seja na fase pré ou pós-contratual, há obrigações que devem ser cumpridas pelas partes contratantes, independente do fato de ainda não se ter formalizado, ou se já finalizado, o vínculo contratual. Isso porque a boa-fé objetiva, um dos princípios inerentes às relações contratuais, traduz regras, deveres de cuidado e segurança em todas as fases negociais.

Portanto, não seria diferente nos contratos privados de ensino, sobretudo, pelo fato de serem contratos que tutelam o direito fundamental à educação (contratos existenciais). Há, dessa forma, uma responsabilidade, tanto por parte do fornecedor do serviço educacional (instituições privadas de ensino) como dos consumidores (alunos), que é pré-negocial – em virtude das expectativas legítimas que foram criadas, mesmo em fase anterior à celebração do contrato –, pós-contratual e supracontratual. Isso ocorre porque os atos praticados por ambas as partes, para influenciar a celebração do contrato, criam expectativas e estas não devem ser quebradas pela não observância de deveres que a tutelam. Diz-se, então, que quando essa quebra é injustificada ou injusta possibilita a responsabilização por parte daquele que violou com seu dever.

Dessa feita, no caso concreto, em ocorrendo conflito entre o interesse existencial (direito à educação) e o interesse patrimonial (necessidade de manutenção da instituição

privada de ensino), será necessário recorrer à ponderação como forma efetiva de solucionar o impasse da melhor forma possível, sempre em atenção, sob o norte da metodologia civil-constitucional, ao respeito da dignidade da pessoa humana nas relações contratuais.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR Jr., Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. In: *Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14: 20-27, abr./jun. 1995, pp. 20-27.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (Trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5ª ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. In: *Globalização e direito. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 163-179.
- ATIQUÉ, Andraci Lucas Veltroni. A educação superior e os princípios constitucionais. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, vol. 18, Jul / 2006, pp. 62-77.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo : RT, vol. 18, Abr / 1996, pp. 23-30.
- \_\_\_\_\_. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- \_\_\_\_\_. Educação, Constituição, Democracia e Recursos Públicos. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, nº XII/35, 2002.
- BARROS, Marco Antonio de. Ensino do direito: dos primórdios à expansão pelo setor privado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 832, Fev / 2005, p. 83.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. (Trad. Mauro Gama; Claudia Martinelli Gama. Revisão Técnica: Luís Carlos Fridman). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. Il problema della causa nei suoi profili attuali. (Materiali per una discussione). In: ALPA, Guido; Bessone, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. (Trad. Ricardo Rodrigues Gama). Tomo III. Campinas: LZN Editora, 2003.

BIDART CAMPOS, German J. *Las obligaciones en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

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

\_\_\_\_\_. *Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política*. (Trad. Marco Aurélio Nogueira). 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_. *Da Estrutura à Função*. São Paulo: Manole, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. (Trad. A. Menezes Cordeiro). 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. (Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CHARDIN, Pierre Teilhard de. *O fenômeno Humano*. São Paulo: Herder, 1965.

CIFUENTES, Santos. *Negócio jurídico. Estructura. Vícios. Nulidades*. (Colaboração COBAS, Manuel O.; ZAGO, Jorge A.). 1ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CURY, Carlos Roberto Jamil. *Lei de diretrizes e bases da educação (Lei 9.394/96)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. In: *Cadernos de pesquisa*, n.116, Jul-2002, São Paulo. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742002000200010>>. Acesso em 06/06/2012.

DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo – Imprevisão. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 195, jan. de 1952, pp. 544-557.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

DONINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito privado* (Tradução: Servanda Editora). Campinas: Servanda Editora, 2008.

EILBERG, Ilana Finkielstejn. O direito fundamental à educação e as relações de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 74, Abr / 2010, pp. 154-205.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 903, Jan / 2011, pp. 26-35.

\_\_\_\_\_. Contratos na ordem pública do direito contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. (Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 457-462.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERREIRA, J. O. Cardona. Justiça – os caminhantes e os caminhos. In: *O Direito*. (Director : MIRANDA, Jorge). Lisboa: Almedina, 2010, Ano 142º, V, pp. 813-827.

FERRI, Giovanni B. Diritto all'informazione e diritto all'oblio. In: *Rivista di diritto civile*. Anno XXXVI, Parte prima, Padova: CEDAM, 1990, pp. 801-823.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. (Trad. Luis Sancho Mendizabal). Granada: Ed. Comares, 2001.

FLOREZ-VALDES, Joaquin Arce. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Ed. Cuadernos Civitas, 1991.

FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Lisboa: Livraria Almedina Coimbra, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da ; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 853, Nov / 2006, pp. 58-76.

GARCIA, Maria. Do ensino fundamental ao ensino superior: o processo educacional - cidadania e trabalho e a dignidade da pessoa humana. In: *Revista de Direito Educacional*, vol. 3, Jan / 2011, pp. 261-271.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations: principes et caractères essentiels, ordre public, consentement, objet, cause, théorie générale des nullités*. Vol. 1. Paris: LGDJ, 1980.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. (Trad. Raul Fiker). 6ª Reimpressão. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

\_\_\_\_\_. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. In: *Revista de direito do consumidor. RDC*. (Coord. MARQUES, Claudia Lima). São Paulo: RT, Ano 20, vol. 77, jan-mar. / 2011, pp. 78-95.

GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia. Il diritto privato oggi – serie a cura di Paolo Cendon*. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A responsabilidade das instituições de ensino superior pelo vício no serviço prestado. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, vol. 40, Out / 2001, pp. 266-287.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*, 2000.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. *Revista do Direito do Consumidor*. Ano 18, n. 70, abr-jun. São Paulo: RT, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências Atuais da Responsabilidade Civil: marcos teóricos para o Direito do Século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 213-229.

JELLINEK, George. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milano, 1910.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos* (Trad. Leopoldo Holzbach). São Paulo: Martin Claret, 2006.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Diálogos sobre direito civil*. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 265-297.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (orgs.). *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. (Tradução espanhola). Barcelona: Ariel, 3ª impresión, 2009.

LIMONGI FRANÇA, R. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, nº 567, jan. - 1983, pp. 09-17.

LINHARES, Mônica Tereza Mansur. *Ensino jurídico: Educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de Direito*. São Paulo: Iglu Editora, 2010.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 37, Jan / 2001, pp. 59-73.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 173-193.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à lei de diretrizes e bases da educação: Lei 9.394, de 20.12.1996: jurisprudência sobre educação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. (Trad. Ricardo Corrêa Barbosa). 5ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 35, Jul / 2000, pp. 113-121.

\_\_\_\_\_. A proteção dos usuários de serviços públicos - a perspectiva do direito do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo : RT, vol. 37, Jan-2001, pp. 77-89.

\_\_\_\_\_. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. In: *Obra dispersa*, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo : RT, vol. 33, Jan / 2000, pp. 79-117.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos 5.º congresso brasileiro e 3.º congresso mineiro de direito do consumidor Belo Horizonte, de 02 a 05 de maio de 2000 sob os auspícios do instituto brasileiro de política e direito do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 35, Julho-2000, pp. 61-95.

\_\_\_\_\_. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 51, Jul / 2004, pp. 34-63.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Estado de Perigo no novo código civil: uma perspectiva civil constitucional*. São Paulo : saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. In: *Revista de direito do consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011, ano 20. (Coordenação Claudia Lima Marques). São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 265-307.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 58, Abr / 2006, pp. 55-74.

\_\_\_\_\_. Superendividamento e a necessidade de proteger o consumidor dele mesmo. In: *Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/superendividamento-e-a-necessidade-de-protger-o-consumidor-dele-mesmo/6323>>. Acesso em: 06/07/2012.

\_\_\_\_\_. *A contingente atualização do código de defesa do consumidor: novas fontes, metodologia e devolução de conceitos*. Artigo a ser publicado na Revista de Direito do Consumidor.

MARTINS COSTA, Judith H. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 867, Jan / 2008, pp. 11-52.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: RT, 1989.

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

\_\_\_\_\_. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, Ano 95, v.854, dez. / 2006, pp. 11-37.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 3. ed. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaga. São Paulo: Cortez, 2000.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Cómo contratar en una economia de mercado*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos*. Responsabilidad contractual. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. reimpressão (MONTEIRO, António Pinto; MOTA PINTO, Paulo). Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Erson Teodoro de. O contrato de prestação de serviços educacionais. De acordo com a redação da lei 9.870, de 23 de novembro de 1999, alterada pela medida provisória 1930, de 29 de novembro de 1999, e de acordo com o novo código civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 54, Abr / 2005, pp. 143-159.

OPPO, Giorgio. *Sobre os princípios gerais do direito civil*. Comunicação apresentada no Congresso Os princípios gerais do direito, promovido pela Academia dei Lincei, nos dias 27-29 de maio de 1991. Artigo destinado aos Studi in onore di Luigi Megnoni.

PAIVA, Regina Garcia de. *Direito educacional sob uma ótica sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. (Trad. de Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Università degli Studi di Camerino – Scuola di perfezionamento in diritto civile – Lezioni raccolte da Pietro Perlingieri. E.S.I. Napoli, 1972.

PINTO MONTEIRO, António. A defesa do consumidor no limiar do século XXI. In: *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra (Globalização e Direito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 35-47.

PIOVESAN, Flavia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 53-64.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ARNESEN, Erik Saddi. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional à Educação: A promoção indireta dos princípios e normas internacionais. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do/ JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. A universidade e o estado. Algumas considerações acerca do papel do estado na atividade educacional de nível superior. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 24, Jul-1998, pp. 63-72.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. (Trad. Osório de Oliveira). São Paulo: Saraiva, 1937.

\_\_\_\_\_. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4<sup>ème</sup> édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. (Tradução de Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes). Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SALGADO, Joaquim. *A idéia da justiça em Kant*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 107-163.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Algumas notas sobre o direito à moradia como direito humano e fundamental e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 513. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do/ JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 513-539.

\_\_\_\_\_. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 321-354.

\_\_\_\_\_. Segurança Social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. (2ª tiragem). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988*, p. 41. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/788>. Acesso em: 01/05/2011.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 32, out./dez. 2007, pp. 3-27.

\_\_\_\_\_. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Direito informacional: direito da sociedade da informação. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 859, Mai / 2007, pp. 743-759.

SOBRINHO, José Dias. Avaliação ética e política em função da educação como direito público ou como mercadoria? In: *Educação & Sociedade*, vol. 25, n. 88, out. 2004, Campinas, p. 703-725. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0101-73302004000300004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt]. Acesso em: 18/06/2012.

SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*. (Série IDP). São Paulo: Saraiva, 2010.

STIGLITZ, Gabriel A. *Protección Jurídica del Consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

STIGLITZ, Rubén S. Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 13, Jan-1995, pp. 5-11.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

TELLES, Inocêncio Galvão. Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas. In: *O direito*. (Director: TELLES, Inocêncio Galvão). Ano 127º, Jan-Jun/ 1995, pp. 297-315.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 44, out-dez/2010. Rio de Janeiro: Padma, pp. 19-30.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Direito das obrigações. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 29-44.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: Sarlet, I. W.; TIMM, L. B. (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. (Volume 2). Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VARELLA, Marcelo Dias (Coord). *Responsabilidade e Socialização do Risco*. Conselho de Estado da França. Trad. Michel Abes. Brasília: UniCEUB, 2006.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*, 2005.

WALD, Arnoldo. Aula inaugural proferida em 31-3-67, na Faculdade de Direito da Universidade João XXIII. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 383/7, set / 1967.

\_\_\_\_\_. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 845, Mar / 2006, pp. 81-95.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. (Tradução de A. M. Botelho Hespanha). 2ª ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.