

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ANA LETICIA ANARELLI ROSATI LEONEL

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS:
constitucionalizando o contrato na socialização do Direito e a (in)suficiente
análise da questão pelo Supremo Tribunal Federal**

São Leopoldo

2014

Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS:
constitucionalizando o contrato na socialização do Direito e a (in)suficiente análise
da questão pelo Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Área de concentração: Direito Público, dentro da linha de pesquisa II – “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”

Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann

São Leopoldo

2014

L583e

Leonel, Ana Leticia Anarelli Rosati

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: constitucionalizando o contrato na socialização do direito e a (in)suficiente análise da questão pelo Supremo Tribunal Federal / Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel -- 2014.

169 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann.

1. Contratos. 2. Direitos fundamentais. I. Título. II. Engelmann, Wilson.

CDU 347.44

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS **RELAÇÕES PRIVADAS**: constitucionalizando o contrato na socialização do Direito e a (in) suficiente análise da questão pelo Supremo Tribunal Federal”, elaborada pela mestranda **Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de outubro de 2014

Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Wilson Engelmann

Membro: Dr. Wilson Antônio Steinmetz

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Dedico este trabalho ao Davi, porque assim, um dia, lhe prometi, justificando tantos dias e fins de semana que passei isolada no escritório. E também porque, entre minhas lidas e escritas, quando o cansaço já começava a falar mais alto, a sua chegada de mansinho para me fazer companhia e a sua pergunta me animavam a prosseguir: *“Mamãe, já está terminando o meu trabalho?”*

Agradecimentos

É hora de agradecer e não poderia deixar de expressar a minha eterna consideração a quem foi fundamental para a chegada nesse estágio do meu trabalho acadêmico.

De início, ao Juliano, por ser quem é, pelo apoio e por tudo, desde o começo do mestrado. Também aos meus pais, que incentivaram os meus estudos até aqui, facilitando as minhas viagens de forma imprescindível.

Ao Prof. Dr. Wilson Engelman, pelo carinho, paciência, dedicação, atenção e solidariedade em dividir, sem egoísmo ou vaidade, o que sabe. Com ele, não só tive as melhores orientações que um aluno poderia ter, mas aprendi como devo ser enquanto orientadora dos meus alunos. A sua atenção e rapidez nas respostas e correções, fá-lo ser, realmente, diferenciado, provando que, nesta era de tecnologia, um Minter, desde que coordenado por um professor comprometido e competente, há como ser muito bem sucedido. Os mais de duzentos e-mails e os encontros pessoais foram fundamentais para o processo de construção deste trabalho.

Também à Profa. Dra. Taysa Schiocchet, por todos os caminhos indicados durante a qualificação. A sua contribuição foi basilar para o êxito da pesquisa realizada.

A todos os professores do Minter UNISINOS/FACID, que também se deslocaram do Rio Grande do Sul para o Piauí, ou que nos deram aulas nas férias, dividindo o conhecimento e cativando a simpatia, tornando-se mais do que Professores Doutores em Direito: possuidores de muita admiração e amizade sincera. Faço tal agradecimento em nome do Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira, especialmente porque me presenteou com a grande honra de sua presença e arguição em minha banca de defesa desta dissertação.

Imensa honra, também, senti com a aceitação do convite e a presença do Prof. Dr. Wilson Antonio Steinmetz como membro externo e arguidor da defesa. Como um dos principais referenciais teóricos da pesquisa, suas considerações presenciais engrandeceram o trabalho de forma muito significativa.

Os agradecimentos também não poderiam deixar de ser dirigidos a preciosas instituições que, através de pessoas especiais, preocupam-se, de forma enfática, com a pesquisa: à Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, na pessoa do Professor Leonel Severo Rocha, que proporcionou abrir as suas portas de São

Leopoldo para o Brasil, deslocando-se do Sul ao Nordeste do país; à Faculdade Integral Diferencial – FACID, hoje Facid/DeVry, na pessoa da Professora Maria Joseci Lima Cavalcante Vale que, além do empenho em qualificar os profissionais de Direito com rara pós-graduação *stricto sensu* em Teresina, contribuiu, com importante incentivo, à formação de seus professores, entre os quais, com orgulho, estou incluída; ao Centro de Ensino Unificado de Teresina – CEUT, na pessoa da Professora Maria de Fátima Araújo Portela, que acreditou em mim, deu-me a primeira chance no trabalho docente e que também colaborou, de forma significativa e direta, para a concretização do sonho do meu mestrado em Direito. Tais agradecimentos se estendem à Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí, que também se preocupou com o incremento do conhecimento jurídico dos advogados do Estado, com admirável estímulo.

Ao Desembargador Edvaldo Pereira de Moura, ex-presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e presidente do Tribunal Regional Eleitoral, pelo inolvidável incentivo à pesquisa jurídica, especialmente pela instigação das pessoas ao seu redor. Para mim, o exemplo de profissional que venceu, por seus próprios méritos, todas as adversidades de sua existência, orgulhando-se de sua origem humilde e sem deixar que suas inúmeras atribuições lhe impedissem de adquirir um conhecimento jurídico admirável, que poucos alcançam durante a vida. Não bastasse toda a sua sapiência, sempre se mostra incitado por novos conhecimentos.

Aos meus familiares que, mesmo estando todos longe, sempre me deram o apoio de perto, valorizando meus potenciais. Também a todos os meus amigos e amigas que conseguiram continuar gostando de mim e me incentivando com carinho e dedicação mesmo com todo o isolamento, lamúrias e ausências. Aos meus alunos e ex-alunos que, diante de seus generosos carinhos, nunca deixaram de acreditar e confiar em mim.

Por fim, e por tudo, agradeço a Deus que, na sua infinita misericórdia, permitiu que eu estivesse aqui, hoje, agradecendo as bênçãos que Ele me deu através de todas as colaborações mais que especiais acima mencionadas.

RESUMO

No contexto de aplicação da Constituição Federal às relações contratuais, a dissertação aborda, de início, a transformação estrutural do contrato de acordo com as mudanças da sociedade, alocando-o, especialmente, no contexto do Estado Democrático de Direito. As teses de individualismo jurídico enfraquecem, atingem a própria liberdade de contratar e, conseqüentemente, a autonomia individual. Busca-se, assim, demonstrar que no estágio atual do Estado, há uma clara superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, e se busca um efeito de unidade do ordenamento jurídico. Dessa forma, com a constitucionalização do contrato e o efeito irradiador da Constituição, justifica-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse ponto, aborda-se, também, a autonomia privada como direito fundamental e as conseqüências de sua colisão com outros princípios. Analisa-se o sopesamento dos princípios fundamentais, especialmente de acordo com a técnica da ponderação. Por fim, avalia-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas de acordo com a visão normativa da Constituição Federal, abordando-se a aplicação indireta, a aplicação direta, as críticas a ambas as teorias e apresentando a consideração de que pode não existir resposta uniforme aos casos concretos. Após, demonstra-se a questão da teoria da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas no Supremo Tribunal Federal, demonstrando a atual abordagem na Suprema Corte brasileira.

Palavras-chave: Contratos; Direitos fundamentais; Eficácia.

ABSTRACT

In the context of application of the Constitution to contractual relations, the dissertation discusses at first the structural transformation according to the changes of association, allocating it, especially in the context of a democratic state. The theses of legal individualism weakens, reaching the freedom of contract and, consequently, individual autonomy. The aim is thus to demonstrate that there is a clear overcoming the dichotomy between Public Law and Private Law at the current stage of the state, and seeks an effect of unity of the legal system. Thus, with the constitutionalization of contract and the radiating effect of the Constitution justifies the effectiveness of fundamental rights in private relations. At this point, too, it addresses private autonomy as a fundamental right and the consequences of its collision with other principles. Analyzes the weighting fundamental principles, especially according to the technique of weighting. Finally, evaluate the effectiveness of fundamental rights in private relations in accordance with the normative vision of the Federal Constitution, approaching the indirect application, the direct application, criticism of both theories and presenting the consideration that may not exist uniform response to specific cases. After shows up the question of the applicability of the theory of fundamental rights in private relations in the Supreme Court, showing the current approach in the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Contracts; Fundamental rights; Efficacy.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 AS DIVERSAS FEIÇÕES DO CONTRATO EM IMPORTANTES TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS | 17 |
| 2.1 CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO: AS MUDANÇAS ESTRUTURAIS ACOMPANHAM AS MUDANÇAS SOCIAIS..... | 21 |
| 2.2 O SURGIMENTO DO DIRIGISMO CONTRATUAL COMO ADAPTAÇÃO DO CONTRATO AO ESTADO SOCIAL | 31 |
| 2.3 CONTRATO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PARA ALÉM DO INTERESSE DA PARTE | 36 |
| 2.4 A SUPERAÇÃO DAS TESES DE INDIVIDUALISMO JURÍDICO COMO ENFRAQUECIMENTO DOS PODERES DA LIBERDADE DE CONTRATAR | 40 |
| 3 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO: NOVOS CONTORNOS DA AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL DIANTE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO | 49 |
| 3.1 UMA DICOTOMIA (IM)PRECISA E (DES)NECESSÁRIA: BUSCA DE UM EFEITO DE UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO | 53 |
| 3.2 O PARTICULAR: NOÇÕES DA ESFERA PÚBLICA, PRIVADA E SOCIAL POR HANNAH ARENDT | 60 |
| 3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES E NOS CONTRATOS À LUZ DA SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO..... | 64 |
| 3.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: CONSTITUCIONALIZANDO O CONTRATO | 73 |
| 3.5 A IRRADIAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO | 77 |
| 3.6 CONCEPÇÕES DA AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL | 82 |
| 3.6.1 A autonomia privada como Direito Fundamental..... | 88 |
| 3.7 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO: A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E AS TRÊS MÁXIMAS DA PROPORCIONALIDADE | 92 |

| | |
|--|------------|
| 4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: VISÃO NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL | 100 |
| 4.1 APLICAÇÃO INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: OS EFEITOS INDIRETOS..... | 106 |
| 4.1.1 Teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos Direitos Fundamentais..... | 109 |
| 4.1.2 Principais críticas a respeito da teoria da aplicação indireta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas..... | 111 |
| 4.2 A APLICAÇÃO DIRETA OU IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: OS EFEITOS DIRETOS | 114 |
| 4.2.1 Principais críticas a respeito da teoria da aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas..... | 117 |
| 4.3 A EFICÁCIA INDIRETA, DIRETA OU A IMPOSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO UNIFORME PARA A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICADOS À RELAÇÃO ENTRE PARTICULARES?..... | 119 |
| 4.4 A QUESTÃO DA TEORIA DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF | 129 |
| 5 CONCLUSÃO | 152 |
| REFERÊNCIAS..... | 161 |

1 INTRODUÇÃO

De início, justificando a escolha do tema, tomam-se as palavras de Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 17): “Muito daquilo que, para os operadores de uma disciplina jurídica é tido como ponto pacífico pode ser, para os operadores de outras disciplinas, um completo despropósito”. Assim é a concepção da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Não é rara a compreensão, dentro da doutrina pátria, que todo o sistema está vinculado à Constituição Federal e, portanto, todo o Direito Civil, ou todos os contratos, subordinam-se às normas fundamentais, sem maiores problemas.

Mas convém lembrar que nem sempre foi assim e continua não sendo tão simples tal questão.

As relações entre direitos fundamentais e particulares já vem sendo discutidas, especialmente na Alemanha e em toda a Europa há pelo menos meio século, mas para países como o Brasil é um tema relativamente novo. (Sarlet, 2014). Envolve inúmeras questões que, como acontece, no geral, em trabalho acadêmico, especialmente em pós-graduação *stricto sensu*, necessita uma delimitação sob pena de comprometimento da pesquisa. Assim, o corte epistemológico restringiu a temática à investigação da forma e extensão dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, especialmente contratual, no contexto brasileiro, com análise de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Nesse aspecto da cognição, o problema apresentado constitui no seguinte questionamento: qual a forma e a extensão da (in)eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas contratuais?

Diante dessa questão, surge a seguinte hipótese: os direitos fundamentais produzem eficácia mesmo nas relações entre particulares. Nos termos da Constituição Federal de 1988, a eficácia se daria de forma direta, sem necessidade de intermediadores para que os direitos fundamentais sejam protegidos na relação contratual e a extensão se dê de acordo com a adequação, necessidade e proporcionalidade a ser verificadas no caso concreto, mediante a aplicação da ponderação diante da colisão de princípios.

Justificam a pesquisa a incipiência do tema no Direito Brasileiro, conforme foi citado, bem como a iminente necessidade de uma pesquisa científica que identifique qual a forma que deve se dar – e que se dá – no Direito brasileiro tal eficácia e a sua

extensão, para que, no caso concreto, a resolução seja identificável de forma devidamente fundamentada. O grande interesse no desenvolvimento desta pesquisa dá-se para o auxílio da compreensão da valorização de direitos naturais-humanos mesmo nas relações em que o homem dispõe de liberdade concedida pelo Estado. Ademais, a discussão do tema, em sua perspectiva teórica, ainda é pequena diante de sua importância e, mesmo na prática jurisdicional, também não se assentou qual a forma, o limite e as condições em que os direitos fundamentais podem ser aplicados, diretamente, nos contratos. Canaris (2009, p. 20) ressalta que a relação entre Constituição e o Direito Privado consiste na representação da “problemática do século”.

Neste sentido, o tema está em sintonia com a Linha de Pesquisa nº 2, do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos e se encontra afinada com as pesquisas realizadas pelo Professor Doutor Wilson Engelmann, no âmbito do mencionado Programa.

Como fundamento teórico do método de abordagem, foi utilizado o método hermenêutico-fenomenológico, sem vinculação às ideias de certeza e segurança próprias da modernidade, o que tornaria o trabalho categórico e decisivo, comprometendo a segurança do resultado pretendido. Como se assume a questão investigada em forma de interrogação, evidencia-se a escolha de se fazer pesquisa descartando uma verificação pautada em exatidão e objetividade, com a escolha de se apropriar da busca do saber. O método analisa o fenômeno, especialmente colocando a claro o modo de como este se manifesta, indo do *dasein* ao ser. Além disso, enfatiza-se que não se trata de uma análise externa, separando sujeito e objeto. Pelo contrário, a pesquisa celebra-se pela relação entre sujeito e objeto de estudo, levando-se em consideração que está inserida e interagindo dentro de uma análise interna, ciente de se sofrer as consequências dos seus resultados. Não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, porque o próprio pesquisador está inserido no mundo onde a pesquisa é desenvolvida, evidenciando-se o próprio significado do fenômeno. E a partir dessa constatação fenomênica, atribui-se sendo a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. “O verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto”. (STRECK, 2004, p. 4). Em razão desta constatação, Streck apresenta a consequência: “a introdução ao método fenomenológico somente

é possível, portanto, na medida em que, de sua aplicação, forem obtidos os primeiros resultados. Isto constitui sua ambigüidade e sua intrínseca circularidade”. Ao se aplicar esse movimento, constata-se que a “sua explicitação somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária. Atingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma”. Assim, a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido aos resultados da pesquisa. E nesta pesquisa, o sujeito pesquisador está diretamente implicado ao objeto, levando-se em conta as considerações elaboradas a partir de sua própria experiência e pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados do trabalho.

Quanto ao método de procedimento, foram realizados estudos de casos, especialmente os relacionados às decisões precursoras sobre o assunto, bem como decisões da Suprema Corte brasileira sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Foi realizada, também, uma retomada histórica e um estudo comparativo acerca do contrato nas diversas sociedades. No que tange às técnicas de pesquisa, foi utilizada, especialmente, a pesquisa bibliográfica e a consulta jurisprudencial sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais na esfera do Direito brasileiro e comparado.

O objetivo do trabalho, assim, é identificar a existência de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais no contrato, que se dará através da colisão de princípios e qual a maneira de eficácia na realidade jurídico-social contemporânea brasileira, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Para isso, no primeiro capítulo, serão consideradas as diversas feições que o contrato sofre em razão de importantes transformações jurídicas e sociais, com o fito de que ele seja inserido na realidade atual. Indicam-se as mudanças estruturais do instituto, que acompanham as mudanças sociais. Como adaptação do contrato ao Estado Social, surge o dirigismo contratual, criando limitações à liberdade de contratar e à liberdade contratual, em benefício da coletividade, falando-se, a partir desse ponto, em função social do contrato.

Inserir-se, então, o contrato no Estado Democrático de Direito, com a proteção não só dos interesses das partes contratantes, mas da coletividade. Demonstra-se que a Constituição é o eixo hermenêutico de todo o sistema jurídico, e os direitos fundamentais nela previstos balizam todas as relações jurídicas, inclusive o contrato. Finaliza-se o capítulo com o argumento de que, para a Constituição ser

realmente concretizada no âmbito contratual, deve haver a superação das teses de individualismo jurídico e o conseqüente enfraquecimento dos poderes da liberdade de contratar.

No segundo capítulo, avalia-se a superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, tendo em vista a imprecisão e a desnecessidade da divisão, já que, no contexto atual, busca-se um efeito de unidade do ordenamento jurídico. Dando-se conta de noções da esfera pública, privada e social do homem, empregam-se as concepções de Hannah Arendt, considerando que as sociedades de massa acabam por aniquilar a própria esfera pública e, ao mesmo tempo, a esfera privada, levantando-se a esfera social. O embate entre o antigo e o novo que Gadamer mostra no cenário da ciência, aproxima-se com a caracterização realizada por Arendt.

Demonstra-se, assim, a análise da aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, mencionando os casos precursores e questões ainda não respondidas sobre o tema. Inferindo sobre os poderes no âmbito da sociedade, assinala-se o primeiro passo para a justificação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Narrando a constitucionalização do Direito, verifica-se a constitucionalização do contrato, sustentando-se a análise da irradiação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Tendo em vista que, havendo uma publicização do privado, a autonomia privada do indivíduo é a principal figura a ser atingida na relação contratual, busca-se, por conseguinte, delimitar a concepção de autonomia privada e sua configuração como direito fundamental do indivíduo.

Após, revelando o caráter principiológico dos direitos fundamentais, procura-se explicar a técnica da ponderação e as três máximas da proporcionalidade para abordar a questão da colisão dos princípios constitucionais, bem como a sua aplicação de forma questionável na jurisprudência brasileira.

Por fim, no terceiro capítulo, a par dos elementos anteriores, objetiva-se avaliar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas de acordo com a visão normativa da Constituição Federal, categorizando a aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas e suas críticas, a aplicação direta e suas críticas e graduando-se: aplicação indireta, direta ou impossibilidade de questão uniforme. Findando o capítulo, demonstra-se a questão da teoria da

aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas no Supremo Tribunal Federal, sugerindo-se algumas notas conclusivas.

2 AS DIVERSAS FEIÇÕES DO CONTRATO EM IMPORTANTES TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS

De início, com o fim de inserir o contrato na realidade atual, diante da necessidade de invocação dos direitos fundamentais à sua relação, convém analisar-se sua alocação no direito.

Esclarecer do que trata o instituto do contrato, para que se tenha a real noção da concepção de se contratar, mostra-se complexo quando é levada em consideração sua natureza e as peculiaridades que o instituto vem sofrendo no decorrer do tempo. Limitar-se à afirmação de que é uma entidade exclusivamente jurídica, significa restringir em muito sua aplicação e eficácia, já que o contrato poderia ser considerado dentro de uma realidade autônoma, o que não ocorre com conceitos jurídicos. Os conceitos jurídicos estão relacionados com a realidade circundante, dentro da própria concepção de Gadamer (1999, p. 623) de que há “um processo continuado de formação dos conceitos, através do qual se desenvolve a própria vida dos significados da linguagem”¹. Refletem interesses, situações pessoais e econômicas, tendo sua função instrumental.

Assim, ao que se designa como contrato, não há encontro pacífico, pronto e exato de uma resposta a ser apresentada, mesmo porque este não é o objeto do presente trabalho, que se propõe a uma análise hermenêutica-fenomenológica, sem vinculação às ideias de certeza e segurança. Aí ingressa a colaboração de Gadamer, quando menciona: “pensar historicamente quer dizer, na realidade, realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado, quando neles procuramos pensar. Pensar historicamente implica sempre uma mediação entre aqueles conceitos e o próprio pensar”. (GADAMER, 2002, p. 578). É preciso trazer os conceitos do passado, e considerando-se a noção de contrato, colocando-o no contexto de mediação entre o passado e o presente. Por isso, se passa a contextualizar a noção de que “interpretar significa justamente colocar em jogo os próprios conceitos prévios, com a finalidade de que a intenção do texto seja realmente trazida à fala para nós”. (GADAMER, 2002, p. 578, § 401).

¹ Gadamer (1999, p. 623), no que diz respeito à construção e conceitos no esquema lógico de indução e abstração pode acabar sendo uma fonte de erros, “já que na consciência linguística não tem lugar nenhuma reflexão expressa sobre o que é comum ao diverso, e o uso das palavras em seu significado geral não entende aquilo que elas designam e ao que se referem, como um caso subordinado sob a generalidade. A generalidade da espécie e a conceituação classificatória estão muito distantes da consciência linguística”.

No contexto fenomenológico, a ideia de contrato, dentro da sociedade que surge e se efetiva, ora remete ao acordo de vontades necessário ao surgimento da relação jurídica obrigacional, ora se refere à própria relação. Para Orlando Gomes (2008, p. 22), “O vínculo obrigacional, assim contraído, perdura, produzindo efeitos. Pretende-se que o contrato seja, tão somente, o acordo que o ata”. E, segundo o mesmo autor, ainda que exista uma tendência para dissociar o contrato da relação contratual, “acordo e relação se apresentam, respectivamente, como os aspectos subjetivo e objetivo da mesma entidade jurídica”.

Independentemente de sua multifacetária significação, não se pode destacar o contrato dentro da realidade social, econômica e também jurídica. Não há de se limitar somente aos seus efeitos econômicos, nem tampouco aos jurídicos, no sentido de uma conceituação como o contrato decorrente apenas da aplicação de leis ou códigos existentes para as relações por ele regulamentadas.

Mas é em relação à realidade social que o contrato ganha seus contornos específicos². No início do século XIX, com as teorias clássicas dos principais institutos de Direito Civil, acreditava-se que o Código Civil e as normas que regulamentavam as relações privadas, como um todo, não sofriam influência das alterações políticas da sociedade. Não foi necessário muito tempo e nem esforço, como se verifica da situação do contrato na história, para se perceber a falsidade desta crença.

O contrato também não pode ser encarado meramente como um instrumento técnico-jurídico que serve à circulação de bens, mas em um aspecto bem mais amplo, simbolizando uma determinada ordem social, como modelo de uma certa organização da sociedade, levando-se em consideração a sua complexidade. (ROPPO, 2009).

Na verdade, não se pode deixar de mencionar que a própria categoria do contrato denota um acentuado valor ideológico e político. Os teóricos políticos do

² Wald (2008, p. 92) explica que “Por longo tempo, os juristas puderam viver na sua torre de marfim e o direito, embora produto da sociedade, sobreviveu como disciplina isolada, sem que os seus cultores se dedicassem ao estudo de outras matérias. Foi uma situação que perdurou até o fim do século XIX, quando, aos poucos, os vínculos entre o direito e a sociologia foram estreitados na Europa e, logo em seguida, nos Estados Unidos. Já no início do século passado, Oliver Wendell Holmes afirmava que o jurista do futuro deveria também entender de estatística e de economia. Por sua vez, o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, em decisão proferida há mais de 30 anos, lembrava que o nosso Supremo Tribunal Federal, cuja estrutura e função se inspiraram na Corte Suprema norte-americana, deveria ser, conforme o caso, “o freio e o acelerador de Poder Legislativo”. Exercendo as funções de “cientista político, legislador trabalhista, elaborador de diretrizes políticas (policy-maker) e economista”.

Ocidente comprovam tal afirmação com toda uma série de teorias sobre a gênese, natureza, ordenamento e funcionamento da sociedade, intitulada de contratualismo. “De Hobbes a Spinoza, de Locke a Rousseau, é comum aos filósofos deste período a ideia de que a sociedade nasceu e baseia-se no consenso, no acordo, precisamente no contrato” – é o caso do “contrato social de Rousseau”, quando as pessoas se empenham em não usar indiscriminadamente a força e a sua liberdade, perante a autoridade de um ente superior e distinto de cada um dos indivíduos, dotado da vontade geral: o Estado. Nessas doutrinas, o contrato exprime uma forma de organização da sociedade, deixando, de forma clara, a sua função política e ideológica, “porque é claro que imputar a origem da sociedade e do Estado a um ‘contrato’ e, portanto, à livre escolha dos associados significava, ao fim e ao cabo” – mesmo que se leve em consideração as concepções diversas entre tais teóricos – “justificar e legitimar aos olhos dos súditos, a autoridade do soberano, o poder constituído e a sua força repressiva”. (ROPPO, 2009, p.28/9). Ressalte-se que tal concepção não é isenta de críticas, mesmo porque a relação indivíduo-Estado não guarda tanta similitude com o contrato em si³.

Portanto, com Roppo (2009, p. 29/30) fica evidente o uso de “um certo conceito de contrato” para um disfarce da realidade, exatamente para melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses. E isso também fica claro na análise da doutrina e princípios contratuais elaborados pela ciência jurídica e codificados desde o século XIX, “no apogeu da hegemonia política e cultural da classe burguesa, e que – embora de várias formas contestados e abalados – ainda hoje continuam a exercer a sua influência”.

Mesmo a moderna categoria de contratos, de fato, tem as suas raízes na teoria elaborada pelos jusnaturalistas holandeses e alemães do século XVII, demonstrando, também, o seu caráter de historicidade.

³ “Para Hegel, um instituto de direito privado como o contrato não pode ser elevado a fundamento legítimo do Estado ao menos por duas razões, estreitamente ligadas à natureza mesma do vínculo contratual distinto do vínculo que deriva da lei: em primeiro lugar, porque o vínculo que une o Estado aos cidadãos é permanente e irrevogável, enquanto o vínculo contratual é revogável pelas partes; em segundo lugar, porque o Estado pode pretender de seus cidadãos, embora em circunstâncias excepcionais, o sacrifício do bem maior, a vida, que é um bem contratualmente indisponível. Não por acaso, para todos os críticos do jusnaturalismo o contratualismo é rejeitado enquanto concepção privatista (e por isso inadequada) do Estado, o qual, para Hegel, tira sua legitimidade, e assim o direito de comandar e de ser obedecido, ou do mero fato de representar numa determinada situação histórica o espírito do povo ou de se encarnar no homem do destino (o “herói” ou “o homem da história universal”), em ambos os casos numa força que transcende aquela que pode derivar do agregar-se e acordar-se de vontades individuais” (Bobbio, 1995, p. 19).

No entanto, no que diz respeito ao contrato dentro de uma relação civil, se outrora ele estava diretamente relacionado a uma operação econômica, hoje, não mais se pode afirmar que contrato seja, somente, uma formalização jurídica com vistas a operação econômica e em função dela. (ROPPO, 2009).

Isso não significa dizer que o contrato se afastou de seu conteúdo econômico. Na verdade, o contrato continua sendo o principal instrumento de formalização jurídica da relação econômica, porque as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito⁴; mas o contrato não é instrumento voltado somente ao objetivo de regulamentar operação econômica. Hoje, direitos existenciais são objetos de contrato, e seu conteúdo econômico é considerado por doutrinas de vanguarda como o segundo plano do instituto, mesmo como decorrência das transformações da sociedade, que se tratará, em seguida.

O que se defende é que, mesmo diante de ensinamentos tão importantes e fundamentais para a concepção atual de contrato, não se pode afirmar, hoje, que a função do contrato é meramente econômica, em sentido capitalista. O contratualista italiano já mencionava existir valor econômico mesmo em contratos com conteúdo moral ou ideal, especialmente na sua diferenciação entre classificação de categoria econômica de forma objetiva e subjetiva para justificar a existência de contratos sem fins especulativos, como os que contratantes são levados a realizar por impulsos e finalidades de ordem ideal ou moral. Exemplifica com o caso de quem empresta seu imóvel às reuniões do grupo político que participa (ROPPO, 2009), exatamente para tentar afastar uma concepção totalmente capitalista de contrato.

No entanto, se, por um lado, verifica-se que a substância econômica fundamentou o conteúdo do contrato, não é menos verdade que, em determinado momento, a vontade foi claramente identificada como seu elemento impulsionador e justificador, conferindo a primeira grande influência da sociedade contemporânea da época no conceito de contrato.

⁴ Apesar de concordar com Alfredo Lamy Filho (2008, p. 3/4), para quem o Direito perdeu a equação do tempo: “É, assim, compreensível que mestres e alunos hajam tido abalada sua fé no Direito, mesmo porque a liderança social se deslocou do jurista para o economista, o sociólogo, o administrador, com inegável prejuízo para o próprio desenvolvimento e transformação das instituições econômicas, sociais e políticas do país, que reclama a indelegável contribuição criadora e crítica do jurista para a sua necessária ordenação.”

2.1 CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO: AS MUDANÇAS ESTRUTURAIS ACOMPANHAM AS MUDANÇAS SOCIAIS

Sabe-se que desde o surgimento das primeiras comunidades, o contrato já existia. Há registro de tribos que celebravam acordo com outras tribos, por meio de seus chefes, para fornecimento de produtos. O descumprimento gerava a cobrança de toda uma tribo, pela outra. Determinados “contratos” receberam certo tratamento normativo mesmo em sociedades anteriores à romana, mas será esta que estabelecerá as bases para a teoria contratual, aplicável a todos os contratos, definindo requisitos, garantias e classificações. (NAVES, 2006).

Vê-se, assim, que no período medieval, o contrato era baseado no modelo do sistema romano rústico e clássico⁵, formalista. Consistia numa figura típica, que gerava a *actio* (força coercitiva), ou em *pactos*, com uma relação assemelhada à obrigação natural, sem ser dotado de *actio*. O rigor no formalismo não deixava de ser um reflexo da própria vida em sociedade, que se baseava num significativo número de rituais, especialmente os de ordem doméstica e religiosa. O ritual tinha uma importância decisiva.

Porém, tal apego excessivo à forma não mais atendia às necessidades daquela sociedade, com novas práticas, em crescimento e constante evolução.

Surge, então, o princípio voluntarista, como o primeiro grande golpe de construção da figura racional do contrato. (NALIN, 2008).

Exatamente em decorrência da complexidade e pluralidade de negócios na sociedade romana, vislumbram-se mais quatro modalidades de negócio, que foram mencionadas por Gaius: os contratos *re*, equivalentes a contratos reais, que se perfaziam com a entrega da coisa; os contratos *litteris*, formados pela inscrição no *codex* do devedor; os contratos *verbis*, realizados mediante a troca de palavras sacramentais, dos quais, o mais importante, era a *stipulatio* e, mais tarde, o contrato *consensu*, cujo nascimento foi lento e complexo. Assim, na última fase romana, a

⁵ Durante o período romano, o contrato passa por várias fases, mesmo porque o próprio Direito Romano não se apresentou como um todo unitário. Numa primeira fase, a sociedade romana, rústica, tinha como base de economia a agricultura, o que tornava o direito formal e solene, restrito apenas aos cidadãos romanos. Em sua segunda fase, a clássica, em decorrência da mudança econômico-social que se deu na criação do Império, os romanos passaram a ser os dominadores das civilizações humanas da época, e o fluxo mercantil entre Roma e suas colônias, exigiam um Direito Civil mais célere e menos formalista, caminhando para o consensualismo. Em sua terceira e última fase, a pós-clássica, o direito romano se expandiu, adquirindo caráter universal até ser, finalmente, condensado, por ordem do imperador Justiniano, no ano 529, no *Corpus iuris civilis*. Nesta fase, o mero consentimento ou acordo de vontades podia criar obrigações (Amaral, 2006, p. 112/114).

simples proclamação verbal, mediante contrato, já era suficiente para obrigar. O elemento material foi dispensado porque não se exigia mais a formalidade: bastava uma declaração de que as formalidades foram respeitadas, o que, em grande parte das vezes, não ocorria. (PEREIRA, 2001).

Os contratos romanos⁶, bastante ligados à forma, não poderiam mais valer, portanto, como única forma de valor à palavra. O cumprimento do contrato passou a ser, também, uma questão religiosa e não só jurídica, razão pela qual, várias vezes, eram utilizados juramentos em nome de Deus para a formação dos contratos: “ao mesmo tempo que se resgatava o Direito Romano clássico, através do *Corpus Iuris Civilis*, que exigia a formalidade na constituição do contrato, a Igreja estabelecia: *ex nudo pacto, actio oritur*”, ou “do pacto nu, pode se originar uma ação”. (NAVES, 2006, p. 4).

E com o Direito Canônico, a vontade passou a ser a fonte do contrato. “A contribuição dos canonistas constituiu basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, ao *consenso*, e, do outro, à *fé jurada*” [grifo do autor]. Com a valorização do consenso, a obrigação necessariamente nasceria com um ato de vontade e a sua declaração é suficiente para criá-lo. (GOMES, 2008, p. 6). Era necessário que fosse dada ênfase à palavra falada, e que essa bastasse para formar um negócio intangível. A formalidade era incompatível com a propagação da fé cristã, porque o homem tinha que acreditar na palavra falada, que era a forma de pregação original. A influência canonista ao contrato deixa claro, portanto, mais uma vez, que o contrato é um instrumento totalmente adaptável à sociedade que o utiliza.

Com a Escola de Direito Natural⁷, tem-se a premissa de que os homens nascem livres e iguais. A igualdade decorre de lei natural, que envolve uma questão

⁶ A noção do contrato no direito romano é bem mais restrita que no direito moderno. Alves (2012, p. 470-1) sintetiza as razões de tal concepção mais restrita: “a) primeiro, porque, durante toda a evolução do direito romano, só se enquadram entre os contratos os acordos de vontade que se destinam a criar relações jurídicas obrigacionais (e não, como no direito moderno, a criar, regular ou extinguir relações jurídicas em geral); e b) segundo, porque, em Roma, nem todo acordo de vontade lícito gera obrigações: contrato (*contractus*) e pacto (*pactum, conventio*) eram acordos de vontade, mas, ao passo que aquele produzia obrigações, este, em regra, não. Porém, gradativamente foi se alargando o círculo de acordos de vontade a que a ordem jurídica concede a eficácia de gerar obrigações.

⁷ Engelmann (2007, p. 148), quando explica os princípios da própria lei natural, esclarece o seu alcance, importante para a justificação da Escola Jusnaturalista, sua influência no contrato e a aceitação social: “os princípios da lei natural estão preocupados com a realização das formas básicas do bem humano, tais como, o conhecimento, a vida, o jogo, a experiência estética, a amizade, a razoabilidade prática e a religião [...]. Nesse sentido, não estão voltados a uma justificação teórica, mas a sua relação é com a prática, isto é, com a conduta humana contingente. Procuram motivar a resposta adequada (talvez a mais justa) para uma determinada situação da vida, na medida em que

metafísica, neste caso, divina. Portanto, a igualdade seria formal e abstrata. O Direito Natural passa do divino ao humano. É inerente ao homem algum direito subjetivo, desprendido de um Direito objetivo primordial. Nesta seara, a influência de Grotius foi muito importante para a base do contratualismo privado, ainda que seu contratualismo tenha seguido a linha do Direito Público (NALIN, 2008). O filósofo defendeu que o Direito Natural está na origem de todas as convenções e que a vida em comunidade exige contratos. Naturalmente, deve haver o respeito pelos mesmos. Para ele, o Direito Natural é um ditame da verdadeira razão, e se estiver ou não de acordo com a natureza racional, tem em si a qualidade da condenação ou da necessidade moral. Estaria, portanto, o direito contratual fundado na moral e esta é acessível à razão. (SAHD, 2009).

Na mesma linha de desenvolvimento do contratualismo, sob a inspiração de Hobbes e Rousseau, direitos individuais foram afirmados não somente contra o Estado, mas também contra corporações de trabalho. Rousseau (1999, p. 13), deixa claro o entendimento de que são as convenções que legitimam qualquer autoridade entre os homens: “Visto que homem algum tem autoridade natural sobre seus semelhantes e que a força não produz nenhum direito, só restam as convenções como base de toda autoridade legítima existente entre os homens”.

A sociedade se constituía por contrato, mediante condutas voluntárias, e as noções de igualdade e liberdade eram destacadas, porque só poderia contratar quem as tivesse. O indivíduo utilizaria de sua liberdade para decidir se queria participar do Estado ou firmar relação interprivada: decidir se contrata ou não. A igualdade, formal na concepção, é revista pela Constituição de Weimar, que tornou exigência a sua aplicação num contexto social ou funcional. (NALIN, 2008).

A partir da colocação da vontade como fundamento do contrato, o pensamento de Kant ganha força, já que ele é considerado um jusnaturalista do Direito. Para ele, o Direito Privado é acessível a todos os indivíduos através dos postulados da razão prática pura. Através da autonomia dos indivíduos, o homem se torna o próprio fomentador das relações contratuais. E se o homem fomenta as relações contratuais, também é só a partir da vontade individual que surge qualquer

buscam respeitar as mencionadas formas básicas; sendo considerada inadequada (talvez injusta) a decisão que se afasta desses parâmetros, ou desconsidera-os. No fundo, pode-se dizer que o principal objetivo da teoria formulada por Finnis, tendo em conta as observações acima lançadas, 'é fornecer princípios que guiam nosso raciocínio em problemas morais, ou seja, uma teoria de práticas aceitáveis'.

obrigação jurídica, sendo ela única fonte de justiça. Bobbio ressalta tal ideia kantiana: “a aquisição de um direito pessoal só pode acontecer através da ação do outro, ou seja, por meio de um acordo entre a minha vontade e a do outro, ou seja, pacto” (1995, p. 130).

O racionalismo firmou o entendimento de que seria inaceitável que um ser humano, racional por excelência, se vinculasse, voluntariamente, a uma prestação que pudesse lhe ser prejudicial, com exceção dos casos de defeitos do próprio negócio jurídico, como os casos de inocência, imaturidade, demência, maldade alheia, demônios pessoais. (GERCHMANN; CATALAN, 2012).

De fato, os homens eram considerados todos iguais, dando-se forte embasamento à igualdade meramente formal. Não havia diferença entre os homens, mesmo porque, não se levava em consideração a existência de diversas realidades jurídicas. Ao sujeito só importava, portanto, aquela relação jurídica e, conforme Fachin e Ruzyk, mantinha-se uma visão totalmente patrimonialista do Direito Civil. Complementam os autores que, mais cedo ou mais tarde, a abstração de tal sujeito acabaria por gerar uma crise de legitimação de um direito totalmente afastado da realidade concreta, “sem ter olhos para as desigualdades concretas e para a exclusão daqueles que não se inserem no modelo jurídico de proprietários”. (2012, p. 151).

Mas naquele momento, da concepção de igualdade e liberdade, tinha-se como consequência o afastamento do Estado da relação entre os particulares.

Tais direitos de igualdade e liberdade permaneceram como pilares do processo revolucionário francês de 1789 e conseqüentemente, do Código Civil de Napoleão, o *Code*, uma lei perfeita e perpétua, para garantir a condição de elite da burguesia. Ou seja, além de manter o processo jusfilosófico que o antecedeu, tal lei serviu aos interesses do *status quo* burguês, que se verificou com o liberalismo clássico. Sobre o alinhamento do *Code* com os valores jusnaturalistas, além da coincidência temporal, nota-se, conforme foi mencionado por Nalin (2008), a presença de Jean Domat na sua elaboração, autor da obra *Le lois civiles dans leur ordre naturel*.

Domat concebia o contrato como a categoria unificante de todo o sistema de Direito Privado, porque entendia que o direito racional é todo e só o direito que serve ao uso dos burgueses contraentes e não proprietários. (ROPPO, 2009). Em relação

ao período seguinte, os modelos de contrato contidos no *Code*, foram determinantes.

Em um certo momento, a sociedade era comandada pelo *status*⁸. Na sociedade liberal, o contrato é o seu eixo fundamental, em razão dos seus valores e princípios, como a livre iniciativa individual e livre concorrência entre os empresários no mercado, à procura ilimitada de lucro, etc. “O contrato torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento de sua legitimação” (ROPPO, 2009, p. 28). Quando está diferenciando a propriedade da riqueza, Arendt (2007, p. 71), esclarece que, por ocasião da era moderna, “a propriedade significava nada mais, nada menos que o indivíduo possuía o seu lugar em determinada parte do mundo [...]”⁹.

Nesse momento, o contrato é, por excelência, o instrumento de circulação de riquezas, e a classe burguesa teve, em suas mãos, um meio legal para obter da classe aristocrática a propriedade imobiliária, com a máxima de *quid it contractuel, dit juste* (quem se diz contratante, se diz justo). A vontade era soberana e o seu livre exercício era a única fonte legítima de obrigação: *tout contract libre est un contrat juste* (todo contrato livre é um contrato justo), mesmo porque a liberdade de contratar e a igualdade formal, que pareciam suficientes, traziam a justiça ao contrato. Essa é uma das razões de ter-se no *Code* a disciplina dos contratos inserida em seu terceiro livro que trata dos diversos modos de aquisição da propriedade. Ele até é considerado não um instrumento autônomo, mas subordinado à propriedade, que se apresenta como instituto base, sendo todos os outros, instrumentos em seu favor. (NALIN, 2008).

De fato, fica evidenciado, como anota Roppo (2009), que liberdade e propriedade tornam-se um binômio indissolúvel. A propriedade privada é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder

⁸ Roppo (2009, p. 26) explica que, citando Henry Sumner Maine, todo o processo de desenvolvimento das sociedades humanas pode ser descrito, de forma sintética, como um processo de transição do *status* ao contrato. Significa que, enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens eram determinadas pelo pertencimento e pela localização da pessoa no grupo (como por exemplo, a família), disso derivava, automaticamente, o seu *status*. Já na sociedade moderna, vem sendo acentuada a liberdade de escolha das pessoas, que encontra no contrato o seu instrumento de formalização.

⁹ Ainda discorrendo sobre a relação de propriedade e pertencimento ao público, Arendt (2007, p. 74): “Assim, não é realmente exato dizer que a propriedade privada, antes da era moderna, era vista como condição axiomática para admissão à esfera pública; ela era muito mais que isso. A privatividade era como que o outro lado escuro e oculto da esfera pública; ser político significava atingir a mais alta possibilidade da existência humana; mas não possuir um lugar próprio e privado (como no caso de escravo) significava deixar de ser humano”.

público; por sua vez, a liberdade é a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la e dela dispor, de poder fazê-la circular sem nenhum limite.

Tal instrumentalidade respondia às exigências da situação econômico-social da França pós-revolução. “Simplificando um fenômeno histórico caracterizado por elementos de grande complexidade”, explica Roppo (2009, p. 44), “desenrolou-se na França um processo – essencial nas perspectivas de desenvolvimento de uma economia capitalista – de ‘libertação’ e mobilização da propriedade fundiária”. Neste processo, a disciplina do contrato, na forma exposta no código, desempenhou um papel de grande relevo.

A economia capitalista era incompatível com a propriedade fundiária, onde os poderes sobre a terra eram divididos entre diversos titulares, dificultando um aproveitamento econômico. Daí, a necessidade de se afirmar que os poderes eram, somente, do proprietário e sua liberdade de colocar no ciclo produtivo os seus bens¹⁰. Paralelamente, era necessário que propriedades do clero e nobreza fossem transferidas para a burguesia, a classe vitoriosa da época. E para que esse processo de transferência da riqueza se efetivasse de forma segura, sem grandes atritos e desperdícios, era necessário um instrumento técnico-jurídico adequado. Tal instrumento foi o contrato, com o fundamento legal da liberdade de contratar baseada no consenso dos contraentes. A própria classe proprietária já existente tinha a garantia de tal liberdade, mesmo porque a burguesia desejava ter com ela um tipo de aliança “subalterna”.

Assim, como uma forma de manter o Estado afastado de suas atividades, a burguesia assume o jusnaturalismo racionalista como fundamento do Direito e a vontade é eleita como dogma do contrato. Sendo o indivíduo dotado de razão e vontade, os pactos por ele firmados deverão ser cumpridos. A liberdade no contrato correspondia a uma ilimitada responsabilidade pelos compromissos assumidos, “configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei”¹¹. Cada um é livre para comprometer-se ou não, mas no momento que se

¹⁰ Tal objetivo ficou evidenciado, conforme anota Roppo (2009, p. 45), com a deliberação, tomada pela Assembleia Nacional, em 04 de agosto de 1789, suprimindo todos os privilégios e os direitos feudais sobre a terra. A sua coroação foi o artigo 544º do Código de 1804, que solenemente previu o ‘direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta’, acompanhado da tipicidade dos direitos reais.

¹¹ Artigo 1.134 do *code Napoléon*: Os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebraram (Roppo, 2009, p. 34).

compromete, fica ligado de forma inderrogável: *pacta sunt servanda*. (ROPPO, 2009).

Ao Estado, portanto, cabia o papel de assegurar o cumprimento do contrato. Impensável seria a intervenção para correção de algum desvio, mesmo porque o contrato era, necessariamente, justo. “Tal entendimento era compatível com o fortalecimento dos direitos civis e das liberdades públicas do Estado Liberal, que, em parte, justificava-se na memória do Estado Absolutista, invasivo e ofensor dos direitos individuais”. (BORGES, 2009, p 47).

Via-se que o fundamento da liberdade e igualdade formal dos contratantes não interessava somente a eles, mas também à autoridade política¹² e à sociedade em geral, dentro de um consenso comum da época. As teorias econômicas então prevalentes, que se traduziam na diretiva do *laissez-faire, laissez passer*, entendiam que o bem-estar coletivo, da melhor forma, conseguir-se-ia sem as intervenções autoritárias do poder público. Deveria se deixar livre a iniciativa, o interesse, o egoísmo individual dos particulares, que o “mecanismo do mercado e da concorrência – a ‘mão invisível’ de Adam Smith – teria, automaticamente, coordenado e orientado para a utilização ótima dos recursos, para o máximo incremento da ‘riqueza da nação’”. (ROPPO, 2009, p. 36). Dentro dessa concepção, cada indivíduo, agindo em seu próprio interesse econômico, quando atua junto a uma coletividade de indivíduos, maximiza o bem-estar coletivo. (HUNT, 2005, p. 44).

Em relação ao interesse geral, fica evidente sua justificativa porque restitui ao indivíduo a sua condição de pessoa humana, dentro do princípio de igualdade, sem discriminações e privilégios do passado. O homem poderia determinar o seu próprio destino no mundo dos negócios. Ou seja, significava a passagem a uma forma superior de sociedade. Por isso, não se pode deixar de lado que a ideologia que exalta a liberdade contratual como fundamento de uma sociedade mais progressiva, tem elementos verdadeiros. Mas, como é próprio de qualquer ideologia, há elementos que dissimulam e deturpam a realidade, como a “máscara” da igualdade jurídica dos contratantes, além de calar ou ocultar as funções reais que o *laissez-*

¹² Macpherson (1979, p. 284), discorrendo sobre a sociedade de mercado possessivo, justifica, por outro lado, o respeito à autoridade política: “Enquanto todos estiverem sujeitos à determinação de um mercado competitivo, e enquanto essa aparentemente igual subordinação dos indivíduos à determinação do mercado foi aceita como legítima, ou inevitável por virtualmente todos, havia uma base suficiente para o dever racional de todos os indivíduos frente a uma autoridade política, que podia manter e obrigar a cumprimentos as únicas relações humanas ordeiras possíveis, ou seja, as relações de mercado”.

faire contratual está destinado a desempenhar no âmbito de um sistema governado pelo modo de produção capitalista. (ROPPO, 2009). Streck e Morais (2001, p. 50) situam o liberalismo como “uma doutrina que foi-se forjando nas marchas contra o absolutismo onde se situa o crescimento do individualismo que se formula desde os embates pela liberdade de consciência (religiosa)”. Mas os mesmos autores destacam a importância do próprio liberalismo: “Todavia, isso avança nas doutrinas dos direitos e do constitucionalismo, este como garantia(s) contra o poder arbitrário, da mesma forma que contra o exercício arbitrário do poder legal”.

Mas, de fato, o que se viu é que a atmosfera em que o *Code* foi gestado, autoproclamando-se o centro de um sistema jurídico, protegia, portanto, o interesse dos burgueses e proprietários, especialmente a sua liberdade de contratar o que quisesse, com quem quisesse, limitando-se, apenas, em relação à ordem pública, moral e costumes da época. Dava-se aos mais poderosos o poder de eleger cláusulas contratuais com qualquer conteúdo, “ignorando que muitos só tinham o próprio corpo como moeda de troca” (GERCHMANN; CATALAN, 2012, p. 151).

Logo em seguida, quando já estava fixada a estabilidade do poder econômico e político burguês¹³, o *Code* novamente consagra direitos da classe dominante, e a liberdade do homem é permeada pela Revolução Industrial. O direito à liberdade contratual começa a ser empreendido, especialmente após tal Revolução, já que a produção precisa ser escoada. Com a igualdade formal entre produtor e consumidor, inicia-se uma exploração exacerbada de tal liberdade.

As relações contratuais passam a ser despersonalizadas, em função de uma preponderante massificação, voltada ao escoamento em larga escala do que era produzido nas recentes indústrias. Neste momento se evidencia que, o individualismo que se fundou a Modernidade causou a atomização do ser. Em uma sociedade de pessoas atomizadas o “mundo entre elas perdeu a força de mantê-las juntas, de relacioná-las umas às outras e de separá-las” (ARENDRT, 2007, p. 62).

¹³ Assim, como bem anota Gerchmann e Catalan, “É relevante identificar, também, que o incomensurável prestígio conferido ao contrato – que, a essa altura, havia transposto as fronteiras francesas –, nesse momento do tempo, pode ser compreendido (a) por ter outorgado à burguesia a possibilidade de adquirir os bens de uma aristocracia decadente e (b) por atribuir aquele nicho social em ascensão o poder de comercializá-los com um nível de liberdade quase absoluto, o que disparou um processo de acumulação de riqueza em proporções outrora inimagináveis, mas também e, paradoxalmente, (c) por tranquilizar os aristocratas, pois, ao emanar da livre manifestação de vontade de quem pretendia se autovincular, garantia que os bens que compunham o acervo patrimonial de quem quer que fosse não seriam expropriados, pouco importando a funcionalidade a eles atribuída”. (2012, p. 151/152).

Ainda, como foi anotado por Nalin (2008, p. 111/112), quando discorre sobre os contratos pós-revolução industrial, a figura do contrato descrita no *Code* e códigos afins, deixa de ter qualquer tipo de contato com os fatos da vida, porque a liberdade contratual não dava mais conta de justificar a falta de liberdade material do contrato de adesão. Lembra o autor que, na época clássica do contrato, por liberdade contratual “entendia-se a possibilidade de se contratar ou não, a escolha do outro contratante e, sobretudo, a eleição do conteúdo do contrato. Não havia exercício de liberdade contratual sem a concorrência dessas três características”. Essa essência estava sendo perdida.

Vai se tornando cada vez mais evidente que o fato de o princípio da autonomia trazer a impressão de justiça no contrato, a ponto de se tratar como justo todo contrato, dificulta, até mesmo nos dias de hoje, a percepção de que a liberdade de contratar, em grande parte das vezes, limita-se à emissão da concordância em firmar o negócio jurídico. A autonomia seria um dos principais fundamentos da intangibilidade do contrato, quando as vontades dos contratantes foram livremente exaradas, ou melhor, livre de vícios do negócio jurídico. Desprezava-se o que acontecia entre a firmação do pacto e o adimplemento das prestações. Pouco importavam os acontecimentos na sociedade em que o contrato foi firmado, sendo um pacto fáustico. Em razão do contratante não ser sujeito, mas assujeitado aos termos do contrato, o contrato clássico é comparado a Fausto, “personagem mitológica retratada – dentre outros – por Johann Wolfgang von Goethe, que deverá cumprir o pacto com o Diabo, pouco importando o(s) custo(s) e a(s) consequência(s) daí decorrente(s)”. (GERCHMANN; CATALAN, 2012, p. 153). Isso não significava extinção do contrato paritário. Porém, “é inegável a afirmação de que o contrato paritário, neste tempo de relação de mercado, é a exceção, a partir do qual não se pode pretender seja ele a âncora epistemológica de todo o entendimento sobre o instituto” (NALIN, 2008, p. 113).

No entanto, a crise do Estado Liberal¹⁴ demonstrou que a intangibilidade dos códigos e contratos, de modo geral, não era absoluta. Partindo da Revolução industrial, “à medida que uma classe operária industrial ganhava uma certa consciência de classe e se articulava politicamente”. (MACPHERSON, 1979, p. 285),

¹⁴ Nesse aspecto, destaca-se a importância de que de muitas das ilusões positivistas do direito foram desfeitas pela teoria crítica do direito, que enfatizou o caráter ideológico e de instrumento de dominação econômica e social, “disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e justa” (BARROSO, 2006, p. 47).

acontecimentos como a I Guerra Mundial e a Revolução Russa fizeram repensar, também, o contrato. O advento de uma sociedade de massas acabou por gerar, e não só ao contrato, uma espécie de perda da realidade social por parte da ordem jurídico-privada, que se mostrou incapaz de regular todo tipo de conflito e de resguardar proteção à pessoa. (DUQUE, 2014).

Concomitante com a reformulação da base do contrato, surge o Estado intervencionista, ou social, especialmente para proteção de vulneráveis da sociedade, não ficando inerte e excluído, como outrora, de todas as relações entre particulares. Há uma sobreposição do espaço público à esfera privada, no momento em que o interesse individual sucumbe ao interesse social, seguindo-se “o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, emancipação que foi uma das consequências históricas do nascimento, crescimento e hegemonia da classe burguesa”. (BOBBIO, 2007, p. 25). Aos poucos, o Estado foi se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa. Os poderes contidos na liberdade contratual são restringidos, em benefício da coletividade.

Concorrentemente, no entanto, não são deixadas de lado algumas concepções clássicas que não englobam tal socialidade do contrato: o Código Civil continua sendo a “Constituição dos Privados”, os princípios não dispõem de força normativa, o texto constitucional é entendido como dotado apenas de diretrizes políticas e a autonomia da vontade continua sendo cultuada, com plena vigência da cláusula do *pacta sunt servanda*. Ana Prata (1982, p. 35-6) assinala que mesmo diante da evolução que se verifica com a interferência estatal na relação privada, os conceitos de contrato e autonomia privada não são reformulados. Acreditava-se que a alteração era meramente quantitativa, sem uma transformação essencial. E em consequência, essa essência que não se mudava dava uma capacidade expansionista e potencialmente abarcadora de toda a realidade, que, “por si mesma, pressupõe a intervenção estatal – onde foi produzida – cesse logo que desnecessária, retomando a autonomia privada toda a sua aptidão de regulamentação jurídica da vida econômica”. Fica claro que sob o argumento de limitação da autonomia privada, ela era a base. Consequência posterior é a sua limitação por eventos posteriores e, teoricamente, bastaria para o aperfeiçoamento do instituto.

Será necessário escutar a voz desta tradição no atual cenário do movimento de constitucionalização do Direito Privado e dos seus reflexos na analisada questão

dos contratos. Com essa escuta se terá um terreno fértil para que a interpretação possa surgir “como um comportamento reflexivo diante da tradição, pois a consciência não aceita cegamente a voz que vem do passado, mas recoloco-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios”. (GADAMER, 1998, p. 18-19). Este é o arcabouço estruturante que se pretende trazer para o tema da Dissertação, viabilizando uma compreensão do âmbito do círculo hermenêutico, alicerçado na tradição da história dos contratos no Direito Brasileiro.

2.2 O SURGIMENTO DO DIRIGISMO CONTRATUAL COMO ADAPTAÇÃO DO CONTRATO AO ESTADO SOCIAL

Levando-se em consideração que o contrato individualista não mais atendia aos anseios da sociedade, foi preciso adaptá-lo para que a vontade de determinados setores sociais vulneráveis fosse, no mínimo, considerada. Houve questionamentos sobre o discurso individualista, deixando-se de abordar o negócio jurídico apenas como meio de declaração da liberdade. Passa-se a falar em um instrumento de realização de interesses privados, em que “a sua característica diferenciadora deixa de ser a liberdade do sujeito, passa a ser a função que desempenha, a sua aptidão a produzir dados efeitos”. (PRATA, 1982, p. 23). Houve, assim, uma alteração no sentido de uma “funcionalização do negócio”, uma socialização do contrato, como reação ao voluntarismo estruturalista oitocentista.

Com isso, surge a intervenção do Estado no contrato mediante o dirigismo contratual. Normas outrora limitadas à regulamentação dos direitos dentro da esfera privada sofrem limitações de ordem pública, para que a vontade do hipossuficiente seja considerada.

Isso ocorre porque a crescente industrialização, contemporânea ao êxodo rural, faz com que os economicamente mais fracos mereçam uma especial proteção do Estado, já que precisam de alimento, moradia, trabalho, saúde, educação. Dessa forma, são editados estatutos que retiram a exclusividade da lei civil nas relações privadas, exatamente para tentar garantir esses direitos aos vulneráveis. Justifica-se tais adaptações ao contrato com o que ocorria na sociedade.

Com os movimentos operários, o *Welfare State* tomava contornos, em busca de melhores condições sociais, fortalecendo-se como um estado intervencionista,

que “passa a assumir tarefas até então próprias ao espaço privado através de seu ator principal, o indivíduo”. (BOLZAN DE MORAIS, 2005, p. 17). O Estado não estava a fazer caridade ao indivíduo, mas reconhecendo seus direitos de cidadania garantidos pelo próprio Estado e que, por ele, deveriam ser assegurados. Dar-se-ia ênfase à situação de igualdade, agora substancial, e ela justificaria a atuação do Estado, sempre com finalidade social.

O dirigismo contratual, no caminho de tais objetivos, cria, então, limitações à liberdade de contratar e à liberdade contratual. O Estado veda, através de leis, a livre escolha de contratar ou não e de escolher determinados contratantes, além de limitar alguns conteúdos e cláusulas no contrato, sempre com o intuito de desapoderar a parte mais forte na relação contratual. Tal regramento visa buscar a igualdade material onde somente existe igualdade formal. Dá-se superioridade jurídica à parte mais fraca¹⁵ para que, somente assim, esta consiga obter um contrato com trocas úteis e justas. Analisando tal busca pela igualdade material, Roppo (2009, p. 326) explica que “o remédio, consiste, então, em regra, numa *intervenção autoritária externa do poder público* – geralmente do legislador – que reage às restrições ou à expropriação *de facto* da liberdade contratual das partes ‘débeis’”, recaindo em uma restrição, através de prescrições normativas formais, da liberdade das “partes fortes” do contrato, pois “é o exercício da liberdade contratual dos contraentes em posição de superioridade econômica e social a causar directamente a supressão da liberdade contratual dos contraentes em posição econômica e socialmente deteriorada” [grifo do autor].

Gomes (2008) enfatiza que tal política legislativa visualiza o contrato na ótica das repercussões da vida econômica e social. Com isso, o autor aponta três reflexos cristalinos: a) como houve descentralização da produção jurídica pela liberdade no contrato, foi entregue aos fortes o poder de dominar os fracos econômica e circunstancialmente (Max Weber); b) em razão da massificação das relações contratuais, já não há mais possibilidade de formá-las nos mesmos moldes dos contratos clássicos, atendendo aos interesses de uma sociedade que não se apoia mais no indivíduo isolado (Meucci); c) em razão de grandes empresas e

¹⁵ Marques (2014, p. 312), inspirada em Eike von Hippel, conclui que o tema de proteção dos mais fracos raramente recebia tratamento global. Assim, mais fracos seriam “aqueles que estão perante parceiros contratuais mais fortes (como o trabalhador e o consumidor), aqueles que sofrem limitações ou tem vulnerabilidades por fatores naturais (de sexo, de raça, de idade, de condição de saúde ou mental), por fatores sociais (analfabetismo, educação, formação ou classe social) e fatores econômicos (patrimônio, salário, falta de moradia ou de poder econômico)”.

concentrações econômicas praticamente organizarem a economia, elas gozam de um poder tão forte que detêm até mesmo o poder de coerção e autoridade próprio das atividades públicas (Lisserre). Em razão disso, esse lado negativo da liberdade foi bem traduzido pela famosa frase de Lacordaire: “Entre o fraco e o forte, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”. Ou “a pobreza força o homem livre a agir como escravo”. (ARENDR, 2007, p. 74). O dirigismo contratual se justifica, portanto, nestes fenômenos.

É nesse momento que o contrato passa a ser visto com uma função social. A autonomia da vontade não mais reina de forma absoluta e foram reduzidas as adjacências, outrora quase invisíveis, que delineavam a liberdade de contratar. O cenário socioeconômico não mais assegura a força obrigatória dos contratos (GERCHMANN; CATALAN, 2012). Há um ressurgimento, por exemplo, da cláusula *rebus sic stantibus* do Direito Canônico, caída no esquecimento durante o período do individualismo exacerbado, segundo a qual o contrato é revogável se for insustentável.

Com isso, os princípios contratuais começam a ser repensados, já que, diante de um contrato de execução futura, a incerteza está inerente ao negócio, possibilitando sua modificação se as circunstâncias de fato se modificarem. Além disso, nem sempre as partes, simplesmente por poder optar em contratar ou não, estão livres para estabelecer o conteúdo do contrato. E, conseqüentemente, se a intangibilidade for mantida de forma absoluta, haverá grande injustiça social.

Por outro lado, não causa estranheza o fato de que, se a intangibilidade for relativizada, haverá prejuízo à parte dominante do contrato, aquela que elabora todas as cláusulas conforme lhe convém, especialmente atribuindo à parte mais fraca a responsabilização por evento futuro e imprevisível que modifique o equilíbrio contratual.

Em razão disso, especialmente no Brasil, surge, de forma interessante, a aplicação da Teoria da Imprevisão. Com forte resistência, a mesma ingressa no ordenamento jurídico, mas exige vários requisitos para sua aplicação, como evento extraordinário, imprevisível, que cause onerosidade excessiva a uma das partes e vantagem desproporcional à outra¹⁶.

¹⁶ Código Civil, Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de

No entanto, para a sua utilização, deveria bastar a prova de modificação da situação objetiva do contrato por evento alheio à vontade das partes, como há previsão na legislação consumerista pátria¹⁷. Da forma que tal teoria foi aplicada no direito comparado, sem grandes rigores, deveria ser também verificada no Direito Civil brasileiro, já que a mesma surge como uma manifestação do dirigismo contratual, evitando que as partes tenham excessivo prejuízo em função de uma justiça meramente contratual.

Aliás, tratando sobre o surgimento da Teoria da Imprevisão, que decorre da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, Borges (2002, p.115/117) exemplifica com o caso *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* e a cidade de Bordeaux, em que a mudança de posicionamento evidenciou o rompimento da autonomia da vontade conservadora. Tal caso tratava de contrato, firmado em 1904, de concessão do fornecimento de energia elétrica aos cidadãos de Bordeaux, firmado por trinta anos, com um índice de reajuste conforme o aumento do preço do carvão, mas com limites rígidos sobre tal aumento. Até o fim de 1914, a tarifa móvel foi suficiente para o equilíbrio do contrato. Porém, com a Segunda Guerra Mundial, o carvão teve um aumento de 100% em relação ao valor de 1913, muito superior ao limite do contrato. Os alemães haviam tomado os centros de produção da matéria prima de carvão, que ficavam no Norte da França e na Bélgica, a mão de obra era escassa e houve aumento do consumo pelas indústrias bélicas, que tinham prioridade na utilização do carvão. O governo até chegou a adotar algumas medidas para conter os preços, mas não se mostraram eficazes, restando às concessionárias, dentre as quais a *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, buscar a revisão contratual para que sua quebra fosse evitada. Em princípio, o pedido foi negado pelo Conselho da Prefeitura de Bordeaux e, em instância superior, pelo Conselho da Prefeitura de Gironda. Quando recorreu, no entanto, ao Conselho de Estado, obteve vitória em decisão de 30.03.1916. A fundamentação foi de que houve perturbação na economia do contrato, já que a alta do carvão superara os limites que poderiam ser suportados pelas partes. Entendeu o Conselho, também, que a elevação não

acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação (BRASIL, 2002).

¹⁷ Código de Defesa do Consumidor, art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (BRASIL, 1990).

poderia ter sido prevista. Inovadora para a época, hoje não faltariam argumentos legais para sua fundamentação.

Mas não é menos verdade que a socialidade do contrato e a não consideração da autonomia da vontade de forma absoluta constituem, ainda hoje, um discurso teórico do estudo do contrato. Vê-se em manuais, especialmente acadêmicos, que a vontade, como se fosse livre, continua sendo direito inderrogável das partes contratantes e o seu elemento central, sem a qual, não há que se falar em contrato.

Quando discorre sobre a concepção moderna de contrato, Gomes (2008, p. 7/8) também observa grandes resquícios do individualismo de outrora. O autor enfatiza que, mesmo em tal compreensão moderna, vê-se o contrato como um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem, demonstrando um nítido caráter individualista que dominou na época de sua cristalização e no processo de consolidação da economia capitalista de produção. Tal economia, que exigia a generalização das relações de troca, determinou uma abstração que levou ao surgimento da figura “negócio jurídico”, sendo o contrato sua principal espécie. Não importava a condição ou posição social ou o tipo de relação entre sujeitos de direito, não importava a equivalência das mercadorias, não se distinguia se o objeto do contrato era um bem de consumo ou essencial: tudo era tratado da mesma forma. “Se bem que a evolução do Direito nos tempos presentes se encaminhe em sentido contrário”, anota o autor, já que “tal é o modelo de contrato que ainda se descreve nos compêndios de Direito Civil amarrados ao Código Civil e alheios à exuberante legislação especial que o contradiz e contesta”. Na verdade, o contrato unicamente nos termos da legislação civilista, por vezes, também não deixa de contestar a própria Constituição.

Apesar da contribuição do Estado Social, especialmente em relação à concretização positiva do dirigismo contratual, “a abstração e a pureza científica – entre outros problemas – que marcavam o Código, foram mantidas”, principalmente porque “não houve uma mudança fundamental para o êxito do Estado Social: a modificação do senso comum vigente entre os juristas”. (GERCHMANN; CATALAN, 2012, p. 158)

À estabilidade do Código Civil e à sua força idealizadora como documento jurídico, não se encanta o estranhamento e o reconhecimento de nova situação sobrevindo – que, diante dos fatos, já estava implementada. Tal reconhecimento e

perquirição são necessários para se desenvolver uma resposta às tensões surgidas. Segundo Streck (2011, p. 348), “o intérprete do direito deve (ria) ter a angústia do estranhamento”, mas não limitar-se ao senso comum. Estes “sentimentos”, diante do texto e da situação concreta do mundo da vida, somente poderão emergir se o intérprete – ou aquele a quem se põe o desafio de escutar a tradição, trazendo para a análise hermenêutica de um texto – tiver a coragem se suspender os seus próprios preconceitos, pois eles geralmente “[...] comprometem o nosso verdadeiro reconhecimento do passado histórico. [...]”. Será preciso exercitar a autocrítica, promovendo o encontro entre “uma prévia compreensão de si”, além de uma “compreensão histórica”. Esta operação “[...] implica que o conhecimento histórico não conduz necessariamente à dissolução da tradição na qual vivemos; ele pode também enriquecer essa tradição, confirmá-la ou modificá-la, enfim, contribuir para a descoberta de nossa própria identidade”. (GADAMER, 1998, p. 12-13). Sem esta abertura, o estranhamento provavelmente terá dificuldade de acompanhar a formação do (novo) conhecimento, da sua produção, permanecendo no limite da mera reprodução.

Em razão desses acontecimentos, Nalin (2008) desenvolveu o conceito pós-moderno de contrato, com a inevitável quebra de dogmas em relação à concepção do instituto. Tal quebra se justifica pelo estudo de filósofos que já se afinam a um perfil jurídico, como é o caso de Habermas. O espaço público-social é valorizado e esta concepção se incorpora ao contrato.

2.3 CONTRATO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PARA ALÉM DO INTERESSE DA PARTE

O Estado Social – e a sua estilha, o *Welfare State*¹⁸, não conseguiram resolver os problemas que almejaram¹⁹. A busca da igualdade material como

¹⁸ Engelmann (2005, p. 230), distingue Estado Social e *Welfare State*: “Interessante notar que Manuel García-Pelayo apresenta uma nítida distinção entre o *Welfare State* e o Estado Social: O primeiro está preocupado com os aspectos do bem-estar da dimensão política do Estado, bem como a própria destinação e distribuição de recursos destinados a satisfazer os serviços sociais; não se trata de uma perspectiva exclusiva de nosso tempo, pois há indícios do qualificativo Estado de Bem-Estar na caracterização do Estado da época do absolutismo tardio. Já o Estado Social, dentro de um patamar mais dilatado, inclui outros aspectos que transcendem o bem-estar, embora estes sejam os mais relevantes, pois engloba ‘também os problemas gerais do sistema estatal de nosso tempo, que em parte podem ser medidos e em parte simplesmente entendidos’”.

¹⁹ Como exemplo brasileiro, a Constituição universalizou as políticas sociais exatamente numa fase em que as condições econômicas não favoreciam a efetivação de tais direitos. Dessa forma, surgem

objetivo obrigaria o Estado a remover as injustiças sociais, o que não ocorreu, por vários motivos.

Quando discorre sobre a crise constitucional do Estado Social, Bonavides (2011, p. 393), explica que foi com o Estado Social que o “Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança”. Se, por um lado, isso soava bem, foi com isso que houve uma crise da própria Constituição, já que se transformou “num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a sociedade”. Isso ocorreu porque não mais se via a Constituição como instrumento de organização política e garantias de liberdade²⁰. No entanto, a Constituição, como documento jurídico-político, não é programa de governo, é (ou deveria ser) instrumento de segurança e legitimidade social.

Nessa concepção, exige-se uma convergência das ideias constitucionais no mesmo sentido. Com o constitucionalismo moderno, houve a busca por uma constituição escrita, dotada da garantia de determinados direitos humanos que todos, inclusive o Estado, são obrigados a respeitar. A constituição escrita direciona para a constituição rígida e inflexível, onde o conteúdo não pode ser alterado pelo legislador ordinário. Emerge, então, o Estado de Direito, com grande preocupação com o jurídico, ao lado de uma constituição garantia. Porém, convém ressaltar, como o faz Engelmann (2005, p. 230), “que a concepção do Estado de Direito apresenta forte viés positivista, com a clara preponderância da forma em relação ao conteúdo”. A ideia de constituição garantia traz a imagem de uma preocupação grande com a proteção, ainda que os caminhos para a sua concretização não estejam bem definidos.

E o Estado Social dá contornos ao novo Estado de Direito, com grande ênfase aos direitos sociais. Temos a abertura para o ingresso do Estado Democrático de Direito, que, segundo o Professor Engelmann (2005, p. 232) “passa a incorporar um aspecto teleológico, vinculado especialmente à transformação do *status quo* na medida em que não é mais simplesmente garantidor de determinados

conflitos a ser enfrentados na própria estrutura estatal. O *Welfare State*, no Brasil, não chegou a ser implementado, mas antes disso, já entrou em crise. Apesar de não haver consenso entre os estudiosos do tema, tal crise deu seus primeiros sinais com a crise fiscal na dificuldade de harmonizar gastos públicos com o crescimento da economia capitalista.

²⁰ A crise do Estado Social também apresenta outro fator importante: os direitos fundamentais do Estado Social não são apenas limites de atuação estatal, mas a própria direção que recebe a administração e legislação. A Constituição se apresenta como um termo de garantia social que, além de desvirtuar a sua finalidade, caminha para desconsolidar-se.

direitos”, mas também, segundo o professor, conduz “a atividade estatal para a concretização de novos direitos, especialmente comprometidos com a realização da promessa de pleno desenvolvimento da pessoa”.

O Estado Democrático de Direito, então, é o Estado Constitucional. E a Constituição mantém suas características iniciais de rigidez e inflexibilidade, mas cria mecanismos que proporcionam a sua “adequação” com o mundo circundante, através da própria interpretação judicial e manifestação de diversos atores políticos-sociais, sendo por eles condicionada e condicionando-os. Busca a realização das necessidades básicas do ser humano, sem, no entanto, especificá-los. Tem-se, com isso, grande ênfase no respeito aos Direitos Humanos e à democracia. (STRECK, 2002). Valoriza-se a dignidade da pessoa humana em todas as relações travadas entre os sujeitos, inclusive no âmbito do Direito Civil. No ramo do contrato, portanto, ganha ênfase o respeito à dignidade da pessoa humana que justifica, por outro lado, a incidência dos direitos fundamentais em todas as relações privadas²¹.

Mas não só a dignidade que, especialmente no âmbito das relações contratuais, é foco do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos, também, a cidadania, os valores sociais do trabalho e livre iniciativa, tendo como objetivo constituir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²².

Com isso, a Constituição é o eixo hermenêutico de todo o sistema jurídico, e os direitos fundamentais nela previstos balizam todas as relações jurídicas, inclusive o contrato.

No entanto, apesar desta conformação do Estado Social à Constituição, a concepção liberal do contrato ainda é constante nos hábitos dos juristas nacionais,

²¹ Marques (2014, p. 288) assinala, com apoio em Erik Jayme, que “a preocupação maior do direito atual deve ser com a pessoa humana, a sua verdadeira liberdade e igualdade diante dos desafios atuais da pós-modernidade. [...] no direito pós-moderno o *Leitmotiv* devam ser os direitos humanos, como novo instrumento de igualdade, liberdade e solidariedade, protegendo a pessoa no atual mercado globalizado”.

²² A menção refere-se aos artigos 1º e 3º da Constituição Federal. Além dos fundamentos mencionados no texto, também fazem parte do rol constitucional a soberania e pluralismo político que, apesar da indispensabilidade para o Estado Democrático de Direito, não estão relacionados com a temática deste trabalho.

tendo em vista a fundamentação da existência da globalização econômica²³. Tal evento, funda-se, principalmente, no mercado financeiro mundial, “livre de qualquer regulação e na corrente ideológica do neoliberalismo”. Com a globalização, de fato, há “encolhimento das garantias legais dos direitos nacionais, máxime no que concerne à proteção dos contratantes vulneráveis, principalmente do trabalhador assalariado, do consumidor e do usuário dos serviços públicos privatizados”. (LÔBO, 2011, p. 47)²⁴.

É fato que, no entanto, no que concerne a uma verdadeira proteção de vulneráveis, “o direito comparado pós-moderno deve se interessar mais pela diferença do que pela semelhança”. (MARQUES, 2014, p. 291)²⁵. O Estado Democrático de Direito busca uma elevação jurídica da parte vulnerável em todos os aspectos para que, dessa forma, seja resguardada a própria dignidade da pessoa humana. Diante de uma presunção absoluta de hipossuficiência (não só econômica), busca-se uma aplicação abstrata e universal de tais direitos²⁶.

²³ Prevalece, em um dos assuntos mais controversos da atualidade, que a concepção de globalização tem cunho econômico. Criticando a forma como a política tem se desenvolvido nesse contexto, Ulrich Beck distingue globalismo de globalização. O primeiro é uma ideologia e a globalização se limita a uma dimensão econômica, sendo globalização a integração cada vez maior dos Estados com a finalidade de facilitar o trânsito dos agentes econômicos. (BECK, 1999).

²⁴ Como fenômeno também de um contexto multinacional, tem-se o exemplo da realização da Copa do Mundo de 2014, com as exigências quanto ao valor da venda dos ingressos e desconsideração de parte vulnerável no contrato. Apesar da existência de diversas leis estaduais sobre o direito de meia entrada a estudantes (e, posteriormente, também da Lei Federal 12.933/2013), a Lei Geral da Copa (Lei n. 12.663/2012), não concedeu o desconto de 50% aos discentes. Fica evidente um encolhimento de garantia dos nacionais, nos termos mencionados por Lôbo, acima.

²⁵ A título de exemplo, levando-se em consideração a comparação com o direito brasileiro, Claudia Lima Marques (2014, p. 291) bem assinala: “O nome (direito do consumidor) [...] já prenuncia uma característica especial do direito brasileiro, pois em virtude do mandamento constitucional (arts. 48 do ADCT, 5º, XXXII e 170, V, da CF/1988), o Brasil possui um ‘Código de Defesa e Proteção do sujeito de direitos e agente econômico e social, Consumidor’. É diferente de um Código, denominado de Código de Consumo, como na França (*Code de la consommation*) ou Itália (*Codice dei consumi*), pois aqui o papel sociológico e econômico de consumidor é o foco, que é tornado juridicamente relevante não só a relação de consumo e a presença do consumidor é regulada em todas as áreas (em direito material, processual, administrativo e penal), seja contrato ou delito. Regulado em um corpo sistemático de normas orientado por este princípio protetório constitucional do *favor debilis*, da proteção especial do sujeito mais fraco, formando segundo a maioria da doutrina brasileira um novo direito civil-constitucional”.

²⁶ Reconhecendo-se a dificuldade em tal alcance, Taysa Schiocchet (2013, p. 36) ressalta: “É cada vez maior a preocupação em relação a grupos socialmente vulneráveis, o que representa a necessidade de se individualizar os sujeitos sociais com os quais as ciências e, sobretudo, o Direito, tendem a tratar de forma universal e abstrata. Eis, então, o paradoxo: se, por um lado, busca-se a inclusão de todos os indivíduos, a partir de um discurso jurídico universalizante, por outro, esvazia-se o conteúdo dessa inserção, na medida em que não é possível identificar as especificidades (biológicas, psicológicas, sociais, políticas, religiosas, culturais entre outras) e as reais necessidades desses sujeitos”.

A relação contratual do Estado Democrático de Direito também implica o reconhecimento da existência de constantes vulnerabilidades entre as partes contratantes, com mecanismos de defesa dessas partes mais fracas. Dentro dessa nova concepção constitucional do contrato, atualmente, a relação contratual toma, assim, uma significação complexa e multifacetária.

2.4 A SUPERAÇÃO DAS TESES DE INDIVIDUALISMO JURÍDICO COMO ENFRAQUECIMENTO DOS PODERES DA LIBERDADE DE CONTRATAR

Conforme se evidencia, toda a evolução do direito contratual segue em sentido oposto às teses do individualismo jurídico que vigoraram no Estado Liberal. Aquelas premissas, dentre elas a de que “o indivíduo é essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades, pelas quais ele não deve nada à sociedade” (MACPHERSON, 1979, p. 275)²⁷, identificaram-se como problemas para a sociedade que a sucedeu. Na verdade, os movimentos de reação a essa filosofia liberal e individualista irradiaram-se com tanta intensidade, que ninguém mais defende a conservação de suas primeiras concepções (GOMES, 2008).

²⁷ Macpherson (1979, p. 275/283) explica que o individualismo possessivo traz a suposição de que a sociedade humana consiste de uma série de relações de mercado e toda moralidade, à moralidade de mercado. Tais suposições, características da sociedade do século XVII, foram mantidas na moderna teoria liberal, mas fracassaram como alicerces da teoria liberal-democrática, especialmente em razão da mudança que ocorreu com o aparecimento da articulação política da classe operária, que, no entanto, “não alterou a validade das suposições individualistas quanto às sociedades de mercado possessivo, porque essas suposições refletem ou afirmam a natureza atomizada da referida sociedade, mais do que sua natureza classista”. Conforme o estudo do autor, a sociedade de mercado possessivo é inevitavelmente dividida em classes e traz “uma série de relações competitivas e invasivas entre todos os indivíduos, independentemente das classes: coloca cada um por sua própria conta. É esse segundo aspecto da sociedade de mercado possessivo que estava e ainda está acuradamente refletido nas suposições do individualismo possessivo. As suposições permanecem indispensáveis, mas não se podem extrair delas nenhum princípio suficiente de dever”. Complementa que “o indivíduo, numa sociedade de mercado possessivo é humano em sua qualidade de proprietário de sua própria pessoa; sua humanidade realmente depende de sua independência de quaisquer relacionamentos contratuais com os outros, exceto os que são de seu interesse; sua sociedade realmente consiste de uma série de relações de mercado”. Trazendo uma conclusão sobre a situação atual da sociedade, Macpherson explica: “o indivíduo com interesses próprios, qualquer que sejam as suas posses, ou qualquer que seja o seu apego a uma sociedade de mercado possessivo, precisará ver que as relações da sociedade de mercado possessivo, precisará ver que as relações da sociedade de mercado precisam ceder à imperiosa necessidade, de que, nas palavras de Overton, que adquirem hoje um novo significado, ‘a sociedade humana, a convivência ou o ser (...) acima de todas as coisas terrenas, deem ser preservados’”.

O fim da modernidade²⁸, demonstrado através da ocorrência de eventos com repercussão mundial, para o Direito atingiu, de forma bastante considerável, o cerne do racionalismo jurídico. Há uma desconstrução das utopias modernas, notadamente da razão sistêmica e razão histórica. Acaba-se a certeza. A data exata em que isso ocorreu, não há, mesmo porque não existe coincidência de pensamento entre os observadores científicos. Hans Kung atribui o seu início, na Europa, ao fim da Primeira Grande Guerra (1918), ao passo que Arnold Toynbee entende que o início foi posterior à Grande Guerra, ou seja, em 1947. (NALIN, 2008).

Arnaud (1999) esclarece tal momento e suas implicações para a sociedade, especialmente para o Direito, contextualizando o que o justificou: a) o Estado de bem-estar social sofreu uma crise, precedida pela globalização modificando os papéis do Estado; b) o Estado se enfraquece e a sociedade civil se fortalece, avigorando o pluralismo jurídico, especialmente na concepção de que o Direito não se encontra somente na legalidade; c) o todo absoluto do pensamento moderno confronta-se com as novas descobertas científicas de bases sociais, num prisma relativo do conhecimento.

Essa renovação de paradigmas, envolve aspectos que não se limitam a questões sociopolíticas, atingindo também o âmbito jurídico. Como foi anotado por Nalin (2008, p. 116), “O *Code*, assim como o nosso próprio Código Civil, foram concebidos para que figurem na relação contratual somente dois sujeitos (credor e devedor)”. E as relações coletivas e difusas, até mesmo as massificadas, tão comuns da época atual, não se encaixam nos moldes das codificações hodiernas.

Por outro lado, diferentemente das ideias liberais, hoje se substitui o proprietário pela pessoa humana (LOBO, 1999, p.108), considerada em sua existência concreta e não mais abstratamente.

²⁸ De acordo com Chevallier (2009), a modernidade é caracterizada por uma série de elementos – técnicos, econômicos e políticos – que racionalizam a organização da sociedade, sob todos os aspectos. A transformação da sociedade, do homem, do mundo apoiou-se numa série de valores, construídos em torno de dois polos essenciais: de um lado o culto da razão e do outro o primado atribuído ao indivíduo, colocado no centro da organização social e política. Com a ênfase à razão, há uma secularização da sociedade e o homem se torna dono do seu próprio destino, guiado somente pela sua própria razão. E a relação social é construída a partir dos indivíduos, com autonomia e não mais vinculado à fidelidade comunitária. O homem leva a vida como bem entender, é mestre de seu destino e a fonte de todo o poder reside no próprio consentimento do indivíduo. E quando o autor analisa a relação do direito com a modernidade, explica que tal relação é ambivalente: o direito é influenciado pelos valores inerentes à modernidade e é o próprio gerador de racionalização da organização social e política, sendo tanto a expressão quanto o vetor da modernidade.

Assim, o contrato é instrumento útil à pessoa e não o contrário. A visão patrimonialista deixa de ser a função do contrato.

Não se trata de por um fim à autonomia privada. Ela permanece com novos contornos, mesmo porque a antiga liberdade de contratar deu espaço a uma noção de um poder legal atribuído à pessoa para que esta possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. É um direito inerente à própria pessoa, de tomar suas decisões, de regular, por si mesmas, as suas próprias ações e assumir as consequências jurídicas. Conta com a proteção do próprio ordenamento jurídico, que pode responder: sua liberdade, exercida pela autonomia privada, não interessa aos outros, nem mesmo ao Estado; sua liberdade há de ser chancelada pelo Estado ou sua liberdade é limitada pelo Estado. “Por isso, possíveis correções na autonomia privada ou na liberdade contratual não negam tais conceitos, adaptam-nos aos novos contextos que servem de base à realização do contrato”. (BORGES, 2009, p. 53). A intervenção pública no contrato, seja por meio da lei ou da revisão judicial, não fere a autonomia, apenas a corrige e a mantém dentro dos limites do ordenamento jurídico.

Tal poder de gerar regras jurídicas para as próprias relações, continua Borges (2009, p. 53), “não está na simples vontade da pessoa, mas na declaração de vontade que estiver autorizada pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, quanto ao conteúdo e quanto à capacidade e legitimidade do sujeito”.

Por isso não se pode afirmar, também, que a liberdade de contratar se restringe à escolha do tipo contratual definido na lei. O que se pode apontar, na linha de Gomes (2008), são os processos técnicos para que sejam evitadas as consequências dos dogmas individualistas, que tem se utilizado o Direito Positivo: a) as leis supletivas são convertidas em leis imperativas, o que se percebe com a regulamentação legal do conteúdo do contrato, estando as partes obrigadas a aceitar o que está disposto na lei – a própria manifestação do dirigismo contratual; b) o controle da atividade de certas empresas cuja atividade interessa à economia popular, ou se exerce no aspecto da assistência vital, sendo que o seu funcionamento somente é autorizado pelo Poder Público, que as condiciona à assunção de determinadas obrigações nos contratos para cumprimento de suas finalidades; c) a discussão corporativa, que afasta a regulamentação autoritária, substituindo-a pela aquiescência livre dos interessados, já que as pessoas que possam participar de um contrato se unem, de forma organizada, fortalecendo-se,

para que naqueles contratos em que são interessadas, possam discutir as questões contratuais em pé de igualdade.

A esses processos técnicos, pode-se acrescentar a própria interpretação de acordo com os direitos fundamentais. Se em âmbito geral, coloca-se o contrato dentro do Estado Democrático de Direito, é necessário que, no contexto nacional, o contrato seja voltado aos fundamentos da República, objetivos fundamentais da Constituição Federal e os direitos fundamentais por ela resguardados, mesmo porque o Estado Democrático de Direito é o “amigo dos direitos fundamentais” (SARLET, 2014, p. 68). E, ainda, que resguarde interesses particulares, mesmo porque a autonomia privada, como se verá, também é direito fundamental.

O fato é que o instituto do contrato, no fundo, não pode mais ser conceituado com base exclusivamente na vontade dos contratantes, alheio a um número imenso de consequências sociais. Mas também não se pode deixar de lado que a complexidade da sociedade atual não permite que exista um conceito de contrato que abranja toda relação jurídica contratual: “não se pode mais, com tranquilidade, sustentar a existência de um conceito de contrato que identifique toda a experiência jurídica contemporânea”. (NALIN, 2008, p. 121).

Nessa linha, igualmente não se ignora que a historicidade do contrato muito explica a sua concepção atual, mesmo porque, na linha de Gadamer (1999, p. 21), só há consciência hermenêutica sob determinados condicionamentos históricos. A experiência da tradição histórica ultrapassa fundamentalmente aquilo que nela é pesquisável. Ela não só é verdadeira e não-verdadeira, no sentido sobre o qual decide a crítica histórica – mas também medeia constantemente a verdade na qual importa tomar parte mesmo porque “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”. (ROPPO, 2009, p. 24). A concepção que se adota para inserção do contrato atual, é o Estado Democrático de Direito e toda a máxima eficácia dos direitos constitucionais que tal forma de Estado implica.

No Estado Democrático de Direito, não se pode, portanto, conceber um contrato sem estrito respeito aos valores fundamentais. Mas o problema, é que “valores constitucionais protetivos do homem no seu contexto social e regras de livre mercado, que sempre escravizaram este mesmo homem no seu egoísmo patrimonial”, enfatiza Nalin (2008, p. 122), apresentam-se como “extremos inconciliáveis, numa clássica perspectiva do contrato”. Em busca da salvação do

contrato, tais direitos devem, agora, “ser enfocados de modo convergente, mesmo que tal visão cause estranheza”. O cenário trazido pela valorização e centralidade atribuída aos direitos fundamentais gera um desafio para o Estado Democrático de Direito no Brasil, destacadamente, pela ausência do mencionado estranhamento desta mudança. Ela ainda não conseguiu repercutir no seio de muitos construtores do conhecimento jurídico. De fato, como menciona Gadamer: “toda experiência é confronto”, já que ela coloca em oposição o novo ao antigo, e, “em princípios, nunca se sabe se o novo prevalecerá, quer dizer, tornar-se-á verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível reconquistará finalmente a sua consciência”. (GADAMER, 1998, p. 14). Este é o desafio que precisará ser trazido à discussão na área jurídica. Corre-se um grande risco da experiência não conseguir validar o novo trazido pela Constituição do Brasil de 1988. O desafio é trazer este tema, no caso para o contexto do contrato, promovendo uma efetiva imersão nos direitos fundamentais, promovendo uma transversalização dos direitos fundamentais num dos pilares do Direito Privado: o contrato.

Na situação atual, também se vê um contrato que não é tão livre e nem tão dirigido: conforma, ou pelo menos tenta conformar, a livre-iniciativa com a justiça social, mesmo porque o contrato não pode ser analisado fora de um contexto de mercado. Aliás, a atividade econômica, dentro da ordem econômica constitucional, efetiva-se mediante contratos. “A atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais” (LÔBO, 2011, p. 43/44).

Então, também não há como se desconsiderar que a função econômica do contrato na sociedade de consumo, é enorme. Sem o contrato, essa sociedade capitalista, de fato, não existiria, porque é através dele que a riqueza circula. No entanto, destaca-se o papel social que o contrato desempenha, o que justifica o foco de análise do instituto em sua função social. E respeitar a socialidade do contrato, significa buscar a edificação do ser humano digno. Deve-se respeitar o outro, a si mesmo e à lei, já que o contrato “aproxima os homens, abate suas diferenças. As cláusulas contratuais dão aos contratantes noção de respeito ao outro e a si mesmos, visto que, afinal, empenharam sua própria palavra”, enfatiza Fiúza. O mesmo autor destaca a importância do contrato e sua relação com o direito como um todo, já que “em última instância, um contrato nada mais é do que a miniatura do

ordenamento jurídico, em que as partes estipulam deveres e direitos, através de cláusulas, que passam a vigorar entre elas” (2004, p. 365-6).

É interessante anotar que, ainda assim, várias modalidades contratuais têm surgido na atualidade com limitações drásticas à liberdade de modificar o conteúdo do contrato. Tais figuras contratuais, nos dizeres de Gomes (2008, p. 33), são “tão esquisitas que se duvida de seu caráter contratual”. Como exemplo, tem-se o contrato de adesão, o mais utilizado e mencionado pela doutrina, e também outros não menos excêntricos: o contrato coativo, quando a lei obriga as partes a firmá-lo, mesmo contra a vontade, como o é o seguro obrigatório, e o contrato necessário, como aqueles celebrados com empresas concessionárias de serviços públicos. As partes ficam sem possibilidade de mudar o conteúdo e também de escolher com quem contratar.

Quando se está diante desses tipos contratuais, especialmente os dois últimos exemplos, vê-se que a ausência de liberdade e mitigação da autonomia privada dominam a relação contratual que, ainda assim, trata de direitos, em tese, disponíveis. A consequência é que fica indeterminado o que é campo privado e o que é campo público, exatamente pela superação da dicotomia outrora existente, que se defende no presente trabalho.

Esses exemplos, bem como outros tantos que justificam a contratação contemporânea, deixam claro que a vontade não pode, mais, ser considerada o núcleo central e essencial do contrato. Gomes (2008, p. 35) comenta: “nossa vida de todos os dias é repleta de compromissos e obrigações preestabelecidos por outrem sem o concurso de nossa vontade”, exemplificando com o caso dos milhões de contratos de transporte que se realizam todos os dias. Nesse aspecto, tem-se apresentado o “contrato de fato”: mesmo não intencionadas, podem as partes contratar, produzindo efeitos jurídicos próximos aos do contrato. Os comportamentos automáticos ou socialmente típicos ocupam o lugar da vontade, falando-se em uma conduta negocial típica. É uma regra de costume, um comportamento do dia a dia.

Por outro lado, às vezes, os contratantes não desejam copiar o modelo previsto na lei, mas querem evitá-lo, o que afigura, também, o fato de que, por vezes, “até o objeto contratual da atualidade se encontra absolutamente dissociado do processo brasileiro de codificação”. (NALIN, 2008, p. 120). Utilizando-se do exemplo citado pelo mesmo autor, pode-se mencionar o caso que, mesmo não provendo de fonte contratual propriamente dita, as partes fazem um contrato de

união estável porque não desejam sofrer os efeitos do casamento, mas minimizá-los.

Alguma resposta, não absoluta e nem fechada, como reflexo da transição da modernidade à pós-modernidade, deve ser encontrada para que, mesmo diante de determinados modelos ditos contratuais tão excêntricos, os valores do ser humano sejam considerados em sua essência, especialmente a dignidade da pessoa humana como manifestação dos seus direitos fundamentais. A simples existência no mundo já justifica à pessoa a garantia à sua dignidade como valor supremo, como um respeito à sua criação, à sua liberdade e valores do espírito, além das condições materiais de subsistência. (BARROSO; BARCELLOS, 2006).

Mercado, liberdade, sociedade, direitos constitucionais, solidariedade, dignidade humana. Estas são as palavras chaves para a concepção atual de contrato, demandando uma atenção de todos – Estado ou particulares, não havendo mais como se chegar a uma nítida separação entre o que é Direito Privado e o que é Direito Público, já que, para a garantia de valores fundamentais do ser humano, não há que se falar em qualquer impedimento à limitação da liberdade privada. Houve uma publicização do contrato, com vistas ao atendimento, especialmente, da dignidade da pessoa humana. Entre as características da modernidade, o retorno dos sentimentos²⁹, de Erik Jayme, mostra-se evidente no contexto da pós-modernidade, ao ponto de hoje se falar em “contratos existenciais”, com ênfase à proteção do ser humano³⁰.

²⁹ Descrevendo os pensamentos básicos da pós-modernidade, Erik Jayme (1999, p. 120-4) destaca a pluralidade como forma de vida, a narração como prazer na descrição e na informação, a fuga do igual e por fim, a volta do irracional, ou retorno dos sentimentos. Neste último caso, os sentimentos são valorados a ponto de fazer surgir um direito subjetivo. O autor cita o exemplo de que o *Code Civil* francês dispõe de regra na qual as partes, que perderem um processo envolvendo uma criança, mas que criaram faticamente o respectivo menor até aquele momento, recebem um direito de visita.

³⁰ Antônio Junqueira de Azevedo defendeu uma dicotomia entre contratos existenciais e contratos empresariais, ou contratos de lucro, como sendo a verdadeira dicotomia contratual do século XXI, “assim como a de *contrato paritário/contrato de adesão* esteve para o século XX”. [grifo do autor]. Nos contratos existenciais, ganha destaque a proteção do ser humano, cuja existência não pode ser negligenciada, já que os novos princípios contratuais incidem com maior intensidade para uma maior efetividade do seu objetivo. Discorrendo sobre a boa-fé, o autor enfatiza a sua aplicação, de forma mais intensa, “entre os contratos que batizamos de ‘contratos existenciais’ (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compras da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) de que entre os ‘contratos empresariais’”. Continua, enfatizando que “Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra ‘contrato’ sem consciência dessa nova dicotomia; ela é operacional e está para o século XXI, como a de ‘contrato paritário/contrato de adesão’ esteve para o século XX”. Explicando tais modelos contratuais, o autor os distingue: “Por contrato empresarial há de se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não-empresário que, porém, naquele contrato, visa obter

E na atual realidade, a ordem civil constitucional brasileira, “não é conservadora, mas dirigente, propositiva, progressiva, promocional e solidária” (BORGES, 2009, p. 50). Não há como se levar em conta somente o indivíduo isolado e nem, tão somente, o outro: o meio do caminho entre “o interesse centrado em si (*egoismus*) e o interesse centrado apenas no outro (*altruismus*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo, o conjunto social, o indivíduo na função e no papel de cada um na vida em sociedade (*humanitas*)”. (MARQUES, 2014, p. 290).

Assim, deixando para trás a concepção de partes antagônicas e contrárias, ou de separação de partes³¹, como a dicotomia entre Direito Público e Privado, o contrato deve ser visto como instrumento de cooperação de interesses: tanto das partes quanto da sociedade. Continua sendo instrumento de liberdade individual e eficiência econômica³². Mas não dispensa o mais estrito respeito aos direitos constitucionais, já que valores como honra, integridade física, liberdade, não podem ser desconsiderados, simplesmente, a pretexto do descumprimento de um contrato.

A igualdade e especialmente a liberdade, continuam pautando o contrato contemporâneo. No entanto, são analisadas com outros significados, adequados ao contexto sócio-econômico-cultural e à ordem civil constitucional, especialmente dentro de sua garantia no âmbito material e não meramente formal, porque a liberdade não basta ser pressuposta, mas real.

lucro. O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não-empresárias ou, como é freqüente, em que somente uma parte é não-empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2009, p. 123-124).

³¹ Sobre a fiação das situações, Streck (2012, p. 288), ressalta que, na linha de Gadamer, não há sentido em se fazer interpretação por partes, ou por etapas: “não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepitível.”. Ressaltando que a hermenêutica não é mais metodológica, continua (2012, p. 294): “Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar.”

³² Arnoldo Wald (2008, p. 90/91) enfatiza que os tribunais têm dado maior importância à análise econômica dos pleitos no que tange às decisões que vão proferir. Citando as palavras da Ministra Ellen Gracie do Supremo Tribunal Federal, sobre o âmbito do impacto econômico de uma decisão, o autor transcreveu as palavras da Ministra: “Há, realmente, a necessidade de que saibamos exatamente qual será a repercussão econômica de uma determinada decisão judicial. Não para que deixemos de decidir, como sempre fizemos, consoante parâmetros da Constituição, da lei e da nossa consciência, mas para que tenhamos a exata dimensão das consequências de nossas decisões”.

3 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO: NOVOS CONTORNOS DA AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL DIANTE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Diante do surgimento da pós-modernidade, especialmente com a descrença do poder absoluto da razão, “vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente de pós-tudo: pós-marxista, pós-kelsiana, pós-freudiana”. O Direito, como um todo, não fica imune, sofrendo interferências em suas interpretações, mesmo porque “toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”. (BARROSO, 2006, p. 2-3)³³.

As certezas ficaram no século passado e, hoje, no contexto de pós-modernidade, há várias transições de paradigmas, mesmo porque assim o fenômeno da globalização exige. Dentro de novas concepções, a mudança na capitulação da distinção entre Direito Público e Direito Privado, sendo evidência imposta pela realidade jurídica, reflete consequências importantes para a forma como a autonomia privada é concebida. (PRATA, 1982, p. 49-52).

Em que pese o estudo se fixar na compreensão da dicotomia enraizada com o Estado Liberal, seu surgimento se deu antes. Quanto à origem da separação do ordenamento jurídico em dois grandes ramos, Direito Público e Direito Privado, já havia menção no Direito Antigo, sendo atribuída tal divisão aos romanos, que a efetivavam mediante o critério da utilidade pública ou particular da relação³⁴.

Note-se que separar o Direito em público e privado já teve sua função organizacional, bem como uma grande relevância para o estudo do Direito. A partir da Revolução Francesa, foi muito forte o desenvolvimento dicotômico entre esses dois ramos, a ponto de ser considerado que um ramo nada tinha em comum com o outro, a não ser a pseudo-supremacia do Público sobre o Privado. (ÁVILA, 1992, p. 12). Isso aconteceu porque a Revolução Francesa trouxe um novo panorama: o Direito Privado era considerado o centro do sistema jurídico. A Declaração dos

³³ Na mesma linha de entendimento de Gadamer, conforme está citado acima.

³⁴ “Através de duas comentadíssimas passagens do *Corpus iuris [Institutiones, I.1,4; Digesto, I, I, I, 2]*, que definem com idênticas palavras respectivamente o o direito público e o direito privado – o primeiro *quod ad statum rei romanae spectat*, o segundo: *quod ad singulorum utilitatem* -, a dupla de termos público/privado fez seu ingresso na história do pensamento político e social do Ocidente (BOBBIO, 2007, p. 13).

Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, marcou o Estado Liberal com a expressa proteção aos direitos individuais: o homem é sujeito livre e igual e, nas suas relações privadas, age sem intervenção estatal³⁵. Efetivamente, nesse momento é bem nítida a separação do Direito Público e do Direito Privado.

Enfatizando o recorte em dois níveis rigorosamente distintos na época do liberalismo, Prata (1982, p. 28) explica que a sociedade era decomposta em sociedade civil, que consistia no conjunto dos indivíduos, sujeitos privados, e Estado, surgindo, através dessa dicotomia, as premissas para uma correspondente decomposição do direito: o Direito Privado regulava a sociedade civil e o Direito Público, o Estado. Mas em razão da nova classe burguesa dominar os centros de produção do direito, houve uma estadualização do Direito Privado e a igualização dos sujeitos é imposta pela própria lei. O que se verificou, então, foi um abandono da diversidade das fontes como critério diferenciador dos âmbitos do Direito Público e Privado. Outros critérios foram buscados para justificar a distinção, então, de público e privado, que serão tratados mais adiante. O que a autora pondera é que, nesta época, “no reino jurídico da vontade privada – autonomia privada – operava o contrato: este era do domínio exclusivo do direito privado”. (1982, p. 31).

Antes da classificação em si, é necessário se fazer o questionamento se, no estado atual do direito, haveria ou não tal separação contornos bem delineados e, ainda que tivesse, qual seria a sua utilidade. Se não há uma nítida separação, uma alocação de todos os ramos em um ou outro lado, a utilidade é sobremaneira diminuída, não se podendo resolver algum problema. Não se nega que tal dicotomia já foi útil, conforme já ressaltado, porém em outra época. Para Ferraz Junior (2003, p. 130), a dicotomia existente entre público e privado³⁶ traria pontos de orientação e organização coerentes da matéria “que envolvem, por isso mesmo, disputas

³⁵ Prata (1982, p. 27), explicando a nítida separação no Estado Liberal do público e do privado, ilustra: “Segundo Adam Smith, o assegurar da liberdade individual garante a racionalização do processo produtivo e distributivo dos bens e da satisfação das necessidades: o empresário livre, que corre o risco da sua actividade por sua conta exclusiva, organizará da melhor forma a produção, com base na sua própria experiência e nos seus próprios problemas, pois o interesse em que a empresa funcione em condições ótimas é o seu interesse exclusivo e ninguém melhor que ele é juiz das condições da sua prossecução; o consumidor, por seu lado, é o melhor juiz das suas próprias necessidades, pelo que a procura livre no mercado é o melhor orientador da produção, e, simultaneamente, das condições da oferta, pois, num mercado fluido, cada produtor tem de lutar para colocar os seus produtos a preço sempre mais baixo e com uma qualidade cada vez maior, sem o que a sua produção não será comprada”.

³⁶ E também a existente entre direito objetivo e subjetivo que não se aborda no presente trabalho porque, apesar de importante, envolveria um estudo mais aprofundado, não passível de elaboração diante da discussão ora travada.

permanentes, suscitando teorias dogmáticas diversas, cujo intuito é conseguir o domínio mais abrangente e coerente possível dos problemas”. De fato, segundo o autor, a dicotomia permitiria uma sistematização, no sentido dogmático, ou seja, “do direito analiticamente concebido como conjunto de normas. Trata-se, para usar uma terminologia de Kelsen, de uma sistematização estática”³⁷. Com tal sistematização, segundo Ferraz Júnior (2003, p. 135), haveria estabelecimento de “princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo”.

No entanto, pretende-se demonstrar que nem mesmo para essa sistematização estática, a dicotomia tem funcionado, atualmente, já que se mostra em franca superação.

Quanto à distinção em si, segundo Reale (1996, p.335-6), o Direito Público “diria respeito às coisas do Estado (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat*)”, enquanto que o Direito Privado “seria pertinente ao interesse de cada um (*privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*)”. Completando, a divisão já apontada no direito romano, tendo em vista que hoje não são mantidas as mesmas bases ideológicas, Reale (1996, p. 336) ressalta que duas são as maneiras complementares de se fazer tal distinção: uma atendendo ao conteúdo e outra à base no elemento formal. Na primeira classificação, quando se visa imediata e prevalentemente o interesse geral, o Direito é público; quando imediato e prevalente o interesse particular, o Direito é privado. Na segunda maneira de se classificar, se a relação travada for de coordenação, trata-se, geralmente, de relação privada; se a relação é de subordinação, trata-se, geralmente, de Direito Público. Para o Direito Público, tem-se a Constituição. Para o Direito Privado, tem-se como Constituição das relações privadas, o Código Civil.

Para Ross (2000, p. 241), a diferença entre Direito Público e Direito Privado encontra-se na posição jurídica das autoridades públicas: “O direito público, portanto, consiste exclusivamente em normas da competência e em normas de conduta ligadas às mesmas, isto é, relativas ao exercício da competência”.

³⁷ Para Ferraz Júnior (2003, p. 131), sistema estático seria “uma organização das normas que leva em conta sua estrutura ou a matéria normada (relação autoridade/sujeito, a *facti species* e a consequência jurídica, as relações que se formam entre os sujeitos). O caráter estático do sistema significa que se prescinde do processo contínuo de formação, atuação e desaparecimento das normas, o qual caracteriza uma dinâmica. O sistema estático concebe o conjunto normativo como um dado, abstração feita de seu câmbio permanente. Não se indaga, por isso, da emissão de normas, sua revogação e da emissão de novas normas: o quadro é estático.”

No que pertine à efetiva diferenciação entre um e outro, Bobbio (2007), entende que os dois termos de uma dicotomia podem ser determinados com a definição de apenas um deles, tendo a outra definição negativa: assim o seria com a definição do que é público e privado. Toma-se o termo mais forte, no caso, o público, e define-se o privado como o “não-público”. A esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa. Para ele, a dicotomia público/privado tem várias significações: sociedades de iguais, no privado e sociedade de desiguais, no público (coordenação e subordinação); lei, como expressão mais alta do poder soberano, portanto público, e contrato, como a forma típica que os particulares regulam suas relações entre si, no privado; justiça comutativa, implicando trocas, o que ocorre na esfera privada e justiça distributiva, em que a autoridade pública distribui honras ou obrigações, no âmbito público³⁸.

Para Ferraz Junior (2003), a diferença entre o campo do direito dos governantes e o dos indivíduos governados guarda íntima relação com a divisão entre Direito Público e Privado. O Direito Público é o direito da Administração Pública e o Direito Privado é o direito dos indivíduos frente às imposições estatais. O autor reconhece que a distinção entre um e outro é tarefa difícil de se realizar, mas que, no Direito Público o princípio supremo é o da soberania e no Direito Privado, é a autonomia privada. Alguns associam a divisão com a história da sociedade e sua ordem jurídica, como Radbruch (1979, p. 258): nada caracterizaria melhor uma determinada ordem jurídica “do que a relação em que dentro dela são colocados, um em face do outro, o direito público e o privado e o modo como aí são distribuídas entre estes dois domínios as diversas relações jurídicas”.

Para fins da compreensão da superação da dicotomia, e exemplificadamente, adota-se, assim, em princípio, a distinção efetuada por Reale para o entendimento do que seria, em tese, o ramo do direito público e o que seria o ramo do Direito Privado: quanto à natureza dos interesses em questão e também quanto ao titular do direito. Se for prevalecente o interesse geral, ou público, a relação é de Direito Público; se for prevalecente o interesse particular, é de Direito Privado. Além disso, e nos termos apresentados, se a Administração Pública é titular do direito questionado, a relação é pública; caso contrário, é privada.

³⁸ Quando faz esse estudo, Bobbio (2007, p. 26-7) já trata de considerar, desde logo, a existência de dois processos paralelos sobre a dicotomia, que efetivamente devem ser considerados: a publicização do privado e a privatização do público.

3.1 UMA DICOTOMIA (IM)PRECISA E (DES)NECESSÁRIA: BUSCA DE UM EFEITO DE UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

“Não faltam autores que patrocinam o abandono da distinção entre Direito Público e Direito Privado, por estimá-la caduca e superada”, anota Vale. (2004, p. 92). Citando Arce y Flórez-Valdes, enfatiza que a distinção parece ter entrado nos últimos anos no “reino da confusão”. Como enfatiza Engelmann (2010, p. 298), o direito é organismo vivo, contemporâneo à realidade e caracterizado como um dinamismo, e “A separação dicotômica esqueceu esta dinamicidade do Direito, provocada pela própria inquietude humana que se produz no organismo social onde as pessoas vivem e convivem”.

No que se refere aos critérios supramencionados para que seja possibilitada a dicotomia, convém esclarecer que não deixam de ser critérios falhos. Caso a divisão ainda fosse totalmente aplicável nos dias de hoje, o discernimento sobre qual classificação cada caso teria, seria extremamente complexo e sem limitação, gerando, conseqüentemente, indeterminação. Distinguir a relação jurídica a partir do interesse predominante é desconsiderar que diversos interesses particulares são resguardados na própria Constituição Federal – o Código do Direito Público – como o direito à indenização por violação da honra e imagem (art. 5º, X), o direito à herança (art. 5º, XXX, XXXI), proteção da família e do casamento (arts. 226 e 227).

Por outro lado, quanto ao critério da relação de coordenação e subordinação, também não merece prosperar como argumento classificatório porque, nas situações concretas, mesmo entre particulares, dificilmente as duas partes estarão em pé de igualdade. A existência do poder social é evidente no contexto atual. No que pertine à forma da relação jurídica, também é falha a distinção porque muitas normas de Direito Privado possuem caráter imperativo, como a norma prevista no artigo 421³⁹ do Código Civil, sobre a função social do contrato, ao passo que normas de ordem pública, por vezes, deixam espaço para a autonomia privada, como o próprio direito à imagem e sua cessão.

³⁹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (BRASIL, 2002).

O fato é que a divisão, geralmente, já vem acompanhada de críticas: ou quanto aos limites de sua definição, ou quanto à sua simplificação do Direito⁴⁰, ou quanto à verdadeira utilidade de suas consequências⁴¹. Especialmente depois do surgimento do Estado Social de Direito⁴² e do Estado Democrático de Direito⁴³.

Kelsen (1984) nem mesmo reconhecia a dicotomia, porque para ele, Direito Privado não seria Direito. O autor entende por Direito somente o Direito estatal, não concebendo esfera do direito que não esteja regulada pelo Estado e possa ser chamada de privada. Se é regulado pelo Estado, é público. Para ele, entender um direito como privado seria entendê-lo como um não-Direito. Também faz uma importante crítica à teoria que aceita a divisão entre Direito Público e Privado, quando afirma que nos dois direitos está presente a vontade estatal, que ele chama de dominação política.

Outros autores, apesar de reconhecerem que já existiu e teve utilidade, asseveram que hoje está superada, especialmente porque “a separação entre público e privado transformou-se em uma relação de interdependência e intercambiabilidade no Estado Social de Direito”. (SOMBRA, 2011, p. 26). Radbruch (1995), filósofo do Direito de orientação neokantiana (BOBBIO, 2007), é um deles. Para ele, o Direito se torna cada vez mais uma combinação de normas públicas e privadas, dentro de uma ordem jurídica de caráter social, onde direito público e Direito Privado não se encontram um ao lado do outro, separados por uma rigorosa fronteira: “Pelo contrário, tendem a confundir-se e a invadir-se reciprocamente. É, sobretudo, nos novos domínios do direito do trabalho e do direito econômico que esta confusão e recíproca invasão melhor se deixam notar”. Pietro Perlingieiri (2008, p. 143/144), entendendo que a distinção entre Direito Público e Direito Privado reside na distinção entre os sujeitos envolvidos ou na natureza pública ou privada do interesse, enfatiza que, se em uma sociedade, com clara distinção entre a

⁴⁰ Tal crítica diz respeito à simplificação da matéria visualizada em manuais, livros simplificados de direito ou apostilas de cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas. O direito é um fenômeno complexo demais para ser “esquematizado” em classificações simples e absolutas.

⁴¹ Ferraz Junior (2003, p. 144) é um dos autores que reconhecem utilidade na distinção, apesar de reconhecer uma dificuldade de rigor: “Não obstante as dificuldades, a distinção entre direito público e privado subsiste como instrumento tópico de sistematização, bem como as classificações de seus ramos. Pelos efeitos jurídicos, sua operacionalidade não pode ser desprezada. Dizer se uma norma (e a situação normada) é pública ou privada é importante para determinar os efeitos apropriados e quais os princípios que os regem sistematicamente”.

⁴² Da proteção ao patrimônio, no Estado Liberal, passa-se à proteção à pessoa no Estado Social. O Estado deixa de ter uma conduta abstencionista e passa a assumir o papel de interventor.

⁴³ Neste ponto, não se abordarão as consequências sociais que o Estado do Direito traz para os contratos porque o assunto já foi abordado no primeiro capítulo.

autoridade do Estado e a liberdade do indivíduo, é possível distinguir o interesse público do privado, “numa sociedade como a atual torna-se árdua, se não impossível, individualizar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público”. No mesmo sentido, segundo Prata (1982), a nitidez caracterizadora da distinção entre Direito Privado e direito público tende a ser cada vez mais atenuada, especialmente em consequência da crescente publicização do Direito regulador das relações privadas e de uma certa privatização das normas aplicáveis às atividades estatais⁴⁴.

Como foi dito, as razões de se afirmar a superação da divisão, surgem de vários ângulos. No âmbito do dogmatismo jurídico, se uma classificação não é suficiente para abarcar todas as espécies classificáveis, já há uma evidência em sua inutilidade – ou não manutenção. Mesmo quem entende que não está superada a dicotomia, não consegue alocar determinados ramos do direito nem em Público e nem em Privado, como por exemplo o Direito do Trabalho, Direito do Consumidor, Direito da Criança e Adolescente e o Direito de Informática.

No que Bobbio (2007, p. 13) propõe neste sentido, fica evidente que a dicotomia do direito público e privado está totalmente superada⁴⁵. Para ele, só se pode falar em uma grande dicotomia quando tal distinção pode demonstrar a capacidade:

a) de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode ser contemporaneamente compreendido na segunda; b) de estabelecer uma divisão que é ao mesmo tempo total, enquanto todos os entes aos quais atualmente e potencialmente a disciplina se refere devem nela ter lugar, e principal, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias.

Nestes termos propostos por Bobbio, portanto, fica evidente que nem todas as disciplinas do direito estão abarcadas por uma ou por outra esfera do universo da referida dicotomia, como os direitos sociais. Neste caso, o não cumprimento do

⁴⁴ Especialmente no que concerne ao Direito Civil, Sarlet (2014) também menciona o Direito Privado na Constituição e a Constituição no direito privado. O autor explica que o direito privado recebe, com destaque, a interpretação das normas de direito privado e das relações entre particulares, conforme a Constituição. Por outro lado, na Constituição são inseridos institutos de direito privado, como o direito à indenização por violação à honra, direito à herança, direito de propriedade em termos gerais, envolvendo a propriedade intelectual e industrial, etc.

⁴⁵ Apesar do autor não sustentar, expressamente, a superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

requisito “a”, já demonstrado acima, de pronto corrobora a inviabilidade de sustentação da dicotomia.

No caso do requisito “b”, não é diferente: a divisão, além de não ser total não aloca as normas sociais existentes no Direito Civil, entre outras normas garantidoras de direitos fundamentais. O mesmo pode se afirmar quanto aos interesses e direitos metaindividuais e coletivos, que, nos dizeres de Perlingieri (2008), estão em categoria intermediária. Ilustrando, o autor menciona que, atualmente, existem associações privadas que tutelam interesses coletivos ou de qualquer forma dizem respeito a um número indeterminado de indivíduos, como os interesses difusos. Por outras vezes, o Estado mesmo se sujeita às idênticas regras impostas aos particulares, não somente na atividade econômica, mas também no exercício de funções que são manifestações do poder público. Haveria uma total falta de precisão na divisão. Em certa época, ressaltou-se, a divisão de interesses públicos e privados era suficiente para expressar todos os direitos da coletividade, mas hoje é insuficiente para abranger todos os interesses postos em jogo pelo Estado de Direito.

Também a justificada importância de outrora na dicotomia assenta-se ultrapassada. A divisão tinha como finalidade, principalmente, verificar-se princípios e regras inerentes a cada um de seus campos e só a eles, facilitando uma sistematização do estudo. Mas isso não ocorre mais, porque quase todos, se não todos os princípios e regras ditados para os particulares, têm relevo geral e refletem os próprios efeitos para além da esfera individual, incidindo sobre a saúde, sobre o meio ambiente, sobre as condições de trabalho, sobre a segurança do consumo, sobre a habitação, etc. (PERLINGIERI, 2008).

Apesar da sua contribuição sobre o que seria o Direito Público, deixando uma classificação residual ao Direito Privado, Ross (2000, p. 245) também acredita na insustentabilidade da diferenciação:

Se, com o intuito de conferir coerência aos conceitos, optarmos por tomar os dois termos em seus significados admissíveis, isto é, direito público como direito que se refere ao status das autoridades públicas e direito privado como direito que pode ser assegurado por processos civis entre pessoas particulares, enfrentaremos, então a dificuldade de que os termos privado e público sugerem uma divisão exaustiva que inexistente. Se conservarmos a terminologia – e é difícil não fazê-lo, temos que frisar que os dois termos não implicam uma divisão fundamental em duas partes da totalidade do material do direito. Em consonância com isso, todas as tentativas levadas a cabo até o presente para definir a distinção entre direito público e direito privado como uma divisão fundamental, tem se mostrado insustentáveis.

Outra vertente que contribuiu para a relativização dessa divisão foi o acolhimento da ideia de que a Constituição representa a ordem jurídica fundamental da sociedade – não apenas do Estado. Nessa linha, a Constituição acaba legitimando o Direito Civil, na medida que ela mesma contém condições para se efetivarem importantes institutos jurídico-privados, protegendo-os de uma supressão ou de um esvaziamento por parte do legislador. Vale (2004, p. 96) explica que, “dessa forma, oferece um asseguramento dos fundamentos do Direito Privado que este, por si mesmo, não poderia produzir”.

As extensas consequências da intervenção estatal que ocorrem nos contratos, traduzidas na aplicação de critérios de interesse e ordem pública, ou na atuação de interesses de natureza social, mostra, também, com evidência, a ultrapassada importância da dicotomia na realidade jurídica atual.

Ressalte-se que é importante à análise da eficácia de direitos fundamentais na esfera privada o reconhecimento da superação de tal dicotomia, como foi lembrado por Vale (2004, p. 72), “uma vez que trabalha com influxos recíprocos entre público e privado, assim como entre direito constitucional e direito privado”. Continua o autor: “hoje não se pode falar em esferas estanques e bem delimitadas, mas em simbiose entre o público e o privado”.

Schwabe (2012) entende que a separação do direito público do privado, especialmente para verificação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, é inaceitável. Analisando a dicotomia, o autor ressalta a independência lógico-normativa dos imperativos em relação a quem tenha a iniciativa de executá-los, no caso de desobediência. Tais imperativos são chamados de normas primárias, que prescrevem condutas exteriores às partes jurídicas, enquanto as normas secundárias dispõem sobre a consequência de se desrespeitarem as normas primárias, ou seja, se é atribuída ao Estado-administração, ao Estado-juiz ou a um particular a competência e a iniciativa para se executar alguma sanção. O livre fazer ou não-fazer está, então, na norma primária e, então, é aí que deve ser examinado e medido se o direito fundamental à liberdade foi ou não ofendido mediante a restrição da liberdade feita pelo imperativo jurídico. E se não é possível dividir as normas primárias em normas primárias de direito público e normas primárias de Direito Privado, descaberia uma diferenciação entre uma vigência plena do direito fundamental no Direito Público e uma vigência problemática no Direito Privado. Assim, no que concerne à limitação entre o público e o privado, especialmente no

que pertine às normas primárias, o autor entende que todas as teorias para justificação fracassam, como a do interesse jurídico e a da sujeição, da mesma forma que relação de iguais e relação de subordinados, porque nos imperativos dirigidos contra os particulares, o Estado continua sendo o único e exclusivo sujeito subordinador, porque é somente em face dele o dever de obedecer à norma. Somente no que diz respeito às pretensões poderia se separar público do privado e as normas primárias poderiam fornecer base tanto para normas de direito público como de privado.

Dessa forma, o autor conclui que a teoria que diferencia a vigência dos direitos fundamentais quando aplicados ao direito público ou quando aplicados ao Direito Privado, não tem fundamento, porque não dá conta que a restrição à liberdade já ocorre na norma primária e esta não é dividida em pública e privada. Quando trata das intervenções privadas, então, Schwabe entende que elas não podem ser catalogadas ora como de Direito Público, ora como de Direito Privado, porque são restrições imperativas. Por fim, concluindo sua ideia da inviabilidade de se verificar a distinção da vigência dos direitos fundamentais com base nos imperativos, demonstra que não são raros os comandos que ficam em zona fronteira entre o público e o privado. Ou seja, conforme demonstra Schwabe, especialmente no que pertine à verificação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado deve ser superada.

Engelmann (2010, p. 298) também conclui que, diante das transformações que o Direito Civil vem sofrendo, fica evidenciada “a superação da dicotomia entre ‘Direito Privado’ e ‘Direito Público’ por meio do movimento de constitucionalização do Direito Privado”. E sobre a constitucionalização, completa o autor: “Como decorrência desse movimento, surge um ‘espaço público-social’, caracterizando uma resposta à humanidade pessoal e que se coloca além da dimensão da intimidade individual”.

Anote-se: não se defende o fim do Direito Civil, mesmo porque a divisão do Direito em outras classificações é muito importante para o domínio teórico da matéria, para fins didáticos e para se ter um entendimento coerente e coeso, com segurança sobre o assunto. Ademais, o Direito Civil se firma em contraponto à existência de um Direito Privado, de caráter mais geral e que leva em consideração a existência de diversos pontos de confluência entre o privado e o público. O Direito

Civil permanece “somente como um ramo que se justifica por razões didáticas e de especialização profissional e que recolhe e evidencia os institutos atinentes à estrutura da sociedade, ao viver dos cidadãos enquanto titulares de direitos civis”. E não há contraste entre público e privado “já que o próprio direito civil é parte de um ordenamento unitário”. (PERLINGIERI, 2008, p. 147-8). Entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, “existe uma relação de recíproca complementação e dependência”. (VALE, 2004, p. 96).

Trata-se de considerar que, para uma constitucionalização do Direito Civil, como consequência da consciência científica da unidade do ordenamento, mostra-se contraditório aceitar que o direito está dividido em dois grandes ramos: o público e o privado. Não se ignora a complexidade do próprio ordenamento jurídico e o pluralismo de fontes do direito. Mas a Constituição assume um papel de conexão, uma vez que une e torna-se referência de todo o sistema jurídico. Assim, a unidade do ordenamento jurídico, hierarquicamente sistematizada, pressupõe princípios e valores constitucionais incidentes em todas as normas, “resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público – direito privado”. (MORAES, 1991). No caso concreto, não são princípios de Direito Público ou princípios de Direito Privado que devem determinar as escolhas legislativas e interpretativas e, sim, a Constituição.

Assim, a dicotomia mostra-se superada em razão de seus critérios classificatórios, bem como do fato de que novos direitos não são incorporados nem a uma e nem à outra esfera, especialmente depois da superação do Estado liberal. Torna-se desnecessária a partir do momento em que o Direito Civil continua existindo como disciplina que regulamenta os direitos entre os civis, mas não necessariamente afastada do interesse público geral. O foco, como foi dito, é ter-se em mente que a constitucionalização do direito busca uma unidade do ordenamento jurídico. “A separação entre Direito Público e Privado não serve sequer para fins heurísticos, e, diante das transformações visualizadas na chamada pós-modernidade, público e privado devem ser encarados como entes em contínuo influxo”. (VALE, 2004, p. 92).

E por fim, ilustrando a necessidade de se repensar o assunto, dentro do âmbito da filosofia jurídica, a divisão do Direito entre Direito Público e Direito Privado se trata de uma construção social histórica que tem se mostrado desgastada e vem sendo colocada em discussão por muitos jusfilósofos. “A existência dessa divisão

entre direito público e privado traz uma discussão filosófica, à medida que lida com o conceito de direito, de racionalidade e de técnica”. (SALGADO, 2011, p. 15). Nessa perspectiva, não há como se desconsiderar que a dicotomia acaba se fundamentando em razão de fenômeno de relacionamento social e sua superação se justifica com os mesmos fundamentos.

3.2 O PARTICULAR: NOÇÕES DA ESFERA PÚBLICA, PRIVADA E SOCIAL POR HANNAH ARENDT

A superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado não significa que o ser humano deixa de ter o seu espaço íntimo na sociedade, apesar de ver, nesse campo, uma crescente ruína. A falência da dicotomia está, sim, diretamente relacionada com a ocorrência das modificações filosóficas e sociais.

Neste aspecto, Hannah Arendt, filósofa, estudando a condição humana, bem delineou o que se trata de um espaço público e um espaço privado do homem, oferecendo uma visão atual da situação⁴⁶, que pode, nos limites deste trabalho, colaborar para a justificação da superação da dicotomia do Direito Público e Direito Privado. As lições de Arendt são analisadas, com afinco, por vários estudiosos do ramo das ciências humanas e não se tem por pretensão, por ora, o aprofundamento em cada conceito e em cada concepção por ela desenvolvido, mas tão somente expor a elaboração de interessante construção teórica.

O público, segundo Arendt (2007), tem a significação de noção do próprio mundo, que é comum a todos, ao tempo em que também é o lugar que cada indivíduo ocupa dentro dele. Também pertence à esfera pública tudo o que vem a público, pode ser visto e ouvido por todos, tendo a maior divulgação possível⁴⁷. Ela

⁴⁶ Quanto à origem da dicotomia, Arendt vincula-a à estrutura socioeconômica da civilização romana, que teria conhecido duas esferas de poder: a privada e a pública. A primeira compreendia o campo das necessidades e atividades do homem destinadas à sua sobrevivência. Era o labor e se exercia na própria casa. Ao lado dessa atividade, o homem livre exercia uma outra, exercida na polis ou na cidade, chamada ação, consistente no encontro com outros homens, na discussão de temas relevantes, troca de experiências e adoção de estratégias comuns. Privadas seriam as relações que se estabeleciam no seio doméstico, como as referentes à família, às sucessões e à propriedade. E Direito Privado é aquele que regulamenta o papel da pessoa nessas relações.

⁴⁷ Bobbio (2007, p. 28), entende que, para análise da dicotomia entre o Direito Público e o Privado, a classificação de público como secreto, é irrelevante. Ele entende que a distinção é relevante, mas num contexto histórico diverso do que se insere a grande dicotomia. O poder político é o poder público mesmo quando não age em público. Porém, circunstancialmente, mostra-se relacionado com a essencialidade da dicotomia já que, quando se refere ao caráter público como oposto do privado, menciona que estaria relacionado com a forma de governo: na república, pela livre formação da opinião pública e no principado, que pode se socorrer do segredo de Estado – que no Estado de

pondera que, mesmo as coisas mais íntimas, só ganham realidade com o fato de ser vistas por outros.

Em contrapartida, a esfera privada seria o homem que não se dá a conhecer. O privado tem a acepção original de privação, e para o indivíduo,

viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação 'objetiva com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação da privatividade reside na ausência de outros: para estes, o homem privado não se dá a conhecer, e portanto é como se não existisse. O que quer que ele faça permanece sem importância ou consequência para os outros, e o que tem importância para ele, é desprovido de interesse para os outros. (2007, p. 68).

O privado pode ser entendido, portanto, como a privação ao público, daquilo que ao homem, não interessa dar a conhecer.

No entanto, como adverte Arendt (2007), com o cristianismo, o caráter privativo da privatividade perdeu sua força e quase se extinguiu, porque a moralidade cristã sempre insistiu que cada um devia cuidar de seus afazeres e que a responsabilidade política constituiria um ônus aceito exclusivamente em razão do bem-estar e da salvação daqueles que ela libertaria da preocupação com os negócios públicos. Em consequência, assevera que a decadência do Estado foi precedida da decadência da esfera pública e o desaparecimento da esfera pública foi acompanhado da ameaça de igual liquidação da esfera privada, já que a propriedade, naquele momento de início da era moderna, dava a existência política do indivíduo. Por outro lado, a reação contra a concepção liberal do Estado, traz a derrubada do Estado mínimo: o interesse individual sucumbe ao social, com o aumento do Estado intervencionista.

Assim, a contradição entre o privado e o público acabou trazendo a completa extinção da própria diferença entre as esferas privada e pública, sendo ambas submetidas à esfera social: “[...] a esfera pública porque se tornou função da esfera privada e a esfera privada porque se tornou a única preocupação comum que sobreviveu”. (2007, p. 79). A filósofa pontua que “O fato histórico decisivo é que a privatividade moderna, em sua função mais relevante – proteger aquilo que é íntimo

-, foi descoberta não como oposta da esfera política, mas da esfera social". (2007, p. 48).

Com a noção de social, vê-se uma modalidade de vínculo entre as pessoas que abstrai do compartilhamento, através da circulação da palavra, dos assuntos de interesse comum, cujo lugar é, por excelência, a esfera pública. Neste sentido, o social é definido pela ausência do domínio político da convivência humana, a partir do qual os indivíduos poderiam reconhecer a existência de um mundo efetivamente comum.

E a esfera social tinha sua ascendência. Ela não era nem privada e nem pública, sendo um fenômeno que surgiu, conforme o exposto, com a era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional. (ARENDRT, 2007). Os "proprietários" exigiam proteção da esfera pública para o acúmulo de mais riqueza, e quando a conseguiram, passaram a minar a durabilidade do mundo. Foi somente quando a riqueza se transformou em capital que a propriedade privada se igualou à permanência inerente ao mundo compartilhado por todos. "Essa permanência, contudo, é de outra natureza: é a permanência de um processo e não a permanência de uma estrutura estável". (Arendt, 2007, p. 79). Mas a riqueza comum só era considerada comum porque o governo protegia um proprietário do outro na busca de mais riqueza.

No entanto, diante dos acontecimentos, a propriedade moderna perdeu o seu caráter mundano e passou a se situar na própria pessoa, com sua força e talento para o trabalho. (2007, p. 80)⁴⁸.

Por outro lado, a fuga que o indivíduo teria do mundo exterior, seria a sua intimidade, como um todo para a subjetividade interior do indivíduo e que antes era protegida pela esfera privada. Nesse sentido, a única coisa que as pessoas teriam em comum, seriam seus interesses privados. A propriedade privada tem papel de destaque porque "as quatro paredes da propriedade particular de uma pessoa oferece o único refúgio seguro contra o mundo público comum". Complementa a autora: "um lugar só nosso, no qual podemos nos esconder". Porém, assevera que a intimidade não é substituto seguro da esfera privada. (2007, p. 81).

⁴⁸ E o trabalho, ou o labor, para a autora (2007, p. 35-47), significava a atividade humana central na vivência privada do indivíduo, na medida em que se relacionava com o próprio processo biológico de reprodução da vida, sendo, então, completamente indissociável do âmbito da necessidade. Neste sentido, o trabalho tinha o seu lugar rigorosamente delimitado no espaço privado, haja vista que o universo público exclui, por definição, tudo aquilo que seja meramente "necessário ou útil".

Concluindo a diferenciação da esfera pública da privada, Arendt (2007, p. 82) explica que a principal característica do ponto de vista do corpo político e econômico, na medida em que a moderna teoria política e econômica encara a propriedade privada como questão crucial, “tem sido a ênfase que coloca nas atividades privadas dos donos de propriedade e em sua necessidade de proteção governamental para fins de acúmulo de riqueza às custas da própria propriedade tangível”. E a socialização do homem, ou a invasão da privacidade pela sociedade, de forma eficaz, é realizada pela expropriação que, no entanto, não é a única maneira. Assim, “as medidas revolucionárias do socialismo ou do comunismo podem muito bem ser substituídas por uma ‘decadência’ – mais lenta, porém não menos certa – da esfera privada em geral e da propriedade privada em particular”⁴⁹.

Já quando encarada a distinção do ponto de vista da privacidade e não do corpo político, leva-se em conta o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado. Nesse paralelo, a autora demonstra que, com a sociedade moderna e sua rebelião contra a própria sociedade, descobriu-se quão variada pode ser a esfera do oculto nas condições de intimidade. Ressalta que o escondido sempre esteve relacionado com a parte corporal da existência humana, “tudo o que é ligado à necessidade do próprio processo vital e que, antes da era moderna, abrangia todas as atividades a serviço da subsistência do indivíduo e da sobrevivência da espécie”. Exemplifica tal constatação com os trabalhadores, que com o seu corpo cuidavam das necessidades da vida e as mulheres, com o seu corpo também, garantem a sobrevivência da espécie, e que ambos eram mantidos fora de vista.

A consequência prevista pela filósofa, e que traz importância neste trabalho é, então, que a sociedade de massa aniquila a esfera pública e, ao mesmo tempo, destrói a esfera privada, já que impede a pluralidade de opiniões no espaço público comum e retira da casa e da família a possibilidade de constituição de refúgios diante do mundo. A esfera social, cada vez mais, se levanta e se impõe.

A partir desse momento, fica evidente a extensão de todas as consequências sociais ocorridas ao ramo do direito. No que pertine à superação da dicotomia de

⁴⁹ “[...] o instituto da desapropriação, que parecia típico do direito administrativo e, portanto, utilizado para realizar somente interesses públicos, hoje é empregado para subtrair algumas formas de propriedade dos particulares e destiná-las a outros particulares. A desapropriação é, frequentemente, uma técnica a serviço do princípio da justiça distributiva. [...] é consentida a desapropriação de uma propriedade quantitativamente excessiva (latifúndio) e de qualquer forma não utilizada (latifúndio improdutivo, terra improdutivo) para destiná-la a cidadãos, como concretização de valores como o trabalho e a dignidade da pessoa”. (PERLINGIEIRI, 2008, p. 144-5).

Direito Público e Direito Privado, ganha destaque a constitucionalização dos direitos antes garantidos pela inviolabilidade da esfera privada, bem como pela interferência do Estado no âmbito privado do indivíduo para sua proteção, limitando sua liberdade. Tal matéria fundamenta questão que envolveu, ainda, várias situações para sua justificação, mesmo porque não foi fácil para o direito público ingressar – e produzir seus efeitos, no âmbito dos interesses privados.

Assim, a importância dos estudos de Arendt evidenciam-se, especialmente, porque “A explicação do tempo presente pode ser feita por aspectos existentes, mas, a perspectiva de Arendt nos convida a imaginar que a verdadeira compreensão se dá capturando o que foi perdido e o que já não temos”. (KEINERT, 2007, p. 213).

Independentemente de viver-se, ou não, atualmente, o momento exposto pela filósofa, o social tem se destacado e recebido contornos decisivos para a incursão de matérias antes atinentes somente ao ramo privado, no contexto do público, como interesse da coletividade.

Há um embate entre o antigo e o novo – que se aproxima da caracterização realizada por Arendt – que Gadamer mostra justamente no cenário do progresso atual da ciência, onde verifica um crescente (e assustador) aperfeiçoamento das tecnologias e os seus desdobramentos no cenário econômico globalizado, com ressonâncias diretas na concepção do contrato. A novidade da anunciada constitucionalização do Direito Privado encontra-se num momento crítico, “[...] pois o antigo já não oferece mais verdadeiras resistências nem encontra defensor. [...] Não que o antigo deva ser relativizado, mas que o novo, por sua vez relativizado, torne possível uma justificação do antigo”. (1998, p. 15). Este é um ponto importante na discussão sobre a dicotomia entre o público e o privado, a sua sobrevivência e a sua expressão num contexto em que se dá ela como superada, mas existem dificuldades epistemológicas de se justificar uma nova categorização que não seja dicotômica, mas abrangente e integrativa dos diversos desdobramentos que o tema gera especialmente pela inovação tecnológica.

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES E NOS CONTRATOS À LUZ DA SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

A dificuldade do público produzir efeitos no privado justifica-se especialmente porque, tradicionalmente, conforme já explicitado, o Direito Civil era o ramo do

Direito que mais se distanciava do Direito Constitucional. O âmbito de atuação do Direito Civil estava reservado à autonomia privada. Porém, por mais que hoje tal submissão seja de menor oposição – em que pese sua não precisão – no início da década de 1950, na Alemanha, sua fundamentação era difícil e seus efeitos incertos. Neste particular, importante marco concernente à vinculação de particulares aos direitos fundamentais foi o julgamento do caso Lüth, em 1958, por parte da Corte Constitucional Alemã, um dos casos mais importantes do constitucionalismo alemão no pós-guerra. Canaris (2009) ressalta que a decisão do caso Luth chegou a ser fundamental para o próprio desenvolvimento do estudo da relação entre direitos fundamentais e direito privado.

Nos anos 50, o alemão Veit Harlan, produtor de cinema, produziu um filme romântico, chamado “Amada Imortal”. No entanto, antes desse trabalho, Veit Harlan havia sido o principal responsável pelos filmes de divulgação das idéias nazistas. Era dele o filme Jud Süß, de 1941, considerado como uma das mais horrendas representações dos judeus no cinema. Sob a liderança de Eric Luth, judeu que presidia o Clube de Imprensa, vários judeus de prestígio e de influência na mídia alemã resolveram boicotar o filme romântico. O boicote deu certo e o filme foi um fracasso de público. Diante do enorme prejuízo, Veit Harlan, e os empresários que estavam investindo no filme, ingressaram com ação judicial alegando que a atividade de Eric Lüth violava o Código Civil alemão, que previa que todo aquele que causasse prejuízo deveria cessar o ato danoso e reparar os danos causados. Nas instâncias ordinárias, a tese prevaleceu. Porém, Eric Lüth não se conformou, argumentando que a Lei Fundamental alemã garantia a liberdade de expressão, recorrendo para a Corte Constitucional. Liberdade de expressão ou dever de reparação pela expressão? O Tribunal Constitucional Federal entendeu que o Tribunal Estadual desconsiderou o significado especial do direito fundamental à livre manifestação do pensamento, devendo, portanto, ser revogada a decisão recorrida. A decisão do Tribunal Constitucional levou em consideração o fundamento de que o direito fundamental à liberdade de opinião tinha o efeito irradiador sobre todo o Direito ordinário, inclusive sobre o Direito Civil.

A partir dele, assim, a própria Corte desenvolveu alguns conceitos muito importantes na teoria dos direitos fundamentais, como por exemplo: a dimensão

objetiva dos direitos fundamentais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos. (LIMA, 2008)⁵⁰.

Paralelamente, surgiu também, nos Estados Unidos, a teoria do *state action*, sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entre as teorias alemã e norte-americana, a semelhança está apenas em relação ao período de surgimento, porquanto se mostram integralmente antagônicas entre si. (PEREIRA, 2006, p. 133). Enquanto a jurisprudência americana adotou uma posição negativa, no sentido de que os direitos fundamentais não vinculam os particulares, reafirmando a premissa legal do direito liberal, a Corte Alemã explorou o tema, tendo avançado e adotado posições mais radicais.

Nos Estados Unidos, um dos casos precursores de grande repercussão foi o *Shelley v. Kraemer*. Um loteamento foi formado com o objetivo de se evitar a presença de negros em seu território, na cidade de Saint Louis. Assim, por contrato, foi exigido aos compradores dos lotes que não poderiam alienar as suas propriedades em favor de indivíduos não brancos. Porém, um dos proprietários resolveu vender o seu imóvel a um casal de negros, sendo tal contrato contestado judicialmente em razão do descumprimento da cláusula restritiva. No Tribunal Estadual de Missouri, a demanda foi julgada procedente. Já a Suprema Corte, apesar de decidir que tal cláusula feria o direito de igualdade previsto na Emenda XIV da Constituição americana, partiu do pressuposto de que isoladamente, cláusulas contratuais decididas dentro da autonomia privada dos particulares, não

⁵⁰ Steinmetz (2004, p. 146) cita, em sua obra, importante parte da decisão proferida no caso Luth: “o conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem esse âmbito jurídico. Enquanto o novo direito deve estar em harmonia com o sistema de valores dos direitos fundamentais, o direito pré-constitucional subsistente deve ordenar-se a esse sistema de valores dos direitos fundamentais, do qual recebe um específico conteúdo jurídico-constitucional que em todo caso determina sua interpretação. Uma contenda entre particulares sobre os direitos e os deveres derivados de tais normas de direito civil influenciadas pelos direitos fundamentais segue sendo material e processualmente uma contenda jurídico-civil: se interpreta e se aplica direito civil, ainda quando sua interpretação há de seguir o Direito Público, a Constituição. A influência dos direitos fundamentais, como critérios valorativos, se realiza sobretudo mediante aquelas disposições do direito privado que contêm direito imperativo e portanto formam parte da ordem pública em sentido amplo, isto é, mediante os princípios que, por razões de interesse geral hão de ser vinculantes para a modelação das relações jurídicas entre os particulares e portanto, estão subtraídos à autonomia da vontade. Tais disposições, por sua finalidade, estão casadas com o Direito Público, do qual são um complemento, e em especial com o direito constitucional. Para a realização dessa influência, à jurisprudência são oferecidas sobretudo as ‘cláusulas gerais’ que, como a do parágrafo 826, BGB [*Código Civil alemão*], remete, para o juízo da conduta humana, a medidas metacivis e inclusive metajurídicas. No momento de decidir o que esses mandatos sociais exigem no caso concreto, há de partir-se, em primeiro lugar, da totalidade das representações de valor que o povo alcançou em um determinado momento do seu desenvolvimento cultural e fixado em sua Constituição. Por isso, se tem qualificado com razão as cláusulas gerais como os ‘pontos de irrupção’ (*Einbruchstellen*) dos direitos fundamentais no direito civil (*Durig*)”.

violam tal emenda. O entendimento era de que as ações inibidas pela emenda seriam apenas as estatais, não havendo proteção contra condutas meramente privadas, ainda que discriminatórias. A questão de mérito foi contra a cláusula restritiva, porém seus fundamentos deixaram claro que o direito a um tratamento igual só vale nas relações entre os cidadãos e o Estado, não nas relações particulares entre os cidadãos. (SILVA, 2011). Ratifique-se que, apesar da decisão contrariar a cláusula restritiva, não houve reconhecimento, pela Corte Americana, de que os direitos fundamentais podem ser invocados nas relações privadas.

De fato, nos dias atuais, dificilmente se veria, no caso brasileiro, uma situação desta com o mesmo entendimento da Corte americana. Mesmo porque, de forma enfática, a Constituição brasileira de 88 resguarda a igualdade de tratamento a todos e proíbe qualquer tipo de discriminação. Um contrato com nítido tratamento desigual e discriminatório entre as partes, tende a ruir diante do direito brasileiro. No entanto, pode-se imaginar determinadas cláusulas contratuais com conteúdo semelhante, que não geraria uma unanimidade de resposta. Determinada fábrica de refrigerantes poderia exigir de seus prestadores de serviço que não bebessem, em público, refrigerante da marca concorrente? Aplica-se o direito constitucional da inviolabilidade de domicílio à cláusula contratual – existente em praticamente todo contrato de locação – que confere ao proprietário/locador o direito de visitar o imóvel? Dentro de seu círculo de amizades, uma pessoa pode deixar de convidar somente uma pessoa de seu grupo de amigos para o seu aniversário? Em uma sala de aula, o professor que chama a atenção do aluno é obrigado a conferir-lhe o direito de resposta?⁵¹

Seria possível elencar mais, pelo menos, uma centena de exemplos. Mas como prova de que, no senso comum, e até mesmo dentro da cátedra, tal ideia absoluta de aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas não está bem clara, pode-se citar mais duas situações cotidianas e pouco questionadas: o fato de não se cumprir um contrato, faz com que valores como a honra sejam facilmente desconsiderados, apesar de pacificamente admitir-se que o direito à honra deva ser respeitado na relação privada. O costureiro bom pagador que, excepcionalmente, deixou de cumprir uma obrigação, tem o seu nome lançado no rol de maus pagadores, através de “serviços de proteção ao crédito”, sem qualquer

⁵¹ Tais exemplos são meramente ilustrativos sobre a irradiação dos direitos fundamentais em relações privadas, sejam elas contratuais ou não.

questionamento sobre a ofensa direta e evidente ao direito fundamental à proteção de sua honra e imagem. É o serviço de proteção ao crédito e de violação à pessoa. Nessa relação privada de credor e devedor, o direito constitucional e fundamental à honra (como até mesmo o direito ao contraditório e ampla defesa) não tem incidido.

Outro exemplo, não exatamente na seara contratual, que denota a imaturidade teórica do tema no contexto pátrio, pode ser demonstrada: de forma comum, veem-se notícias enfáticas à defesa contra a violação de direitos humanos cometidas pelo Estado, especialmente no que diz respeito ao tratamento degradante que o ser humano recebe no sistema carcerário brasileiro. E o senso comum questiona: “Cadê os direitos humanos da vítima?”. A resposta poderia ser dada: “Acalme-se. Tenha paciência. Ainda não estamos prontos para estudar e cobrar a aplicação dos direitos humanos na relação entre indivíduo e indivíduo. Se nem contra o Estado conseguimos a garantia, menos ainda efetivaremos a sua proteção em sede de relacionamentos privados”. A vítima tem o direito de demandar pela reparação do dano contra o próprio criminoso. Mas não se discute e nem se cogita, de fato, tal direito. Por resto, mostra-se claro que o Estado não é o único adversário dos direitos humanos.

E estas perguntas deverão ser colocadas para o Direito, pois na perspectiva hermenêutica que se constrói esta Dissertação, segundo Gadamer: “[...] perguntar quer dizer colocar no aberto. A abertura do perguntado consiste em que não está fixada a resposta. [...] Para perguntar, temos que querer saber, isto é, saber que não se sabe”. (2002, p. 534-5, §§ 368 e 369). Nem o leigo e nem o jurista sabem dar a resposta constitucionalmente adequada para as singelas perguntas formuladas. Isto faz nascer e revigorar o desafio de dar efetividade à imersão do Direito Privado na Constituição do Brasil de 1988, bem como a importância da caminhada histórica dos direitos fundamentais.

Não se ignora que a gênese dos Direitos Fundamentais – e, portanto, dos Direitos Humanos⁵² - está relacionada na sua defesa contra o Estado. No entanto,

⁵² No sentido de que Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos positivados na Constituição: Segundo Pérez-Luno (1998, p. 46) “os direitos fundamentais e os direitos humanos não se diferem apenas pelas suas abrangências geográficas, mas também pelo grau de concretização positiva que possuem, ou seja, pelo grau de concretização normativa. Os direitos fundamentais estão duplamente positivados, pois atuam no âmbito interno e no âmbito externo, possuindo maior grau de concretização positiva, enquanto que os direitos humanos estão positivados apenas no âmbito externo, caracterizando um menor grau de concretização positiva”. Também, Sarlet (2014, p. 63): “a Constituição Brasileira de 1988 também traça a distinção, de modo expresse, entre direitos humanos (aqui considerados como posições jurídicas de qualquer pessoa humana, reconhecidas e tuteladas

essa concepção mostrou-se falha, mesmo porque, especialmente na concepção do liberalismo, ficou evidente que o maior violador de direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente contratuais, é o próprio particular, ganhando destaque aquele que detém maior poder econômico ou social diante do outro contratante⁵³. Empresas do meio de comunicação, além de outras forças sociais, alcançam altas posições de poder, com clara dominação, especialmente em razão do poder econômico.

Dessa forma, ponto de partida para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, segundo Sarlet (2012, p. 386) é a constatação de que, a partir do Estado Social de Direito, “a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade”, porque, segundo o autor, na esfera da existência de detentores de poder social e econômico, é “que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas”.

Os chamados poderes econômicos-sociais privados, em alguns casos, violam de forma mais enfática os direitos fundamentais do que o próprio Estado. (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 314). *“Basta com mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos”*

pelo direito positivo internacional) e direitos fundamentais (estes como positivados – expressa ou implicitamente – no âmbito do direito constitucional)”.

⁵³ Há crítica ao termo “horizontalização” dos direitos fundamentais exatamente em razão de se entender que, quando o indivíduo trava relação com esses detentores de considerável poder econômico, não haveria uma relação horizontal, mesmo porque tais “poderosos” estariam em patamar acima dos indivíduos. (FACHIN, 2013). Também criticando o uso do termo, Sarlet (2010, p. 23) comenta: “[...] quando se fala genericamente em uma eficácia privada esta não está sendo limitada à problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre atores privados, mas alcança também a influência da normativa constitucional sobre os atos dos agentes estatais. Com efeito, é por isso que se deve renunciar ao uso de expressões relativamente habituais (embora imprecisas) como ‘eficácia horizontal’ ou a conhecida *Drittwirkung* (eficácia externa ou em relação a terceiros), o que cada vez mais tem sido objeto de reconhecimento no direito constitucional comparado, inclusive na própria Alemanha.” No mesmo sentido, Ubillos (1997, p. 244): “no nos parece exacta la expresión ‘eficacia horizontal’, o em las relaciones ‘horizontales’, de los derechos fundamentales. La relación entre una persona o entidade que ejerce uma autoridade privada y quien está sometido a ella no es precisamente horizontal”. Quanto à expressão “eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros”, também não há justificativa plausível para adotá-la, mesmo porque a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas não diz respeito propriamente a um terceiro nível de eficácia, ou de uma terceira classe de destinatários, mas sim a um segundo nível, já que se considera a vinculação entre particulares, em contraposição à clássica vinculação entre particular e Estado. (SARLET, 2000). Steinmetz (2004), no entanto, utiliza as expressões eficácia horizontal, eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares e vinculação dos particulares a direitos fundamentais como sinônimas.

(UBILLOS, 2010, p. 264). Qualquer relação jurídica existente entre essas “dominações de poder econômico” e o particular, mesmo que, aparentemente, esteja fundada na autonomia privada, “é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares” (SILVA, 2011, p. 53).

Porém, esse paralelo entre grandes corporações e o Estado, é somente um primeiro passo para o reconhecimento da violação de direitos fundamentais por outros que não o Estado. A questão de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ocorrer entre quaisquer particulares, independentemente da verificação ou não da igualdade das partes da relação travada⁵⁴. Passa-se de uma dimensão subjetiva da tradição liberal, a uma dimensão objetiva⁵⁵ dos direitos fundamentais (VALE, 2004, p. 72).

Assim, a simples proteção contra o Estado como violador dos direitos fundamentais, não é suficiente. Mas não é menos verdade que é ele quem deve garantir a proteção e defesa de tais direitos, independentemente do lado pelo qual provenha tal agressão (DUQUE, 2013, p. 62). A realização e a segurança dos direitos fundamentais dependem em ampla medida, portanto, do próprio Estado. No mesmo sentido, Sarlet (2012, p. 375), comentando o artigo 5º, §1º da Constituição Federal brasileira, discorre que o efeito vinculante inerente à tal previsão legal decorre, num aspecto negativo, por estarem os direitos fundamentais fora da esfera de disponibilidade dos Poderes públicos, “ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais”.

Isso porque há o reconhecimento, no contrato, de que o contratante não pode se sujeitar a qualquer tipo de cláusula, porque ele é titular de direitos fundamentais. Como tal, “tem a sua manifestação de vontade e desenvolvimento da personalidade garantidos pela constituição”. (DUQUE, 2013, p. 66). Neste aspecto, não é demais

⁵⁴ Nipperdey (2012, p. 62), explicando que os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações entre particulares e não somente contra o Estado, cita exemplo interessante contido na constituição diretorial francesa, resultada da revolução, de 22 de agosto de 1795, “na qual se encontra a bela proposição: ‘Ninguém é um bom cidadão, se ele não é um bom filho, um bom pai, um bom irmão, um bom amigo e um bom marido’”. Complementa o autor: “pode juntar-se: ‘e uma boa parte contratante’”.

⁵⁵ André Rufino do Vale (2004, p. 98) explica que os direitos fundamentais são princípios gerais da ordem jurídica e que “possuem uma dupla dimensão: no plano subjetivo são direitos voltados para o indivíduo, na proteção e garantia das liberdades em face do Estado; por outro lado, são direitos objetivos, concebendo-se como valores ou fins de uma dada sociedade, não estando direcionados a um titular, mas perfazendo-se em pautas principiológicas de respeito pelo Estado e pela sociedade”.

lembrar que, nos dizeres de Novais (2006, p. 34), inspirando-se em Dworkin, ter um direito fundamental é ter um trunfo contra o Estado ou contra a maioria⁵⁶. O Estado pode não ser o violador do direito fundamental no contrato, mas, ainda assim, é dele a obrigação de evitar que isso ocorra, seja no âmbito administrativo, judicial ou legislativo⁵⁷.

Se por um lado, há evidência da necessária aplicação dos direitos fundamentais mesmo nas relações privadas, para que tais direitos sejam realmente efetivados no âmbito das relações extraestatais, especialmente no contrato, clama-se estudo do tema, já que a relação entre indivíduo e Estado não pode ser tratada como a relação entre indivíduo e indivíduo: “no primeiro caso, apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto que, no segundo caso, ambas o são”. (SILVA, 2011, p. 18). Nenhum titular de direito fundamental tem autorização para violar bem jurídico fundamental de outro, mas a convivência, com interesses distintos, é inevitável.

A questão no contexto brasileiro ainda vem ganhando acentuada importância, mas outros países já se adiantaram nas discussões, como a Alemanha e, de forma assistemática, os Estados Unidos. Vê-se que a ênfase da matéria, dá-se em países com ausência de normas de direitos fundamentais que não aquelas de cunho liberal. Por isso, no Brasil, por exemplo, a discussão a respeito de tal tema no âmbito social-trabalhista parece ser pouco relevante⁵⁸. O artigo 7º da Constituição Federal traz várias disposições sobre normas garantidoras dos direitos sociais. Mas isso não significa, no entanto, que no âmbito da contratação privada *stricto sensu*, a tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada não mereça maior atenção. Ou então, que direitos fundamentais não previstos no artigo 7º, não sejam aplicados nas relações trabalhistas, por exemplo. Ademais, como explica Sarlet (2010, p. 14), foi só com a Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais novamente

⁵⁶ Em relação ao Estado, o “trunfo” é de que o indivíduo tem uma posição juridicamente garantida contra o poder político. No que diz respeito aos particulares, é ter um direito que o Estado está obrigado a proteger contra ameaças ou lesões de terceiros.

⁵⁷ Neste sentido que se fala em dirigismo contratual: o Estado impõe normas de ordem pública na relação privada para proteger a parte hipossuficiente na relação contratual.

⁵⁸ Daniel Sarmiento e Carlos Rodrigues Gomes elaboram um estudo que dispõe sobre a aplicação dos direitos fundamentais não trabalhistas nas relações de trabalho, discorrendo sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Explicam: “Note-se que o que aqui se discute não é a aplicação de direitos trabalhistas (arts. 7º a 11 da CF/88), na qual, via de regra, a restrição dos direitos dos trabalhadores se legitima apenas com a participação sindical (art. 7º, VI e XIV, da CF/88). O que se pretende analisar é a possibilidade de o empregador limitar diretamente – durante a vigência do contrato e em razão das características que o circundam – o exercício de *direitos fundamentais individuais* dos empregados”. (SARMENTO e GOMES, 2011, p. 91).

foram levados a sério como fonte vinculativa do direito, mesmo com certa resistência. A Carta de 1967-1969, diante da ausência de legitimidade democrática não poderia ser considerada, já que “a postura então prevalentemente resistente a uma constitucionalização do Direito, não apenas se revela compreensível como também merecedora de aplausos, especialmente quando representativa de um ato de resistência à outorga constitucional”.

Acontece que, outrora, sob o fundamento de preservação da autonomia privada, como já foi mencionado, o direito contratual foi deixado fora da influência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Com o Estado Democrático de Direito, no entanto, percebe-se que os direitos fundamentais geram uma proteção multidirecional, porque as concepções de seus valores são indivisíveis (DUQUE, 2013, p. 57). O constitucionalismo enfatizou a reconquista dos valores da pessoa, já que a sua dignidade é o seu valor supremo. A verdade é que “não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha o seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional” (TEPEDINO, 2002, p. 364).

Assim, atualmente, pouco se controverte quanto ao fato de que o Direito Civil e o contrato não podem, mesmo, ser imunes à incidência da proteção dos direitos fundamentais. Se não fosse dessa forma, não haveria sentido em falar na supremacia da Constituição. A própria superação da dicotomia do Direito Público e Privado é manifestação da expansão do Estado de Direito. A norma de direito fundamental deve ser interpretada da forma que lhe garanta a maior efetividade possível, mesmo porque, segundo Duque (2013, p. 58), os princípios constitucionais, como elementares para a vida social, “não podem ser pensados apenas como direito público ou como privado, visto que se afirmam como uma espécie de ‘telhado’ de direito constitucional”, na concepção alemã dos *“überdachendes Verfassungsrecht”*, “que, com a sua força normativa, penetram em todos os âmbitos do ordenamento jurídico”. Complementando tal entendimento de que os direitos constitucionais traduzem o valor da própria sociedade, com base em estudos da doutrina alemã, o mesmo autor justifica:

Isso se deve ao fato de que os direitos fundamentais proclamam uma determinada cultura e um sistema de valores, que deve ser o sentido da vida estatal expressa na constituição. Assim, o reconhecimento de uma meta com amparo constitucional pode servir como fundamento para a interpretação de leis, atos administrativos e até mesmo de negócios privados, pois na dúvida, pode-se tomar como hipótese que esse reconhecimento insere-se no sistema de valores geral aceito pela coletividade. Esse mesmo reconhecimento pode, em determinadas

circunstâncias, servir como último limite à liberdade contratual, no sentido da cláusula geral de bons costumes (DUQUE, 2013, p. 58).

Não só nesse aspecto fica evidente a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas também no seu caráter pré-estatal. Na verdade, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas seria “o corolário de uma exigência lógica de coerência interna do ordenamento jurídico” (DUQUE, 2013, p. 60).

O que ocorre é que essa incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, necessita, como foi dito, ser estudada para que seja esclarecida. E nesse ponto, é controversa a extensão e a forma como deve se dar a aplicação da Constituição na relação entre particulares, onde se destaca o contrato. A questão é saber, como explica Canotilho (2001, p. 109), “sob que pressupostos um comportamento lesivo da esfera jurídica de uma pessoa pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados”. Longe de uma resposta incontestável, o presente estudo objetiva apontar considerações sobre o tema.

3.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: CONSTITUCIONALIZANDO O CONTRATO

A ideia mestra que alicerça a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem como base, portanto, a constitucionalização do direito, no sentido de que as normas ou valores constitucionais incidem nos outros ramos do ordenamento jurídico como um todo. Como um fenômeno multifacetado, a constitucionalização do Direito constitui-se em “um marco inicial daquilo que será a pauta de conduta político-jurídica que todos – seja o Estado ou os indivíduos – deverão se guiar: o Estado de Direito” (TEIXEIRA, 2008, p. 47).

Neste ponto, algumas análises doutrinárias ganham destaque, como é o caso do trabalho desenvolvido pelos alemães Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke. Os autores identificam cinco formas principais do processo de constitucionalização do direito, mas nem todas podem ser importadas para o caso brasileiro, que não tem um sistema de jurisdição unicamente concentrado. Essas cinco formas, conforme sintetiza Silva (2011) seriam a reforma legislativa; o desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; a mudança de paradigma nos demais ramos do direito; a irradiação do direito constitucional –

efeitos nas relações privadas e deveres de proteção e a irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito, por meio da jurisdição ordinária.

“A mais efetiva e, ao menos em tese, a menos problemática forma de constitucionalização do direito, é realizada por meio de reformas, pontuais ou globais, na legislação infraconstitucional” (SILVA, 2011, p. 39). Apesar de menor controvérsia, seria a forma com maior delonga, mesmo porque o próprio legislador demanda tempo para se adaptar a novos paradigmas – não é só “falta de vontade política”⁵⁹. Além do legislador, em âmbito jurisdicional, não é diferente. No âmbito contratual, por exemplo, ainda que exista a possibilidade legal de abrandamento do *pacta sunt servanda* com previsões como as existentes nos artigos 317⁶⁰, 478⁶¹ do Código Civil e artigo 51, IV⁶² do Código de Defesa do Consumidor, os tribunais, constantemente, mostram-se bastante resistentes⁶³.

⁵⁹ Por que o Congresso, até hoje, não apreciou a questão da descriminalização do aborto? Não é só excesso de trabalho dos legisladores ou falta de vontade para não causar exposição política desnecessária. É que a sociedade ainda não está preparada para esse novo paradigma de “planejamento familiar”, porque não há um ambiente totalmente favorável na sociedade conservadora e vinculada à religiosidade. Com a mudança de mentalidade e quebra de paradigmas, a questão pode ser vencida no plano da legislação. Mas isso, necessariamente, leva tempo.

⁶⁰ Código Civil, Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação (BRASIL, 2002).

⁶¹ Código Civil, Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação (BRASIL, 2002).

⁶² Código de Defesa do Consumidor, Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (BRASIL, 1990).

⁶³ Como exemplos, tem-se: CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REVISIONAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NÃO VIOLADOS. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. OMISSÃO CONTRATUAL INAPTA A DISPENSAR O CONSUMIDOR DO EXERCÍCIO DOS ÔNUS PROBATÓRIO. LEI Nº 4.595/64. ENUNCIADOS Nº 596 E 648 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ONEROSIDADE EXCESSIVA NÃO COMPROVADA. COBRANÇA ANTECIPADA DO VRG. DESNATURAÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL NÃO CARATERIZADA. ENUNCIADO Nº 293 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA CUMULATIVA DE JUROS MORATÓRIOS, JUROS REMUNERATÓRIOS E MULTA CONTRATUAL. VEDAÇÃO À COBRANÇA CUMULADA DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E DEMAIS ENCARGOS PROBATÓRIOS. ENUNCIADOS 30 E 296 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DO PACTA SUNT SERVANDA. RECURSOS IMPROVIDOS. 1) As opções livremente aceitas pelo recorrente no momento da celebração do contrato, contra as quais ora se insurge, somente poderão ser revistas pelo julgador se importarem em violação de quaisquer das normas insertas no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil ou demais legislações aplicáveis à espécie, devendo, na hipótese contrária, prevalecerem, ex vi do princípio *pacta sunt servanda*. 2) O simples fato de o recorrente ter perdido a condição de adimplir as obrigações avençadas não é apta a gerar situação superveniente excessivamente onerosa ou estabelecer prestação desproporcional, ou, ainda, gerar extrema desvantagem para a outra parte, tratando-se, na verdade, de um acontecimento próprio da execução do contrato, que pode ter sido

E para a construção da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, também tem importância a expansão da aplicação e estudo do Direito Constitucional, recorrendo ao conceito de Constituição como ordenamento não somente estatal, mas da sociedade como um todo. Nos dizeres de Hesse (1992, p. 16), a Constituição não mais se limita a ser a ordem jurídico-fundamental do Estado, mas também a “ordem jurídico-fundamental da comunidade”. A Constituição “não compreende tão somente ‘um estatuto jurídico do político’, mas um ‘plano global

causado por uma vicissitude da vida plenamente previsível ou por mera imprevidência do contratante. 3) A omissão contratual acerca da taxa de juros remuneratórios fixada e da capitalização de juros não tem o condão de dispensar o recorrente do exercício de seu ônus probatório, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, cabendo-lhe comprovar a diversidade entre as taxas de juros anunciada e efetivamente cobrada, e entre esta e a contratada e, por fim, da onerosidade excessiva cujos reconhecimentos judiciais são objetos de sua pretensão. 4) Com a edição da Lei nº 4.595/64, os juros remuneratórios praticados por agentes do Sistema Financeiro Nacional não estão mais subordinados ao limite anual de 12% (doze por cento) estabelecido na Lei da Usura, ressalvada específica previsão legal, sendo, portanto, lícita a cláusula contratual que prevê taxa em percentual superior. 5) A limitação prevista no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal foi extirpada do ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 40/03, em resposta aos entendimentos sedimentados na jurisprudência e doutrina pátrias no sentido de se tratar de norma de eficácia limitada, visto que dependente de regulamentação infraconstitucional, não sendo, portanto, auto-aplicável e não constituindo, também, óbice à pactuação contratual em percentual superior. 6) A cobrança antecipada do valor residual garantido não importa em desnaturação do contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes, caracterizando tão somente mera facilitação de pagamento ao consumidor do valor fixado a tal título. Nesse sentido, o Enunciado nº 293 do Superior Tribunal de Justiça. 7) Inexistência de ilegalidade na cobrança cumulada de juros moratórios, juros remuneratórios e multa, não constituindo, ainda, cláusula abusiva, nem geradora de onerosidade excessiva, a justificar a pretendida revisão judicial, por se tratarem de institutos de natureza diversa, embora voltados à situação de inadimplência, mormente se fixados dentro do limite legal. 8) Vedada a cobrança cumulativa de comissão de permanência e outros encargos moratórios, por caracterizar bis in idem, na medida em que, além de ensejar a majoração da remuneração da instituição financeira, possui caráter punitivo, abarcando as funções dos juros remuneratórios e moratórios, sujeitando, pois, o consumidor à desvantagem exagerada (artigo 51, Lei nº 8.078/90). Enunciados nº 30 e 296 do Superior Tribunal de Justiça. RECURSOS DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. (Acórdão n.328571, 20070111117646APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/10/2008, Publicado no DJE: 05/11/2008. Pág.: 130). (BRASIL, 2008). Também: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE LOTE URBANO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO - DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS QUANDO O PONTO CONTROVERTIDO ESTÁ SUFICIENTEMENTE DELINEADO NA PROVA DOCUMENTAL. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTABELECE O PREÇO DO IMÓVEL - ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE - INOCORRÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PACTA SUNT SERVANDA - MELHORIAS NA INFRA- ESTRUTURA DO LOTEAMENTO. RESPONSABILIDADE QUE NÃO PODE SER IMPUTADA À EMPRESA REQUERIDA. Apelo desprovido. (TJ-PR - AC: 6124894 PR 0612489-4, Relator: Ivan Bortoleto, Data de Julgamento: 15/03/2010, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 356). (PARANÁ, 2010). Acesso em 10 ago. 14. Ainda: Ação de reintegração de posse. Compra e venda de caminhão Ford/Cargo. Contrato escrito. R. sentença de improcedência. Cláusula expressa prevendo retomada do bem em caso de inadimplemento do financiamento. Prevalência dos princípios pacta sunt servanda e da autonomia das vontades. Nega-se provimento ao apelo do autor vencido. (TJ-SP - APL: 9111676532007826 SP 9111676-53.2007.8.26.0000, Relator: Campos Petroni, Data de Julgamento: 29/11/2011, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/12/2011). SÃO PAULO, 2011). Acesso em 10 ago.14.

normativo' da sociedade [...]” (Streck, 2012, p. 167). É por isso que “[...] a hermenêutica deve partir do fato de que compreender é estar em relação, a um só tempo, com a coisa mesma que se manifesta através da tradição e com uma tradição de onde a ‘coisa’ possa me falar”. É neste cruzamento que o estranhamento surge como um elemento importante para promover a percepção da mudança, considerando “[...] precisamente sobre a tensão que existe entre a ‘familiaridade’ e o caráter ‘estranho’ da mensagem que nos é transmitida pela tradição é que fundamos a tarefa hermenêutica” (GADAMER, 1998, p. 67). Novamente se verifica que o estranhamento pode ser uma chave de abertura do processo de transformação e incorporação hermenêutica da inovação. No caso, da constitucionalização do Direito Privado.

Já no que pertine aos atores que dão impulso à constitucionalização – integrantes deste processo de construção hermenêutica do estranhamento e da atribuição de sentido – os três principais são: o legislador, adaptando a legislação ordinária aos comandos constitucionais⁶⁴, o judiciário, na aplicação, interpretação e controle dos atos entre particulares que envolvam direitos fundamentais e a doutrina, trazendo o alicerce teórico. Aliás, a doutrina divide-se na participação do projeto de constitucionalização do direito, especialmente porque depende do campo ao qual ela é vinculada. Segundo Schuppert e Bumke (2000, p. 38), quanto mais significativas e antigas as tradições dogmáticas, maior será a dificuldade em disponibilidade para modificação das estruturas dogmáticas já consolidadas. Por esta razão, principalmente na Alemanha, os civilistas são a maior força oposta à tendência da constitucionalização de todo o ordenamento jurídico.

Outro trabalho de destaque sobre a forma de constitucionalização do direito, encontra-se em Louis Favoreu, que menciona três tipos de constitucionalização. A primeira seria a constitucionalização-juridicização, como repositório de condições para o processo; a segunda é a constitucionalização-elevação, com repartição de competências entre a Constituição, a lei e o regulamento e, a terceira, trata-se da constitucionalização-transformação, onde o conteúdo dos outros ramos do direito é modificado pela Constituição. Um dos efeitos da constitucionalização seria, então, a unificação da ordem jurídica, através da comunidade de fundamentação dos

⁶⁴ Não em qualquer lei que esteja de acordo com as disposições constitucionais, mas somente “àquelas leis que se destinam à eliminação de situações infraconstitucionais ou àquelas que, por exigência expressa e específica da própria constituição, complementam a eficácia de algumas normas constitucionais”. (SILVA, 2011, p. 44).

diversos ramos do direito pelas normas constitucionais, perdendo importância os princípios gerais de direito em favor de tais normas e pela relativização da distinção entre Direito Público e Direito Privado. Também, haveria uma simplificação da ordem jurídica, já que a Constituição é a norma de referência do ordenamento jurídico (SILVA, 2011).

Na verdade, o forte conteúdo principiológico das normas constitucionais facilita a constitucionalização de todos os ramos do direito, inclusive o civil. Não há como se falar em ordenamentos autônomos, “de forma que o Direito Privado não se configura mais como matéria alheia a direitos fundamentais, e sim, como matéria constitucional” (VALE, 2004, p. 91). Os direitos fundamentais, especialmente levando-se em consideração a pessoa, atingem o próprio Direito Civil, de modo que a sua constitucionalização, conforme ressalta Tepedino (2003, p. 127), “em uma palavra, não é apenas um adjetivo a colocar a dogmática forjada pela Escola da Exegese, que pode ser a cada momento purificada ou atualizada”. Implica mais, especialmente uma “alteração profunda da ordem pública, a partir da substituição dos valores que permeiam o direito civil, no âmbito do qual a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta”.

Dessa forma, o contrato, como uma regulamentação jurídica de uma operação econômica – ou não, não deixa de sofrer os efeitos da constitucionalização e, como pilar do Direito Civil constitucional, torna-se de caráter civil constitucional também. Se o seu efeito é obrigacional, tal obrigação, bem como a forma de cumprimento, não poderão, de maneira alguma, encontrarem-se alheias aos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Com essas considerações, verifica-se que a constitucionalização do direito acaba gerando uma irradiação da Constituição em todos os ramos jurídicos e o Direito Civil, particularmente no que pertine aos contratos, não fica de fora. A maior controvérsia é sobre a forma como se daria tal irradiação.

3.5 A IRRADIAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em razão dos direitos fundamentais afirmarem-se como sustentáculos da ordem jurídica, bem como em razão do dever estatal da proteção da dignidade da

pessoa humana, surge o efeito de irradiação⁶⁵ dos direitos fundamentais até mesmo nas relações privadas. Seria como uma “expressão de uma ordem de valores jurídico-objetiva, que irradia efeitos para todos os âmbitos jurídicos” (DUQUE, 2013, p. 66). Como uma ordem objetiva de valores⁶⁶, os direitos fundamentais fornecem diretrizes e impulsos para toda a legislação, administração e jurisdição, através do chamado efeito irradiador (ALEXY, 2012).

E o Direito Civil, outrora o ramo do direito mais longe do Direito Constitucional, como foi exposto, também recebe essa “irradiação”, de forma que se torna necessário adequar suas prescrições ao conteúdo e ao sentido dos direitos fundamentais.

No que concerne ao termo de eficácia irradiante, tal termo “é marcado por uma certa plasticidade, encerrando, até mesmo um determinado componente emocional”. Nesse aspecto, portanto, é indispensável a existência de críticas, especialmente por sua vagueza e abstração: “a constatação de que os direitos fundamentais geram efeitos para todos os âmbitos do ordenamento jurídico, por meio de irradiação, nada diz quanto à intensidade desses efeitos, seu alcance efetivo e consequências jurídicas” (DUQUE, 2013, p. 70). Neste mesmo sentido, Canaris (2010, p. 218-9) também critica o termo “irradiação”, citando sua utilização no caso Luth: “Esse, porém, não é um conceito jurídico, mas apenas uma expressão imagética da linguagem coloquial que pouco explica em termos dogmáticos”. Complementando sua crítica, entende que a pergunta sobre o tipo de eficácia que os direitos fundamentais exerceriam no âmbito privado, “deve ser respondida nos seguintes termos: trata-se de sua eficácia ‘normal’, e não apenas de um ‘efeito por irradiação’”.

⁶⁵ A irradiação dos direitos fundamentais também é consequência da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais irradiam ao Poder Legislativo quando elabora a lei, ao Poder Executivo, quando administra o Estado e ao Poder Judiciário, quando julga. Neste trabalho, quando se apura sobre os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, subentende-se que quanto à legislação, tais efeitos serão sempre diretos. O estudo da diferenciação dos efeitos diretos e indiretos diz respeito à relação travada entre os indivíduos, mas no que pertine ao legislador, sua vinculação é sempre direta. Neste sentido, também, não se ingressa na questão a respeito da vinculação dos Poderes, porque tanto Legislativo, quanto Executivo e Judiciário estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais. (Mendes, 2014, p. 31).

⁶⁶ Sobre o caráter objetivo dos direitos fundamentais, Alexy (2012) explica que, desconsiderando o lado somente subjetivo dos princípios fundamentais, à abstração em relação ao titular do sujeito, deve ser adicionada a abstração em relação ao destinatário do direito e a determinadas particularidades de seu objeto.

Porém, a teoria do efeito de irradiação, apesar da terminologia controversa, fundamenta, com êxito, uma dimensão de potencialização da eficácia dos direitos fundamentais em todos os âmbitos do ordenamento jurídico. Atinge, também, o direito privado, mesmo porque a principal contribuição da teoria é demonstrar que nenhum âmbito do direito pode ficar imune à incidência dos direitos fundamentais⁶⁷.

Depois de constatada a incidência, algumas premissas se formam. A primeira é que a extensão e a intensidade do efeito de irradiação dos direitos fundamentais são algo, em si, indeterminado, apesar de necessitar de fundamentação específica em cada caso.

Tal efeito deve ser compreendido no sentido que a própria Constituição traz os pressupostos de criação, validade e realização das normas infraconstitucionais, que guiam as condutas privadas (DUQUE, 2011). E as normas infraconstitucionais também são importantes, mas não indispensáveis, para preencher, de forma precisa, os valores constitucionais.

Dentro desse contexto, fica evidente a reciprocidade do Direito Constitucional com o direito e legislação civil. Há uma relação de complementação recíproca.

A norma constitucional, expressão de um ou mais valores, irradia um conteúdo indeterminado para uma norma de direito privado. Esse conteúdo indeterminado preenche valorativamente a norma privada, moldando a sua compreensão no sentido da constituição. Cria-se, aqui, a figura de uma *simbiose* entre a constituição e o direito privado: sem o direito privado, a norma constitucional pouco pode fazer, pelo fato de que a indeterminação de seu conteúdo não proporciona uma imposição concreta no ordenamento jurídico. A norma de direito privado, por sua vez, carece de valores constitucionais que guiem a sua interpretação e aplicação, a fim de que atinja a sua finalidade plena, de regulação do conjunto de fatos da vida, em harmonia com a unidade do ordenamento jurídico e no marco da constitucionalidade (DUQUE, 2011, p. 72).

Essa irradiação não se limitaria, no entanto, nem à legislatura e nem à jurisprudência, mas a todas as funções estatais. Porém, isso não significa que todos os direitos fundamentais se aplicam nas relações entre os particulares, pois deve ser analisada a natureza do direito e a relação privada em questão. Uma relação de amizade, relação extremamente privada, não implica, necessariamente, a aplicação de determinados direitos fundamentais. Assim, o fato de não se convidar algum amigo para o seu aniversário, não dá a este o direito de pleitear a aplicação do direito fundamental à igualdade de tratamento na relação privada.

⁶⁷ A forma como tal incidência ocorre, há ainda de ser investigada, pois é objeto principal do presente trabalho.

Assevera-se, porém, que o simples reconhecimento do efeito de irradiação dos direitos fundamentais em todo o ordenamento jurídico, não responderia, por si só aos problemas práticos advindos da vigência social de tais direitos no âmbito dos particulares, à medida que apenas reconhece que os direitos previstos na Constituição são aplicados, também, mesmo nas relações de caráter privado, de uma forma geral. O tema, portanto, voltará a ser abordado no próximo capítulo.

Uma das formas como pode se dar a irradiação, diante de tantos direitos existentes para os indivíduos, é por meio da teoria do efeito recíproco (Wechselwirkungstheorie), ou teoria balanço (Schaukeltheorie), segundo a qual deve existir uma relação recíproca entre um direito que é restringido e a medida legal que o restringe. Tal teoria uniu-se ao âmbito do preceito da proporcionalidade. Uma medida legal legítima que autorize a prática de uma intervenção na esfera da liberdade protegida do cidadão, não é suficiente. “Decisivo, pelo contrário, é que a medida, que autorize essa intervenção, seja visualizada à luz do significado do direito fundamental restringido”. (DUQUE, 2011, p. 75). O significado ou alcance do direito fundamental é levado em consideração para que seja verificado se o outro direito por ele também está resguardado ou se seria, realmente, caso de prevalência do outro, como uma exceção.

A reciprocidade de tal teoria fica evidente na medida em que tanto o Direito Civil é influenciado pelo direito constitucional, quanto o direito constitucional fica influenciado pelas regras do Direito Civil.

A teoria do efeito recíproco, ao demonstrar a existência de pontos de entrelaçamento entre o direito constitucional e o direito privado, desperta um ponto de vista adicional, que contribuiu, em larga medida, para a compreensão do modo pelo qual opera a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Esse ponto de vista adicional diz respeito ao reconhecimento daquilo que se pode denominar de primazia de conhecimento (Erkenntnisvorrang) do direito privado, como expressão de um pensamento de que o direito privado possui um alto significado para o direito constitucional. (DUQUE, 2011, p. 81).

Isso ocorre porque a Constituição não está apta a fornecer, detalhadamente, o conteúdo do Direito Civil, mas traz apenas decisões fundamentais para a vida estatal⁶⁸. Nem todas as particularidades do ordenamento jurídico como um todo

⁶⁸ É importante ressaltar que, dentro dessa perspectiva, aparentemente se evidencia que o modelo ideal de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não seria a aplicação direta da Constituição às relações jurídico-civis, senão de forma excepcional. Porém, o entendimento é que isso se daria somente de forma aparente, já que o fato da Constituição não descer aos pormenores que o Código Civil dispõe, não significa que não há aplicação direta dos direitos fundamentais em casos que o diploma civil não menciona ou que, de alguma forma, contrarie princípios constitucionais.

estão garantidas no texto constitucional: por isso o Direito Civil tem o seu espaço de desenvolvimento próprio, apesar dos valores fundamentais de um e de outro coincidirem. Propõe-se que o Direito Civil seja capaz de inserir o significado do direito fundamental na relação entre particulares. Como salienta Tepedino (2001, p. 21), o Direito Civil não perde espaço com a intervenção direta do Estado nas relações privadas, pelo contrário. Tal “perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos do direito civil”, para adaptá-los à realidade contemporânea, já que muitos estão defasados e “por isso mesmo, relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual”.

O Direito Civil deve seguir as bases fornecidas pelos direitos fundamentais. Mas não é menos verdade que, diante da primazia de conhecimento do direito privado, “fundada não apenas em sua tradição milenar, como também da estrutura e proximidade de objeto de suas normas”. (DUQUE, 2011, p. 85), a própria Constituição poderia ser interpretada por meio da estrutura existente no Direito Civil. Tal regra, para alguns, justificaria a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, somente em casos excepcionais. Porém, não se trata de aplicação indireta, mas de aplicação de normas do Direito Civil que estão em acordo com os direitos fundamentais e os completa. Se não existirem, ou estiverem em desacordo, parte-se para aplicação imediata das normas constitucionais.

Dentro de tal concepção, a condição da supremacia das normas constitucionais não pode desprestigiar o Direito Civil e assim não o faria, em absoluto, como já foi ressaltado por ocasião da concepção de superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. As normas de Direito Civil são aplicadas desde que dentro dos parâmetros constitucionais, sem maiores problemas. Não se trata, também, de fetichismo constitucional⁶⁹, mas de se levar em consideração a supremacia da Constituição e prevalência dos direitos fundamentais, características próprias do Estado Democrático de Direito.

Assim, em que pese a aparente coerência da forma indireta de irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, não se pode, somente com

⁶⁹ Em sentido contrário, defendendo a aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, anota Duque (2011, p. 87): “A sobrevalorização cega das normas constitucionais, em uma atitude de total desvalorização do direito ordinário, não traduz, em si mesma, a supremacia da constituição; representa, isso sim, um sentimento que já foi retratado na doutrina como *fetichismo constitucional*, conduta que, antes de qualquer coisa, pode levar à prática de um ativismo judicial e a uma indesejada diminuição da qualidade da produção normativa”.

base nisso, estabelecer-se que essa seria a melhor resposta para a questão. Por isso, levando-se em consideração essa abordagem inicial sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e, da ideia da convergência do Direito Privado para a Constituição, faz-se necessário analisar a controvérsia sobre o modo como se daria tal aplicação. Não sem antes passar pelo conceito e concepções da autonomia privada que, no momento oportuno, serão indispensáveis às proposições oferecidas neste trabalho.

3.6 CONCEPÇÕES DA AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL

Etimologicamente, autonomia significa poder de modelar por si as regras de sua própria conduta, e autonomia privada ou autonomia contratual, “significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no consenso contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir”. (ROPPO, 2009, p. 128). Em princípio, os sujeitos privados são livres para obrigar-se como quiserem.

No entanto, havendo uma publicização do privado, diretamente, a autonomia privada do indivíduo é a principal figura a ser atingida na relação contratual⁷⁰. De início, é importante compreender o que se concebe como autonomia privada, para entender como ela está alocada no Estado Democrático de Direito e na consequente constitucionalização do contrato. Somente conhecendo a autonomia privada também como direito, passa-se à análise de sua possível limitação para efetivação de outros direitos fundamentais.

No que tange à nomenclatura, vê-se o uso, por vezes, de autonomia da vontade e autonomia privada, por autores distintos, dentro do mesmo contexto e com a mesma conceituação. A autonomia privada é o termo que sucede à autonomia da vontade, tendo em vista que, a autonomia é do sujeito e não simplesmente de sua vontade. O termo autonomia da vontade parece ser mais difundido onde o direito francês exerce maior influência, expressando “importância atribuída à vontade individual, na sua dimensão psicológica”. (LÔBO, 2011, p. 58). “‘Princípio da autonomia privada’ é expressão que substitui ‘princípio da autonomia da vontade’, cunhada por Gounot, em 1912, e que caracteriza a concepção

⁷⁰ Schwabe (2012, p. 108), aliás, entende que “o discurso da defesa da autonomia privada em face da imaginária ameaça dos direitos fundamentais trata exclusivamente do domínio do contrato”.

individualista e liberal que ao seu tempo imperava”. (ONÇA e BARRETO, 2010, p. 164). “A opção por autonomia privada, notadamente nos direitos alemão e italiano, revela a preferência pela teoria da declaração, ou seja, pela vontade que se declarou ou exteriorizou”. (LÔBO, 2011, p. 58).

Independentemente das acirradas discussões doutrinárias sobre a nomenclatura, segue-se o entendimento de Lôbo (2011, p. 59) firmado na inexistência de razões consistentes para tais distinções, “que são resultantes de momentos históricos ou de opções doutrinárias e ideológicas”⁷¹. Ainda assim, prefere-se autonomia privada porque, nos termos expostos por Steinmetz (2004, p. 189), a autonomia da vontade “sempre lembra, além de um conceito jurídico, um conceito de filosofia prática de Kant, dando margem, assim, à ambiguidade, enquanto ‘autonomia privada’ parece ser mais adequada à linguagem da teoria e da dogmática jurídicas”.

Quanto à sua concepção, a chamada autonomia privada, segundo Fachin (1998, p. 119), é “a pedra angular do sistema civilístico”, o que, para Perlingieiri (2008, p. 335), dentro de uma concepção usual, já que conceituar autonomia privada não é uma questão simples, “trata-se da liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum de determinar as regras mediante um pacto consensual”.

Ou seja, é um direito atribuído ao indivíduo de livremente governar a sua esfera jurídica. “O auto-regramento da vontade, a chamada autonomia da vontade, é que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com o seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum*, que a vincule”. (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 21).

Para Prata (1982, p. 76), autonomia privada não é a liberdade do indivíduo, porque autonomia privada é do sujeito jurídico econômico privado e este não é confundível com a pessoa física que, ela sim, tem liberdade. Conceitua a autonomia privada como a tradução de um poder que o direito reconhece ao homem, “prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade

⁷¹ Pietro Perlingieri (2008, p. 338) também faz crítica à nomenclatura de autonomia privada, propondo, em seu lugar, autonomia negocial: “a locução ‘autonomia privada’ pode induzir em erro: qualquer que seja o sentido que se queira dar ao atributo ‘privada’ corre-se o risco de gerar sérios equívocos. Quanto à expressão, bastante difusa, autonomia contratual, essa acolhe exclusivamente aquela atividade que se manifesta com a realização de um negócio bi ou plurilateral de conteúdo patrimonial; de modo que a locução mais idônea a acolher a vasta gama das exteriorizações da autonomia é aquela de ‘autonomia negocial’, enquanto capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial”.

(designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”. Porém, em que pese a coerência de seus argumentos, não há como dissociar a autonomia privada do direito de liberdade do indivíduo, de poder autorregulamentar os seus interesses privados, especialmente no contrato. Se não há igualdade material entre os contratantes, não há liberdade – como não há autonomia privada.

Ela está relacionada à liberdade negocial do sujeito, correspondendo “à possibilidade de ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, em relações paritárias, na sua vida de convivência”. (PINTO, 2010, p. 325). “Sob o pressuposto de que cada um é o melhor juiz dos seus próprios interesses, a autonomia privada é, antes de tudo, autodeterminação, auto-regulamentação, poder da vontade”. (PERLINGIERI, 2008, p. 340). Reale (1996, p. 179), preferindo se referir ao poder negocial – e não à autonomia privada – como fonte de direito, ressalta que qualquer que seja o ordenamento jurídico vigente, é necessário reconhecer que o homem é um ser capaz de direitos e obrigações e tem poder de estipular negócios para a realização de fins lícitos, graças a acordo de vontades. O autor reconhece que a autonomia privada é “uma conquista impostergável da civilização”. Reale acaba sendo uma referência ou uma tentativa de trazer a voz da tradição jurídica acerca do poder negocial e como ele ingressa na formatação do contrato.

Assim, não se trata de um direito qualquer, mas de grande importância no mundo do direito. Pontes de Miranda (1972, p. 21) já asseverava: “Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não se poderia falar de personalidade”. A autonomia da pessoa dentro de seu âmbito privado, também é direito, portanto, da própria personalidade.

Em outro ponto de partida, a autonomia privada, também se evidencia na privatização do público não sendo um poder somente atribuído ao privado: “o poder [de autonomia] cabe, na realidade, a todos os sujeitos jurídicos, sejam estes privados ou públicos”. (PERLINGIERI, 2008, p. 336).

E não se pode afirmar que a autonomia privada é um valor em si. “Revela-se indispensável o reexame da noção à luz do juízo de valor dos atos realizados, para deduzir se estes, considerados individualmente, possam ser regulados, ao menos em parte, pela autonomia negocial”. (PERLINGIERI, 2008, p. 342-3). Mas muitas teorias foram desenvolvidas para justificar a autonomia como dogma e como valor:

da igualdade formal das partes, ao paralelismo das fontes, além da autonomia como ato de iniciativa de ao menos uma das partes interessadas em negociar. Dada a impossibilidade, até mesmo física do desenvolvimento destes temas, segue-se ao proposto: analisar a autonomia privada diante do Estado Democrático de Direito.

Em que pese a essencialidade do direito à autonomia privada, muitas vezes, limitações são a ela impostas, especialmente à contratual, em grande parte das vezes para garantir a própria liberdade⁷²: pode ocorrer de forma negativa, quando se nega eficácia jurídica à vontade viciada ou quando dela resultam consequências ostensivamente nefastas para o bem-estar social ou de forma positiva, quando o Estado intervém para conformar, ou até mesmo impor, a relação contratual. (PRATA, 1982)⁷³.

Conforme já foi ressaltado, sua importância no Estado Liberal era sobremaneira relevada porque, através dela, os direitos fundamentais de primeira geração eram protegidos, dentro de uma igualdade formal entre os indivíduos: todos tinham a mesma autonomia privada, sem limites bem definidos. De início, a visão era de que “a liberdade contratual devia informar e estruturar as relações contratuais de modo o mais intenso e extenso possível. Essa visão verbaliza-se lapidarmente no *pacta sunt servanda* e no *contractus est lex inter partes*”. (STEINMETZ, 2004, p. 192). “Liberdade de contratar, baseada na soberania da vontade individual dos contraentes”: no padrão ideológico oitocentista, assim devia ser o contrato, ressalta Roppo (2009, p. 295), “e assim era efectivamente em muitos aspectos, na concreta praxe do capitalismo de concorrência”. Mas, continua o autor:

Desde os tempos do “laissez-faire” – desde a época clássica do liberalismo econômico e político – as sociedades ocidentais sofreram transformações profundíssimas de ordem econômica, social e política que, por sua vez, incidiram sobre o instituto contratual, transformando-o profundamente. Nas sociedades contemporâneas, o contrato e o direito dos contratos

⁷² Quando se analisa a autonomia privada em sede contratual, verifica-se que ela pode estar relacionada à liberdade de contratar ou não, de escolher com quem contratar e de escolher o conteúdo do contrato, o objeto da relação obrigacional. Nos três aspectos, poderia ser limitada a autonomia privada: na opção de se contratar ou não, na escolha do outro contratante, mas especialmente, no que diz respeito ao conteúdo do contrato.

⁷³ A autora cita exemplos do que hoje são conhecidos por contratos existenciais, que especialmente através de lei, o Estado impõe determinadas limitações à liberdade inserida na autonomia privada: “Há sectores em que, estando em causa a prestação de bens ou serviços de importância vital, pela absoluta falta de fluidez do mercado (situações de monopólio) ou pela carência de bens disponíveis (por exemplo, a habitação), a situação é mais grave do que a resultante de falta de igualdade, da falta de liberdade na contratação: corre-se o risco de, pela recusa de fornecimento do bem ou serviço, pela recusa de contratar, o sujeito se ver absolutamente impossibilitado de o obter. Não basta aí que o Estado intervenha para conformar a relação contratual; é preciso que a imponha.” (1982, p. 44).

apresentam-se-nos, assim, muito diferentes de como se apresentavam no século passado.

Com a influência de novo contexto social, no entanto, mesmo com limitações, a própria concepção de contrato vinculado à autonomia privada⁷⁴ é mantida, conforme já foi exposto, e sob a denominação de “limites à autonomia privada”, torna-se bem claro que o ponto de partida e de chegada caracterizador da situação, é sempre a autonomia privada. Prata (1982, p. 36), conclui que, por maior que seja o alcance da intervenção estatal, “ela só é considerada do ponto de vista da autonomia privada, momento prévio e relativamente ao qual se perspectiva o momento interventor – que se define relativamente a ele: como seu limite”⁷⁵.

Em que pese a autonomia privada ter o seu ápice no liberalismo⁷⁶, mesmo sofrendo as limitações e intervenções estatais, permaneceu como direito do próprio indivíduo para ver o desenvolvimento de sua personalidade. No entanto, as transformações sociais e econômicas, bem como os novos paradigmas ideológicos e políticos, refletiram no desenvolvimento e conformação jurídicos do princípio da liberdade contratual, relativizando o seu “peso” no Direito Civil. “Para usar um conceito caro à dogmática contemporânea do direito civil, houve uma ‘funcionalização’ social do contrato, portanto, uma ‘funcionalização’ da liberdade contratual”. (STEINMETZ, 2004, p. 192-3).

A concepção individualista está, então, “radicalmente alterada na hierarquia constitucional dos valores, onde a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica: a liberdade da pessoa, e a responsabilidade conseguinte, ultrapassa e subordina a iniciativa econômica a si própria”. (PERLINGIERI, 2008, p. 336). Mesmo

⁷⁴ Com apoio em Roppo (2009, p. 296-7), entende-se que, mesmo com as limitações da autonomia privada, não há uma “crise” na figura do contrato que possa levar à sua ruína. Essa morte do contrato, segundo o autor, não se sustenta porque desnatura uma série de fenômenos reais, “sob uma interpretação superficial e simplificante que, ocultando as suas variedades e as suas diferenças específicas, impede que se apreenda correctamente o significado próprio de cada um deles”. [...] é necessário, ao invés, utilizando um método de análise diferenciada, distinguir cuidadosamente entre os vários fenômenos que concorrem para delinear a imagem hodierna do contrato, e para assinalar a sua ‘novidade’, em relação à imagem consagrada pela tradição no século XIX: porque – repetimo-lo – esses fenômenos não tem todos idêntico significado”.

⁷⁵ Ana Prata (1982, p. 37-42) demonstra a fragilidade das formas de intervenção pública no domínio privado ainda na época do liberalismo. De início, o Estado intervém para manter a concorrência e livre funcionamento da economia – o que foi ineficaz e o capitalismo marchou de sua fase concorrencial para a fase monopolista. Depois, o Estado passa a ter a tarefa de realização do bem-estar dos cidadãos, ao mesmo tempo que precisa intervir nas relações interindividuais para assegurar valores mínimos de convivência. E tudo não passou de influência de ordem psicológica do Estado, o que faz concluir que, tais “intervenções”, não são, realmente, intervenções.

⁷⁶ Por trás do fascínio da fórmula de direito natural que concedia liberdade igual a todos os indivíduos, já que todos os homens são iguais, “não se entendeu outra coisa senão o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas das relações de força mercantis” (PERLINGIERI, 2008, p. 335).

porque, tem-se visto, com evidência, que “a noção de autonomia privada não é atemporal, nem imutável”. (PRATA, 1982, p. 25). Ela toma novos contornos até mesmo no que se relaciona à superação da dicotomia do público e do privado, especialmente porque, conforme demonstra Perlingieri (2008, p. 336), “um mesmo contrato, por certos aspectos pense-se na seleção das partes contratantes, deve ter garantias do tipo publicístico, enquanto, para aspectos atinentes à sua execução, enquadra-se no direito comum”. Neste sentido, é importante destacar que a vinculação contratual pela autonomia privada, deve ser inserida na própria ordem estatal, porque “apenas adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um ‘reconhecimento’ por parte do Estado e da ordem jurídica”. (CANARIS, 2009, p. 71).

No campo legal, ampliaram-se as normas imperativas que também reduzem o alcance da autonomia privada, mesmo porque, aquela ampla liberdade existente nos contratos paritários foi superada em razão de uma crescente contratação em massa, coerente com o capitalismo. Assim, não só a lei limita, atualmente, a liberdade contratual, mas também o faz a metodologia de conclusão dos contratos de massa. (STEINMETZ, 2004, p. 195). Não há como se obter, na realidade de hoje, um conceitualismo que possa restaurar o papel da autonomia privada, que já foi tão mitigada pelo processo de intervenção estatal. Uma reforma legislativa que purificasse atecnias relativas ao papel da autonomia privada poderia ser aceita em um contexto de iguais, onde fosse possível substituir o pluralismo de fontes normativas por um instrumento de simples regulamentação dos negócios individuais de cada pessoa. Nesse caso, não haveria a necessidade de se realizar a solidariedade social e a justiça distributiva, em favor da dignidade da pessoa humana, “como quer o constituinte”. Porém, a realidade social mostra-se bem outra, “a exigir, mais do que nunca, a realização do programa constitucional, capaz de unificar o sistema de fontes normativas e evitar a perigosa fragmentação do ordenamento, imposta pelos grupos de pressão no Parlamento”. (TEPEDINO, 2003, p. 124-5).

No entanto, se há limitações, não é menos verdade que a sua natureza constitucional faz com que a autonomia privada, como direito fundamental, também seja considerada no que diz respeito a direitos individuais, sem que isso implique simplesmente em restaurar um modelo liberal da autonomia do indivíduo.

3.6.1 A autonomia privada como Direito Fundamental

Em que pese a sua reconhecida importância no campo das relações privadas, questiona-se se a autonomia privada seria, ou não, um direito fundamental, já que não é prevista de forma expressa na Constituição Federal.

Segundo Sarmiento (2009, p. 154), é direito fundamental⁷⁷, que tem como base a compreensão do “ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros”. O autor complementa que tal direito “está indissociavelmente relacionado à proteção da dignidade da pessoa humana”, porque negar o direito a decidir sobre assuntos pessoais seria “frustrar sua possibilidade de realização existencial” (2009, p. 155).

Assim, além de ser princípio que rege os contratos civis, é direito fundamental, “como um dos aspectos protegidos no quadro da liberdade geral de ação que é uma das dimensões ao direito ao desenvolvimento da personalidade”. (PINTO, 2010, p. 325). Essa liberdade que o indivíduo tem, obviamente é uma liberdade efetiva, real, não simplesmente formal, nos moldes da liberdade contratual existente no período liberal. Sarmiento (2009, p. 154), com relação à liberdade individual – e real –, assevera que, apesar de reconhecer a existência de doutrinas radicais em sentido contrário, o pensamento jusfilosófico contemporâneo converge “para a idéia de que a garantia tanto da autonomia pública do cidadão – associada à democracia –, como da sua autonomia privada – ligada aos direitos individuais – são vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana”. Enfatizando que não se trata de direito vinculado à simples liberdade, mas sim à liberdade efetiva, o autor continua, afirmando que não basta a garantia genérica da liberdade: “é amplamente dominante a concepção, de resto até intuitiva, de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la de forma consciente”. Nesse sentido, o autor conclui: “não haverá também liberdade onde existirem miséria, fome, analfabetismo ou exclusão

⁷⁷ Quanto ao problema de se saber se a autonomia privada constitui ou não um direito fundamental já que não há disposição nesse sentido, é comum ter-se uma resposta afirmativa no sentido de que a liberdade contratual é expressão do próprio direito à liberdade. Porém, na lição de Prata (1982, p.76), tal raciocínio é falso: “não se pode hoje afirmar que exista uma relação entre o homem e a autonomia privada”, especialmente quando celebra determinados contratos não exatamente porque está livre, mas subordinado a outro contratante mais forte. É necessário, portanto, resguardar uma liberdade individual “com base na consideração da desigualdade real dos cidadãos” (1982, p. 136).

social em patamares eticamente inaceitáveis”. Prata também entende que é necessário, portanto, resguardar uma liberdade individual “com base na consideração da desigualdade real dos cidadãos” (1982, p. 136)

Também compreendendo a fundamentalidade da autonomia privada, Steinmetz (2004, p. 198), ressalta que se trata de “uma das múltiplas manifestações do *princípio da autonomia da pessoa*, princípio a um só tempo moral e jurídico”, mencionando que a autonomia privada é sim “um bem constitucionalmente protegido e, em razão disso, não pode ser afastada sem mais”. Após constatar que não há previsão expressa à autonomia privada nas constituições contemporâneas de maior prestígio e influência, como a italiana, alemã, portuguesa, espanhola e russa, incluindo a brasileira, Steinmetz (2004, p. 199-201) menciona que, no caso brasileiro, a autonomia privada tem como premissas:

O direito geral de liberdade (CF, art. 5º, *caput*), o princípio de livre iniciativa (CF, art. 1º, IV e art. 170, *caput*), o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), o direito de propriedade (CF, art. 5º, *caput* e XXII), o direito de herança (CF, art. 5º, XXX), o direito de convenção ou acordo coletivo (art. 7º, XXVI), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (CF, art. 226, *caput*, § de 1º a 4º) e cuja conclusão é o poder geral de autodeterminação e autovinculação das pessoas tutelado pela Constituição.

Conforme sustenta, tendo todos esses princípios e direitos constitucionais um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, “então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e de autovinculação – também é constitucionalmente protegida ou tutelada”.

Especialmente no que concerne à propriedade, o direito fundamental à autonomia privada mostra-se justificado dentre os poderes inerentes ao proprietário, previstos no Código Civil, como a garantia de uso, gozo e livre disposição⁷⁸. Se a disposição é efetuada por contrato, evidentemente que a liberdade da disposição é concretizada na autonomia contratual. Valendo-se, mais uma vez, da lição de Steinmetz (2004, p. 201), eis a síntese: se o próprio exercício do direito de propriedade “exige o instituto do contrato, se o instituto do contrato tem por princípio fundamental a autonomia privada e se a Constituição protege o direito de propriedade, então a Constituição protege a autonomia privada”. Além disso, como o mesmo autor ressalta, quando a Constituição elegeu a livre iniciativa como princípio fundamental – e não somente como da ordem econômica, é claro que a autonomia

⁷⁸ Código Civil: Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (BRASIL, 2002).

privada está garantida, porque “é lógica e faticamente impensável a livre iniciativa sem a autonomia privada”.

No mesmo sentido, Sarlet (2014, p. 80) anota que “embora a autonomia privada e a liberdade contratual não estejam explicitamente previstas no texto constitucional brasileiro, cuida-se de direitos fundamentais implicitamente consagrados”. E o autor assevera que, mesmo com a sua necessária relativização em alguns casos, traduz-se em importante limite para as intervenções nas relações privadas, sem que isso seja considerado como impedimento à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Pois bem. É direito reconhecido, ainda que tal direito possa ter cunho de interesse individual. Aliás, vários direitos têm como conteúdo a proteção individual e nem por isso deixam de ser fundamentais ao indivíduo, como o direito de herança. Por vezes, não é o fato de que a desconsideração da autonomia privada traz melhorias à política que, no caso concreto, deve ser, simplesmente, mitigada. Neste sentido, quando discorre sobre a solução de casos difíceis e a sua resposta é apresentada somente com argumentação de política, Dworkin (2002, p. 133) ressalva: “parece errado tomar os bens de um indivíduo e dá-los a outro, apenas para melhorar a eficiência econômica global”. Também não há como se resolver um conflito com a autonomia privada com a máxima do *in dubio pro libertate*, porque não se cuida do estabelecimento de uma restrição ou limitação em sentido estrito (MENDES, 2014).

Mas insistir que tudo o que é formalmente desejado é justo no contrato, é enganador diante do quadro constitucional vigente. Mesmo porque “dizer que a liberdade contratual é um princípio fundamental, não significa dizer que ela é um princípio absoluto” (STEINMETZ, 2004, p. 192). De fato, além dos limites legais e metodológicos ⁷⁹, quando estiver em choque com direitos fundamentais, especialmente os que tragam interesses sociais, a autonomia será mitigada. Nos dizeres de Lôbo (2011, p. 61), o princípio da autonomia privada, no plano da exposição jurídica, “apenas é compreensível como delimitação do espaço que o ordenamento lhe impõe. Quanto mais interesse social, menos autonomia privada”. Os direitos fundamentais “operam como *mais* um tipo de limites à autonomia

⁷⁹ Como a mencionada contratação em massa que não permite a discussão das cláusulas contratuais.

privada, ao lado dos já construídos no próprio campo do direito privado” (STEINMETZ, 2004, p. 196).

E não só no que pertine a interesses sociais. Se os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nos contratos, diante do choque de dois direitos individuais, a autonomia privada pode sucumbir, basta se verificar o critério da proporcionalidade⁸⁰ em relação ao outro direito individual violado ou ameaçado. Vale (2004, p. 157) destaca: “Deveras, não se pode olvidar que a autonomia privada é também um direito fundamental, valendo para ela os argumentos em favor de uma eficácia absoluta desses direitos no âmbito privado”. Continua o raciocínio, enfatizando que não se vislumbram perigos para a autonomia privada, porque, como direito fundamental, “entrará em colisão com outros direitos fundamentais, o que será resolvido pela devida ponderação, conferindo-se a máxima eficácia a uns ou a outros, conforme as peculiaridades do caso concreto”.

Assim, conclui-se que, diante de casos de aparente colisão dos direitos fundamentais com a autonomia privada, ora ela mesma deverá prevalecer, também como direito constitucional, ora o direito fundamental violado permanecerá. Em caso recente julgado no Supremo Tribunal Federal, que será analisado mais adiante, apesar de não ser o fundamento de todos os votos vencedores, pode-se dizer, em linhas gerais, que houve preponderância da autonomia contratual sobre o direito de moradia⁸¹.

Na verdade, é possível que até mesmo a liberdade individual prevaleça sobre a autonomia privada como consequência da efetividade dos direitos fundamentais no contrato particular. “É inegável que o sentido da afirmação do caráter imediatamente preceptivo das normas consagradoras de direitos fundamentais é – e nisto todos os autores estão de acordo – o de preservar a liberdade individual”, ressalta Prata (1982, p. 136). Tal liberdade deve ser preservada não só contra o Estado, mas contra quaisquer outros que possam, atuando em nome de sua própria liberdade individual, ofendê-la até a sua supressão efetiva.

⁸⁰ Seguindo o entendimento de Steinmetz (2004, p. 198), “porque a dogmática e a jurisprudência constitucionais contemporâneas já produziram referenciais teóricos e metodológicos – e.g., a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade – para solucionar as colisões entre direitos fundamentais e autonomia privada de forma racional e intersubjetivamente controlável”.

⁸¹ Recurso Extraordinário n. 407.688-8. (BRASIL, 2014).

Neste momento, o objeto do estudo é o enfoque à natureza constitucional do direito à autonomia privada. A seguir, o assunto voltará à tona quando da medida da eficácia dos direitos fundamentais no contrato.

3.7 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO: A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E AS TRÊS MÁXIMAS DA PROPORCIONALIDADE

Conforme foi analisado, a autonomia privada, como princípio decorrente de direito fundamental⁸², por vezes, poderá entrar em conflito com outro princípio constitucional na relação contratual privada. E conseqüentemente, no conflito, haverá a situação em que dois princípios, se forem aplicados de forma independente, geram soluções jurídicas distintas, ou seja, por um princípio algo está proibido e, por outro, a mesma conduta é permitida (ENGELMANN, 2001). Diante do caráter limitado e relativo dos direitos fundamentais, bem como da possibilidade constante de colisão entre os mesmos em casos concretos, mostra-se indispensável a existência de uma técnica alternativa, maleável, para dar conta de toda a complexidade do fenômeno constitucional que, nem por isso, é subjetivista (SARMENTO, 2003)⁸³. Quando há conflito de normas jurídicas infraconstitucionais, resolve-se através dos critérios tradicionais da hierarquia, da norma posterior e da especialidade (BARROSO e BARCELLOS, 2006). Tais técnicas, no entanto, não poderão ser utilizadas diante de conflito de princípios constitucionais.

Por vezes, o próprio princípio traz limitações no seu conteúdo, como é o caso do inciso VI, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;” (BRASIL, 2014). Por um lado, é reservado o direito a manifestar ideias e pensamentos livremente. No entanto, tal direito somente pode ser exercido se for identificada a fonte, porque, outras pessoas terão o direito de saber de onde partiu tal declaração, pensamento ou ideia. Nesse caso, por ser bem claro o limite exposto pelo direito, não há necessidade de se partir para a ponderação, porque sua restrição já está exposta. Não existe colisão quando

⁸² Nesse aspecto, convém observar que os direitos fundamentais subdividem-se em duas espécies: são fórmulas legislativas com conteúdo normativo, mas também carregam nuances de princípios.

⁸³ Saliente-se que colisão de direitos fundamentais não se confunde com concorrência de direitos fundamentais. Esta ocorre quando um comportamento de um mesmo titular preenche os pressupostos de fato de mais de um direito fundamental. Já a colisão ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular, impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular. (CANOTILHO, 1998).

alguém manifesta o seu pensamento de forma sigilosa e outra pessoa exige saber de quem partiu a declaração. É o direito de manifestação de uma parte e o direito de informação de outra, mas a própria norma já trouxe os seus limites definidos. Os limites imanentes foram transpostos.

Mas se for verificada uma colisão entre direitos fundamentais no âmbito dos limites imanentes, porque as normas se contêm no interior de tais limites, se não for possível harmonizá-las, o intérprete passará à ponderação de interesses. A partir de então, diante do caso concreto, deve haver “compressões” recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando atingir um ponto ótimo, com a restrição mínima indispensável para a convivência com o outro princípio (SARMENTO, 2003).

Portanto, quando ocorre tal colisão de princípios, diferentemente do que acontece com o conflito de regras⁸⁴, o princípio desprezado não será declarado inválido e nem haverá cláusula de exceção: aplicar-se-á uma solução na dimensão do peso dos princípios. “Nesse contexto, a decisão sobre o valor e a importância dos princípios deve ser aferida a partir das circunstâncias reais da situação” (ENGELMANN, 2001, p. 127). De acordo com a unidade da Constituição, não se pode dizer que um princípio é mais forte que o outro, mesmo porque todas as normas fundamentais estão no mesmo nível hierárquico. Canotilho (1998, p. 1170) explica:

O princípio da unidade da Constituição é uma exigência da “coerência narrativa” do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio da decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as “lerem” e “compreenderem”, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin). Neste sentido, embora a Constituição possa ser uma “unidade dividida” isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez.

Especialmente em um contexto pluralista, como o brasileiro, é inevitável que existam normas conflitantes no texto constitucional. Mas esse choque de normas

⁸⁴ Em que pese a reconhecida importância sobre a distinção entre regras e princípios, este trabalho não abordará, da forma merecedora, tal tema, em razão da própria impossibilidade física. Em síntese, adotando as concepções de Engelman (2001), quando duas regras entrarem em conflito, uma delas será considerada inválida, na concepção de Dworkin, que as regras são aplicadas ou não são aplicadas, dentro do padrão tudo ou nada, ou na concepção de Alexy, que insere uma cláusula de exceção que eliminaria o conflito em uma das regras ou se declara a invalidade de uma das normas. “O Direito Brasileiro também reconhece alguns critérios que poderão ser empregados para a solução do conflito entre regras. Assim, por exemplo, existe o princípio da soberania constitucional, que assegura a primazia do texto da Constituição Federal sobre qualquer outra legislação, seja federal, estadual ou municipal”. (ENGELMANN, 2001, p. 127).

não pode desconsiderar o caráter sistemático e unitário da Constituição, visto que tais atributos não impõem a inexistência de conflito de normas, mas, na verdade, a possibilidade de resolução de tais colisões, a partir de critérios inferidos no próprio texto constitucional (SARMENTO, 2003). Mas por vezes, isso não será possível e então será necessário escolher entre um deles.

Nesse sentido, destaca-se a ideia da relação de precedência condicionada e à identificação das condições que possam garantir a existência de tal precedência de um princípio em relação a outro. Toma-se o caso em concreto e são indicadas as condições sob as quais um princípio precede o outro; sob outras condições, tal questão pode ser solucionada inversamente (ALEXY, 2012).

E nesse ponto, adentra-se à ponderação (ENGELMANN, 2001), exatamente para definir em quais condições um princípio precede o outro (STEINMETZ, 2004), tratando-se de um método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios constitucionais, onde se busca alcançar um ponto ótimo: a restrição aos bens jurídicos constitucionais envolvidos deve ser a menor possível, na medida exata da salvaguarda do bem jurídico contraposto (SARMENTO, 2003). Formula-se, então, a “lei de colisão”, segundo a qual “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2012, p. 99).

A ponderação, ou sopesamento, apresentando relação com a proporcionalidade, oferece três linhas de efetivação: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação e necessidade, segundo Alexy (2012) relacionam-se à possibilidade fática. No que pertine à adequação, concebendo-se negativamente, exclui-se o que não é adequado. Se os direitos envolvidos, considerados conjuntamente, não permitem a adoção da decisão, não há eficiência e nem adequação. Quanto à necessidade, dentre dois meios possivelmente adequados, deve ser escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso, também como manifestação da eficiência, já que, se existe um meio que intervenha menos e seja igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso implique a piora da outra condição. Na verdade, corresponde a uma vedação de sacrifícios desnecessários aos direitos fundamentais. Porém, quando se abandona a possibilidade fática pela adequação e necessidade, dá-se uma realização dentro das possibilidades jurídicas, sendo uma

questão de sopesamento. A partir daí, analisa-se, portanto, a máxima da proporcionalidade.

Como os princípios – e os direitos fundamentais – são (também) mandamentos de otimização⁸⁵, exigem uma realização mais ampla possível em face não só das possibilidades fáticas, mas também das às possibilidades jurídicas, que são determinadas, especialmente, pelos princípios colidentes. Teria a regra de que, portanto, quanto maior o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, maior será a importância da satisfação do outro (ALEXY, 2012). Sintetizando tal ideia, Sarmento (2003, p. 96) explica que a restrição a um direito fundamental em detrimento de outro somente se justifica na medida que: “a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; b) não houver solução menos gravosa, e c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico”.

Quanto à aplicação da ponderação, Alexy (2012) propõe uma divisão em três passos: primeiro se avalia o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios, depois, avalia-se a importância de satisfação do princípio colidente e, no terceiro passo, avalia-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação do outro princípio.

Dessa forma, ainda que tal solução à colisão de princípios resolva apenas o caso concreto, outros casos semelhantes podem ser decididos com base em precedentes, especialmente porque a escolha dos princípios não é feita de forma aleatória, mas assentada em condições de prioridade já firmadas no próprio sistema jurídico. (ENGELMANN, 2001).

Ainda assim, alguns casos são considerados difíceis. Estes “casos difíceis” caracterizam-se por apresentarem diversas soluções legais ou por não existir nenhuma norma que se aplique exatamente. Como ressalta Dworkin (2002), às vezes os problemas são tão novos que não podem ser decididos com as normas existentes, nem mesmo ampliando-as ou reinterpretando-as. Nessas situações, no

⁸⁵ Neves (2013, p. 71) discorre sobre a crítica ao fato de que Alexy dá a designação de mandados de otimização aos princípios: “À crítica de que não seria apropriada para distinguir entre regras e princípios a caracterização destes como ‘mandamentos de otimização’, pois tais mandamentos não poderiam ser satisfeitos ou cumpridos gradualmente, Alexy responde com uma definição mais precisa dos princípios como ‘mandamentos a serem otimizados’, que seriam, pois, ‘objetos da ponderação’, ou seja, estariam no ‘nível do objeto’ da otimização, não no ‘metanível’ em que esta é prescrita. Mas como ele afirma que há uma relação necessária entre o ‘mandamento de otimização’ e os ‘mandamentos a serem otimizados’ (os princípios), mantém a sua terminologia, reservando essa distinção mais rigorosa aos contextos em que isso for imprescindível à análise”.

entanto, os juízes não podem inventar direitos novos com caráter retroativo, mas descobrir quais são os direitos das partes: “Os juízes devem ter uma compreensão prévia do que os legisladores fazem continuamente”, porque criarão uma nova norma, com um duplo grau de subordinação: “os juízes agem não só como delegados para a legislatura, mas como legisladores delegados”. (ENGELMANN, 2001, p. 132).

E mais, como se fundam no ordenamento jurídico, tais decisões judiciais geradas a partir dos casos difíceis deverão ser assentadas em argumentos de princípios e não em diretrizes políticas⁸⁶. Como assevera Engelmann (2001, p. 133), dentro de uma perspectiva democrática, dois fatores de subordinação justificam a vinculação da decisão judicial à legislação:

a) pelo fato dos juízes não serem eleitos pelo povo, afetando o princípio que a sociedade deve ser governada por indivíduos eleitos pela maioria e com responsabilidade frente à sociedade; b) se o juiz legislar, acabará impondo uma obrigação para a parte processual perdedora que inexistia no momento da produção do evento, a saber, outorgará o efeito retroativo à nova norma.

Assim, utilizando os parâmetros de Dworkin, Engelmann (2001) assinala que, ainda que exista objeção, é o próprio direito que impõe os deveres e não o juiz, porque o demandante possui um título jurídico que o ampara. Mas o autor considera também que os princípios jurídicos são dinâmicos, modificando-se com grande rapidez, o que não desconsidera o dever do julgador de justificar racionalmente o princípio que elegeu para o caso concreto.

De fato, não se ignora que a regra do sopesamento leva em consideração sua compatibilidade com um grau suficiente de discricionariedade. Tal intervenção judicial, nos termos propostos por Alexy (2012), é identificada em três níveis: leve, moderada e séria, levando-se em conta o grau de satisfação ou de afetação de um princípio e a importância da satisfação do outro, considerando a grandeza concreta da intervenção. Assim, além da intervenção, também se analisa em três níveis (leve

⁸⁶ Dworkin (2002, p. 129-130) explica a diferença entre argumentos de política e argumentos de princípio: “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política. Às vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude pública, e não com base em sua natureza política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política”.

moderada e séria) a importância que se dá à satisfação do outro princípio, porque através da importância, compreende-se o conteúdo da intensidade da intervenção. Porém, o próprio autor ressalta que escalonamentos jurídicos somente são possíveis com limiares relativamente rudimentares, porque as intensidades de intervenção e os graus de importância não são passíveis de ser metrificadas com o auxílio de uma escala cardinal.

Nesse aspecto, Alexy (2012) propõe a fórmula do peso, que mesmo reconhecendo que a utilização de números não é possível, pode-se usar, na argumentação jurídica, a analogia para a questão. Quanto menor a intervenção, menor o número atribuído, quanto menor a importância, menor, também o número. Mas ambas as classificações estão apoiadas mutuamente: aumenta uma, diminui outra e vice-versa. Em casos de impasse, haveria equivalência de valores, chamando, então, a discricionariedade estrutural, já que há a conjugação de dois pensamentos: o da igualdade no impasse e igualdade entre os impasses. O sopesamento, com base nos dois critérios anteriores, também se daria de forma leve, moderada ou séria.

Em que pese o acentuado grau aritmético da teoria da ponderação desenvolvida por Alexy, dentro de seu referencial teórico encontram-se suas justificativas racionais. No entanto, especialmente no Brasil, tem-se observado a aplicação equivocada de tal construção, com vistas à justificação de um decisionismo discricionário. Ponderar não significa decidir sem fundamentação.

Conforme assevera Streck (2012), a tradição jurídica brasileira, antes da Constituição de 1988, era assentada num modelo liberal-individualista. Com a chegada de um documento garantindo uma gama de direitos fundamentais e sociais, não havia uma teoria constitucional adequada para o novo paradigma jurídico e, os juristas nacionais buscaram de fora teorias para o aporte das novas demandas. Porém, a recepção de tais teorias, na maioria das vezes, foi realizada de forma equivocada, apostando-se no protagonismo dos juízes. Nesse contexto, a teoria formulada por Alexy recebeu uma leitura bastante superficial pela doutrina e, especialmente, pelos tribunais. Barcelos (2006) destaca que antes mesmo de haver um debate acadêmico sobre os riscos e potencialidades da ponderação, os órgãos jurisdicionais já começaram a utilizá-la como sustentação hermenêutica. Dotada de uma forte imprecisão e sincretismo no Brasil, ocorre a tentativa de diminuição da ideia da proporcionalidade “a um mero exame de razoabilidade que seria intrínseco

à tradição de *common law* e também aceito em vários países europeus afirmando que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são praticamente sinônimos”. (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p. 167). Com isso, tem-se uma redução do critério da proporcionalidade a um mero instrumento da conhecida interpretação teleológica objetiva: “uma ‘relação meio-fim’ no âmbito da tutela de bens jurídicos em conflito será *sempre*, mesmo na pior das ditaduras, ‘objetivamente demonstrável’”. (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p. 168).

Assim, ao que Alexy propôs, acaba sendo realizado o inverso, porque o mesmo elaborou sua teoria “exatamente para ‘racionalizar’ a ponderação de valores”. No entanto, “no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração”. (STRECK, 2012, p. 49). A ponderação, como divulgada pelo seu criador, “*não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’*”, mesmo porque, por tal teoria, não haverá uma ponderação que resolva diretamente o caso. [grifo do autor]. (STRECK, 2012, p. 50). Como exemplo, o próprio autor cita o caso *Ellwanger*⁸⁷,

⁸⁷ HC 82.424: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. [...] 4. Raça e racismo. [...] 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas.[...] 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais [...] 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, [...] 8. Racismo. Abrangência. [...] 9. Direito comparado. [...] 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta.[...] 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. “Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem

esclarecendo que a ponderação aplicada trouxe votos discrepantes, mas longe está da fórmula original proposta por Alexy: “Na verdade, o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade”. (STRECK, 2012, p. 50).

É necessário que, diante da aplicação de direitos fundamentais no contrato, seja levado em consideração um aporte teórico eficaz e verdadeiro, para que haja racionalidade na questão que se apresenta com a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. E mais: a aplicação do princípio da proporcionalidade, no cotejo e resolução do conflito entre princípios, exige que se passe pelos três níveis: a necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, não se tem proporcionalidade numa decisão – seja judicial ou não – se estes três níveis não forem integralmente esgotados, o que gera, igualmente, substratos para fundamentar a resposta que se dá em cada caso concreto. Não se poderá fatiar a construção desta resposta, sob pena de ser desproporcional, gerar uma decisão inconstitucional.

encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524). (BRASIL, 2003).

4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: VISÃO NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares é um dos grandes temas em discussão no constitucionalismo de conteúdo democrático e social. O tema vem, com o tempo, recebendo cada vez mais respaldo jurisprudencial, especialmente na Europa. Porém, quando a questão surge no contexto brasileiro, como já foi mencionado, a polêmica é pouca e se traduz mais em uma índole teórica do que prática. E ainda assim, o pouco que se discute, não diz respeito à (in) conveniência de se aplicarem os direitos fundamentais nas relações privadas, mas a dificuldade em dar a sua aplicação uma justificação teórica plausível.

Dessa forma, vê-se que, quando se tem por objetivo estruturar as formas de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, alguns caminhos se apresentam na doutrina, especialmente internacional.

O primeiro, diz respeito à negativa de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tal estudo apela, de forma corrente, a razões históricas: os direitos fundamentais surgem nas declarações de Direito, com um objetivo bem definido: defender os indivíduos dos mandos e desmandos do Estado. É a chamada função clássica⁸⁸ dos direitos fundamentais, que traz, contudo, uma visão apenas parcial – e nitidamente liberal, da evolução dos direitos fundamentais. Para os autores que defendem tal ideia, “las amenazas procedentes de los particulares se contemplan en las leyes civiles y penales y no en la Constitución, que sólo traiza los limites que el poder público no puede franquear”. (UBILLOS, 2010, p. 270). Tal ideia busca “desmistificar una posição hierarquicamente inferior do direito privado em relação à constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais”. (SILVA, 2011, p. 71)⁸⁹. Para Naranjo de La Cruz (2002, p. 170), “el ejercicio de un derecho fundamental no puede justificar en ningún caso el incumplimiento de um contrato”.

⁸⁸ Silva (2011, p. 70 e 71) justifica a utilização do termo: “Chamar essa dimensão, correspondente às chamadas liberdades públicas, de clássica, tem um objetivo que muitas vezes passa despercebido: com essa denominação se quer muitas vezes não somente ressaltar uma precedência histórica, mas também, e o que é mais importante, uma precedência no que diz respeito à importância”.

⁸⁹ Um dos poucos doutrinadores a defender de forma explícita a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é Uwe Diederichsen. A sua argumentação se inicia com a discussão sobre o que é hierarquia de leis: “Segundo Diederichsen, diferentes sistemas normativos podem se relacionar segundo três modelos diversos: (1) o sistema normativo *A* e o sistema normativo *B* não guardam nenhuma relação entre si; (2) entre os sistemas *A* e *B* há uma relação de superioridade e inferioridade; (3) entre os sistemas *A* e *B* há uma relação de igualdade ou neutralidade hierárquica. Segundo o autor, somente nos casos de relação do tipo 2 é possível falar em hierarquia entre os dois

Na verdade, tais conceituações decorrem de civilistas que entendem que a *Drittwirkung*⁹⁰ (eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros) é inútil, porque o mesmo resultado se alcançaria com os instrumentos tradicionais de Direito Civil, em nítida intenção de preservação da autonomia desta disciplina: “la *Drittwirkung* puede ser uma espécie de ‘caballo de Troya’ que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada”. (UBILLOS, 2010, p. 270). Em que pese a existência de constituições com caráter, assim, mais liberal, como é o caso da Constituição alemã, no Brasil, pelo menos desde 1934, tem-se uma série de direitos fundamentais cuja razão de ser se encontra muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo. Como exemplos, tem-se os direitos dos trabalhadores, os direitos econômicos, etc. (SILVA, 2011). Com a negativa da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, o legislador, especialmente no ramo privado, é o único garantidor de direitos, independentemente da influência constitucional.

Defendida pela Suprema Corte norte-americana, a doutrina da *state action*, ou teoria da ação estatal, entende que nenhuma conduta privada, em princípio, causaria violação a direito constitucional. Somente haveria violação reflexa a direito fundamental na medida que o mesmo já estivesse previsto na legislação civil. Ou então, na forma mais atenuada de tal doutrina, poderia ser invocado o respeito a

sistemas. Diederichsen não recorre, contudo, ao frágil argumento de simplesmente negar a posição hierárquica superior da constituição. Mas ele sustenta que essa hierarquia normativa não implica uma hierarquia axiológica e que, por isso, o prestígio dos valores constitucionais e sua supremacia em relação a outros valores do ordenamento não são uma decorrência lógica da posição formalmente superior da constituição. Segundo Diederichsen, à supremacia conferida à *lei* fundamental não corresponde automaticamente uma supremacia dos *valores* fundamentais que ela abriga. Isso porque esses valores não adquirem superioridade pelo simples fato de serem previstos na constituição, isto é, esse fato não implica uma *imposição* automática dos valores constitucionais ao resto do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a despeito da diferença hierárquica formal, Diederichsen parte de uma outra relação entre valores constitucionais e valores de direito privado: a igualdade. Em suas próprias palavras, ‘os artigos de direitos fundamentais e as disposições de direito privado deve ser aplicados lado a lado’”. O referido autor conclui sua argumentação com a ideia de busca de uma superioridade argumentativa, não formal e nem automática. Não é uma questão necessária, mas possível (SILVA, 2011, p. 71-73). Outra doutrina que também defende a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é a de Suzette Sandoz, aduzindo que há uma confusão metodológica entre situação de direito e situação de fato. Para ela, o Direito Privado, quando quer corrigir uma desigualdade de fato, recorre à proteção quanto ao erro, dolo, etc. Já o Direito Público, quando quer corrigir uma desigualdade de direito, recorre aos direitos fundamentais. No Direito Civil, a desigualdade deve ser provada, enquanto no Direito Público, a desigualdade é presumida (SILVA, 2011, p. 74).

⁹⁰ A tradução de *Drittwirkung* está relacionada à eficácia externa ou em relação a terceiros e tal termo, conforme ressalva Sarlet (2014, p. 71), deve ser evitado para que não pareça que a eficácia de direitos fundamentais se daria somente de forma “externa” ou “perante terceiros”, porque o reconhecimento da eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas não exclui a influência da Constituição perante os atos dos agentes estatais.

direito fundamental se uma das partes estiver agindo como um *longa manus* do Estado.

Neste caso, a doutrina do *state action* refere-se à imputação das ações dos particulares ao Estado ou à equiparação dessas ações a ações estatais⁹¹. Segundo tal teoria, como foi exposto acima, em princípio, os direitos fundamentais somente protegem os indivíduos contra a ação estatal. No entanto, através da "*public function exception*", poderia se alegar a proteção dos direitos fundamentais numa relação privada quando uma das partes envolvidas estiver no exercício de uma função pública⁹², especialmente levando em consideração o interesse da coletividade⁹³. Também, através da "*entanglement exception*", chama-se a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares. (HUHN, 2006, p. 1390). Tal aplicação ocorre quando o governo delega uma de suas funções para uma entidade privada e através dos atos para a sua prática, de alguma forma autoriza, encoraja ou facilita a conduta particular apta a violar um direito constitucional. (BORGES NETO, 2008)⁹⁴. Os mais famosos casos que trataram da utilização da teoria da ação estatal invocaram a aplicação do direito fundamental à igualdade de tratamento, sem discriminação por motivo de cor, no âmbito privado. Mas convém destacar, mais uma vez, que o caso *Shelley v. Kraemer.*, apesar de ser contra a cláusula discriminatória, se fosse adotado como precedente, traria o fim da *state action*, o que não aconteceu⁹⁵.

⁹¹ Sobre o assunto, nem mesmo no direito americano as fronteiras seriam bem definidas: "cabera então ao Judiciário analisar o alcance da conduta praticada pelo agente, se realmente ela se resume à esfera privada ou se atingiu contornos de ato público." (BORGES NETO, 2008, P. 169).

⁹² Para se evitar, por exemplo, que o Estado delegue dada função a um ente privado para ficar imune às exigências constitucionais.

⁹³ "No caso *Marsh v. Alabama*, a Suprema Corte julgou um caso no qual certos cidadãos, proprietários de uma cidade, impediram que Marsh, praticante da religião Testemunhas de Jeová, distribuisse folhetos divulgando o credo nos limites intra-municipais. Por Marsh ter se recusado a sair da cidade, sua prisão, fundamentada numa lei estadual anti-invasão de propriedade, foi decretada. Por tal motivo, ele propôs uma ação arguindo que a lei violara seus direitos garantidos pela Primeira e Décima Quarta Emendas O Tribunal deu provimento ao apelo, decidindo que não importava se era um ente público ou particular o responsável pela cidade, pois em ambos os casos 'toda a coletividade tem interesse idêntico no funcionamento da comunidade de forma a fazer com que seus canais de comunicação permaneçam livres', estabelecendo então o teste da 'função pública'".(BORGES NETO, 2008, p. 170-1)

⁹⁴ Como por exemplo, "o requerimento de um tribunal e de uma autoridade policial de cobrar uma dívida de caráter particular, dando força a um mandado de arresto, sem que fosse garantido o devido processo legal ao réu". Se tal mandado fosse cumprido por agente particular em delegação pública, constituiria *state action*. "(BORGES NETO, 2008, p. 171)

⁹⁵ O fim seria justificado porque para a execução do contrato, seria necessária a intervenção do Estado. E naquele caso, o Estado não poderia cancelar tal discriminação. Borges Neto (2008, p. 178), bem analisa: "Caso o precedente fosse seguido à risca, o caso *Shelley* realmente importaria no fim do *state action* – de fato, ele causou enorme repercussão e foi apontado como o fim do

Nessa forma mais atenuada da doutrina, o intermediador deixa de ser o legislador e passa a ser o julgador, mas somente em casos bastante específicos, para que se evidencie a ideia de que direitos fundamentais somente são oponíveis ao Estado. Outro caso que a Corte americana reconheceu a aplicação da *state action* na relação entre particulares se deu em *Burton v. Wilmington Parking Authority*: “um restaurante, que ocupava espaço alugado do Poder Público, estava vinculado ao princípio da isonomia e não podia discriminar sua clientela com base em motivos raciais”. (SARMENTO, 2006, p. 203). Como uma síntese explicativa da doutrina da *state action*, Sarmento (2006, p. 205) colaciona trecho do julgamento do caso *Lugar v. Edmondson Oil Co*:

Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da ‘atribuição razoável’. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. [...] Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um ‘ator estatal’. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.

Frise-se que a *state action*, especialmente em sua concepção sem atenuantes, é bem alinhada em ideias liberalistas, como as que fundaram a nação americana.

No entanto, em que pese a importância das concepções acima mencionadas, o presente estudo foca-se na premissa de que os direitos fundamentais podem, sim, ser aplicados às relações entre particulares, sejam eles representantes do Estado ou não. Mesmo porque, o Estado Democrático de Direito tem como centro a dignidade da pessoa humana e a sua liberdade, esta última no seu conceito mais amplo e completo, diferente do conceito em que se estruturava o Estado Liberal. Os direitos fundamentais devem ter efetividade em todos os setores da ordem jurídica e social, porque, como ressaltado por Sarlet (2010, p. 25), é importante lembrar a lição de Jean Rivero que sustentou que “mediante o reconhecimento de uma eficácia dos

requerimento por grande parte da doutrina. É pensar: se Shelley fosse tido como precedente válido, todo ato discriminatório que fosse levado à análise de um Tribunal estadual e julgado lícito, deveria ser revertido pela Suprema Corte, pois a instância inferior estaria mantendo em vigor uma conduta discriminatória. No entanto, a Suprema Corte recusou adotar o caso Shelley em oportunidades posteriores, resultando, na visão de Chemerinsky, em um precedente que não pode plausivelmente ser adotado. Assim, considerando o caso ora analisado, pode-se dizer que o *state action* é um requerimento que não faz muito sentido.”

direitos fundamentais também na esfera das relações entre particulares estar-se-á evitando a instauração de uma espécie de dupla ética social”. Não só o Estado e nem só os particulares atuam na proteção dos direitos fundamentais, mas ambos: os direitos fundamentais, especialmente diante de indicadores de diferenças sociais como existentes no Brasil, devem ser protegidos nas relações privadas “*alongside the State and not in replacement of the State*”. (FACHIN, 2013, p. 26).

E mais, conforme já foi exposto, a questão da possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas⁹⁶, apesar de nem sempre efetiva, no Brasil tem sido reconhecida, conforme se verificará na análise de decisões do STF⁹⁷. Surgida na Alemanha em meados dos anos 50, a *Drittwirkung* desenvolve-se com o objetivo de colocar o particular também como sujeito passivo dos direitos fundamentais. Em todos os países europeus, o tema alcançou significativa expressão, mas no Brasil, especialmente em razão da Constituição Federal de 1988 não mencionar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, somente há bem pouco tempo o tema chama a atenção de seleta parte da doutrina.

Bem por isso, ainda que pareça fácil constatar, pelo menos teoricamente, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, dúvidas permanecem a respeito da forma como e em que medida tais direitos aplicam-se em conexões entre particulares⁹⁸. O que Alexy (2012) chama de “problema de construção” sobre a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas, diz respeito exatamente ao modo como os direitos fundamentais incidem nas relações privadas.

Uma das justificativas de fundamento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é a que apresenta uma distinção de tratamento quando se tratar de uma relação contratual ou não, como uma tentativa de amenizar os seus reflexos na autonomia privada. Leisner (1960, p. 384), no que diz respeito ao

⁹⁶ A questão sobre aplicação dos direitos fundamentais, neste trabalho, refere-se às relações entre particulares e não quanto à legislação. Seguindo o entendimento de Silva (2011, p. 70), “a vinculação do legislador – ainda que no campo do Direito Privado – aos direitos fundamentais é, e somente pode ser, direta”, conforme já enfatizado.

⁹⁷ “Relativamente ao ‘se’ de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares não se verificam objeções significativas, notadamente quando se compreende que esta eficácia não se restringe à problemática da vinculação dos particulares, abrangendo a influência da Constituição sobre os atos normativos infraconstitucionais de Direito Privado e sua aplicação judicial”. SARLET (2010, p. 21).

⁹⁸ O presente estudo não tem por objetivo apresentar os aspectos procedimentais que lhes são afetos, especialmente no que diz respeito à implementação jurisdicional. O que se pretende é reconhecer uma necessária abertura em relação à compreensão da problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, através de um processo complexo, dialético e dinâmico, o que assume particular relevância no aspecto do modo pelo qual se verifica concretamente essa eficácia.

contrato, defende que é possível uma limitação contratual de direitos fundamentais, quando um dos contratantes renuncia a um direito fundamental do qual é titular. Porém, tal renúncia não poderia ser ilimitada com fundamento na autonomia privada, porque determinados direitos fundamentais não poderiam ser objetos de disposição contratual. Quando se tratasse de relação extracontratual, para o autor, haveria uma ponderação entre os direitos envolvidos, levando-se em conta uma espécie de hierarquia entre eles. Schwabe (2012) ressalta que no plano extracontratual, de forma geral, é aceita a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Porém, quando se adentra à seara contratual, já se verifica uma forte resistência. Analisando as relações contratuais, o autor destaca que as investigações sobre o efeito perante terceiros tornam-se mais destacadas na questão das relações contratuais, especialmente porque tudo quanto se apresenta como prejuízo da esfera de liberdade de um parceiro contratual, deve repousar sobre o poder jurídico estatal.

Essa ideia encontra forte resistência muitas vezes porque, por trás dela, há a ideia – imprecisa, mas muito difundida e ligada à da palavra mágica da autonomia privada – de que o ter a permissão de (*dürfen*), fundamentado contratualmente, de um particular se apoiaria sobre uma liberdade de agir natural que o estado tivesse deixado ficar com os particulares e que somente tivesse delimitado por barreiras de abuso. (SCHWABE, 2012, p. 94).

A insustentabilidade dessa ideia, segundo Schwabe (2012) é demonstrada por muitos exemplos, e não apenas pela existência de um domínio de transição fluido entre relações contratuais e não-contratuais, mas pela própria doutrina do Direito Civil. Não admite a ideia de que os particulares se moveriam num espaço vazio, livre de direito, porque o dever de prestação do devedor, não decorreria da autonomia privada, mas de uma norma de Direito Positivo.

Dessa forma, o autor demonstra que o Estado já está presente no próprio nascimento do contrato, porque é ele quem distribui as competências do negócio jurídico, entre elas, a própria faculdade da produção de efeitos jurídicos desejados aos seus atos.

Para Sombra (2011, p. 78), o enfoque não se daria nos direitos fundamentais que podem sucumbir à autonomia privada e nos que não podem. Para ele, o cerne da questão não está em verificar a existência de duas formas de se tutelar o bem jurídico, mas sim em “identificar qual órgão estatal será responsável pela promoção dessa tutela: o legislador ou o juiz”. Se for somente através do legislador, tende-se a

aplicação da eficácia indireta. Se for diretamente através do juiz, em uma declaração de reconhecimento de existência, acaba sendo eficácia direta.

Neste trabalho, de início, segue-se a análise em razão da eficácia indireta, direta, ou outra resposta sobre, principalmente, a existência de mediadores ou não na questão de incidência de direitos fundamentais no contrato. A questão de que determinados direitos fundamentais não podem ser analisados em tal âmbito de estudo é uma das premissas, mesmo porque, como já foi assinalado, nem todos os direitos fundamentais podem ser invocados nas relações entre particulares. Parte-se, assim, para a análise de dois modelos que reconhecem a aplicação dos direitos fundamentais na relação privada: o modelo indireto e o direto.

4.1 APLICAÇÃO INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: OS EFEITOS INDIRETOS

Segundo tal teoria, os direitos fundamentais aplicam-se, sim, às relações privadas. Porém, tal aplicação se daria através das normas do direito privado e de sua interpretação, no momento do julgamento. “Os direitos fundamentais – precipuamente direitos de defesa contra o Estado – apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação”. (SARLET, 2012, p. 387). Eles não incidem como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio. (STEINMETZ, 2004). Há uma mediação estatal, através da intervenção dos Poderes Legislativo e Judiciário, que seriam os mecanismos de intermediação.

Tal teoria foi formulada, inicialmente, por Gunther Durig e recebeu grande destaque quando foi aplicada ao já comentado caso Luth. Eis os precursores no campo doutrinário e jurisprudencial.

Dentro de tal concepção, os direitos fundamentais seriam, em princípio, direitos subjetivos de defesa em face do Estado. Por isso, as normas constitucionais de direitos fundamentais não podem e nem devem produzir efeitos de forma imediata nas relações entre particulares, já que, enquanto o Estado não tem proteção dos direitos fundamentais, ambos envolvidos na relação privada em concreto, teriam. Logicamente, “o conteúdo, a forma e o alcance dos direitos fundamentais nas relações jurídicas interprivadas devem operar de modo distinto daquele por meio do qual operam nas relações entre indivíduo e Estado”

(STEINMETZ, 2004, p. 140). Mesmo porque, se o tratamento fosse o mesmo, haveria excessiva restrição da liberdade de cada indivíduo, que também é direito fundamental. Então, o próprio Direito Civil é que deve se encarregar de encontrar o modo e a intensidade como os direitos fundamentais se aplicariam nas relações entre os particulares. Como um exemplo brasileiro, Duque (2013, p. 201) cita o Código de Defesa do Consumidor, como uma atuação do legislador dentro do preceito constitucional previsto no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

O legislador cria a norma de Direito Privado e o juiz a interpreta, ambos de acordo com os direitos fundamentais. Nesse ponto, destacam-se, as cláusulas gerais e conceitos indeterminados⁹⁹, instrumentos de grande importância para a aplicação da teoria dos efeitos indiretos¹⁰⁰. A força jurídica dos direitos

⁹⁹ Para Streck (2012, p. 46), cláusulas gerais são aquelas normas que “se caracterizam pela abertura e possibilidades de criação conferida ao intérprete”. Tal “sistema” de cláusulas gerais traz considerações sem concepções definidas, que permitem maior liberdade do intérprete. Tratando sobre o assunto de forma significativa, Karl Engisch (1996, p. 95-98), assevera que cláusulas gerais são aquelas que se contrapõem a uma elaboração casuística das hipóteses legais. E são compreendidas como as formulações das hipóteses legais que, em termos de grande generalidade, abrangem e submetem a tratamento jurídico uniforme todo um domínio de casos. Segundo o autor, elas não possuem estrutura própria, do ponto de vista metodológico, afirmando até que elas não “existem” em sentido próprio. São normas ou preceitos jurídicos cujos termos são dotados de elevado grau de generalidade. Para Martins-Costa (2000, p. 286) “estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar puntualmente a hipótese e as suas consequências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais”. Hironaka (2002, p. 1), discorrendo sobre as cláusulas gerais, explica que: “constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei clara, uniforme e precisa [...] – foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. ‘A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de direito, provavelmente a cláusula da boa-fé objetiva, nos contratos, seja mais útil que deficiente, uma vez que, por boa-fé, *tout court*, se entende que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral)”. Apesar de se tratar de conceitos bastante aproximados, tecnicamente, afirma-se que cláusulas gerais não se confundem com conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista que, apesar de ambos tratarem de vagueza legislativa, na cláusula geral, além de dizer ao que o conceito se refere, deve-lhe atribuir a consequência jurídica respectiva. No conceito jurídico indeterminado, após o julgador determiná-lo, já se tem sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao julgador, tão somente, aplicar referida solução.

¹⁰⁰ Sobre o campo de incidência da eficácia indireta dos direitos fundamentais, Duque (2013, p. 198/199) faz observação bastante pertinente sobre a controversa interpretação dada a Durig: “outros conceitos jurídicos, que não aqueles de conteúdo notadamente abstrato, prestam-se à uma interpretação conforme a constituição e, por conseguinte, como veículo para a transposição e adequação do conteúdo dos direitos fundamentais para o tráfego jurídico privado”. O exemplo citado sobre a norma consumerista bem ilustra a afirmação do autor. No entanto, em nota de rodapé,

constitucionais somente se estende aos particulares através da legislação privada: “[...] quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípio de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização [...]” (ANDRADE, 2001, p. 276). “Certo é que os direitos fundamentais em geral carecem de uma norma de direito privado como chave (*Norm des Zivilrechts als Schlusse*)”. (DUQUE, 2013, p. 197). Ou seja, os defensores da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais sustentam que tais direitos são protegidos no campo privado não através dos instrumentos existentes na aplicação do próprio direito constitucional, mas sim por meio de mecanismos típicos do Direito Civil. (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 68).

Através da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, o Direito Civil manteria a sua autonomia, mesmo porque ele também protege bens e valores tão relevantes quanto os direitos fundamentais: é através dele que o indivíduo tem o espaço de liberdade necessário ao seu desenvolvimento. Se os direitos fundamentais fossem aplicados de forma direta nas relações privadas, segundo o aporte teórico de tal tese, a autonomia privada seria eliminada e, conseqüentemente, haveria uma perda da identidade e independência do Direito Civil perante o direito constitucional. (STEINMETZ, 2004). A aplicação dos direitos fundamentais através das cláusulas gerais, “salvaguarda, por um lado, a autonomia do direito privado, [...] e salvaguarda, por outro, a unidade do direito total, naturalmente necessária na moral jurídica”. (DURIG, 2012, p. 35).

Ganha ênfase, nesta teoria, o argumento de preservação do princípio da segurança jurídica. É o legislador que tem a função primordial de levar em consideração a aplicação dos princípios fundamentais na norma privada, a fim de se evitar insegurança jurídica¹⁰¹.

também acentua o seu entendimento passível de opiniões divergentes: “Como adverte STERN, K. Staatsrecht III/1, p. 1.558, um olhar mais atento aos escritos de Gunther Durig revela que a sua concepção original sobre a Drittwirkung indireta é mais flexível do que geralmente é interpretada pela doutrina, haja vista que não se restringe às cláusulas gerais e conceitos indeterminados, sendo essa apenas uma forma geral de se colocar a questão; entendimento contrário é defendido por LUCKE, J. DW, p. 383, sustentando que a concepção de Durig limita-se àqueles conceitos indeterminados e cláusulas gerais.”

¹⁰¹ Trata-se da aplicação da teoria da essencialidade, desenvolvida pelo BVerfG no que concerne à relação entre Estado e cidadãos. O legislador deve, sob sua responsabilidade política, tomar as decisões essenciais no âmbito normativo fundamental, como um dever decorrente dos princípios do Estado de direito e democrático e da separação de poderes. “Intervenções significativas no âmbito negocial privado, como, por exemplo, determinações relativas à (in)capacidade para celebração de atos da vida civil, à validade ou nulidade do negócio jurídico, à ilicitude dos atos jurídicos, dentre tantas outras, devem ser objeto, igualmente, da ação legislativa”. (Duque, 2013, p. 199/200).

Apesar de bastante consistentes os argumentos da tese em questão, ela não tem matização única. Steinmetz (2004, p. 148-151) identifica que a teoria apresentase em diferentes gradações, partindo-se de uma versão severamente restritiva, a uma menos restritiva. Numa primeira matização, sujeita a eficácia das normas de direitos fundamentais aos particulares exclusivamente à concreção legislativa. Na segunda variação, num primeiro momento, a eficácia dependeria da atuação do legislador. Porém, na ausência de norma específica, o juiz utilizaria cláusulas gerais preenchidas com conteúdo valorativo do direito fundamental posto em questão. Se não fosse possível através de cláusula geral, o direito fundamental não vincularia o particular.

A terceira matização traz, também, a preferência pelo trabalho do legislador. Na ausência de atuação específica, o juiz também utilizaria as cláusulas gerais preenchidas com o valor do direito fundamental em jogo. Não sendo possível por essa via, excepcionalmente, diante da desigualdade evidente entre os particulares, os direitos fundamentais seriam aplicados de forma direta.

E na quarta variação, diante da inexistência de lei ou da impossibilidade de se aplicar as cláusulas gerais, o direito fundamental seria aplicado de forma direta e imediata, independentemente da desigualdade fática dos particulares.

Entre as quatro variações, a doutrina divide-se. No entanto, conforme enfatiza o autor, independentemente da matização, a eficácia indireta é a adotada pelo Direito Alemão, sem grande aceitação na perspectiva da doutrina brasileira, conforme se verá adiante.

4.1.1 Teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos Direitos Fundamentais

Não se pode negar a existência, ainda, de outro caminho para fundamentar, com mais precisão, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. De acordo com a teoria dos deveres de proteção, o Estado tem o dever não apenas respeitar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los diante de lesões e ameaças provenientes de todos, inclusive os particulares. (SARMENTO, 2006). Os direitos fundamentais possuem a função de obrigar o Estado à proteção dos seus cidadãos, como mandamentos de tutela. (CANARIS, 2010).

Defende-se que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é sobre ele que recai, também, o dever de os proteger. Mas os cidadãos também recebem os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre si, “justamente porque no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro”. (CANARIS, 2009, p. 58).

De início, as normas de direitos fundamentais seriam dirigidas às relações entre particulares e Estado. Mas este, além do dever de respeitar tais direitos e de criar as condições necessárias para a sua realização, teria, ainda, a obrigação de protegê-los contra quaisquer ameaças, inclusive as que resultam de atuação dos particulares. (ANDRADE, 2010). Canaris (2010, p. 216), um dos precursores da defesa de tal teoria, explica a função dos direitos fundamentais como mandamentos de tutela, apreciando a questão posta em juízo como uma problemática que consiste em verificar, no caso concreto, se o ordenamento jurídico protege um cidadão contra o outro, como por exemplo o banco que exige fiança de um indivíduo para um contrato que implica o pagamento de uma dívida elevada e como uma mulher que não deseja informar ao seu filho a identidade de seu pai biológico.

A teoria dos deveres de proteção dá, então, um suporte teórico plausível para a eficácia mediata dos direitos fundamentais. Justificaria, portanto, a afirmação de que o único destinatário dos direitos fundamentais é o Estado e, ao mesmo tempo, a questão afeta também os outros cidadãos, através de via oblíqua: O Estado, como destinatário, está obrigado a proteger o indivíduo contra outro, nas relações entre si. (CANARIS, 2010). Os direitos fundamentais que, de imediato, vinculam o Estado, também podem vincular outros titulares pela via indireta da apreciação de conflitos: além do dever de observar a esfera de liberdade individual garantida pelo direito fundamental, o Estado (Poder Judiciário) tem o dever de proteger os direitos contra agressões oriundas de particulares. “Esse é a espírito que norteia a teoria e dogmática do efeito horizontal e do dever estatal de tutela”. (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p. 97).

No entanto, parece não haver incoerência em sustentar que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas pela teoria dos deveres de proteção não implica, necessariamente, excluir a possibilidade dos particulares também estarem vinculados por determinados deveres de proteção. Mesmo nas relações entre particulares, exige-se um dever de respeito e tolerância em relação aos direitos

fundamentais dos demais sujeitos de direitos. (SARLET, 2010). De fato, o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, mesmo porque, sendo os direitos fundamentais princípios objetivos, fica legitimada a ideia de que o Estado se obriga não apenas a resguardar os direitos do indivíduo contra qualquer investida do Poder Público, mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por qualquer pessoa. (MENDES, 2014).

Porém, nada impede que a teoria dos deveres de proteção também seja ressaltada no caso da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ela não é afastada, mas, pelo contrário, também fundamenta a ação do Estado na proteção do particular mesmo diante de uma adotada incidência direta. Mesmo porque os postulados dos direitos fundamentais são intervenção e proteção: “haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Ubermassverbote*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbote*)”. (MENDES, 2014, p. 37).

4.1.2 Principais críticas a respeito da teoria da aplicação indireta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas

Tem-se visto que os argumentos a favor da teoria da eficácia indireta ainda guardam resquícios do liberalismo, com a exagerada preocupação com a autonomia privada, como um direito intangível.

De fato, através da aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, o Direito Privado permaneceria bastante delimitado e autônomo. Também através dela, alegam seus defensores, evitar-se-ia uma trivialização dos direitos fundamentais ao passo que seria valorizado o princípio da legalidade. E se a teoria da eficácia indireta ganhou alguns adeptos na doutrina do Direito Comparado, não é menos verdade que deixa uma série de questões em aberto.

A tese é criticada, principalmente, por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no âmbito privado, que dependeria de decisões adotadas pelo legislador ordinário.

Ademais, é inegável a crescente influência do Direito Constitucional em todo o ordenamento jurídico. E essa constitucionalização do Direito não implica afirmar que seriam subtraídas competências do Direito Civil e entregues ao Direito Constitucional. “A relação entre direito constitucional e direito privado não é de

exclusão, mas de complementação”. (STEINMETZ, 2004, p. 154). Como já foi exposto, a constitucionalização do Direito é da própria natureza do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, os principais instrumentos de utilização da teoria, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados nem sempre estarão às mãos do intérprete. E quando estiverem, a diferença entre a teoria de eficácia direta e a teoria da eficácia indireta, seria apenas um ponto: na primeira, as consequências seriam derivadas dos próprios direitos fundamentais e, na segunda, essas consequências seriam fixadas pelas cláusulas gerais do Direito Civil. (DUQUE, 2013)¹⁰². Não se pode deixar apenas ao nível infraconstitucional a garantia de um direito fundamental.

Sarmiento (2006) salienta que a adoção da teoria da eficácia indireta torna a proteção dos direitos fundamentais refém da vontade incerta do legislador ordinário, fazendo com que estes direitos não tenham uma proteção adequada, compatível com o seu status e fundamentalidade.

Outra crítica é sobre a concepção formulada por Durig, baseada em valores jurídicos e constitucionais, com base na dignidade humana, o que é por demais vago. “Faltariam, assim, parâmetros racionais para uma intermediação de sentido (Sinnermittlung) jurídico entre o direito civil e os valores da constituição”. (DUQUE, 2013, p. 294). “E há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição”. (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 70). Também no sentido de uma débil fundamentação dogmática bem como de sua eventual desnecessidade, é o entendimento de Mendes. (2014). Quanto à fundamentação dogmática, tal teoria apresentaria os mesmos problemas da jurisprudência que entende a Constituição como ordem de valores, o que impossibilita uma opção clara sobre que valores prevaleceriam em determinada situação. Quanto à sua desnecessidade, argumenta-se que, em caso de adequada legislação ordinária, o recurso a esta teoria seria dispensado.

Ademais, pelo menos dentro da análise extensiva dos direitos fundamentais, eles não se limitam às linhas diretivas para a interpretação. Podem ser utilizados como comandos diretos e imediatos. “A proposta do minimalismo constitucional, que procura destituir a Lei Maior de sua dimensão política e axiológica, para reservar-lhe

¹⁰² Que, em tese, nada delimitariam, mesmo porque tanto as cláusulas gerais quanto os conceitos indeterminados, dada a característica de vagueza anteriormente exposta, dizem tudo e dizem nada.

um papel puramente procedimental, não é compatível com as conquistas do processo civilizatório”. (BARROSO, 2006, p. 46). O próprio Hesse (1991) ressalta que questões constitucionais, em sua origem, são questões políticas e não jurídicas¹⁰³.

No que concerne à teoria dos deveres de proteção, também está sujeita a diversas críticas. Ela poderia conferir poderes em demasia ao juiz, aumentando a insegurança jurídica e também pode encobrir o fato de que, no contexto da sociedade contemporânea, a exclusão da proteção da relação entre particulares, só poderia se dar por mero preconceito, especialmente quando, na relação, verifica-se a existência de poder social. (SARMENTO; GOMES, 2011).

Além disso, assim como a teoria da eficácia indireta, torna a proteção dos direitos fundamentais na relação privada refém da vontade do legislador ordinário. Isso seria incompatível com a própria noção de direito fundamental.

A ideia da teoria dos deveres de proteção é correta, porque, de fato, cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares, sejam eles ameaçados pelo Estado ou por outros particulares. No entanto, está fundada em premissa equivocada, já que não só o Estado está primariamente vinculado aos direitos fundamentais. Eticamente, não se justifica tal afirmação e nem se amolda à realidade do Estado Democrático de Direito. De toda forma, tal teoria mostra-se contraditória porque o Estado só pode estar obrigado a impedir uma lesão a direito fundamental causada por um particular se, obviamente, ao particular não for lícita tal conduta. (SARMENTO, 2006).

Assim, fica demonstrado que a teoria da eficácia indireta, bem como a sua justificação através da teoria dos deveres de proteção, não se amolda às características singulares da ordem constitucional brasileira, que dá destaque à defesa dos direitos fundamentais da forma mais ampla possível, seja em relação ao Estado, seja em relações privadas, diferente do que ocorre no direito alemão. O ordenamento constitucional brasileiro, desde o seu preâmbulo, qualifica os direitos individuais como valores supremos da sociedade brasileira e estabelece, ao fim do extenso rol capitulado no seu Título II que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou dos

¹⁰³ Neste sentido, para adequação da Constituição à realidade político-social, Hesse (1991) conclui que devem ser considerados os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica e que devem ser investigados os pressupostos de eficácia da Constituição.

tratados internacionais rubricados pelo Brasil, além de expressamente prever a aplicabilidade imediata.

E mais, quando apresenta como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, leva em consideração que o ser humano, em sua dignidade, tem prioridade na concretização de todos os direitos, sem qualquer limitação quanto à eficácia do dispositivo. Sendo objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a redução de desigualdades sociais e promoção do bem de todos sem quaisquer formas de preconceitos ou discriminações, evidencia-se que não pode haver uma concreção limitada ou indireta dos direitos fundamentais simplesmente por se tratar de relação privada. Pelo contrário, a solidariedade diz respeito ao ser humano em relação ao seu par, bem como evidencia-se nas relações entre os particulares a necessidade da redução da desigualdade social e a proteção das pessoas contra quaisquer preconceitos e discriminações.

A concretização dos direitos fundamentais deve ser a mais ampliativa possível, buscando-se deles a leitura mais favorável que se possa ter, como própria manifestação de sua eficácia irradiante. Ilustrando tal assertiva, pode-se mencionar a extensão que a jurisprudência vem dando à assistência judiciária gratuita também às pessoas jurídicas economicamente hipossuficientes.

4.2 A APLICAÇÃO DIRETA OU IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: OS EFEITOS DIRETOS

Segundo tal teoria, os direitos fundamentais se aplicam às relações entre particulares independentemente de quaisquer atravessadores, especialmente o legislador. Surge diretamente da Constituição, e não somente das normas de desenvolvimento desta, a obrigação dos cidadãos de respeitar os direitos fundamentais. (QUADRA-SALCEDO, 1981). A norma constitucional se torna parte integrante da própria normativa destinada a regular a concreta relação”. (PERLINGIERI, 2008, p. 579).

Ela ganhou repercussão a partir de Nipperdey, especialmente através de sua obra intitulada “A Dignidade Humana”, publicada na Alemanha em meados da década de 50. Logo depois, em 1960, Leisner publicou uma obra intitulada “Direitos

Fundamentais e Direito Privado”, reforçando a tese de Nipperdey. Esses são os dois precursores da chamada *Drittwirkung* direta. (DUQUE, 2013).

Nipperdey (2012, p. 52-60) dá enfoque ao fato de que o Direito Privado não é fundado apenas no Código Civil, mas tem como fundamento mais profundo e eficaz os direitos fundamentais e de liberdade da cultura antiga e ocidental. Segundo o autor, “o direito privado é um componente integrante do ordenamento jurídico total e uniforme, liberal e social”. Na verdade, dentro de sua concepção, a Constituição “garante o ordenamento jurídico privado em seus elementos essenciais e concede a ele proteção, firmeza e liberdade perante o Estado”. Mas não só isso. Alguns direitos fundamentais vinculam o Estado e outros, o Estado e os indivíduos. E ainda assim, uma série deles tem a função de proposições de ordem ou normas de princípio, portanto, normas objetivas para o ordenamento jurídico total. Com isso, vinculam “também o tráfego do direito privado imediatamente, isto é, não primeiro com base em leis que foram [...] promulgadas”. Enfim, Nipperdey expõe que o Direito Constitucional da atualidade, no que se refere a outros ramos jurídicos, especialmente o privado, não contém somente “proposições diretrizes’ ou ‘regras de interpretação’, mas uma regulação normativa do ordenamento jurídico total como unidade, da qual também emanam imediatamente direitos privados subjetivos do particular”. A Constituição incide sobre todo o Direito, mesmo porque, na mesma linha de raciocínio do referido autor, não se pode aceitar que o Direito Civil forme uma espécie de “gueto à margem da ordem constitucional”. (SARLET, 2012, p. 388).

O ponto central da teoria, assim, “reside na constatação de que alguns direitos fundamentais alicerçam pretensões que não são dirigidas exclusivamente ao Estado, mas, igualmente, a sujeitos privados”. (DUQUE, 2013, p. 106). Suas premissas básicas são: as normas de direitos fundamentais dão garantias aos cidadãos não somente contra o Estado, mas também contra outros cidadãos¹⁰⁴; os direitos fundamentais são direitos subjetivos independentemente da relação ser pública ou privada e, por serem direitos subjetivos constitucionais, operam eficácia independentemente de lei regulamentadora ou de outros recursos como cláusulas gerais, a não ser que o próprio Poder Constituinte tenha previsto de forma diversa. (STEINMETZ, 2004).

¹⁰⁴ Trata-se do *status socialis* de Nipperdey, que traz uma posição jurídica autorizadora de elevação do particular a uma pretensão de respeito contra todos (Steinmetz, 2004).

Duque (2013) sintetiza que os argumentos que sustentam a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas são cinco: 1) o fundamento de todo o Direito é a dignidade da pessoa humana; 2) os direitos fundamentais são valores supremos que devem ser assegurados na vida social; 3) durante o tempo, os direitos fundamentais modificaram-se, especialmente no sentido de que não são somente poderes de defesa contra o Estado, mas também contra os poderes sociais privados; 4) os direitos fundamentais são direitos multidirecionais, porque vigem não só nas relações com o Estado; 5) quando se considera que os direitos fundamentais têm vigência imediata perante os poderes públicos, devem também ser considerados imediatamente vigentes no âmbito privado. O que não seria permitido ao Estado, também não seria ao particular.

Em forma semelhante ao que faz com relação à teoria da eficácia indireta, Steinmetz (2004) demonstra que a teoria da eficácia direta também se apresenta em diferentes matizes, ou variações. A primeira delas, considerada a matiz “forte”, os direitos fundamentais teriam eficácia geral, plena e indiferenciada, com uma eficácia absoluta, nos termos formulados por Nipperdey. A segunda variação é uma intermediária: a eficácia das normas de direitos fundamentais é imediata, porém não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada. A terceira versão, “fraca”, os direitos fundamentais se aplicam diretamente nas relações privadas, sobretudo onde exista desigualdade fática entre os particulares: há um com superioridade econômica e ou social e outro em posição de subordinação ou inferioridade.

A fragilidade na primeira versão estaria na conclusão de que ela desconsidera que o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é questão de colisão de direitos fundamentais e que a autonomia privada também é bem constitucionalmente protegido. Em compensação, a versão fraca revela-se ambígua: “na literatura constitucional, ora ela aparece como uma versão autônoma, ora como uma exceção à teoria da eficácia mediata e ora como uma (sub) variação da versão ‘intermediária’ da eficácia imediata”. O autor conclui, então, que os melhores argumentos acompanham a variação intermediária, porque o problema da eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares é uma questão de colisão de direitos fundamentais; a autonomia privada também é um direito constitucionalmente garantido e, no caso concreto, o alcance e a medida da eficácia de tais direitos deve ser o resultado de uma ponderação de direitos, interesses ou bens em jogo.

Diante disso, pode-se notar que tem resguardo a teoria da eficácia direta, sem existência de intermediários para aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isso não implica dizer que deve se considerar uma eficácia absoluta e ilimitada.

4.2.1 Principais críticas a respeito da teoria da aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas

As objeções em relação à eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas são feitas, geralmente, pelos defensores da teoria da eficácia indireta.

Argumenta-se que, se a Constituição tivesse por objetivo que seus direitos fundamentais incidissem de forma direta nas relações privadas, assim teria disposto. Na verdade, tal argumento não tem consistência porque não é o fato de não estar previsto expressamente na Constituição, que sua autorização não existe. Ademais, no contexto brasileiro, foi adotado o princípio da aplicabilidade imediata ou direta dos direitos fundamentais sem diferenciar entidades públicas ou privadas, sendo que, num contexto de interpretação extensiva de tais direitos, não há como restringir sua aplicação à relação entre indivíduo e Estado.¹⁰⁵ Essa ausência de citação sobre a eficácia perante os poderes públicos e particulares, não significa, de forma alguma, que ambos não estejam vinculados pelos direitos fundamentais, mas no entendimento de Sarlet (2012, p. 374), é proposital: “Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia”. Assim, a questão não se trata de reconhecer se os particulares também devem, nas relações entre si, sujeitarem-se à eficácia dos direitos fundamentais. Trata-se de se verificar o alcance e a forma de vinculação.

Outra crítica diz respeito à equiparação da relação particular com particular e particular com Estado, que não pode acontecer. O Estado, de fato, não é titular de direitos fundamentais. Mas essa crítica também não merece prosperar, já que a teoria não deixa de reconhecer que determinados direitos fundamentais só se

¹⁰⁵ Art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

aplicam na relação entre indivíduo e Estado. Ou seja, tais relações não são equiparadas. Permanece a ideia inicial de que os direitos fundamentais surgem, em sua concepção, para proteção dos indivíduos contra o Estado, sim. Mas com os avanços sociais e jurídicos, não há como se ignorar determinadas relações que não envolvem o ente estatal e que uma, ou ambas as partes, merecem ter seus direitos fundamentais resguardados. Não se questiona sobre os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm por destinatário única e exclusivamente o Estado, como os remédios constitucionais e os direitos políticos.

A crítica quanto à desconsideração da autonomia privada e o fato de que a mesma também é direito fundamental, não se choca com tal teoria. Em determinados casos, pela colisão de direitos, prevalecerá a autonomia privada, como direito constitucionalmente garantido. Em outros casos, a autonomia sucumbirá diante de outros direitos mais importantes a ser resguardados, sem que implique desconsideração da segurança jurídica. E ainda há de se observar que não há uma posição de tudo ou nada: o que se objetiva é a maximização da eficácia dos direitos fundamentais.

Outro ponto questionado sobre a teoria em questão diz respeito ao desprezo da autonomia do Direito Privado como disciplina, prejudicando o seu próprio desenvolvimento. No entanto, as relações privadas continuam sendo regulamentadas pelo Direito Civil sem que este perca sua essência: ele apenas deve se desenvolver, como de fato ocorrerá, na linha dos ditames constitucionais.

No que pertine ao grau de ausência de clareza, previsibilidade e segurança jurídica que tal teoria traria ao sistema, também não merece prosperar mesmo porque, por evidência, a teoria da eficácia indireta também não traria argumentos contrários quanto a isso. Steinmetz (2004, p. 162) questiona: “Do ângulo da segurança jurídica, qual é o ganho real ao afastar a aplicação imediata de normas de direitos fundamentais em favor da aplicação de cláusulas gerais ‘preenchidas’ pelo conteúdo valorativo-objetivo dos direitos fundamentais?” O próprio autor responde que se, por um lado, as normas de direitos fundamentais são imprecisas, por outro, as cláusulas gerais também têm elevado grau de indeterminação: “A rigor, dos pontos de vista lingüístico, estrutural e dogmático, as cláusulas gerais são tão vagas quanto as disposições de direitos fundamentais”.

Por fim, alega-se que a teoria de eficácia imediata é incompatível com a separação de poderes e com os princípios democráticos. Também não há

fundamento porque tal teoria não se sobrepõe ao legislador. Pelo contrário, se o desenvolvimento legislativo é compatível com a Constituição, o julgador não pode nem se sobrepor a ele. (STEINMETZ, 2004).

Dentro da perspectiva civil-constitucional, mesmo considerando a existência de tais críticas, não há como se dissociar da perspectiva da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

4.3 A EFICÁCIA INDIRETA, DIRETA OU A IMPOSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO UNIFORME PARA A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICADOS À RELAÇÃO ENTRE PARTICULARES?

A doutrina alemã apresenta a nítida tendência à eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No entanto, como já foi mencionado, tal teoria no Direito brasileiro não encontra grandes defensores, mesmo porque, diante da previsão constitucional de 1988 sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais, independentemente de relação pública ou privada, tal eficácia tem se efetivado sem qualquer impedimento ou mediador¹⁰⁶. Conforme observa Sarlet (2010, p. 25), esse fato é considerado, pela doutrina majoritária, como “uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados e assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais.”

Assim, aqui, a grande maioria dos autores que se debruçaram sobre o tema sustentam, com acerto, a vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais, especialmente porque levam em conta as características singulares da ordem constitucional pátria, muito mais voltada para o combate à injustiça nas relações privadas do que a Constituição alemã. Também adotando a tese de vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ainda que com variações em termos doutrinários e jurisprudenciais, tem-se como exemplos emblemáticos Espanha, Portugal, Argentina e Colômbia. (SARLET, 2010).

Como exceções doutrinárias brasileiras sobre a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, temos “Luís Afonso Heck, bem como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins – todos eles autores fortemente influenciados pelo

¹⁰⁶ Dentre os autores que defendem a aplicação da eficácia direta, na linha de Nipperdey, destacam-se, assim, em âmbito nacional, Ingo Sarlet, Luís Roberto Barroso, Gustavo Tepedino, Wilson Steinmetz e Jane Reis Gonçalves Pereira.

pensamento constitucional alemão”. (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 70). Da mesma forma, pode-se acrescentar Marcelo Schenk Duque¹⁰⁷. Estes autores advogam a adoção, no Brasil, da solução germânica para o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, através da teoria da eficácia indireta.

Na verdade, e isso os referidos autores concordam, se o ordenamento, como um todo, está totalmente sujeito às normas constitucionais, o Direito Civil não foge de tal desiderato. O Direito Civil pode ser considerado um prolongamento do Direito Constitucional, especialmente nas relações contratuais. Lorenzetti (1998, p. 255), entendendo que a própria Constituição é uma norma jurídica, considera que a mesma é fonte imediata e tem operatividade direta: “por isso, tem-se afirmado que a Constituição é uma lei positiva e pode ser alegada nos tribunais”.

Assim, “a concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição” (PEREIRA, 2006, p. 185). Para Fachin (2013), levando-se em consideração uma estrutura formada para proteção e incentivo da dignidade da pessoa humana, é evidente que os direitos fundamentais devem ser direta e imediatamente aplicados às relações privadas. O próprio caráter analítico da Constituição Federal de 1988 já evidencia que o Constituinte demonstra certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional. (SARLET, 2012).

Quanto à questão do fim da autonomia privada com a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações contratuais, também não há que ser levada como se, de fato, houvesse superação de tal direito também constitucional. A questão, ressalva Pereira (2006, p. 182), é saber se a autonomia privada “deve *prevalecer* em face dos demais direitos fundamentais quando tratar-se de relação jurídica entre

¹⁰⁷ “[...] há que se referir que a mera incidência de poder privado em uma determinada relação jurídica não contraria, por si só, a constituição, não sendo suficiente, nesses termos, para justificar uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Isso se deixa comprovar sob duas perspectivas diversas. A primeira é que o próprio conceito de direito subjetivo que, diga-se de passagem, é um conceito central na dogmática de direito privado, não é outra coisa do que a representação técnica de um conjunto de fatos, onde um sujeito de direito privado possui um poder jurídico particular perante outro sujeito ou do ponto de vista de um determinado bem jurídico (e nesse caso indiretamente perante terceiros, que igualmente se interessam por esse bem), a segunda é que mesmo os detentores de poder social são titulares de liberdade, razão pela qual se torna difícil potencializar a eficácia dos direitos fundamentais em face de uma desigualdade de poder”. (DUQUE, 2013, p. 303-4). Também, quando apresenta a conclusão de sua obra, Duque ressalta que a construção de seu trabalho “encontra fundamento em um modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas e, em particular, à luz de um modelo de deveres de proteção estatais”. (2013, p. 408).

particulares”. Como todo direito fundamental, precisa ser protegida ao mesmo tempo que não pode vigor ilimitadamente. De início, convém destacar, conforme já foi exposto, que a autonomia privada significa liberdade¹⁰⁸ dentro da garantia de igualdade e livre desenvolvimento da personalidade na relação entre particulares, vinculada à própria dignidade da pessoa humana. É perfeitamente possível que o particular, por exemplo, firme contrato que não lhe seja vantajoso. Porém, tal liberdade não é ilimitada, sendo possível aplicar-se o preceito de proporcionalidade como forma de se avaliar a conduta a que se atribui uma lesão a direito fundamental. Eis a questão do “problema de colisão” que Alexy (2012) destaca sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Uma das vertentes que dão base à tal constatação é a de que o indivíduo tem liberdade, mas não uma liberdade ilimitada e que se leva em consideração um indivíduo isolado, desprovido de conexões na vida social. É a liberdade de uma pessoa vinculada a uma comunidade.

Ainda, nesses termos de reconhecimento do direito à liberdade através da autonomia privada, não é menos verdade que há necessidade de adoção de um modelo que demonstre a compatibilidade da garantia dos direitos fundamentais invocados para a sua restrição.

O importante é se levar em conta que o fundamento é a dignidade da pessoa humana¹⁰⁹, estejam os particulares em pé de igualdade ou não, de forma que deve existir um dever geral de respeito por parte de todos os integrantes da comunidade para com os demais¹¹⁰. A (in) existência de poder social não é determinante para o

¹⁰⁸ Prata (1982, p. 139-140), também advoga pela eficácia direta: “Ainda mesmo que se não operasse uma oitocentista e injustificada sobreposição dos conceitos de liberdade e autonomia privada, a tentativa de defender, com argumentos retirados da própria Constituição, a ineficácia directa dos direitos fundamentais no domínio relacional interprivado não teria qualquer êxito: já porque se trata de uma interpretação restritiva que não encontra qualquer apoio literal na lei, já porque a noção de paridade de situações na sociedade civil que lhe subjaz é contraditória com a posição constitucional – reiteradamente afirmada – de conhecimento e tomada em consideração das desigualdades reais, já porque enfim, a concepção de liberdade utilizada também não é a da Constituição. [...] Esta é uma componente de um sistema de atribuições cometidas ao Estado para fazer progredir a vida social num sentido mais livre, e constitui uma forma concreta de abolir, tendencialmente, ‘a exploração e a opressão do homem pelo homem’”.

¹⁰⁹ Por mais paradoxal que seja, leva-se em conta a dignidade da pessoa humana no que pertence ao direito fundamental violado, mas também se leva em conta a mesma dignidade da pessoa humana como fundamento da própria autonomia privada.

¹¹⁰ O fundamento é a dignidade da pessoa humana, mas isso não significa dizer que somente onde a dignidade da pessoa humana estiver em questão é que devem se aplicar os direitos fundamentais de forma direta. Na verdade, a aplicação direta, decorre de própria previsão constitucional expressa. Neste sentido, Sarlet (2010), não recomenda a adoção de tese mais restritiva de que apenas a dignidade humana vincula diretamente os particulares.

reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas¹¹¹. Fachin (2013, p. 27) ressalta que, especialmente na relação entre particulares, a solidariedade é essencial para se participar da proteção da dignidade da pessoa humana¹¹².

Os direitos fundamentais aplicados às relações privadas, portanto, podem decorrer do próprio texto constitucional, independentemente de sua previsão na legislação civil.

Quanto à forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a regra, portanto, deve ser a da eficácia direta. Porém, não é menos verdade que se existem mecanismos dentro do próprio âmbito do Direito Civil garantindo, por si só, os direitos fundamentais, não será preciso invocar a aplicação direta da Constituição na relação privada contratual. Ou seja, a Constituição será usada como comando normativo, de forma direta e imediata. Só não será quando a lei infraconstitucional estiver regendo diretamente a relação e tal lei está de plena conformidade com os preceitos constitucionais.

Tudo isso, sem desconsiderar que aos indivíduos ainda deve ser resguardada uma esfera livre de ação estatal. Um âmbito de autonomia individual inviolável deve ser mantido, para que as pessoas possam agir de acordo com a sua vontade, dentro de uma concepção positiva do direito à liberdade e segundo sua concepção de busca da felicidade, desdobramento da própria dignidade da pessoa humana.

Se cada ser humano deve ter sua dignidade respeitada, a consequência lógica é que não há solução idêntica para todos os casos. Coerente, portanto, é o entendimento de Sarlet (2012), para quem, apesar de deixar claro que concorda com o entendimento da eficácia direta nas relações entre particulares, não há como conceder uma solução uniforme à questão. Os atores privados são bastante distintos e os valores da dignidade da pessoa humana bem como a autonomia privada, devem ser observados no caso concreto¹¹³. Em princípio, pode existir uma

¹¹¹ Entendimento contrário tem Andrade (2001), que aceita a vinculação direta somente quando é possível identificar uma evidente situação de desigualdade entre as partes.

¹¹² No entanto, ressalta Fachin (2013, p. 27) o que se tem visto é um abismo gigante entre a teoria e a prática. Explica que a linha divisória entre o público e o privado está mudando e, dentro desse quadro, num mundo complexo, não é fácil de se compreender a questão.

¹¹³ O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido usado para justificar decisões de alcances diversos, como a nulidade de cláusula contratual limitadora de tempo de internação hospitalar. (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 372). A inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, declarada através da Súmula Vinculante n. 25, também teve como fundamento a dignidade da pessoa humana.

norma de Direito Privado suficiente para garantia dos direitos constitucionais fundamentais. Neste caso, poder-se-ia dizer que se está diante de uma aplicação indireta dos direitos fundamentais através do legislador, que editou norma nos termos da Constituição. Em casos de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, os seus conteúdos serão preenchidos de acordo com as normas de direitos fundamentais, o que se daria também através de uma eficácia indireta. Por fim, quando a lei for omissa ou mesmo não existir, quando não houver cláusulas gerais ou conteúdos indeterminados a ser preenchidos, quando o campo da norma de Direito Civil for mais restrito ou mesmo incompatível com a Constituição, haverá aplicação direta dos direitos fundamentais.

Tal diversidade de efeitos jurídicos, nos dizeres de Sarlet (2014, p. 77/78), “já resulta da circunstância de que os direitos fundamentais formam um conjunto complexo e heterogêneo de posições jurídicas, seja no que diz com seu objeto e âmbito de proteção, seja no que concerne à sua estrutura normativa”. Assim, o autor defende uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais: “em princípio, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal”. Mas uma solução constitucionalmente adequada somente pode ser assegurada dependendo das particularidades do caso concreto e dos direitos fundamentais envolvidos, observando-se as disposições legais vigentes e levando em consideração os métodos de interpretação e solução dos conflitos entre direitos fundamentais, como por exemplo a proporcionalidade. Por outro lado, entende o autor que adotar uma eficácia direta *prima facie* “não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível e gradual”¹¹⁴.

Em sentido muito próximo, é o entendimento de Canotilho (1998) que, advogando pela eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, aponta para a necessidade de criação de soluções diferenciadas conforme o caso concreto. Para ele, em primeiro lugar, o Poder Judiciário deve aplicar as regras de Direito Civil em conformidade com os direitos fundamentais, através da interpretação conforme à Constituição. Se não for possível tal interpretação, através do controle

¹¹⁴ No mais, “seguimos sustentando que a resposta constitucionalmente adequada no caso do Brasil é no sentido de reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas”. (SARLET, 2014, p. 77)

incidental de constitucionalidade, deve negar a aplicação da referida norma. E se não houver norma infraconstitucional apropriada, utiliza as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados ou a própria Constituição, diretamente.

Mais exatamente no caso brasileiro, se o art. 5º, §1º, da Constituição Federal não possui a força de transformar uma norma incompleta e sem concretização em direito imediatamente aplicável e eficaz, o citado preceito poderia ser considerado como inexistente ou, no mínimo, sua formula destituída de conteúdo, “visto que nada mais se pode fazer do que extrair da norma o que dela mesma é possível retirar”. (SARLET, 2012, p. 269). Por outro lado, nem todos os direitos fundamentais podem ser considerados normas diretamente aplicáveis e alcançar sua plena eficácia independentemente de qualquer ato concretizador. O Poder Judiciário pode viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas, mas tal atividade tem limites, dentro da própria Constituição. Assim, tal norma tem cunho inequivocadamente principiológico, sendo um mandado de otimização, que não pode ser resolvido com a lógica do tudo ou nada. (SARLET, 2012).

Steinmetz (2004, p. 171) também entende que a resposta estaria em uma solução intermediária: o problema da eficácia de direitos fundamentais entre particulares é uma questão de colisão de direitos fundamentais; a autonomia privada também é bem constitucionalmente protegido e, em consequência dessas duas conclusões, “o alcance, a medida, da eficácia imediata em cada caso concreto deve resultar de uma justificada ponderação dos direitos, interesses ou bens em jogo”. O processo de ponderação de valores¹¹⁵ é a principal resposta para a questão da medida da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

No mesmo sentido, é o entendimento de Mendes (2014, p. 44): “A posição jurídica de um indivíduo em face do outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros”.

Schwabe (2012) também advoga pela inexistência de solução mais convincente que a oferecida pela ponderação de bens e interesses para definir, no caso concreto, a delimitação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações concretas. Porém, é preciso que critérios específicos sejam apresentados para esse

¹¹⁵ Tal ponderação dar-se-ia nos termos formulados por Robert Alexy. Os princípios são como um mandado de otimização: [...] los principios son mandatos de optimización, que estan caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y medida debida de su cumplimiento no sólo de de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”. (ALEXY, 1993, p. 86). O caso concreto é que vai apontar qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder.

tipo de ponderação, que se apresentem adequados à especificidade existente no conflito existente na relação privada, que consiste no fato de que o agente potencialmente violador destes direitos, ser também titular de direitos fundamentais”. (PEREIRA, 2006).

Entra em destaque, também, a importante noção de coexistencialidade entre os particulares. Fachin (2012, p. 43), ressaltando a importância de se considerar a pessoa e a relação privada em concreto, explica: “a preservação e a promoção da dignidade da pessoa humana passam, pois, pela disciplina das relações concretas de coexistencialidade”. Para o autor, garantir a dignidade da pessoa humana “é tarefa do Estado, ‘de todos e de cada um’”. Nessa linha, o autor entende que não há como se delimitar uma forma exata de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mesmo porque um acoplamento perfeito entre a sociedade, em constante mutação e os Estados, ou entre o sistema jurídico e as relações sociais dinâmicas, parece, em grande parte, inatingível. Conclui seu entendimento fazendo um paralelo com o informe de “*mind of gap*” do metrô de Londres: deve-se ter cuidado ao atravessar o espaço entre o trem e a plataforma: se a distância for grande demais, o passageiro terá problemas para desembarcar; se não houver nenhuma distância do trem, terá problemas para se movimentar. Obter o equilíbrio é a chave.

Com a contribuição da hermenêutica filosófica de Gadamer (1999), pode-se complementar que uma coisa é estabelecer uma prática de interpretação obscura como princípio, e outra coisa bem diferente é alocar determinada interpretação num contexto de existência ou de acontecer na história do ser. Porque neste caso, o interpretar permite ser compreendido gradativamente como uma autocompreensão de quem interpreta. Mas é a própria hermenêutica filosófica que nos ensina, também, que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não havendo que se falar em uma pretensão de totalidade da interpretação.

Ainda, no que pertine à extensão dos direitos fundamentais, a análise do caso concreto também é fundamental para a verificação da existência de poder social ou não. Passa a ser necessário ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada do particular e o grau de desigualdade da relação jurídica.

Nesse sentido, há necessidade de se apurar, diante da aplicação da ponderação de valores, em que extensão ou medida a eficácia de direitos fundamentais incide. Duque (2013) propõe a análise da *dosimetria* da eficácia, no

sentido de se apurar, na relação concreta, o tamanho da ameaça aos direitos fundamentais. Pereira (2006, p. 187) também propõe a aplicação de critérios de gradação, já “que a presença ou não de certos fatores poderá implicar uma maior ou menor intensidade da vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais”. Quanto maior o poder social em um contrato, maior será o mecanismo compensatório, capaz de restabelecer o equilíbrio na relação jurídico-negocial.

Dentro do contexto da coexistencialidade, o poder social existente em determinados contratos pode ser uma ameaça mais perigosa aos direitos fundamentais das partes do que o próprio Estado, como já foi demonstrado. Nesses casos, já há um consenso na doutrina sobre a necessidade de se agregar vigência dos direitos fundamentais nas relações privadas. E seria dessa forma que a própria liberdade dos contratantes seria assegurada: os mais fracos terão o mesmo direito à liberdade (material) dos mais fortes. Pereira (2006, p. 182) enfatiza: “defender a impossibilidade de os direitos fundamentais serem invocados em relações privadas de poder, com fundamento no princípio geral de liberdade, seria prestigiar uma noção puramente formal de autonomia da vontade”.

E se há um mais forte e um mais fraco na relação contratual, somente a análise do caso concreto é que poderá determinar a medida dessa desigualdade de poder.

Porém, ressalte-se mais uma vez: isso não significa dizer que os direitos fundamentais não se aplicarão em relações de igualdade material das partes no contrato. “Um particular, sem poder econômico e/ou social, pode causar lesões a direitos fundamentais tão ou mais graves que um particular com poder social e/ou econômico”. (STEINMETZ, 2004, p. 159).

Apresentando quatro pautas argumentativas, convém mencionar o entendimento conclusivo de Pereira (2006): 1) Se o violador do direito fundamental for, de forma direta ou indireta, o Estado, deve-se aplicar os direitos fundamentais; 2) Em caso de pessoas privadas com posição de supremacia, quanto maior o seu poder, mais peso terá o direito fundamental que porventura venha a ser violado por seus atos; 3) Quanto mais próxima da esfera privada for a relação jurídica, menor será a possibilidade de um direito fundamental prevalecer sobre a autonomia privada; 4) Deve ser levada em conta a necessidade de se preservar a pluralidade no âmbito social. Ou seja, a incidência dos direitos fundamentais nas relações

privadas não pode conduzir a uma homogeneização da comunidade. Cada agente social deve ter preservada a sua identidade e peculiaridade.

No que pertine à ponderação dos direitos fundamentais em colisão, portanto, somente diante do caso concreto pode ser atribuído o peso específico de cada princípio e, por consequência, estabelecida a solução da controvérsia. (SARMENTO, 2003). Além disso, a dignidade da pessoa humana é o principal critério substantivo na direção da ponderação. Assim, diante de uma colisão, “tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove”. (SARMENTO, 2003, p. 74).

Dentro deste estudo, algumas considerações são formadas no que pertine à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas:

1) Em consonância com o Estado Democrático de Direito e o conteúdo normativo da Constituição, os direitos fundamentais incidem em quaisquer relações, públicas ou privadas, de forma direta e imediata. Os direitos fundamentais devem ser avaliados em sua forma mais ampla em qualquer tipo de relação travada, mesmo porque não basta ao Estado garantir, somente quando provocado, a dignidade da pessoa humana. O Estado também tem a obrigação de promovê-la, incentivando que os próprios particulares também a respeitem nas relações travadas com seus pares. E mais, o Estado não pode esquivar-se da promoção dos direitos fundamentais simplesmente por não participar diretamente da relação em que eles são violados. Se assim agisse, estaria abonando a conduta violadora de direitos fundamentais, inconcebível no Estado Democrático de Direito;

2) A autonomia contratual também é direito fundamental e, como tal, não pode ter sua aplicabilidade ilimitada e nem ser, simplesmente, desconsiderada. Ela deve ser resguardada porque, além de ter completa relação com o direito de liberdade previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, também é um desdobramento do próprio desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, quando garante a autodeterminação da pessoa. Mas, em conflito com outros direitos fundamentais, poderá não prevalecer no caso concreto, especialmente pelo caráter social da Constituição brasileira;

3) Conseqüentemente, quanto mais a autonomia privada, especialmente contratual, se aproxima de escolhas privadas, de consciência, de características pessoais e íntimas do indivíduo e com objetivos não lucrativos, maior será a sua preservação; quanto menos conteúdo econômico envolvido, mais ênfase se dará ao

respeito da intangibilidade da autonomia privada. A noção de coexistencialidade, dentro de uma sociedade plural deve ser respeitada como direito personalíssimo do ser humano;

4) Quanto maior o poder social de uma das partes na relação contratual, menor garantia terá ao seu direito à autonomia privada. Com isso, busca-se preservar a liberdade em seu aspecto material, já que o ordenamento jurídico, através do dirigismo contratual, dá a parte vulnerável na relação uma mais ampla proteção.

5) A salvaguarda da dignidade da pessoa humana deve ser levada em consideração na relação contratual, seja o contrato firmado diante de uma situação de poder social ou não. Aliás, primeira questão que será posta diante da colisão de princípios, é exatamente o caráter humanitário existente no conteúdo dos princípios em colisão.

6) Como a própria consideração a ser feita no caso de colisão, é indispensável a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais em causa, para que o seu prejuízo seja o menor possível, dentro do padrão de necessidade.

Diante da possibilidade de solução multifacetada, a forma da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser direta, atendendo as peculiaridades do caso. No que concerne à medida, também depende do exame da hipótese em concreto, do caso a ser analisado, para que se verifiquem os direitos em colisão e os poderes sociais envolvidos. A aplicação dos Direitos Fundamentais em todas as relações jurídicas, incluindo as privadas, é uma decorrência da escuta da voz da experiência e de se ver permeada a hermenêutica pela denominada “distância temporal”: “[...] o tempo não é um precipício que devemos transpor para recuperarmos o passado; é, na realidade, o solo que mantém o devir e onde o presente cria raízes”. A distância temporal é vista como fundamento de uma possibilidade positiva e produtiva de compreensão. “Não é uma distância a percorrer, mas uma continuidade viva de elementos que se acumulam formando uma tradição, isto é, uma luz à qual tudo o que trazemos conosco de nosso passado, tudo o que nos é transmitido faz a sua aparição”. (GADAMER, 1998, p. 67-8). Aqui está o ponto nodal: a perspectiva de valorização dos direitos fundamentais e da baliza que trazem para o Direito como um todo, e para o Direito Privado em especial, é decorrência da caminhada histórica, temporalmente localizada na evolução da história da humanidade e do próprio Direito. É, portanto, uma

continuidade histórica, forjada pela amálgama de muita dor e sofrimento, atrocidades e barbáries cometidas com o ser humano, que anunciam a necessidade de se aplicar sempre os Direitos Fundamentais em todas as relações jurídicas. Este é o desafio. É o novo, que precisa ser moldado a partir da voz da tradição. Ainda se vislumbram dificuldades para este movimento, mas que será absolutamente imprescindível.

4.4 A QUESTÃO DA TEORIA DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

No Brasil, como já foi dito, o tema vem recebendo destaque teórico crescente. E em âmbito jurisdicional, especialmente no Supremo Tribunal Federal - STF¹¹⁶, a questão não é discutida com afinco, apesar de algumas menções sobre sua importância¹¹⁷. O que se vê é a aplicação direta dos direitos fundamentais em relações particulares sem que, com raras exceções, o alicerce teórico da questão seja, sequer, suscitado. Na verdade, como base material para a resolução de casos que envolvem alegação de direitos fundamentais, também nas relações privadas, a jurisprudência costuma invocar a fórmula *in dubio pro dignitate*, em um uso “quase que meramente retórico e até mesmo panfletário da dignidade da pessoa humana”. (SARLET, 2014, p. 81)

Nesse contexto, de fato, há decisões que recebem destaque pelas menções sobre o tema. Algumas serão, neste momento, objeto de análise, ressaltando que tal escolha se deu pela menção das respectivas decisões em sede doutrinária e na

¹¹⁶ A questão também já foi apreciada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em algumas ocasiões. No entanto, dado o objetivo deste trabalho, especialmente no que concerne à análise da aplicação, ou não, da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais, tal matéria não chegou a ser discutida com fundamentação teórica que seria objeto de análise, até mesmo pela própria competência infraconstitucional atribuída ao STJ. Como exemplo de tal análise, tem-se:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida. (HC 12547/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2000, DJ 12/02/2001, p. 115). (BRASIL, 2001).

¹¹⁷ Vide HC n. 82.424/RS, STF. (BRASIL, 2014)

própria jurisprudência. A ênfase se dá às decisões que, de alguma forma, estão atreladas à matéria contratual, objeto deste trabalho.

Mas isso não pode ser impedimento para que, outras decisões tão importantes quanto às relacionadas a contratos, não sejam nem sequer mencionadas. É importante citá-las, mesmo porque evidenciam a evolução, ou não, do pensamento jurisprudencial sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Uma delas é o Recurso Extraordinário n. 85.439¹¹⁸, julgado em novembro de 1977, em que o STF reconheceu o direito da mulher não ter utilizada contra si, em processo judicial, gravação telefônica feita pelo marido, sem a sua autorização. O direito fundamental à intimidade foi resguardado.

Em junho de 1984, no Recurso Extraordinário n. 100.094¹¹⁹, também envolvendo gravação clandestina de conversas telefônicas, o STF voltou a reconhecer que mesmo nas relações entre particulares, devem prevalecer os direitos fundamentais: dessa vez, a decisão mencionou a garantia de respeito aos direitos fundamentais de forma mais enfática, mesmo porque a gravação estava sendo utilizada em processo judicial que um dos participantes da conversa nem parte era.

Já após a Constituição Federal de 1988, outro caso que ganhou destaque sobre o assunto foi o Recurso Extraordinário n. 160.222¹²⁰, julgado em 1995, sobre

¹¹⁸ PROVA CIVIL. GRAVAÇÃO MAGNETICA, FEITA CLANDESTINAMENTE PELO MARIDO, DE LIGAÇÕES TELEFONICAS DA MULHER. INADMISSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL, POR NÃO SER MEIO LEGAL NEM MORALMENTE LEGITIMO (ART. 332 CPC). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 85439, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Segunda Turma, julgado em 11/11/1977, DJ 02-12-1977 PP-08748 EMENT VOL-01081-02 PP-00643 RTJ VOL-00084-02 PP-00609). (BRASIL, 1977).

¹¹⁹ - DIREITO AO RECATO OU À INTIMIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. CAPTAÇÃO ILEGITIMA DE MEIO DE PROVA. ART-153, § 9º DA CONSTITUIÇÃO. ART-332 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INFRINGENTE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DA PERSONALIDADE E MORALMENTE ILEGITIMO É O PROCESSO DE CAPTAÇÃO DE PROVA, MEDIANTE A INTERCEPTAÇÃO DE TELEFONEMA, À REVELIA DO COMUNICANTE, SENDO, PORTANTO, INADMISSIVEL VENHA A SER DIVULGADA EM AUDIÊNCIA DE PROCESSO JUDICIAL, DE QUE SEQUER É PARTE. LESIVO A DIREITO INDIVIDUAL, CABE O MANDADO DE SEGURANÇA PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA PROVA E O DESENTRANHAMENTO, DOS AUTOS, DA GRAVAÇÃO RESPECTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 100094, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, Primeira Turma, julgado em 28/06/1984, DJ 24-08-1984 PP-13482 EMENT VOL-01346-03 PP-00560 RTJ VOL-00110-02 PP-00798). (BRASIL, 1984).

¹²⁰ E M E N T A - I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porem, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao termino do prazo do Ministério Público , (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operarias de industria de vestuario a revista intima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional

matéria criminal mas, no âmbito de uma relação de trabalho. Questionava-se o direito do empregador, através de seu gerente, de celebrar a revista íntima, conforme era previsto em contrato de trabalho e, de outro lado, o direito à intimidade de duas empregadas menores. Em primeira instância, o gerente foi condenado por constrangimento ilegal. Por ocasião de seu recurso, o Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, o absolveu, destacando a validade do procedimento de revista íntima, porque previsto no contrato de trabalho celebrado pelas supostas vítimas. Quanto ao seu tramite no STF, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o caso não teve, no entanto, a questão de fundo apreciada em razão de ter ocorrido prescrição.

A questão voltou à pauta do STF em 1999, através de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 220.459-2¹²¹, tendo como relator o Ministro Moreira Alves. Ex-empregadas haviam pleiteado danos morais por terem se submetido a tais revistas íntimas. Porém, ao recurso foi negado seguimento em razão de não ser vislumbrada, na conduta da empresa empregadora, afronta a direitos fundamentais, já que a ação teria sido processada segundo padrões éticos, com discricção, privacidade, respeitando e preservando a essência dos valores morais do ser humano. Ou seja, apesar de não apreciar a questão de mérito, sinalizou que, a *contrario sensu*, caso a conduta fosse contrária às características reconhecidas em sede ordinária, poderia, sim, haver violação a direitos fundamentais.

Outros casos constantemente citados sobre a aplicação de direitos fundamentais em relações privadas também chegaram ao STF. Dada a importância da discussão celebrada e das conclusões obtidas, merecem ser tratados de forma um pouco mais detida.

Dentre as decisões sobre o tema que merecem destaque, encontra-se uma proferida em 12 de junho de 1968, que demonstrava o alinhamento do STF à premissa de limitação dos direitos fundamentais à esfera das relações públicas.

da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então. (RE 160222, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/04/1995, DJ 01-09-1995 PP-27402 EMENT VOL-01798-07 PP-01443). (BRASIL, 1995).

¹²¹ EMENTA: - Agravo regimental. Revista pessoal em indústrias de roupas íntimas. - Inexistência, no caso, de ofensa aos incisos II, III, LVII e X do art. 5º da Constituição. Agravo a que se nega provimento. (AI 220459 AgR, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 28/09/1999, DJ 29-10-1999 PP-00004 EMENT VOL-01969-03 PP-00611) (BRASIL, 1999).

Trata-se do caso entre Orlando Saraiva Novais e Santos Football Club, relativo ao Recurso Extraordinário nº 63.279¹²², em que se discutiu a validade de dispositivos dos Estatutos Sociais do clube que previa a vitaliciedade de determinados membros no seu Conselho. Alegava o demandante, Orlando Saraiva Novais, entre outros argumentos colaterais, que havia violação à lei e que, em pouco tempo, já não haveria mais eleição dos membros do conselho, tal o número de vitalícios. Com isso, outros sócios não poderiam concorrer ao cargo no Conselho e o princípio constitucional da igualdade, constitucionalmente resguardado, restaria violado. Em sua contestação, o Santos alegou que o preceito constitucional invocado só dizia respeito às controvérsias entre particulares com o Poder Público, impugnando as demais alegações anexas.

Em primeiro grau, a ação foi julgada procedente, argumentando o magistrado que tais preceitos estatutários foram contrários à lei. Por ocasião do recurso de apelação interposto pelo réu e outros conselheiros que participavam da lide, a sentença foi reformada e, por unanimidade, a ação foi julgada improcedente.

Interposto recurso extraordinário, foi o mesmo admitido com o fundamento de que incontestavelmente se tratava de questão jurídica federal da maior relevância. Sob a lavra do Ministro Amaral Santos, o voto vencedor já se iniciou da seguinte maneira:

O princípio da isonomia é de aplicação nas relações de direito público ou naquelas em que o direito público interfere. Assim, nas relações de direito privado, como são as que se estabelecem entre os sócios de uma associação esportiva e essa mesma associação, a primeira coisa a verificar-se, para se cogitar da aplicabilidade ou não do princípio, é se alguma norma de direito público a impõe. Inexistente essa norma, os estatutos da associação dessa natureza poderão livremente estabelecer aquelas relações conforme for do interesse associativo.(BRASIL, 1968)

Como se verifica, nesta época, não havia que se falar, no âmbito jurisprudencial brasileiro, em eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Justifica-se pelo já mencionado distanciamento outrora existente entre Direito Civil e Direito Constitucional. O fato de não se admitir essa eficácia direta

¹²² A ORGANIZAÇÃO E O FUNCIONAMENTO DE UMA SOCIEDADE CIVIL, REGULADOS PELOS SEUS ESTATUTOS, NÃO SE SUBMETEM AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, QUE REGE AS RELAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO OU AQUELES EM QUE ESTE INTERFERE. O PRECEITO ESTATUTÁRIO, SEGUNDO O QUAL OS ASSOCIADOS ELEITOS PARA O CONSELHO DELIBERATIVO DE CLUBE ESPORTIVO DURANTE CINCO BIENIOS CONSECUTIVOS PASSAM A SER MEMBROS EFETIVOS DESSE ÓRGÃO, NÃO FERE O ART. 1394 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO PELA LETRA A, NÃO CONHECIDO.

(RE 63279, Relator(a): Min. AMARAL SANTOS, Terceira Turma, julgado em 15/03/1968, DJ 17-06-1968 PP-02231 EMENT VOL-00731-03 PP-00867). (BRASIL, 1968).

demonstrava a preocupação em manter a disciplina autônoma e com contornos bem específicos, sem possibilidade de abertura. Assim, neste caso, não houve vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Sob o manto da Constituição Federal de 1988, foi julgado, em 10 de novembro de 1994, caso sobre a condução e submissão compulsórias de réu em processo de investigação de paternidade para a realização de coleta de sangue para fins de exame de verificação da paternidade. Tratou-se do Habeas Corpus n. 71.373¹²³, sob relatoria do Ministro Francisco Rezek. Em síntese, o relator resumiu a questão a ser debatida: “O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física”. Com o principal fundamento no direito das crianças de conhecer a sua identidade biológica, o relator votou no sentido de indeferimento da ordem de habeas corpus, acompanhado pelo Ministro Ilmar Galvão. O Ministro Marco Aurélio, com o fundamento de que o juízo da ação de investigação de paternidade poderia dar à recusa do réu em fazer exame o efeito jurídico-processual mais consentâneo, sem que fosse necessária a condução “sob vara”, votou em favor da concessão do pedido do impetrante. Alegou que haveria violação a princípios constitucionais com a negativa da ordem, especialmente o princípio da legalidade, a intangibilidade do corpo humano e a dignidade da pessoa.

No entanto, o Ministro Carlos Velloso, seguiu o voto do relator, ressaltando que, caso não fosse determinada a condução física do impetrante, a confissão ficta consequente haveria de resolver a questão patrimonial, mas não o direito à dignidade da criança ou adolescente relativo ao conhecimento da filiação biológica. Da mesma forma votou o Ministro Sepúlveda Pertence.

Porém, o Ministro Sidney Sanches, mencionando acompanhar o voto divergente, que também foi adotado pelo Ministro Celso de Mello, ressaltou que o

¹²³ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (HC 71373, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397). (BRASIL, 1996).

direito ao reconhecimento da paternidade não se trata de direito indisponível. O Ministro Neri da Silveira, ressaltando os princípios constitucionais da privacidade e da legalidade, também votou pela concessão da ordem. No mesmo sentido do voto divergente, seguiu o voto do Ministro Moreira Alves e do Ministro Octavio Gallotti.

Assim, aplicou-se o meio menos gravoso – como por exemplo o estabelecimento de presunção relativa de paternidade – diante da invocação das duas partes de direitos constitucionais aplicados ao âmbito privado. Como se vê, não houve qualquer menção a aporte teórico que justificasse tal escolha, nem mesmo à colisão de princípios, apesar da constatação de que tal decisão gerou importante impacto sobre a jurisprudência posterior (SARLET, 2014).

No âmbito de autonomia privada, logo em seguida ao caso da revista íntima em funcionárias de empresa de confecção, foi julgado, em 30 de abril de 1996, o Recurso Extraordinário n. 158.215-4¹²⁴, Relatado pelo Ministro Marco Aurélio.

Cuidou-se de caso que os autores da ação foram excluídos do quadro da cooperativa ré, em caráter punitivo, sem que tivessem o direito de apresentar defesa, conforme era previsto no próprio estatuto e na Constituição Federal. Dessa forma, alegaram que tiveram direitos fundamentais violados na relação com a cooperativa, tendo em vista que tinham a garantia do direito ao contraditório e ampla defesa, antes de efetivamente serem excluídos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de recurso, mitigou tal garantia constitucional, levando-se em consideração que os autores lançaram desafio, pela imprensa radiofônica, de ser julgados em Assembleia da cooperativa. Assim, o tribunal entendeu que a desobediência aos Estatutos Sociais

¹²⁴ DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757). (BRASIL, 1996).

partiu dos próprios autores, desafiando a cooperativa a excluí-los da sociedade, razão pela qual, neste momento, não poderiam invocar as normas estatutárias.

Os autores, inconformados, interpuseram recurso extraordinário. Inicialmente o tribunal estadual negou seguimento ao recurso mas, em sede de agravo, o mesmo foi admitido, com a seguinte fundamentação:

A garantia de ampla defesa está insculpida em preceito de ordem pública. Pouco importa que os Agravantes tenham lançado, pelos Veículos de comunicação, um repto à Assembleia Geral, como que desafiando-a a excluí-los. Esta é a premissa que torna ponderável o pedido de processamento do extraordinário. O tema, considerada a posição assumida pelos Interessados, está a reclamar a atuação de Colegiado desta Corte.

Estas considerações já foram suficientes para demonstrar o caminho que o Ministro relator tomaria como base para julgamento do Recurso Extraordinário: diante de uma norma de ordem pública, atos privados podem sucumbir. Dessa forma, justificou a aplicação dos direitos fundamentais invocados e, no lugar de entender que a provocação na mídia excluía o direito, com ela, ficaria mais evidente que a norma de ordem pública deveria incidir:

A exaltação de ânimos não é de molde a agastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude de defesa nos processos em geral. Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados. Uma coisa é a viabilização da defesa e o silêncio pela parte interessada, algo diverso é o atropelo das normas próprias à espécie, julgando-se o processo sem a abertura de prazo para produção de defesa e feitura de prova.

Neste sentido, portanto, o recurso foi provido, determinando a anulação do ato da assembleia que implicou a exclusão dos autores do respectivo quadro social.

Como se vê, a questão posta nos autos tratou da incidência de direitos fundamentais na relação privada, sendo reconhecida a sua eficácia. Não se questionou a forma direta ou indireta de tal aplicação, mesmo porque, no caso, seria irrelevante. Tanto o estatuto quanto a Constituição Federal convergiam no mesmo sentido, garantindo o contraditório e ampla defesa.

Assim, ainda que a questão não tenha sido discutida a fundo como merecia, foi mais um passo dado pelo STF no sentido do prestígio da eficácia dos direitos fundamentais na relação privada. Quando foi reconhecido que o fato de uma atitude baseada em ânimos acirrados não tem o condão capaz de afastar a aplicabilidade dos direitos fundamentais no caso concreto, deu-se contornos do limite da atuação

da autonomia privada dos indivíduos mesmo nas relações somente entre particulares, onde o Estado não participou.

No mesmo ano de 1996, o STF voltou a se deparar com a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Em 29 de outubro, sob relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgou o importante caso do Recurso Extraordinário n. 161.243-6¹²⁵, que tratava de demanda que empregado pleiteava igualdade de tratamento no ambiente de trabalho.

Joseph Halfin, brasileiro, trabalhou durante trinta e quatro anos na companhia aérea francesa Air France e, ao final do contrato de trabalho, pugnou, judicialmente, por verbas rescisórias que entendia devidas. Dentre os pedidos de sua reclamação, requereu a aplicação do Estatuto de Pessoal da empresa, já que a mesma possuía um estatuto aplicável somente a trabalhadores franceses, com vantagens não estendidas a empregados de outras nacionalidades.

Julgada parcialmente procedente no juízo singular, o Tribunal Regional do Trabalho entendeu que, por não ser cidadão francês, não fazia jus à aplicação dos Estatutos do Pessoal em Terra da reclamada, entendendo que não havia discriminação. Ao chegar no Tribunal Superior do Trabalho, sua 2ª Turma, por unanimidade, entendeu que, quanto à aplicação do Estatuto da Empresa, seria necessário o reexame de provas, sendo inviável a pretensão em tal sede recursal.

Diante de tal decisão, o reclamante interpôs recurso extraordinário, com fulcro no artigo 102, III, a, da Constituição Federal alegando, em síntese, que foram privilegiados determinados empregados em razão de sua nacionalidade (francesa), que isso feria o princípio da isonomia (também insculpido na Constituição de 1967/69, que era a vigente na época dos fatos) e que houve ofensa aos princípios da completa entrega de prestação jurisdicional devida pelo Estado e da ampla defesa em razão do trancamento do recurso principal.

¹²⁵ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756). (BRASIL, 1997).

Analisando o caso, o Ministro relator, de início, deixou clara a admissão do recurso já que a questão era puramente jurídica, não havendo aspectos probatórios a se analisar. Isso porque a discussão girava em torno da verificação da possibilidade, ou não, da empresa francesa dar tratamento diferenciado entre funcionários franceses e de outras nacionalidades.

Acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, o relator votou pelo conhecimento e provimento do recurso, reconhecendo que houve discriminação proibida tanto pela Constituição pretérita, quanto pela atual. Mas votou para que a ação fosse julgada procedente ou improcedente por ocasião do recurso de revista em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho.

Em seguida, o Ministro Maurício Corrêa reconheceu a discriminação proibida e votou no sentido de que o próprio STF deveria entrar no mérito do pedido e responder à demanda, sem necessidade de retorno dos autos à instância de origem.

Continuando na apreciação da questão proposta pelo Ministro Maurício Corrêa, o Ministro Néri da Silveira, presidente na ocasião, também apresentou seu voto no sentido de que, quando a matéria é constitucional, o STF deve julgar, desde logo, bastando que o tema esteja prequestionado no recurso de revista. Votou, portanto, no sentido de enfrentar a questão de mérito relacionada com o argumento constitucional.

Dessa forma, mesmo vencido na questão preliminar de que a ação deveria ser julgada pelo Tribunal Superior do Trabalho, o Ministro Relator passou a apreciar o mérito. Reconheceu que o trabalho dos franceses era desempenhado da mesma maneira que o trabalho dos brasileiros e que não exerciam, uns em relação a outros, tarefas diferentes, mais importantes, mais difíceis ou especiais. O único fator desigualador era a nacionalidade. Assim, quanto ao mérito, o relator conheceu do recurso e deu-lhe provimento para julgar procedente a reclamação trabalhista no que pertine à aplicação ao trabalhador brasileiro dos direitos conferidos ao empregado francês.

O Ministro Maurício Corrêa, acompanhando o relator, manifestou-se no sentido de que a discriminação realizada não se coaduna com a razoabilidade. Também acompanhando o voto do relator, o Ministro Néri da Silveira enfatizou que a discriminação realizada não é admitida no Brasil quer para empresas estrangeiras, quer para empresas brasileiras.

Como se vê, a questão foi enfrentada e o direito fundamental à igualdade de tratamento foi resguardado. No entanto, dentro do plano teórico, não houve qualquer menção à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O tema poderia ter sido mais bem explorado, para que já se criasse um precedente quando outras questões similares fossem suscitadas.

O importante, dentro de tal decisão, é evidenciar-se que a autonomia privada foi mitigada em razão de direito fundamental que a ela se sobrepôs. Em que pese a alegação de que no contrato de trabalho entre Halfin e Air France já existia a previsão de que apenas o trabalhador francês teria determinados benefícios, a autonomia da liberdade contratual, neste caso, sucumbiu. Não ficou evidente o fundamento, mas a relação entre empresa e empregado denota a existência de um claro poder social, que somente poderia importar em decisão no sentido de se considerar inconstitucional qualquer tipo de tratamento distinto entre os funcionários da empresa por razões de nacionalidade.

Outro caso de eficácia dos direitos fundamentais na relação privada analisado pelo STF foi a respeito de uma desistência de contrato de consórcio e a devolução atualizada dos valores pagos pelo consorciado. Sob o número 175.161-4, o Recurso Extraordinário em questão foi julgado em 15 de dezembro de 1998, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo¹²⁶.

De início, foi questionada a competência dos juizados especiais para a análise do caso, sendo reconhecida sua possibilidade. Após, de acordo com o voto, a empresa de consórcio recorrente, alegou que a decisão atacada, determinando a devolução do valor monetariamente atualizado ao consorciado, violaria ato jurídico perfeito. Porém, sobre tal alegação, o Ministro relator assim se manifestou: "A Carta

¹²⁶ COMPETÊNCIA - JUIZADOS ESPECIAIS - COMPLEXIDADE DA CAUSA. Esforços devem ser desenvolvidos de modo a ampliar-se a vitoriosa experiência brasileira retratada nos juizados especiais. A complexidade suficiente a excluir a atuação de tais órgãos há de ser perquirida com parcimônia, levando-se em conta a definição constante de norma estritamente legal. Tal aspecto inexistente, quando se discute a subsistência de cláusula de contrato de adesão, sob o ângulo de ato jurídico perfeito e acabado, no que prevista a devolução de valores pagos por consorciado desistente e substituído, de forma nominal, ou seja, sem correção monetária. CONSÓRCIO - DESISTÊNCIA - DEVOLUÇÃO DE VALORES - CORREÇÃO MONETÁRIA. Mostra-se consentâneo com o arcabouço normativo constitucional, ante os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, decisão no sentido de, ao término do grupo, do fechamento respectivo, o consorciado desistente substituído vir a receber as cotas satisfeitas devidamente corrigidas. Descabe evocar cláusula do contrato de adesão firmado consoante a qual a devolução far-se-á pelo valor nominal. Precedente: Verbete nº 35 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição em virtude de retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio". (RE 175161, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 14-05-1999 PP-00019 EMENT VOL-01950-03 PP-00464). (BRASIL, 1998).

da República não agasalha cláusula de contrato que resulte, considerada a natureza adesiva, em verdadeiro enriquecimento sem causa”. Não houve um discurso sobre a fundamentação teórica de tal aplicação da Constituição, nem mesmo a menção sobre o dispositivo constitucional que seria, de fato, violado, a não ser uma menção genérica: “mais uma vez, atente-se para os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade”. Por fim, sem adentrar ao tema da relativização da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*, o voto foi concluído com o não recebimento do recurso, sendo o acórdão proferido por unanimidade de votos da segunda turma do STF.

Até esse momento, portanto, o STF ainda não havia feito qualquer análise teórica sobre o tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Nas decisões acima citadas, a questão era presumida, sem manifestação expressa sobre o assunto. Por esta razão, a decisão proferida no caso Arthur Rodrigues Villarinho *versus* União Brasileira de Compositores – UBC, será analisada de uma forma mais minuciosa.

O caso foi relativamente simples: um associado foi excluído sumariamente da UBC e pleiteava o direito a um prévio processo administrativo (no âmbito da UBC), principalmente com o direito de contraditório e ampla defesa. O Tribunal de Justiça estadual considerou tal ato violação à Constituição, invalidando sua exclusão. Dessa decisão, foi interposto o Recurso Extraordinário, autuado sob número 201.819-RJ¹²⁷.

¹²⁷ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de Direito Privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO

Em síntese, a UBC interpôs tal Recurso Extraordinário alegando que não é órgão da Administração Pública e não estaria sujeita, portanto, à aplicação do princípio da ampla defesa. Por ser entidade de Direito Privado, tem estatutos e regimentos próprios que disciplinam o seu relacionamento com os sócios, dentro do âmbito da autonomia privada.

Recebendo a relatoria do processo, a Ministra Ellen Gracie entendeu que havia razão no argumento da UBC. Justificou que as associações privadas têm liberdade para estabelecimento de suas regras e normas de funcionamento. No mais, o fato da pessoa ingressar na associação, traria a presunção de seu conhecimento e aceitação de seus regulamentos. O seu voto foi, portanto, no sentido de provimento do Recurso Extraordinário.

Por visualizar que seria um caso merecedor de análise sob a perspectiva de uma jurisdição de perfil constitucional, já que tratava de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos para também apresentar o seu voto.

Enfatizando a relevância da discussão no âmbito da Europa e Estados Unidos, citou os fundamentos de estudo que realizou em razão da publicação de obra sobre o tema e de conferências realizadas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e na Universidade de São Paulo.

Ressaltou que, apesar de estudos brasileiros sobre a adoção da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas pela jurisprudência do STF, o caso apresentava singularidades. Em primeiro lugar, destacou o trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República que enfatiza ser a UBC repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821). (BRASIL, 2006).

Logo após, salientou que a exclusão do recorrido do quadro social da UBC lhe traria uma onerosidade considerável, já que ficaria impossibilitado de receber direitos autorais relativos à execução de suas obras.

Enfatizando que não se tratava, simplesmente, de liberdade de associação, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que a UBC integra a estrutura do ECAD, sendo, portanto, entidade que integraria um espaço público, ainda que não-estatal. E se o único meio de subsistência de um compositor for o recebimento dos valores correspondentes ao uso de seus direitos autorais através do ECAD, a não garantia de apresentação de defesa antes de exclusão restringiria a própria liberdade de exercício profissional.

Asseverou que é decisiva a situação da entidade associativa recorrente ser integrante do sistema ECAD e que, nos termos fixados por ocasião da decisão da ADI n. 2.054-DF, a ECAD pode ser configurada como um serviço público por delegação legislativa. Então, com esse caráter público ou geral da atividade desenvolvida pela UBC, seria legitimada a aplicação direta dos direitos fundamentais questionados na ação.

Prosseguindo o julgamento, a Ministra relatora manteve o seu voto inicial, especialmente com fundamento no *animus societatis* e por entender que os direitos autorais poderiam ser recebidos diretamente através do ECAD e não necessariamente através da UBC.

Após tais manifestações, o julgamento, mais uma vez, foi suspenso pelo pedido de vista formulado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Apresentando a sua análise do processo, o Ministro enfatizou que entende que os direitos fundamentais têm aplicabilidade no âmbito das relações privadas, no sentido de que cada caso deve ser analisado de forma particular, até para que a autonomia privada do indivíduo não seja desconsiderada totalmente. Assim, concluiu o seu voto concordando com o voto divergente, enfatizando a natureza “quase-pública” da associação recorrente.

Mais uma vez, a Ministra relatora confirmou o seu voto, por entender que não haveria consequência econômica ao recorrido com a sua exclusão da associação, que, inclusive, não se trata de organismo de filiação obrigatória. Ressaltou que o fundamento de seu voto seria a própria violação a outro direito fundamental: a autonomia privada.

Após tal manifestação, o Ministro Carlos Veloso questionou se a exclusão se deu na forma do Estatuto. A Ministra relatora respondeu que sim e que não houve questionamento quanto a isso. O Ministro Joaquim Barbosa esclareceu que a questão suscitada seria o respeito à ampla defesa e devido processo legal. O Ministro Carlos Veloso, então, explicitou entender que o devido processo legal seria exercê-lo nos termos do estatuto da associação e que a questão permaneceria em âmbito infraconstitucional. Por fim, acompanhou o voto da relatora.

Com a palavra, o Ministro Joaquim Barbosa chamou a atenção de seus pares para que a questão fosse analisada sob o âmbito de aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Exemplificou com a relação trabalhista, cuja eficácia horizontal já foi reconhecida outras vezes pelo STF. No entanto, a Ministra relatora interveio para manifestar o seu entendimento de que seriam situações distintas, já que nas relações trabalhistas haveria subordinação e na situação ora discutida, não.

O Ministro Carlos Veloso, mais uma vez, ressaltou que a jurisprudência do STF, quanto ao devido processo legal, é que esse se daria de acordo com a lei – no caso, a lei entre as partes, que era o próprio estatuto, reafirmando o seu voto de acordo com o voto da relatora.

Fazendo um aparte de seu próprio voto, a Ministra Ellen Gracie explicitou um contraponto sobre a aplicação de direitos básicos a todos os cidadãos e, de outro lado, o direito de associação, que envolve o direito de autodefesa contra a própria associação e as consequências de inadaptação de alguém ao círculo estreito formado por tal grupo. Enfatizou a tendência da população brasileira para o individualismo e o perigo de que a decisão restrinja, ainda mais, a atuação das entidades associativas.

O Ministro-Presidente da sessão, Celso de Mello, suspendeu mais uma vez o julgamento, agora pelo seu próprio pedido de vista dos autos.

Em voto bastante coerente e fundamentado, o Ministro ressaltou que a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento a direitos constitucionais.

Interessante, para este estudo, no entanto, é sua menção aos artigos 57¹²⁸ e 1085¹²⁹ do Código Civil. O Ministro Celso de Mello chamou a atenção para a

¹²⁸ Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005) (O texto anterior era: Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo este omissivo, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada,

existência de tais dispositivos legais ser justificada exatamente para que sejam protegidas garantias e liberdades constitucionais. Finalizou com o acompanhamento da divergência iniciada pelo Ministro Gilmar Mendes e reafirmada pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Por fim, o julgamento foi concluído com o conhecimento e improvimento do Recurso Extraordinário, por maioria de votos. Ou seja, o sócio teve seus direitos fundamentais de contraditório e ampla defesa garantidos no âmbito da associação privada.

Apesar do extenso período entre o início e o fim do julgamento, a controvérsia do julgamento limitou-se à questão: prevaleceria a autonomia privada da UBC em excluir o sócio na forma do seu regulamento interno ou prevaleceria o direito ao contraditório e à ampla defesa, ainda que não previstos expressamente nas regras da referida associação? A conclusão do julgamento foi no sentido de que os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa devem prevalecer sobre as regras internas da associação.

No entanto, em que pese a coerente conclusão com o sistema constitucional brasileiro, o caminho poderia ter sido outro e a fundamentação mais precisa. A própria ementa do julgamento¹³⁰ menciona que a teoria adotada é a da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Mas, da análise dos votos, não ficou evidente que essa foi a forma de eficácia justificada na decisão. Talvez pela não delimitação de aplicação, talvez pela facilidade de utilização de outros argumentos.

Como se vê, apesar de citá-la, o voto do Ministro Gilmar Mendes não aplicou, simplesmente, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Afigura-se mais coerente a afirmação de que foi utilizada a doutrina do *state action*, dentro da concepção de “*public function exception*”, já que considerou a

pela maioria absoluta dos presentes à assembléia geral especialmente convocada para esse fim. Parágrafo único. Da decisão do órgão que, de conformidade com o estatuto, decretar a exclusão, caberá sempre recurso à assembléia geral.)

¹²⁹ Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

¹³⁰ Já citada na nota de rodapé n. 127.

atividade da UBC vinculada ao ECAD e este se tratar de um “serviço público por delegação legislativa”. Veja-se: a associação perderia, momentaneamente, o seu caráter privado para que, vinculada a órgão no exercício de função pública, fosse equiparada ao próprio Estado. Tal construção teórica muito se aproxima, nos termos anteriormente apresentados, à concepção apresentada de *state action*.

Como já dito, o reconhecimento de relações particulares travadas entre indivíduos e grandes corporações detentoras de poderes econômicos, ou particulares no exercício de função pública, é apenas um primeiro passo para o reconhecimento da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A justificativa para a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, não carece de se encontrar um dos particulares em posição de prática de atos relacionados à Administração Pública. A delimitação da eficácia direta deve se dar, no caso concreto, mediante a aplicação do direito que deve prevalecer: a autonomia privada, configurando-se no direito de liberdade, ou outro direito fundamental que possa estar sendo violado.

Assim, a questão a ser enfrentada no voto deveria simplesmente limitar-se à verificação se o direito ao contraditório ou à ampla defesa prevaleceria sobre aquele direito de liberdade em seu aspecto negativo, ou seja, direito de autorregulamentar as suas relações privadas, sem a interferência estatal. A relação se daria entre particulares e não seria o fato da UBC ser vinculada ao ECAD que justificaria, ainda que minimamente, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

No entanto, a citação de conceitos e teorias não foi utilizada na forma mais adequada. No que diz respeito ao voto do Ministro Joaquim Barbosa, parece ser equivocada a sua concepção de que a Ministra Ellen Gracie fundamentou-se na *state action*. Do voto da relatora, ficou evidente que não houve, em hipótese alguma, reconhecimento de ineficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares. A ministra entendeu, dentro do cerne da questão, que a autonomia da associação deveria prevalecer sobre o alegado direito ao contraditório e ampla defesa. Ou seja, nem mesmo o voto vencido negou a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – ainda mais se fosse considerada a autonomia privada como direito, também, fundamental.

Assim também foi o voto do Ministro Carlos Veloso. Não foi negada a eficácia de direitos fundamentais na relação privada, mas houve reconhecimento da prevalência do estatuto privado, da autonomia da associação. E dentro dessa concepção, com o auxílio de precedentes da Corte, entendeu que o direito ao devido processo legal foi respeitado porque o processo legal seria o processo previsto na respectiva lei privada.

O voto do Ministro Celso de Mello, além de discorrer sobre a importância de se reconhecer a horizontalização dos direitos fundamentais, também deu ênfase à menção de que a UBC estaria vinculada ao ECAD. Ponderou que o exercício da autonomia privada não pode prevalecer em detrimento ou com desrespeito a alguns direitos e garantias de terceiros, especialmente constitucionais.

Interessante parte do voto do Ministro que presidia o julgamento foi a menção aos artigos 57 e 1.085, parágrafo único, do Código Civil, como uma conformação da Constituição Federal ao diploma civil. Neste ponto, existe uma alusão à interpretação conforme a Constituição, que ora pode ser vista como a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, ora pode ser vista, até mesmo, como a própria eficácia indireta.

Em síntese, em que pese algumas confusões terminológicas e conceituais, em momento algum deste julgamento houve negativa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Mas também, não se pode afirmar, com clareza, que a base teórica para o reconhecimento dos direitos constitucionais de contraditório e ampla defesa, foi apenas e tão somente a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, já que a citação da vinculação da UBC ao ECAD foi mencionada com ênfase em todas as manifestações divergentes ao voto da Ministra relatora.

E se este foi o principal fundamento da decisão, pode-se afirmar que a doutrina da *state action*, com o seu abrandamento da exceção da função pública, foi a base teórica para o reconhecimento, neste caso, da aplicação de direitos fundamentais na relação entre particulares.

Neste sentido, é possível se afirmar que o desenvolvimento do tema, em sede do STF, ainda carece de amadurecimento e outras discussões e aplicações, especialmente com ênfase na base teórica das teorias existentes a respeito do tema.

Ulterior decisão do STF relacionada ao tema, tratou da questão do direito à moradia, especialmente em relação à validade constitucional de lei que excepcionava a residência do fiador da garantia de impenhorabilidade do bem de família¹³¹.

De início, em 2005, o STF adotou a orientação de que a restrição à impenhorabilidade do bem de família seria inconstitucional, especialmente em razão de violar o direito fundamental à moradia¹³². Não houve, nesses julgamentos, discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente no contrato, mas somente o exame da constitucionalidade do dispositivo legal em questão.

No entanto, no ano de 2006, a orientação inicial foi revista. O STF passou a admitir, a partir do Recurso Extraordinário n. 407.688-8¹³³, julgado pelo pleno, por maioria, que a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação é constitucional. O referido julgamento, que se passa a expor, apesar do caloroso e interessante debate gerado entre os Ministros, deu grande enfoque ao direito social de moradia. Neste estudo, no entanto, mostra-se como importante menção o reconhecimento de que direitos fundamentais estavam em aparente conflito: ora moradia x moradia, ora moradia x autonomia privada.

O Relator do processo, Ministro Cezar Peluso, de início, esclareceu que o direito social de moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de imóvel. Nesse sentido, citou trecho da Constituição Portuguesa, que incentiva outras formas de moradia, como a arrendada. Por outro lado, observou que um dos fatores de dificuldade de se proporcionar a moradia através da locação, está exatamente na não disposição de garantias que o locatário

¹³¹ Lei n. 8.009/90, Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

[...]

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

¹³² O que pode ser verificado no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 352.940 e 449.657, disponíveis em www.stf.jus.br.

¹³³ EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República (RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147). (BRASIL, 2006).

teria a apresentar ao locador. Por esta razão, o direito à moradia acaba sendo resguardado (ao locatário) exatamente pela garantia dada pelo fiador – e a consequente penhorabilidade até mesmo de seu único imóvel. Com isso, os riscos do contrato de locação seriam diminuídos e o próprio direito à moradia seria incrementado para uma classe ampla de pessoas – as interessadas na locação -, em contraposição à outra que sofreria um dano de menor alcance: os fiadores proprietários de um único bem que, como ressaltou, não são obrigados a prestar fiança.

Logo após o relator manifestar o seu voto, o Ministro Eros Grau pediu vênia para divergir. Citou os precedentes da Corte no sentido da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, fundamentando que, com base na própria dignidade da pessoa humana, a propriedade é direito individual. Também ressaltou que se a impenhorabilidade não fosse garantida ao fiador em contrato de locação, poderia se chegar à situação absurda de o locatário, com o dinheiro que não pagou de aluguel, comprar a sua casa e ter tal garantia de impenhorabilidade, enquanto o fiador, pagando dívida de terceiro, não poder se valer de instrumento de garantia similar. Justificou haver afronta evidente ao princípio da isonomia.

Após esclarecer ao Ministro relator que tal exemplo se tratou de uma situação limite, enfatizou que prosseguiria para justificar o seu entendimento na Constituição e não na lógica do mercado. O relator enfatizou que apenas era o caso de leituras diferentes da Constituição. Prosseguindo, o Ministro Eros Grau ressaltou que os preceitos constitucionais têm eficácia normativa vinculante e que o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 não foi recepcionado pela Emenda Constitucional n. 20. Refutou, também, o argumento de que a impenhorabilidade do bem de família causaria forte impacto nas locações imobiliárias, justificando que políticas sociais podem ser implementadas sem comprometimento de direito social e garantia constitucional.

Mais uma vez o Ministro relator tomou a palavra para esclarecer que o direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal não abrange somente os proprietários de imóvel, mas quaisquer outras formas de moradia. E o fiador é, em grande parte das vezes, a única garantia que os despossuídos teriam para efetuar um contrato de locação, já que sem garantia, dificilmente haveria contrato. O Ministro faz uma comparação das classes: os que não têm imóvel nenhum e precisam alugar e os que tem um imóvel e correm o risco de tê-lo penhorado.

Segundo sua orientação, o primeiro grupo é bem mais expressivo e teria, em seu favor, o direito à moradia resguardado.

Após mais alguns diálogos sobre a questão, o Ministro Eros Grau ratificou o entendimento de que não se deve fazer uma leitura da Constituição para atender à lógica do mercado.

Dando prosseguimento ao julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa manifestou-se no sentido de entender que a questão cingia-se do embate do direito fundamental à moradia e autonomia da vontade. Nesse sentido, mencionou entender que o caso tratava de relação jurídica entre particulares e que, em seu entendimento, os direitos fundamentais se aplicam mesmo às relações privadas. Ponderou, então, que a decisão de prestar fiança é expressão da liberdade do indivíduo, que pode, neste caso, por em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição, como o direito à moradia. Assim, seguiu o voto do relator no sentido de ter entendido por legítima a penhora de um bem de família do fiador em contrato de locação.

Em seu voto sucinto, o Ministro Carlos Britto expôs que, por ser a moradia uma necessidade vital, nos termos da Constituição Federal, esse direito se torna indisponível, não podendo sofrer penhora por efeito de um contrato de fiança.

E mais uma vez os Ministros travaram uma discussão sobre o assunto. Carlos Britto afirmando que a situação de proprietário de uma casa própria recebe um reforço protetivo da Constituição; Cezar Peluso enfatizando que se o imóvel não pode ser penhorado, garantia não há, e o Ministro Marco Aurélio questionando se a concepção trazida pelo voto ora divergente não estaria considerando a moradia direito absoluto.

Passou-se, então, a palavra ao Ministro Gilmar Mendes que seguiu a orientação do relator, especialmente porque não vislumbrou, na norma constitucional, a obrigatoriedade de impenhorabilidade em qualquer caso. Também mencionando a autonomia privada como direito fundamental, entendeu que não houve violação à Constituição Federal.

A Ministra Ellen Gracie também acompanhou o relator, ressaltando, no entanto, a importância da proteção à família em âmbito constitucional e o reflexo que a impenhorabilidade do bem de família traria.

Avançando, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que a decisão teria duplo fundamento, legal e constitucional. No âmbito legal, reconheceu ser a lei explícita

sobre o assunto e no que pertine à Constituição, entendeu que o direito à moradia não confere a intangibilidade da propriedade como bem único da família.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello discorreu amplamente sobre o direito à moradia. Em determinado momento, o Ministro Carlos Britto solicitou um aparte, devidamente concedido, em que consignou que o valor da moradia única é garantido constitucionalmente, citando a usucapião extraordinária prevista no artigo 183 da Constituição Federal. Prosseguindo no voto, o Ministro Celso de Mello ratificou as razões do aparte concedido e ressaltou que a moradia é necessidade básica da pessoa.

Também pedindo aparte, o Ministro Gilmar Mendes salientou que todas as exceções previstas no artigo 3º da Lei 8009/90 poderiam também ser questionadas. Tanto Carlos Britto, quanto Celso de Mello concordaram, respondendo que as demais hipóteses poderiam ser apreciadas em momento oportuno, quando a questão chegasse à Corte.

Concluindo o seu voto, o Ministro Celso de Melo ressaltou a incongruência da norma legal discutida já que o fiador pode sofrer o vínculo da penhora, mas quando se volta contra o devedor principal, é impossibilitado de fazer recair a penhora sobre o único imóvel residencial que o locatário tenha.

De forma sucinta, o Ministro Sepúlveda Pertence justificou o seu entendimento no sentido de que viabilizar a locação residencial é modalidade de concretização do direito fundamental à moradia, acompanhando o voto do Relator.

Finalizando, o Presidente da sessão, Ministro Nelson Jobim, acompanhou o voto do relator, ressaltando que tanto as normas constitucionais como legais, são feitas para mundos reais.

Em que pese a importância da discussão travada, o resultado do julgamento do Recurso Extraordinário n. 407.688-8 parece ter dado um passo um tanto questionável. Entender que as regras de mercado devem prevalecer sobre um direito fundamental, demonstra resquícios das concepções liberais em busca de uma sociedade mais preocupada com a economia de mercado do que com a própria dignidade da pessoa humana. Sarlet (2014), observou que não foi considerado, no referido julgamento, a dimensão defensiva do direito à moradia como direito individual e, dependendo das circunstâncias do caso concreto, que não foi analisado o verdadeiro impacto que a penhora traria para a família do fiador e sua possível

vinculação ao mínimo existencial. Dependendo dessa situação concreta, a decisão pode ter causado um déficit de proteção.

Apesar das pequenas menções à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o caso demonstrou que a discussão está acesa. Outrora o direito à moradia prevaleceu sobre a autonomia privada contratual, já que, até 2005, o STF decidia em sentido diametralmente oposto ao caso em análise. Porém, a partir deste voto, o entendimento foi se solidificando e, em casos recentes, verificou-se que tal posição foi mantida. Em julgado de agosto de 2012¹³⁴, a segunda turma, por unanimidade, manteve o entendimento do Recurso Extraordinário n. 407.688-8. O mesmo ocorreu com a primeira turma, em julgamento proferido em novembro de 2013¹³⁵.

Assim, verifica-se uma acentuada ausência de sistematização, dificultando a própria compreensão e análise das decisões judiciais, que acaba por não aplicar abertamente os critérios para aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas ou, quando aplicados, não justificam satisfatoriamente tal aplicação, ainda que possa se mostrar o acerto do resultado final da decisão (SARLET, 2014, p. 80).

No que tange à matéria contratual, não é demais ressaltar que o último entendimento sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de fiança, demonstrou que o tribunal preferiu atender à ordem de mercado, sob o argumento de que a locação também resguarda o direito de moradia, do que a própria dignidade da pessoa humana em seu patrimônio mínimo¹³⁶. Mas ainda

¹³⁴ EMENTAS: 1. PROCESSO CIVIL. Execução. Penhora. Bem de Família. Possibilidade como garantia de locação. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.

(RE 544651 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012). (BRASIL, 2012).

¹³⁵ PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – CONSTITUCIONALIDADE. O Tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, declarou a constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, que excepcionou da regra de impenhorabilidade do bem de família o imóvel de propriedade de fiador em contrato de locação.

(RE 495105 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 27-11-2013 PUBLIC 28-11-2013). (BRASIL, 2013).

¹³⁶ Sobre o tema, Luiz Edson Fachin (2006, p. 1) apresenta o Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, relacionado diretamente com a existência humana. “A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não se pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de

assim, não justificou a forma e nem a extensão da aplicação dos direitos fundamentais no contrato. E mais, dentro da concepção de socialidade do contrato, tal entendimento demonstrou que a questão está longe de uma coerente assimilação, pois se deu, de forma indireta, preferência ao direito de moradia por aluguel que ao direito de moradia em seu próprio imóvel único.

previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores”.

5 CONCLUSÃO

Não é demais lembrar que, com a Constituição Federal de 1988, houve uma preocupação com a busca da justiça social em todas as relações no país, dando, ainda, um caráter mais humanitário ao Direito. Assim também o foi no Direito contratual. Antes, institutos como da autonomia privada e força obrigatória dos contratos constituíam-se nos princípios intangíveis das relações privadas, mas hoje o contrato mostra-se totalmente condicionado à Constituição, como um dos alvos principais da influência da constitucionalização do Direito Civil.

Mesmo porque as normas constitucionais, na garantia da justiça social, incidem, como comandos normativos, nas relações entre particulares para que, ainda que exista na legislação resquícios de comportamentos individualistas, prevaleça a concepção do social e humano do Estado Democrático de Direito. E neste aspecto, a dignidade da pessoa humana passa a ser o fundamento dos contratos, que assumem, sem embargo, sua função social.

Com todas as influências que o contrato foi sofrendo em razão da modificação do contexto social, vê-se que a estrutura clássica de contrato, com fundamento unicamente na vontade, já se encontra, há muito, em franco declínio, porque os contratantes possuem direitos subjetivos que devem ser resguardados pelo próprio Estado. Depois de adaptado ao Estado social, especialmente através de uma ampla propagação do dirigismo contratual, no Estado Democrático de Direito concebe-se o instituto como instrumento que transcende o interesse das partes, porque o individualismo jurídico cede ao interesse da coletividade e os poderes da liberdade de contratar enfraquecem-se. O contrato não é mais concebido como um instrumento regulador unicamente de interesses individuais e egoísticos (ou, por vezes, egocêntricos).

Assim, também não há sentido na manutenção da dicotomia do Direito Público e Direito Privado, porque não há mais como conceber que os âmbitos não se inter-relacionam. Não há mais necessidade em tal divisão com a defesa da propagação da ideia de constitucionalização do Direito Civil. Por outro lado, a esfera social mostra-se iminente e real. O ser humano não deixa de ter o seu espaço íntimo, o que não é público, mas isso não pode ser associado a uma esfera privada, onde o homem não se dá a conhecer. Segundo Arendt, a contradição entre a esfera privada e a pública acabou trazendo a completa extinção da própria diferença entre

elas. O social não é o público porque não é definido pelo domínio político, mas também não é o privado porque as pessoas compartilham interesses comuns, ainda que tais interesses, sejam somente privados. A esfera social ganha destaque, também, em razão da sociedade de massa, que gera (e não só ao contrato), uma perda da própria realidade social por parte da ordem jurídico-privada. Em tais situações, o Direito Privado mostra-se incapaz de regular todo tipo de conflito e de resguardar proteção à pessoa.

Porém, clama-se para essa proteção, de forma efetiva, especialmente quando se leva em consideração uma gama de direitos fundamentais que devem ser utilizados mesmo nas relações privadas. Devem ser, mas, nem sempre, o são. Algumas questões ficam colocadas no aberto, sem fixação de resposta, nem para o leigo e nem para o jurista, o que faz, na concepção gadameriana, nascer e revigorar o desafio de dar efetividade à imersão do Direito Privado na Constituição. Mesmo porque, cada vez mais a sociedade participa do poder e, no Estado Democrático de Direito, as pessoas também clamam por proteção não só contra os Poderes Públicos, mas contra os mais fortes no próprio âmbito social (SARLET, 2012). Ainda assim, a invocação da proteção dos direitos fundamentais nos contratos não se limita a relações com a existência de poder social, mas em qualquer tipo de contrato entre quaisquer particulares.

A evidência de que os direitos fundamentais devem se aplicar às relações privadas é a própria consequência do reconhecimento de coerência interna do ordenamento jurídico como um todo. E a ideia mestra que justifica a aplicação dos direitos fundamentais em toda relação privada é a própria constitucionalização do direito, levando-se em consideração a unidade do ordenamento. Além disso, deve-se recorrer ao conceito de que a Constituição não é um ordenamento somente estatal, mas da sociedade como um todo, especialmente do contrato.

Em razão da ideia de constitucionalização do direito, surge o efeito irradiador dos direitos fundamentais, justificado por uma ordem objetiva de valores, fundamentando, com êxito, uma dimensão de potencialização da eficácia dos direitos fundamentais em todos os âmbitos do ordenamento jurídico, porque nenhum ficaria imune à incidência de tais direitos. Tal incidência não atinge, somente, a legislatura e a jurisprudência, mas todas as funções estatais.

Para que seja, de fato, considerada a irradiação dos direitos constitucionais ao contrato, é preciso que se conceba a limitação da autonomia privada, que se trata

da “pedra angular do sistema civilístico” (FACHIN, 1998, p. 119). O fato de consistir em um direito individual de livremente governar a sua esfera jurídica, justifica o seu grande destaque no Estado Liberal. Porém, diante das transformações sociais e econômicas, bem como dos novos paradigmas ideológicos e políticos, houve uma solidarização de tal autonomia. No campo legal, houve ampliação de normas imperativas que reduzem seu alcance, mas não foi desconsiderado o seu caráter, também, de um direito fundamental, não absoluto, ligado à autonomia da pessoa, ao seu livre desenvolvimento, à liberdade e, especialmente, à própria dignidade da pessoa humana.

Em razão de tal caráter da autonomia privada, em determinados contratos, a mesma pode sucumbir diante da preponderância de outro direito fundamental em colisão. Neste sentido, é importante destacar o papel da técnica de ponderação e suas três máximas de proporcionalidade para solução do conflito em concreto: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. Tal técnica será aplicada diante do reconhecimento da existência de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, objetivando definir limites à extensão de sua eficácia diante do reconhecimento de que os contratos não estão imunes aos direitos previstos na Constituição. No entanto, é indispensável que o aporte teórico para tal aplicação tenha seus limites definidos na forma como os efeitos se irradiarão.

Por esta razão, há de ser adotado o conteúdo normativo da Constituição Federal, para justificar o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em que pese a existência de teorias que não aceitam tal irradiação, essa é a tendência que melhor se amolda ao Estado Democrático de Direito.

Ainda assim, tal reconhecimento não implica a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas de forma idêntica entre os ordenamentos jurídicos que os reconhecem. O exemplo alemão demonstra que, naquele país, tem se adotado a eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ou seja, os direitos fundamentais somente incidirão na relação privada através das normas de direito privado e de sua interpretação, no momento do julgamento, porque são considerados normas objetivas de princípio e não direitos subjetivos constitucionais. Outra fundamentação à eficácia indireta, ou mediata, é a existência de deveres de proteção do Estado em relação aos Direitos Fundamentais: de início, as normas de direitos fundamentais seriam dirigidas às relações entre particulares e

Estado. Porém, o Estado também teria a obrigação de protegê-los contra quaisquer ameaças, inclusive as que provêm dos próprios particulares. Tal teoria justificaria o fato de que o único destinatário dos direitos fundamentais é o Estado. No entanto, tal teoria não traz a implicação de que é excluída a possibilidade dos particulares também estarem vinculados por determinados deveres de proteção. Ademais, sua fundamentação acaba sendo contraditória porque o Estado somente atuará contra a lesão a direito fundamental causada por particular se ao particular não for lícita tal conduta.

Porém, conclui-se que, quanto à eficácia indireta, tal concepção guarda muitos resquícios do liberalismo. Se, com ela, o Direito Civil permanece delimitado e autônomo, por outro lado, não garante uma tutela integral dos direitos fundamentais no próprio Direito Privado. Ambos, Direito Civil e Direito Constitucional devem exercer uma relação de complementação e não de exclusão. Outra questão sobre tal forma de eficácia diz respeito ao fato de que, nem sempre, o intérprete terá às mãos cláusulas gerais e conceitos indeterminados e, quando os tiver, não haverá diferença em relação à teoria da eficácia imediata. Tal teoria torna a eficácia dos direitos fundamentais refém da vontade do legislador ordinário, incompatível com a sua fundamentalidade e se torna supérflua por traduzir-se na própria interpretação conforme a Constituição. No mais, os direitos fundamentais podem ser utilizados como comandos diretos e imediatos, devendo ser interpretados da forma mais ampla possível.

Assim, a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, é o melhor caminho a se tomar no que diz respeito à forma de incidência dos direitos fundamentais no contrato. A norma constitucional, de fato, é a norma que regula a relação concreta, sem necessidade de intermediadores ou atravessadores, porque alguns direitos fundamentais dão proteção ao cidadão não só contra o Estado, mas também contra os próprios particulares. As principais justificativas de tal eficácia direta são a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo Direito, a supremacia dos direitos fundamentais, que protegem as pessoas também contra poderes sociais e a lógica de o que é proibido ao Estado, também é ao particular. O fato de existir o postulado de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não deixa de ser um mandado de otimização de sua eficácia, alcançando quaisquer relações, públicas ou privadas.

Por outro lado, não é com a eficácia direta que o Direito Civil perde sua autonomia como disciplina. Ele continua regulamentando relações privadas mas, dentro de um desenvolvimento sob a perspectiva constitucional. Quanto ao grau elevado de insegurança que tal doutrina teria, de certo, não há outra teoria que responda dentro de um padrão absoluto de certeza. Se os direitos fundamentais são imprecisos, as cláusulas gerais, elemento central da teoria dos efeitos indiretos, também o são.

No entanto, não há como se admitir uma eficácia direta de forma absoluta. Se houver, no próprio Direito Civil, mecanismos de garantia dos direitos fundamentais, não será necessário se invocar a aplicação direta da Constituição ao contrato.

O fato é que, apesar de reconhecer a forma direta de eficácia dos direitos fundamentais no contrato, não há como se conceber uma solução uniforme à questão. Há de ser reconhecida, como proposta por Sarlet (2014), uma eficácia direta *prima facie*, considerando que os direitos fundamentais se aplicam às relações privadas, mas as particularidades do caso concreto devem ser consideradas. Neste ponto, entra a importância de aplicação do preceito da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais, que determina a extensão da eficácia dos direitos fundamentais na relação privada. Critérios específicos para a ponderação devem ser verificados no caso concreto, sem deixar de lado a importância da coexistencialidade, como a própria manifestação da dignidade da pessoa humana. Não em uma totalidade de interpretação, mas como propõe Gadamer (1999), alocando-a num contexto de existência ou de acontecer na história do ser.

Dentro dos parâmetros propostos para aplicação da ponderação de valores, decorrentes da adequação, necessidade e proporcionalidade, o contexto é importante para delimitar a (in) existência de diferentes poderes sociais no contrato. Quanto maior o poder social, maior o mecanismo compensatório, o que não implica dizer que onde não há poder social, não há eficácia dos direitos fundamentais na relação privada. A dignidade da pessoa humana é o principal critério substantivo na direção da ponderação, porque a valorização dos direitos fundamentais é decorrência da própria caminhada histórica da humanidade e do Direito.

Seria grande pretensão adotar uma conclusão fechada e certa sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. No campo da pós-modernidade, aceitar apenas uma posição como verdade é permitir adentrar num campo demasiadamente arriscado. Neste sentido, o trabalho pretende apresentar

apenas algumas considerações e proposições sobre o tema, especialmente dentro do contexto social brasileiro.

Dentro das características do direito da pós-modernidade apresentadas por Erik Jayme, a pluralidade, que se apresenta no sentido de alternativas dentro do próprio direito, já que “a lei não mais conduz, ela administra” (1999, p. 120), há uma adaptação dos contrapostos, possibilitando a convivência, ao mesmo tempo, dos diferentes. No contrato, tal possibilidade evidencia-se com a consideração dos vulneráveis e seu empoderamento através do dirigismo contratual. Em busca da igualdade material dos contratantes, é dada uma superioridade jurídica ao contratante hipossuficiente para que os direitos fundamentais sejam garantidos, ficando evidenciada a administração dos contrapostos num contexto plural. Nesse sentido, visualizam-se diversas fontes normativas para orientação legal na matéria contratual, além da própria Constituição Federal, como o próprio Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Inquilinato e Lei de Usura. Além disso, há um pluralismo na filosofia, com o diálogo legitimando o consenso. Marques assinala que os valores e princípios no direito têm sempre uma dupla função, “o ‘double coding’”. Os valores são muitas vezes antinômicos, e “o pluralismo de fontes legislativas é hoje total, a ponto do diálogo das fontes nacionais e internacionais (mesmo *soft law*) nascer o novo direito” (2014, p. 59).

Na pós-modernidade, o direito também é instrumento da comunicação, de informação, como “valorização do passar do tempo nas relações humanas, valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar” (MARQUES, 2014, p. 59). Como a própria decorrência do reconhecimento do pluralismo, a comunicação apresenta-se como imprescindível nas relações contratuais, que se faz de forma instantânea, especialmente via internet. “É inegável a rapidez e a eficiência das comunicações, interferindo diretamente nos modelos e disciplinas contratuais” (TEPEDINO, 2003, p. 125).

Por outro lado, a narrativa, como consequência do impulso da comunicação, evidencia-se nas normas analíticas existentes na realidade. Por vezes, as normas são marcadas por uma retórica exagerada (TEPEDINO, 2003), através da narração¹³⁷ de seus princípios, objetivos, finalidades, como facilitação à

¹³⁷ O que Erik Jayme chama de “normas narrativas”. (MARQUES, 2014, p. 60).

interpretação teleológica e ao efeito útil das normas, o que acaba influenciando a própria aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente nos contratos.

Enfim, como a quarta característica da pós-modernidade e que ganha destaque no âmbito deste trabalho, o retorno aos sentimentos, demonstrado através de uma especial atenção aos direitos humanos, é evidenciado na busca da proteção da dignidade da pessoa humana, bem como no reconhecimento jurídico dos contratos existenciais e da solidariedade social. Apesar da difícil compatibilização entre direito e emoção, os sentimentos aparecem como significativos direitos subjetivos dos contratantes (JAYME, 1999), apresentando-se, também, como uma reação contra as regras da economia mundial, com sua maximização dos lucros e redução dos custos, inclusive sociais. Os direitos humanos surgem “quase como uma derradeira tentativa de se defender a cultura local, o solidarismo e o humanismo, ainda fortemente presentes nas Cartas Constitucionais europeias e na Constituição brasileira, em particular” (TEPEDINO, 2003, p. 125). Neste sentido, a jurisprudência deve começar a definir as prioridades do ordenamento.

A eficácia dos direitos fundamentais, nas relações privadas, onde se inserem as relações contratuais, deve ser, em regra, de forma direta e imediata, mesmo porque tal questão sobre o modo como os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas, é um problema de construção (ALEXY, 2012, p. 528). Não se deve aguardar por mecanismos que intermediem a mais ampla garantia dos direitos constitucionais, especialmente os relacionados à dignidade da pessoa humana. No entanto, o caso concreto pode sugerir uma solução diferenciada, como a própria manifestação dos direitos constitucionais.

Essa é a concepção que melhor se amolda ao conceito atual de contrato, dentro da concepção de proteção não só de valores patrimoniais, mas também de interesses existenciais.

Não se trata de por um fim à autonomia privada, mesmo porque ela é Direito Constitucional também garantido aos indivíduos, dentro de suas características pessoais e de sua concepção de preservação da dignidade humana na busca à felicidade. O que deve existir é um modelo que compatibilize a autonomia privada com os direitos fundamentais, sem que, para isso, seja proposta uma resposta uniforme no direito, ou baseada no tudo ou nada. Nesse aspecto, fica evidente que a

questão sobre a extensão das normas de direitos fundamentais incidem na relação privada, expressa um problema de colisão (ALEXY, 2012, p. 528).

Assim, por ser problema de colisão de direitos fundamentais, a ponderação englobando os níveis de adequação, necessidade e proporcionalidade, pode ser aplicada, de forma adequada, como a medida da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com a fixação de critérios de dosimetria e gradação de incidência dos direitos, especialmente quando na relação travada exista um poder social dominante.

Por fim, é importante considerar que a eficácia direta dos direitos fundamentais nos contratos, com base na prevalência da dignidade da pessoa humana pode auxiliar a construção de uma sociedade igualitária, sobretudo considerando as diferenças fáticas existentes no Brasil, representando, ademais, efetividade da justiça no Estado Democrático de Direito.

No que concerne ao Supremo Tribunal Federal, a questão ainda merece amadurecimento, especialmente dentro de um embasamento teórico claro e bem definido. Não basta mencionar que a aplicação se dá de forma direta, como se percebe em praticamente todas as decisões sobre a questão após a Constituição Federal de 1988. É preciso que seja reconhecida uma verdadeira eficácia direta, sem necessidade de intermediadores ou diferentes poderes sociais para o seu reconhecimento. Dentro deste arcabouço, pode-se dizer que a hipótese lançada na Introdução restou confirmada, levando-se em consideração os mencionados pressupostos que sustentam a resposta ao problema que animou esta pesquisa.

Além disso, as decisões já proferidas não trataram, de forma enfática, da medida da aplicação da eficácia direta nas relações particulares. Nesse sentido, a jurisprudência ainda carece de amadurecimento em suas razões teóricas para a justificativa de tomada de decisão. Na perspectiva da hermenêutica gadameriana, se pode dizer: “a intenção do intérprete é se fazer mediador entre o texto e a totalidade nele subentendida” (GADAMER, 1998, p. 59). A construção de respostas jurídicas mergulhadas na sua constitucionalização não poderá ser arbitrária: “[...] percebemos sem dificuldade como seria arbitrário pretender compreender o texto exclusivamente em função do nosso vocabulário e bagagem conceitual particulares. É evidente que nossa compreensão deve orientar-se pelas formas de utilização linguística da época ou do autor” (GADAMER, 1998, p. 62). Não são apenas as percepções e a tradição do intérprete. Ele deverá perceber que está inserido num contexto histórico,

materializado na Constituição do Brasil de 1988, que carrega a historicidade vivenciada pelo e no Brasil e como as questões globais também nele repercutem. A Constituição Federal é o desaguadouro deste horizonte histórico, que deverá ser inserido no círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão se liga, à compreensão, depois à interpretação e à aplicação. A riqueza do círculo hermenêutico permite a criatividade para a solução dos casos concretos, mergulhando-a no conjunto de regras e princípios que se encontram no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 6ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Traduzido por Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergan. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. 24. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECK, Ulrich. **O que é a globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. Ed. Brasília: UNB, 1995.

_____. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. 4.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Org.) **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: Hironaka, Gisela Maria Fernandes Novaes, Tartuce, Flávio (Orgs.). **Direito Contratual: Temas atuais**. Método: São Paulo, 2009. p. 41-80.

BORGES NETO, Odilon Castello. **O instituto americano do *state action* em contraposição ao sistema da eficácia horizontal adotado pela constituição brasileira**. In: Direitos Fundamentais & Justiça, n. 02, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em 21 mai 14.

_____. **Lei 11.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 21 mai 14.

_____. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> . Acesso em 21 mai 14.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 12547/DF. Habeas Corpus. Prisão Civil. Alienação fiduciária em garantia. Impetrante: William David Ferreira. Impetrado: Desembargador Relator do Habeas Corpus n. 20000020010410 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Paciente: Rosa de Franca Gusmão. Relator:

Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 01 de junho de 2000. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=12547&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 16 ago.14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 405. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>>. Acesso em: 19 jun. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407.688-8. Fiador. Locação. Ação de Despejo. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+407688%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+407688%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4f2nul>>. Acesso em 13 ago. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82424. Publicação de livros. Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+82424%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lf2ygqp>>. Acesso em 17 ago. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 85439. Prova Civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Recorrente: Maria Helena Marques de Carvalho Rocha. Recorrido: Fernando Mello de Carvalho Rocha. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 11 de novembro de 1977. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885439%2E%2E+OU+85439%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lphpcmg>>. Acesso em: 13 jul. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 100094. Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Recorrente: Antonio Rico. Recorridos: Victor Manuel Gouveia – Bastos, sua mulher e outros. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, DF, 26 de junho de 1984. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28100094%2E%2E+OU+100094%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p7yhz33>>. Acesso em: 13 jul. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 160.222. Legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operarias de indústria de vestuário a revista íntima. Recorrente: Ana Paula Muniz dos Santos e outro. Recorrido: Nahum Manela. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 de abril de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28160222%2E%2E+OU+160222%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pmhp3ug>>. Acesso em 13 jul. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 220.459. Agravo regimental. Revista pessoa em indústrias de roupas íntimas. Agravante: Adriana Picanço Dutra. Agravados: Leonardo Orsini de Castro Amarante e outros. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 28 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28220459%2E%2E+OU+220459%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nqxalfb>>. Acesso em 13 jul 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 63.279. A organização e o funcionamento de uma sociedade civil, regulados pelos seus estatutos, não se submetem ao princípio da isonomia, que rege as relações de Direito Público ou

aqueles em que este interfere. Recorrente: Orlando Saraiva Novais. Recorrido: Santos Football Club. Relator: Ministro Amaral Santos. Brasília, DF, 15 de março de 1968. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2863279%2E%2E%2E+OU+63279%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kmtg25c>>. Acesso em: 13 jul. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71373. Investigação de paternidade – exame DNA – condução do réu “debaixo de vara”. Paciente e impetrante: José Antonio Pinheiro Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2871373%2E%2E%2E+OU+71373%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/polcdoj>>. Acesso em: 24 ago. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 158.215. Defesa – Devido Processo Legal – Inciso LV do rol das garantias constitucionais – exame – legislação comum. Recorrente: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrida Cooperativa Mista São Luiz LTDA. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 de abril de 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28158215%2E%2E%2E+OU+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/luq6h8u>>. Acesso em 13 jul. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 161.243. Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatutos do pessoal desta: aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 29 de outubro de 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28161243%2E%2E%2E+OU+161243%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lyjunmm>>. Acesso em 13 jul. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 175161. Competência – juizados especiais – complexidade da causa. Esforços devem ser desenvolvidos de modo a ampliar-se a vitoriosa experiência brasileira retratada nos juizados especiais [...]. Consórcio – desistência – devolução de valores – correção monetária. Recorrente: Finama Auto Financiamento S/C Ltda. Recorrido: Orlando Dias Pereira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28175161%2E%2E%2E+OU+175161%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qfzokmd>>. Acesso em: 24 ago. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201.819. Sociedade civil sem fins lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de outubro de

2005. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2EENUME%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/naurvkt>>. Acesso em 27 jul. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407.688. Fiador. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido Antonio Pecci. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28407688%2EENUME%2E+OU+407688%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kexa3tu>>. Acesso em 25 jul. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 544.651. Processo civil. Execução. Penhora. Bem de família. Possibilidade como garantia de locação. Agravante: Orelma Giacomello Penedo. Agravado Adauto Souza. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 28 de agosto de 2012. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28544651%2EENUME%2E+OU+544651%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ot8lerf>>. Acesso em 24 ago. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 495.105. Penhora – Bem de família – Fiador em contrato de locação – Constitucionalidade. Agravante: Izaura da Conceição Cardoso. Agravado: Clarisse el Bez e Outro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de novembro de 2013. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28495105%2EENUME%2E+OU+495105%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q9rrcpc>>. Acesso em 24 ago. 14.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). **Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 20070111117646, da 6ª Turma Cível. Relator Rômulo de Araújo Mendes. Brasília, 22 de outubro de 2008. Disponível em : <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 10 ago 14.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**; Drittwirkung dos direitos fundamentais; Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Fundamentação em torno da chamada *Drittwirkung* dos direitos fundamentais. In: **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**: Encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

DURIG, Gunter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, André Luís, STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado n. 7. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

_____. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Crítica ao Positivismo Jurídico**: Princípios, Regras e o Conceito de Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

_____. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. O ‘aggiornament’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

_____. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Mind the gap between the new portfolio and the so-called old systems. **Revista do Curso de Direito**, v.151, p. 1-38. Salvador: UNIFACS, 2013.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil – à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil, uma análise crítica. In SARLET, Ingo. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. Ed. Porto Alegre: LAEL, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIÚZA, Cesar. **Direito Civil: curso completo**. 8. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. Problemas Epistemológicos das Ciências Humanas. In: **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 17-26.

_____. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4. Ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GERCHMANN, Suzana Rahde, CATALAN, Marcos. Duzentos anos de historicidade na resignificação da ideia de contrato. In EHRHARDT JR. Marcos. (coord.). **Os 10 anos do Código Civil: Evolução e perspectivas**. Fórum: Belo Horizonte, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HESSE, Konrad. Concepto y cualidade de la Constitución. In: **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

_____. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado**. Teresina, 2008. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4194/contrato-estrutura-milenar-de-fundacao-do-direito-privado>. Acesso em 12 fev.2013.

HUHN, WR. **The state action doctrine and the Principle of democratic choice**. Disponível em https://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/lawreview/lrv_issues_v34n04_a02.pdf. New York, 2006. Acesso em 19/06/2014.

HUNT, E. K. **História do Pensamento Econômico: uma perspectiva crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. In: **Revista dos Tribunais**. n. 759, a. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 24 a 40.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Relatório brasileiro sobre revisão contratual**. São

Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KEINERT, Fábio Cardoso. A questão do social em Hanna Arendt. In **Teoria & Pesquisa**. v. XVI, n. 01. São Carlos: Universidade Federal de São Carlos, 2007.

LAMY FILHO, Alfredo. As transformações sociais e o ensino do Direito: A experiência do CEPED. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. (coord.) **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LEISNER, Walter. **Grundrechte un Privatrecht**. Munchen: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1960.

LIMA, George Marmelstein. **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. s.l. 2008, Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em 02/03/2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 06, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1993.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACPHERSON, Crawford Brough. **A teoria política do individualismo possessivo**. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no Direito Privado brasileiro. In: **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**: Encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

_____. Laudatio Para Erik Jayme – Memórias e Utopia. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS – Seleção de Textos da Obra de Erik Jayme**. 2ed. Digitalização de revista impressa Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Volume 1, Número 1, Março de 2003. Publicação da Edição digitalizada em 15 de Junho de 2014. Porto Alegre: UFRGS, 2014. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43483/27362>. Acesso em 24 ago. 14.

MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais na relação privada. In: **Direito Privado, Constituição e Fronteiras: Encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

MORAES, Maria Celina B. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. I. Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 1991.

NALIN, Paulo. **Do contrato: Conceito Pós-Moderno** (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los límites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Notas sobre a Função do Contrato na História**. Doutrinas Jurídicas, v. 3, 10, 2006. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf>. Acesso em 24 nov 13.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fortes, 2013.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

ONÇA, Luciane da Silva; BARRETO, Wanderlei de Paula. Autonomia da vontade privada e extinção dos contratos. In: **Anima Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**. 3. ed. v. III. Curitiba: Opet, 2010. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Luciane-da-Silva-Onca.pdf>. Acesso em 28 jul 2014.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 6124894. Relator: Ivan Bortoleto. Curitiba, 15 de março de 2010. Disponível em <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>>. Acesso em 10 ago. 14.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: Alguns Aspectos da sua Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental das Relações Jurídicas Privadas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova Interpretação Constitucional: Ponderações, direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Vorsoj, v 38, 1972.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

_____. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Trad. Wenceslao Roces. 5ed. Buenos Aires/México: Fondo de Cultura Econômica, 1995.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 1996.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: Princípios do Direito Político**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. Hugo Grotius: direito natural e dignidade. **Cadernos de Ética e Filosófica Política**, 15, 2/2009. Disponível em <http://www.fflch.usp.br/df/cefp/Cefp15/sahd.pdf>. Acesso em 30 nov 13.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Direito Público e Direito Privado: Uma eterna discussão. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9178&revista_caderno=15>. Acesso em 30 jul 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 9111676532007826. Relator: Campos Petroni. São Paulo, 29 de novembro de 2011. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=6C10C0A1791DF2FC29A4F54903D20FF5.cjsg3>>. Acesso em 10 ago. 14.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. A influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: notas sobre a evolução brasileira. In: **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**: Encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, n. 36. p. 54-103, set./dez. 2000.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**: o caso das relações de trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

_____. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

_____. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHIOCCHET, Taysa. Autonomia de adolescentes e interrupção voluntária da gravidez: um olhar sobre capacidade civil, direitos da personalidade e direitos humanos. In: ENGELMANN, Wilson; SCHIOCCHET, Taysa. **Sistemas Jurídicos Contemporâneos e Constitucionalização do Direito**: Releituras do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Curitiba: Juruá, 2013.

SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do Direito Privado. In: HECK, Luís Afonso. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

SCHUPPERT, Gunnar Folke. BUMKE, Christian. **Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 3ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. São Paulo, Atlas, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (org.). **A constitucionalização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIÚZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Crise das fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.): **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

_____. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

WALD, Arnoldo. O interesse social no direito privado. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. (coord.) **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.