

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM  
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Diogo Durigon

**A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO OBRIGACIONAL  
COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Santa Cruz do Sul, fevereiro de 2008

Diogo Durigon

**A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO OBRIGACIONAL  
COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração – Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis

Santa Cruz do Sul, fevereiro de 2008

Diogo Durigon

**A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO OBRIGACIONAL  
COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração – Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis  
Professor Orientador

Prof. Dr. Ricardo Hermany  
Professor convidado

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho  
Professor convidado

*Buscar a felicidade é, segundo Aristóteles,  
inerente ao ser humano e à própria motivação  
de sua existência. Falar em felicidade, para  
nós, modernos ou pós modernos, é enfrentar a*

*missão de realização pessoal e profissional.*

*Por encontrar realização pessoal  
através de minha família, ao Arthur e à  
Juliana, pois sois a minha felicidade.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecer pode ser tido como o ato de valorizar a participação de alguém na realização de um projeto ou ato, onde aquele que agradece não poderia ver seu empenho satisfeito a não ser com a ajuda de outrem. Por isso, agradecer, nesse momento, representa destacar que outras pessoas foram os autores desse projeto.

Assim, nesse espírito de socialidade autoral, é imprescindível referir o apoio incondicional do Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, através de sua Coordenação, na pessoa do Prof. Jorge Renato dos Reis, bem como através de sua valorosa secretária, Rosana Maria Fabra.

Ao professor João Telmo Vieira que, em apropriada oportunidade, “despertou” um singelo acadêmico para a responsabilidade do futuro. Também aos professores Clóvis Gorchevski e Hugo Thamir Rodrigues pelo apoio, críticas construtivas e incentivo.

Por ser um incentivo profissional, responsável pela minha realização nessa seara, enalteço o valor, a referência e o exemplo do Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis, firme base de minha caminhada profissional.

Aos meus pais, Vilmar e Salete, por respeitar, nesses 22 anos de dedicação ao estudo, a liberdade de escolha, e por incentivar e acreditar, incessantemente, nas possibilidades de êxito.

Por derradeiro, agradeço aos amigos fiéis, como a equipe do Instituto Padre Reus, na pessoa de Maurenilda Bueno, além da Dr<sup>a</sup>. Enisa Eneida Pritsch Winck, entre outros, que, indistintamente, tem dado seu apoio e sua força, em prol de um simples, porém o mais forte dos vínculos:

A AMIZADE.

## **RESUMO**

A Constituição brasileira de 1988 não traz oportunidade de reconstrução apenas do direito público. Através de sua gama de direitos fundamentais, individuais e sociais, busca transformar a responsabilidade do Estado perante a sociedade e, também, dos cidadãos em suas inter-relações. Doutrina e jurisprudência traçam as linhas de um novo direito privado, visualizado a partir dos direitos constitucionais, incidentes sobre todo o ordenamento jurídico. Dessa maneira, a consagração desses direitos perpassa pela necessária reinvenção do direito e do próprio sistema jurídico, demandando atitude pró-ativa do operador jurídico, no sentido de concretizar os direitos fundamentais através de suas mais variadas faces, inovando quanto à observação da norma, agora como fruto de necessária adequação à dinâmica social. E, nesse mesmo compasso, também o direito obrigacional se vê permeado de instrumentos para a preservação dos direitos fundamentais, através do seu equilíbrio em relação à autonomia privada. Assim, princípios como probidade, função social e boa-fé colocam-se em amplitude de igualdade para com a autonomia privada, fundando novas perspectivas do direito privado. E é justamente em função desse viés civil-constitucional, que o presente trabalho enquadra-se na linha de pesquisa de constitucionalismo contemporâneo, amparado que está na efetivação de um novo direito constitucional para obtenção de um novo direito civil.

Palavras-chave: Direito das obrigações. Direitos fundamentais. Direito privado.

## RESUMEN

La Constitución brasileña de 1988 no brinda oportunidad de reconstrucción apenas al Derecho Público. Por medio de su amplia gama de derechos fundamentales, individuales y sociales, se arroja a la odisea de transformar la responsabilidad del Estado ante la sociedad y, también, de los ciudadanos en sus interrelaciones. Mientras eso, la doctrina y la jurisprudencia trazan las líneas de un nuevo Derecho Privado, visualizado a partir de los derechos constitucionales, que inciden sobre todo el ordenamiento jurídico. La consagración de esos derechos, de esa manera, pasa por la ineludible reinención del Derecho y del mismo sistema jurídico, exigiendo actitud pró-activa del operador jurídico en el sentido de concretar los derechos fundamentales en sus variados aspectos, innovando en cuanto a la observación de la norma, ahora ya como resultado de la necesaria adecuación a la dinámica social. Y, en ese mismo compás, asimismo el derecho obligacional se observa penetrado de instrumentos vueltos a la preservación de los derechos fundamentales, a través de su equilibrio con relación a la autonomía privada. De ese modo, así principios como probidad, función social y buena fe se alinean en amplitud de igualdad con la autonomía privada, fundando nuevas perspectivas del derecho privado. E está exactamente en función de este nuevo paradigma civil-constitucional, de que el actual trabajo se cabe en la línea del contemporáneo de la investigación del constitucionalismo, apoyada que está en el efectivación de una nueva ley del constitucional para el logro de una nueva ley civil. Palabras - clave: Derecho de Obligaciones. Derechos Fundamentales. Derecho Privado.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO .....   | 8   |
| 1 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....                                      | 13  |
| 1.1 Norma de direito fundamental .....   | 13  |
| 1.2 Conceituação e distinção de princípios .....   | 18  |
| 1.2.1 Princípios constitucionais .....   | 19  |
| 1.3 Sistema normativo – princípios e regras.....   | 22  |
| 1.4 Formas de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.....                           | 32  |
| 1.5 Eficácias da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito brasileiro ..... | 41  |
| 2 CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO .....                                      | 48  |
| 2.1 Força normativa da constituição .....  | 49  |
| 2.2 Direitos fundamentais .....  | 61  |
| 2.2.1 A evolução dos direitos fundamentais .....   | 65  |
| 2.2.2 Conceitos de direitos .....  | 70  |
| 2.2.3 A internacionalização dos direitos do homem .....  | 74  |
| 2.3 Direitos humanos na sociedade contemporânea - os direitos fundamentais .                       | 75  |
| 2.4 Classificação dos direitos fundamentais .....  | 77  |
| 2.4.1 Teoria dualista e teoria unitária.....   | 78  |
| 2.5 Concepção geracional de direitos fundamentais .....  | 79  |
| 2.6 Autonomia privada – epistemologia e adequação ao sistema dos direitos fundamentais.....        | 87  |
| 2.7 Ponderação .....   | 91  |
| 3 A FUNCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS ATRAVÉS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....             | 97  |
| 3.1 Instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais .....                                     | 99  |
| 3.1.1 Princípio da socialidade .....   | 102 |
| 3.1.2 Princípio da solidariedade .....   | 105 |
| 3.1.3 Princípio da eticidade .....   | 108 |
| 3.1.4 Princípio do equilíbrio ou equivalência das prestações .....                                 | 110 |
| 3.2 A função social e o princípio da boa-fé .....  | 114 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.3 Perspectivas pragmáticas – a responsabilidade do Estado-Juiz na efetivação dos direitos fundamentais entre os particulares ..... | 124 |
| 3.3.1 O aspecto moral como influência no <i>decisum</i> .....  | 130 |
| 3.4 A autonomia privada e a implementação dos direitos fundamentais .....  | 132 |
| CONCLUSÃO .....  | 137 |
| REFERÊNCIAS .....  | 145 |

## INTRODUÇÃO

Pensar sobre direito privado remete o operador, quase que de forma automática, a pensar na liberdade de agir e contratar, a partir de uma herança liberal de que as partes são livres para negociar, bem como para estabelecer todos os detalhes desse negócio.

Não se pode olvidar que o conceito de direito privado, como o próprio termo se apresenta, refere-se à esfera particular dos cidadãos, demandando, assim, o afastamento no Estado de qualquer possível interferência nos negócios entre particulares.

Platão já falava, na sua idéia (utópica) de República, que uma das maiores virtudes do homem é ser justo e honesto. No diálogo, entre Adimanto e Sócrates, sobre a necessidade de se estabelecerem leis acerca de questões como educação dos jovens e de relações das pessoas, refere o mestre da filosofia de que nada vale impor leis impondo o respeito a padrões éticos, pois aos honestos não é necessária tal previsão.

Platão, alguns séculos antes da revolução iluminista, já refletia sobre a necessidade de se estabelecerem leis para regular uma sociedade, haja vista que, lançando-se a essa pretensão, estariam fadados ao constante e irrenunciável processo de elaboração e reelaboração legislativa.

Pois bem, séculos mais tarde, o principal viés da pretensão legislativa iluminista centra-se justamente no afã de completude normativa, de maneira que o julgador é tido como instrumento de aplicação, pura e simples, do direito positivo, em verdadeiro ato mecanicista.

Esta pretensão, contudo, restou fadada, desde o princípio, ao insucesso, haja vista que a liberdade e a igualdade propagadas pela bandeira revolucionária, em verdade, mostraram-se armas para a imposição de vontade e desequilíbrio contratual, pois o mote da balança restringiu-se à igualdade formal. Assim, o resultado já é de todos sabido: a capacidade financeira e cultural levou à obtenção de vantagens indiscutíveis.

É necessário ter em mente que esse fato decorreu da própria valorização do indivíduo enquanto tal, mas isolado do meio social à sua volta, com apego exagerado aos anseios de liberdade, tão sufragados e obstaculizados pelo período pré-revolução. E é justamente com base nesse anseio de liberdade que nasce o Código Civil, como estatuto independente de direito privado.

Contudo, o exagerado apego ao formal e os desequilíbrios causados por essa opção tiveram, indiscutivelmente, grande importância no desenvolvimento de propostas de influência do Estado em áreas onde antes a atuação estatal se restringia à garantia de liberdade e igualdade formal.

Ainda, aliado a esse fator, o texto constitucional, que, em sua conotação primordial trazia a organização do Estado e do direito público, alçou, paulatinamente, a responsabilidade de prever direitos e garantias fundamentais, vinculando, então, o Estado, mas, também, sob perspectivas contemporâneas, os particulares em suas inter-relações.

É necessário lembrar, também, que, a partir da década de 1950,

experimentou-se um desenvolvimento de informações e tecnologia, assim como de profundas mudanças sociais – quanto a aspectos culturais, especialmente – que encaixaram sociedade e Estado em permanente processo de transformação.

A partir dessa dinâmica social contemporânea, o direito observou-se em atraso, igualando-se à condição dos enfermos citados por Platão, não tendo condições de suprir as demandas cotidianas, tanto pela lentidão de seus instrumentos legislativos como pela própria obsolescência jurídica.

É nesse cenário de constantes e profundas modificações sociais e culturais, impulsionado, ainda, pela necessidade permanente de adequação dos institutos jurídicos a essa nova realidade social, que os princípios constitucionais ingressam no ordenamento como meio eficaz de positividade normativa, mas em relativa (e necessária) abertura para sua leitura – e constante releitura – à missão de adequação do ordenamento à realidade.

Assim, direito público e direito privado avançam por um novo caminho, onde suas linhas limítrofes abrem espaços de observação, imersão e experimentação, refletindo uma nova perspectiva: de um direito atento ao indivíduo, mas enquanto integrante de determinada sociedade, onde a busca de realização pessoal se reparte, e inclusive necessita, da social.

Ao propor o tema em comento, não há outra pretensão senão levantar os olhos para a manutenção da liberdade, sob a tutela premente e presente dos direitos fundamentais, erigidos como fator de necessária vinculação através da noção de solidariedade inserida no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988.

Esse objetivo demanda, contudo, acompanhar novos paradigmas, que situam o indivíduo em relação ao outro, que vinculam o legislador ao cumprimento e instrumentalização da eficácia dos direitos fundamentais, que exigem do Estado postura pró-ativa em relação a esses direitos e que impõem ao julgador a extração

da norma com base no ordenamento, mas indiscutivelmente ligado à realidade.

Pode ser arriscado lançar-se em uma missão que prega a relativização do pacto em favor do princípio da solidariedade. No entanto, diante disso, permanece latente e perturbador o questionamento: pode-se observar, passivamente, a dinâmica social impor pesados ônus a alguns (desprovidos de cultura, discernimento e conhecimento) sob o fundamento de respeito a conceitos ultrapassados e fixos na idéia de liberdade e igualdade, sem realização da fraternidade?

Talvez não seja indicado optar por esse caminho; no entanto, é preferível estabelecer marcas de erros e tentativas a deixar um caminho sem qualquer lastro.

Com base nessa premissa, o estudo desenvolve-se a partir de um projeto de compreensão da norma sem pretensão de neutralidade, haja vista que o sujeito não consegue desligar seus valores e princípios da análise que faz de determinado conceito jurídico.

Não obstante, antes de ser um erro, essa possibilidade de interpretação e de reinterpretação constante do direito poderá torná-lo, juntamente com um arcabouço de princípios, direitos fundamentais e cláusulas gerais, o instrumento de maior concretude e adequação social, pois permite a integração da norma com a sociedade.

Nesse ínterim, os princípios assumem particular destaque, pois permitem a renovação do sistema (oxigenação do sistema jurídico), bem como fazem com que esse mesmo sistema jurídico sinta os valores fundamentais da sociedade, como justiça, solidariedade, dignidade, entre outros.

A oportunidade aberta pela visualização dos princípios, e sua função, em

relação ao ordenamento, também permite que os direitos fundamentais se lancem na mesma responsabilidade, alcançando não apenas o direito público, mas também o direito civil, implementando a proposta de constitucionalização do direito privado.

Certamente que, nesse espaço aberto de inter-relação entre direito público e direito privado, é necessário preservar as bases de sustentação do segundo. No entanto, estes pilares passam a dividir seu espaço com novos preceitos.

Diante desse quadro, chega-se, então, à análise de influência específica dos direitos fundamentais perante as relações obrigacionais, já superficialmente relativizadas por exceções no cumprimento dos pactos, mas que, através do atual Código Civil brasileiro, ampliam seus contornos de atuação, buscando a realização dos direitos fundamentais como pressuposto ao exercício e existência da autonomia privada.

Se é possível fundamentar e realizar tais pretensões, e mesmo qual a profundidade ou alcance dessa flexibilização do vínculo obrigacional, não há como dizer. No entanto, é de se questionar da existência de algum direito ou prerrogativa que permita abster-se de tal compromisso.

## **1 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A definição de direitos fundamentais, bem como a verificação de sua aplicabilidade em determinadas relações jurídicas, especificamente, nas relações jurídicas ditas de direito privado, demanda um início a partir da análise dos próprios termos definidores do vínculo jurídico em questão, como instrumentos limitadores e delimitadores da pretensão da pesquisa e do próprio arcabouço teórico.

A vinculação das relações interprivadas a perspectivas constitucionais, além da necessária atenção aos institutos infraconstitucionais – o que não significa a aplicação destes últimos em detrimento do texto constitucional –, pressupõe a utilização de normas constitucionais específicas, ou, então, como preleciona Alexy, normas de direitos fundamentais.

### **1.1 Norma de direito fundamental**

Uma primeira distinção a ser realizada está entre definição de norma

contraposta à definição de enunciado normativo. O tratamento do conceito de norma subentende processo interpretativo, haja vista tratar-se da própria definição da conduta, lícita ou ilícita, conduzida pelo agente. A norma é verificada como o produto de um processo de compreensão do ordenamento, onde se constata a obrigação jurídica vinculante.

A posição do enunciado normativo está no aspecto formal. Esse enunciado representa a expressão em si, desprovida ainda do processo de prospecção da norma (e, portanto, da própria vinculação jurídica). Não que o enunciado normativo não tenha qualquer vinculação jurídica; sua identidade está na representação da intenção do legislador, bem como no estabelecimento dos ditames e limites ao processo de prospecção e aplicação da norma no caso concreto.

Para Canotilho, norma jurídica representa “regra jurídica definidora de um padrão de comportamento ou criadora de esquemas jurídicos para a solução de conflitos.”. A norma, nesta concepção, é verificada a partir de um processo de concretização, baseado na interpretação do texto normativo, conectado à análise de aspectos empíricos da norma.

A distinção, quanto ao texto e ao produto do texto, também está presente em Canotilho, de modo que *norma* é objeto da interpretação, e formulação da norma (aí entendidos enunciados ou disposições) é o resultado do processo de interpretação, ou seja, aponta também para a premissa de que texto não se confunde com norma.

No direito pátrio, Humberto Ávila traça a perspectiva da norma a partir de sua diferenciação com o dispositivo normativo, de modo que o processo de interpretação sistemática dos dispositivos leva à identificação da norma. A partir disso, as normas são fruto de um processo de interpretação sistemática dos dispositivos (objetos da interpretação).

Para fins de adequação, é necessário estabelecer norma como gênero e como espécie. Como gênero, temo-se a norma de direito, descrita por Humberto Ávila e Canotilho. Segundo esses autores, ela refere-se à totalidade das normas possíveis dentro do ordenamento jurídico. Em contraposição, temos, de acordo com Alexy, a limitação da norma em espécie – a norma de direito fundamental –, construída a partir da base constitucional e, mais especificamente, dos institutos de direito fundamental previstos na Carta Jurídico-Política do Estado.

Conforme Alexy, mesmo que as propostas de definição sejam variadas, não havendo, ainda, consenso quanto a uma definição única, pode-se dizer que, quando alguém possuir um direito fundamental, terá uma norma de direito fundamental válida, a qual lhe outorga esse direito. Dessa maneira, normas de direitos fundamentais podem ser definidas como aquelas que envolvem direitos fundamentais previstos na lei fundamental.

A construção do conceito de norma depende da verificação de alguns pressupostos. O primeiro deles está na própria possibilidade de interpretação do texto. Um dos reflexos da Revolução Francesa foi a criação de um ordenamento jurídico com pretensão de completude, visando a impossibilitar qualquer processo interpretativo. Daí, poder-se-ia concluir que norma, concebida a partir de um processo de interpretação, não pode ser inserida em ordenamentos jurídicos fechados à interpretação, pressupondo um sistema aberto à dinâmica da realidade.

Essa pressuposição de atenção à realidade encontra, como fundamento, a incidência do princípio democrático. De maneira pragmática, a adequação da norma de direito fundamental à realidade decorre da aceção de que o texto constitucional, por encontrar na sociedade a sua origem, não pode estar alheio ao

desenvolvimento dessa, bem como às modificações verificadas nas relações dentro da sociedade.

Tem-se o conceito de norma de direito fundamental amparado na acepção de que o dispositivo (textual ou axiológico) apresentará seus efeitos a partir da análise *in concreto*, ou seja, a verificação do real sentido e aplicabilidade da regra ou princípio constitucional é encontrada com a análise conjunta dos fatores jurídicos e dos fatores empíricos, haja vista a necessidade de adequação da norma de direito fundamental à realidade.

Cabe salientar que, por mais que se verifiquem pré-definições de aplicabilidade, contata-se, em um primeiro momento, que somente a análise *in concreto* determinará dispositivos possivelmente incidentes no caso concreto. A partir desses dispositivos, processo de interpretação, poderá ser definida a norma aplicada na espécie, em um verdadeiro processo dialético entre circunstâncias factuais e premissas jurídicas.

Se a extração do sentido depende da análise, além dos fatores jurídicos (regras e princípios constitucionais aplicados à espécie *prima facie*), também dos fatores factuais (justamente para optar entre os enquadramentos jurídicos preliminarmente possíveis), então se pode verificar que a norma terá, como característica necessária e indissociável, a mutabilidade, operando em constante processo de adequação e readequação. Também é possível referir um processo de *construção e reconstrução* das normas, tendo-se como base os textos normativos existentes e os núcleos de sentido de cada dispositivo, que limitam na essência, mas permitem ampliações de sentido.

Pode-se dizer, portanto, que a identificação da norma de direito fundamental atravessa um processo de interpretação, ou concretização, que também poderia ser chamado de adequação, dos dispositivos (textuais e/ou axiológicos) aos processos empíricos. Sabe-se que essa proposição apresenta, de

imediatos, duas variáveis, problemáticas sob a perspectiva civilística moderna.

A primeira, relativa ao agente interpretante – que se percebe como um reconstrutor da norma, apresenta a liberdade de análise jurídica pelo operador jurídico. Ao se permitir que a norma seja garimpada do ordenamento jurídico, o operador terá liberdade de lapidação da norma, buscando um sentido, particular, a partir dos dispositivos que entender aplicáveis à *fattispecie*.

A segunda decorre da própria liberdade de trânsito interpretativo, que, por possibilitar a flexibilidade da definição de determinada norma, leva à indefinição de conceitos, relativização de disposições normativas e conseqüente insegurança jurídica.

Essas ponderações, necessárias perante a realidade de constantes demandas, postulando a intervenção do Poder Judiciário nas relações jurídicas obrigacionais e visando a sua revisão e até a sua rescisão, serão abordadas em tempo oportuno.

A partir daí, é possível construir uma proposta de definição do âmbito de influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a qual, longe de exaurir ou firmar definitividade, deve ser tratada apenas como uma hipótese contundente e confiável, visando a amparar as proposições contidas neste estudo.

Lembrando que as normas jurídicas, especialmente as de direitos fundamentais, estão propensas à dinâmica da realidade social, e a título de definição, tratar-se-á norma como uma premissa jurídica, distinta das concepções de texto normativo ou dispositivo normativo, decorrente de um processo de interpretação sistemática dos institutos de direito (regras e princípios) aplicados à *fattispecie*, tendo, como pressuposto, fundamentação objetiva da prospecção e adequação da norma.

Como premissa jurídica deve-se entender a definição jurídica aplicável, ou seja, a norma propriamente dita. Por texto ou dispositivo normativo, tem-se o texto legislativo, ou princípio jurídico, que são objetos de análise. De igual maneira, a partir dessa proposição, pode-se estabelecer que a norma jurídica de direito fundamental é aquela que, no processo de prospecção, engendra princípios ou dispositivos de direitos fundamentais.

## **1.2 Conceituação e distinção dos princípios**

A Constituição, para Hesse, não pode presenciar a separação entre realidade e norma (entre *ser* e *dever ser*). Sua gênese está na própria motivação, ou seja, “[...] a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela [...]”, a realidade e a normatividade da Constituição não podem ser separadas.

Ainda, a vinculação da Constituição (sua força normativa), não está “[...] tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa,[...]”. Tem-se, portanto, dois fatores que influenciam para a normatividade da Constituição, onde o primeiro está ligado à adaptação da Carta à realidade, e o segundo decorre da própria essência de norma jurídica.

Para a persecução do fim ao qual se propõe (junção entre *ser* e *dever ser*), bem como fonte axiológica do sistema jurídico, o texto constitucional se arrefece pela utilização de princípios que, pela sua própria natureza, carregam aspectos materiais e formais.

### 1.2.1 Princípios constitucionais

A utilização dos princípios é verificada no sistema alemão de longa data. Porém é através de Alexy que se estabelecem padrões de normatividade dos princípios, com base justamente na sua carga valorativa constitutiva, a partir, contudo, de uma eficaz distinção entre princípios e regras.

Rothenburg refere, em relação aos princípios constitucionais, que estes possuem duas funções importantes dentro do sistema: como função formal, os princípios atuam dando concatenação lógica ao sistema; como função material, permitem a extração e compreensão do sentido das normas e do próprio sistema. Em qualquer dos casos, porém, diante da normatividade dos princípios, o autor refere que estes fazem a ligação da Constituição com a realidade.

Assim, pode-se identificar dois pontos especiais de atuação dos princípios. Em primeiro lugar, os princípios norteiam a elaboração legislativa constitucional e infraconstitucional; em segundo lugar, porém com estreita ligação ao item anterior, os princípios permeiam a interpretação do sistema, permitindo, nesse processo, a realização de *links* com a realidade (em função da própria abertura valorativa que os princípios possuem).

Alexy estabelece, relativamente aos princípios, uma classificação em materiais e formais. Os princípios materiais referem direitos, com maior ou menor amplitude de abrangência quanto a esses direitos. Os princípios formais, por seu turno, trazem garantias ou meios de proteção. É por meio destes últimos que o sistema se liga à realidade, enquanto os princípios materiais comportam a carga valorativa (que lhe dera a origem).

Esta distinção parte de uma concepção mista das normas de direitos fundamentais. Assim, ao expor essa terceira via, parte o autor da distinção entre

princípios de conteúdo ou materiais e princípios formais ou procedimentais, nos quais estes instrumentalizam a aplicação daqueles. Também em relação às regras, são estas aplicáveis diante da sua previsão constitucional e na medida de sua especificidade. Ou seja, os princípios atuam de forma geral, porém as regras atuam quando específicas.

Nesse meio, convivem princípios expressamente estabelecidos na Constituição, assim como princípios implícitos que, da mesma maneira que os anteriores, também apresentam plena normatividade e eficácia.

Verifica-se, assim, que os princípios trazem os meios de implementação do *dever ser*, mas intimamente ligado à realidade, pois a Constituição busca, na realidade (e na sociedade), sua função de existência. Veja-se que a própria essência dos princípios (valores, costumes, etc.) traz os meios de sua ligação (como norma jurídica) à realidade (resolução dos casos concretos).

Vicente Greco Filho distingue os direitos e garantias fundamentais em direitos materiais, garantias formais e garantias instrumentais, todos previstos na Constituição Federal de 1988:

[...] consideram-se direitos materiais aqueles diretamente outorgados pelo texto constitucional, o qual define, também, o seu conteúdo. Pode, eventualmente, certa delimitação ou regulamentação ser remetida à legislação ordinária, a qual, todavia, não poderá desvirtuar o direito constitucionalmente garantido. Consideram-se garantias formais aquelas que, sem definir o conteúdo do direito, asseguram a ordem jurídica, os princípios da juridicidade, evitando o arbítrio, balizando a distribuição dos direitos em geral. Consideram-se garantias instrumentais ou processuais as disposições que visam assegurar a efetividade dos direitos materiais e das garantias formais, cercando, por sua vez, sua aplicação de garantias. Como exemplos de direitos materiais teríamos o da liberdade de consciência, [...]. Garantias formais são princípio da legalidade [...], o da isonomia e da igualdade [...]. Garantias instrumentais ou processuais são as do processo, como a ampla defesa, a instrução contraditória, etc.

Os princípios constitucionais, conforme Bonavides, constituem-se o critério segundo o qual se delimitam e perfectibilizam-se todos os conteúdos normativos

do sistema, realizando a “congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo”.

Os direitos fundamentais, de maneira geral, engendram-se no texto constitucional e em todo o ordenamento jurídico através dos princípios, *i.e.*, são os princípios constitucionais que, via de regra, prevêm os direitos fundamentais, pois é através do enunciado principiológico constitucional que os direitos fundamentais são alçados à sua própria condição (de direitos fundamentais).

### **1.3 Sistema normativo – princípios e regras**

A importância de uma definição de norma de direito fundamental, para o presente trabalho, está justamente na influência das categorias normativas (princípios e regras) na proposição de um direito civil permeado por direitos fundamentais. No entanto, mesmo que, na doutrina, já tenha se tornado feito comum a distinção entre princípios e regras, para um estudo que se propõe buscar instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas, é, sem dúvida, imprescindível tal abordagem.

A necessidade de distinção entre princípios e regras decorre especialmente em virtude da responsabilidade de cada um desses institutos dentro do ordenamento jurídico, com aspectos de influência diferenciados. Pode-se verificar a realização de distinções entre princípios e regras em diversos autores, bem como base e fundamentações em diversos critérios.

Alexy, sendo precursor na precisão distintiva entre princípios e regras, apresenta um critério de classificação estrutural, de modo que a norma é gênero das espécies princípios e regras. É importante referir que tanto as regras como os princípios são categorias normativas porque detêm vinculatividade, ou seja,

determinam um *dever ser*, mesmo que de forma indireta, razão pela qual podem ser assim chamados.

As normas que resultam de determinado ordenamento jurídico não são a simples representação dos dispositivos. Conforme Humberto Ávila, as “Normas não são os textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. As normas são, portanto, o resultado do processo de interpretação dos enunciados normativos (regras e princípios).

Tendo como base a divisão das normas em regras e princípios, Alexy estabelece que a distinção adequada é apenas de nível qualitativo entre ambos, haja vista que, considerando que as regras incidem de forma total ou simplesmente não incidem em determinado caso, ao passo que, em relação aos princípios, é possível identificar flexibilidade quanto à intensidade da aplicação, bem como variação qualitativa, de acordo com os enunciados normativos que estão em colisão, não é possível estabelecer distinções de grau entre ambos.

Veja-se que, em relação às regras, somente é possível elaborar uma confrontação qualitativa, haja vista que, pelo seu critério, a regra ou é aplicável no todo, ou deve ser totalmente afastada (em conflito de regras). Isso já antecipa os fundamentos da distinção realizada entre princípios e regras, em especial, quando de sua confrontação, estabelecidos como colisão de princípios e conflitos de regras.

A distinção entre princípios e regras adotada por Canotilho segue a proposta de Alexy, individualizada apenas no conceito de que os princípios demandam a “realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”, sem qualquer ordem direta de proibição, permissão ou exigência, mas buscando a otimização de um direito ou bem jurídico. Por seu turno, as regras expressam determinações precisas de vedação,

obrigação, exigência ou permissão, através de sua aplicação, ou não aplicação, integral.

Humberto Ávila, discordando do modelo exposto por Alexy, refere que os princípios são normas imediatamente finalísticas, com uma orientação prática a ser atingida, com pretensão de complementaridade e parcialidade, através da análise de um estado de coisas a ser buscado. As regras, por sua vez, têm, como dever imediato, a adoção da conduta descrita, demandando exclusividade, abarcância e correspondência entre o fato e o dispositivo legal.

Na diferenciação estabelecida por Alexy, as regras são normas cuja aplicação atende ao critério do *tudo ou nada*: por subsunção, determinada regra se aplica, ou não, ao fato objeto de análise. Os princípios, por sua vez, são *mandados de otimização* do ordenamento (normas realizadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes).

Esta diferença entre regras e princípios ainda pode ser vista pela resolução do *conflito* de regras e da *colisão* de princípios. No conflito de regras, tem-se que, não havendo cláusula de exceção, uma das regras será afastada do caso concreto, fazendo-se incidir apenas aquela considerada válida, ou seja, há a declaração de invalidade da regra afastada. Na colisão de princípios, o método de resolução está na ponderação destes, de forma que, frente ao caso concreto, a aplicação dos princípios alcançará ambas as prescrições.

Seguir-se-á aqui, pela completude e adequação da proposta ao ordenamento jurídico pátrio, a referência de que os princípios são mandados de otimização do ordenamento (normas realizadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes), enquanto as regras são normas cuja aplicação atende ao critério de correspondência do fato com a previsão, sem possibilidade de ampliação interpretativa.

Nesse ínterim, as regras, como mandados de *dever ser*, somente poderão ser aplicadas na sua totalidade ou afastadas. Se duas regras entram em conflito, duas soluções são possíveis: a primeira delas está na criação de uma cláusula de exceção, em que vige uma regra geral, porém, em determinada situação, a regra geral se afasta para dar lugar à regra específica; em segundo lugar, não sendo possível a criação dessa cláusula de exceção, uma das regras necessita ser declarada inválida perante o ordenamento, pois não é crível a validade de duas normas com mesmo objeto, porém contraditórias entre si, refletindo efeitos diversos para a mesma situação.

Assim, ou o conflito se resolve pela exceção, ou então, pelo afastamento da regra em relação ao caso concreto, fazendo-se incidir apenas aquela considerada válida, com a declaração de invalidade da regra afastada, cujos critérios se dão pela especialidade, temporalidade, etc.

Em relação aos princípios, identificada a *colisão* entre dois ou mais desses *mandamentos de otimização*, o método de resolução está na ponderação desses, de modo que, frente ao caso concreto, a aplicação dos princípios alcançará ambas as prescrições, porém com a relativização de um dos princípios até a medida em que o outro, cuja importância merece aplicação *prima facie*, seja aplicado, amparando-se na verificação de ambos com foco no caso concreto.

Os princípios, por se constituírem em mandados de otimização, não sendo, portanto, mandados definitivos, possuem caráter *prima facie*. As regras, por outro lado, pela definitividade de sua prescrição, não comportariam essa característica. O contraponto, com relação às regras, está na possibilidade de admissão, pelo sistema jurídico, de cláusula de exceção, que leva à perda de definitividade do dispositivo e, por conseguinte, à admissão de sua valorização como *prima facie*.

Essa disposição leva ao critério seguinte de distinção, relativamente às regras e aos princípios como razão, onde as primeiras (salvo no caso da cláusula

de exceção) são razões definitivas, enquanto os princípios são *razões prima facie*.

Feitas essas delimitações, chega-se ao conceito preciso de princípio como mandado de otimização (de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas), atento, porém, à máxima de proporcionalidade (e suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A máxima de proporcionalidade em sentido estrito é o mandado de ponderação em relação às possibilidades jurídicas, enquanto que a adequação e necessidade atuam como mandados de otimização em relação às possibilidades fáticas.

A importância do trabalho de Alexy mostra-se evidente para a proposta de concretização dos direitos fundamentais ao abordar, em especial, um sistema misto de concepção das normas de direitos fundamentais.

São os princípios, essencialmente, que detêm a carga axiológica do sistema jurídico constitucional. Assim, os direitos e garantias fundamentais estão essencialmente previstos através dos princípios constitucionais.

Os princípios se distinguem entre princípios de conteúdo ou materiais e princípios formais ou procedimentais, sendo que estes instrumentalizam a aplicação daqueles (e inclusive realizando processo de trocas). As regras, por sua vez, são aplicáveis diante da sua previsão constitucional e na medida de sua especificidade. Ou seja, os princípios atuam de forma geral, porém as regras atuam quando específicas.

A abordagem estabelecida por Humberto Ávila diferencia-se no sentido de trazer, como instrumento delimitador a aplicação dos direitos fundamentais, em contraponto aos princípios formais de Alexy, o que chamou de postulados normativos aplicativos (deveres estruturantes da aplicação de outras normas, definindo o modo de raciocínio dessa aplicação).

O diferencial entre ambos encontra-se na viabilidade de os valores interferirem no processo de Humberto Ávila, enquanto os princípios formais de Alexy seguem somente os padrões definidos. A referência aos valores, que denota a ampliação do processo de prospecção da norma, por Humberto Ávila, encontra-se referida como fundamento de atenção à concordância prática (postulado), encontrando, como limitador, o postulado da proibição de excesso.

Se a norma pode ser tida como resultado de um processo de interpretação, “*expressão do processo cultural do qual nasceu e sobre o qual é destinada a incidir*”, como refere Pietro Perlingieri, então o valor acabará interferindo na própria interpretação, pois não há como distanciar a apreciação do valor contido na regra para a prospecção da norma, sem que seja revelado e relevado seu conteúdo.

Mas cabe destacar que os princípios, tal como exposto por Humberto Ávila, não se confundem com os valores: traçam, na verdade, um estreito relacionamento, “[...] na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover”. Porém, quando se verifica a aplicação, os princípios estabelecem obrigatoriedade de busca da sua maior efetivação possível, enquanto que os valores encontram-se no plano axiológico, atribuindo qualidade positiva a determinados elementos do sistema.

Esta abordagem mostra-se importante, pois, amparados nas formas de interpretação e compreensão das normas, são especialmente os princípios constitucionais que darão a tonificação para a concretização dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares. Por outro lado, nesse processo de interpretação e compreensão, necessário para a prospecção do vínculo normativo aplicado ao caso em espécie, não há como desvincular aspectos pessoais do aplicador que, a partir da reserva axiológica (do sistema jurídico), terá percepções diferenciadas de outros operadores, nos quais, portanto, valores, historicidade, vivência, etc., agregam fatores de influência no processo (e

resultado) de compreensão e prospecção da norma.

No espaço em que se digladiam regras, a liberdade hermenêutica é limitada em relação ao operador, ou agente interpretante, na medida em que se aplicam, ou não, no caso concreto, pressupondo-se limitação no próprio enunciado à prospecção do sentido normativo; por outro lado, na colisão de princípios, pela abertura de conceito e amplo campo de incidência, é possível a influência de todo o sistema normativo (a partir de uma perspectiva sistemática de interpretação) e, também, de aspectos extrajurídicos que dão embasamento ao sistema jurídico, como os valores norteadores de princípios.

Perlingieri refere uma necessária vinculação do direito como ciência social e a função do jurista, que busca a interpretação desse direito em face da realidade, de maneira que, nesse ínterim, os códigos civilistas foram, paulatinamente, perdendo espaço para as Constituições, com a compreensão do caso *in concreto* frente a todo o sistema.

O texto legislativo, pela proposta do autor, é um sistema aberto de sentidos, de forma que a positivação (do direito) somente ocorrerá com a participação do intérprete: é positivo porque é interpretado e na medida em que for interpretado. Ainda, os sentidos buscados não estão simplesmente no texto, mas no contexto em que estão inseridos. Refere que, a partir de uma noção de *pré-compreensão*, o jurista interpreta a partir de suas próprias hipóteses, ou seja, o processo de interpretação é sensível à *asserção axiológica* de quem compreende.

Em decorrência disso, é afastada a concepção de impossibilidade de interpretação de regras claras, pois esta decorre do processo (de interpretação), e não simplesmente se apresenta clara de maneira automática. Tal fator se acentua diante de uma análise axiológica amparada em valores constitucionais, com permanente confrontação de dispositivos infraconstitucionais e constitucionais.

A adequação, por certo, tende a seguir os preceitos constitucionais, pois é a constituição que lança paradigmas de desenvolvimento social e jurídico a todo o ordenamento.

Assim, é o sistema (e seus princípios) no qual está inserida essa regra que dará margem à interpretação e prospecção da norma jurídica, vez que a regra é dependente do sistema para se ver como regra. Esta interpretação, contudo, deve ser norteada por concisa fundamentação, especialmente, nos valores do ordenamento, conferindo responsabilidade à construção normativa do intérprete.

Essa análise pode levar à conclusão inicial de que, independentemente de sua natureza (regra ou princípio), o enunciado normativo constitucional será vitorioso diante de um embate (colisão e\ou conflito) com princípios e regras não constitucionais.

Humberto Ávila estabelece pontos de interseção que apontam para a preponderância das regras sobre os princípios. Segundo o autor, nos princípios, o aplicador deve construir elementos argumentativos que façam a ligação entre a realização do estado de coisas exigido pelo princípio e os efeitos da conduta a ser adotada para essa realização, de modo que a interpretação do conteúdo normativo dos princípios depende da análise do problema específico.

Em função, justamente, de sua pretensão de complementaridade, de modo que não apenas um princípio lança-se à solução do caso em espécie, mas sim diversos deles acabam contribuindo para a construção de um sentido e solução ao caso – o que também abre margem à parcialidade -, é que as regras têm preferência, pois possuem sentido específico e menor amplitude interpretativa.

As regras pretendem abranger todos os aspectos relevantes para a decisão no caso concreto, apresentando uma solução adequada e específica, desde que preenchidas as condições de aplicabilidade (requisito esse que determina a

própria utilização/aplicação da regra). Dessa maneira, sendo a regra imediatamente norma de conduta, ao contrário dos princípios que são normas finalísticas e mediamente de conduta, a interpretação far-se-á “[...] mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido.”

A aplicação de regras e princípios que se encontram em idêntico grau hierárquico e que estão se debatendo sobre uma situação específica, encontra solução através do preenchimento, ou não, dos requisitos de aplicabilidade da regra (levando à incidência do princípio de maneira subsidiária), pois, dada a natureza de interpretação parlamentar do sistema (na construção da regra), detém prioridade em relação ao princípio.

Da mesma forma que o princípio detém caráter *prima facie*, permitindo (no seu caso específico) certa liberdade de construção do sentido da norma, o legislador, ao construir a regra, detém liberdade de interpretar o sistema normativo e de fixar os limites da regra através do seu próprio texto, levando à conclusão de que descumprir uma regra seria mais grave que descumprir um princípio.

Importante ponto de embate é verificado quando princípios e regras se colocam em confronto, embora pertencentes a sistemas normativos de hierarquia diferenciada.

#### **1.4 Formas de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**

A história moderna do direito perpassa por uma constante alternância de preponderância entre direito público e direito privado. A proposta de vinculação horizontal dos direitos fundamentais resulta da superação dessa dicotomia entre ambos. A história testemunhou a cíclica alternância da preponderância de um

sobre o outro (público/privado), sem, no entanto, verificar a integração dessa clássica divisão.

Nessa evolução, do movimento pendular da sobreposição de um dos direitos (público e privado), a Revolução Francesa apresenta-se como ícone de manifestação de preponderância do privado sobre o público, pois, através do Estado Liberal, releva-se o individualismo jurídico e a igualdade formal, tendo como significado de liberdade a livre contratação e a livre propriedade.

Essa situação inverte-se através do constitucionalismo social e do crescente intervencionismo estatal, oriundos das concepções do *Welfare State*. Eugênio Facchini Neto, ao expor essa mudança do Estado mínimo para o Estado interventor, refere que,

Com o declínio dos limites à ação do Estado, foi ele aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado Total (total exatamente no sentido de que não deixa espaço algum fora de si).

A interferência do Estado tomou grande importância através da criação de microssistemas (em contraponto ao sistema codificado e pretensamente completo do liberalismo), regulando e limitando as relações privadas quanto a matérias e questões específicas, dando azo à chamada *publicização do direito privado*.

Podemos definir esse processo como de despatrimonialização do direito civil, ou repersonalização do direito privado, buscando a “operacionalização do sistema econômico, com diversificação na sua valoração qualitativa”, através da produção com total respeito ao princípio da dignidade humana (assim como o respeito ao meio ambiente), com o objetivo de distribuir riquezas com maior justiça.

Julio Cesar Finger vai além. Destaca a transformação do direito civil precedente (direito-proprietário), o qual, segundo ele, passa “[.] a ser visto como

regulação de interesses do homem que convive em sociedade” e oportuniza “o desenvolvimento humano com dignidade [...]”. Essa transformação, nominada pelo autor de despatrimonialização do direito civil, que será (ou é) uma consequência da constitucionalização do direito civil.

Contudo, como esclarece Eugênio Facchini Neto, em um primeiro momento, determinados institutos que eram tratados apenas nas codificações civis (e que tiveram atenção específica do Estado, através da criação dos microssistemas), passaram a ter destaque especial nas constituições contemporâneas, cujo fenômeno (de transformação) foi nominado de relevância constitucional das relações privadas; numa segunda concepção, ligando-se às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, como a força normativa dos princípios, a interpretação conforme a Constituição, a distinção entre princípios e regras; alcançando, assim, ambos os postulados, a moderna concepção da Constitucionalização do Direito Privado.

Nessa esteira, norteia-se uma nova proposta hermenêutica de modo a viabilizar a concretização dos direitos fundamentais constitucionais. Porém, como caminho dessa realização, a Constituição assume o caráter de “princípio maior”.

Não obstante a oportunidade histórica de implementação dos direitos fundamentais nas relações privadas, há distinção entre propostas e formas de implementação dessa vinculação. A partir disso, quatro teorias principais traçaram parâmetros de vinculação: teoria de negação da vinculação dos particulares a direitos fundamentais; teoria da eficácia indireta (ou mediata); teoria da eficácia direta (ou imediata); e teoria dos deveres estatais de proteção.

A respeito da teoria que refuta a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, surge esta como reação às propostas de vinculação dos particulares a direitos fundamentais, na Alemanha, em meados do século XX,

propondo a impossibilidade de qualquer aplicação dos direitos, que, até então, protegiam o cidadão em relação ao Estado, nas relações entre os próprios cidadãos.

É de conhecimento que os direitos fundamentais, especialmente, os direitos de primeira dimensão, são inicialmente concebidos como direitos de proteção frente ao Estado, de maneira que este, atento a essa prerrogativa, tem o dever de se afastar das relações particulares, justamente em função da liberdade e igualdade iluministas, cabendo como única função sua garantir estas.

A proposta de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais “quebra” essa perspectiva, de maneira que o Estado, antes afastado das relações particulares e mero garantidor da liberdade e igualdade formal, assume a responsabilidade de garantir igualdade material, através, especialmente, dos direitos fundamentais.

A teoria de negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais refuta essa possibilidade de horizontalização em virtude de suposta agressão à autonomia privada, capaz de relegar o direito civil/privado a segundo plano. Para os defensores dessa teoria, como Ernst Forsthof, os estatutos público e privado (Constituição e Código Civil) não podem se entrelaçar de tal forma, sob pena de minimizar-se a importância da Constituição, relegando-a à mera ordem de valores.

Para os defensores da Teoria da *State Action*, “[...] esta corrente, além de negar a relevância da discussão em torno de uma eficácia direta ou indireta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares [...]”, afirma ser sempre o exercício da autonomia privada produto de uma autorização estatal. Os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas o poder público, e não os particulares.

A proposta de vinculação horizontal dos direitos fundamentais encontrou campo de aceitação em inúmeros países, como Alemanha, Espanha, Portugal, Argentina, Brasil, etc. No entanto, o sistema jurídico suíço e o norte-americano (especialmente este) mantêm como pressuposto a negação dessa aplicabilidade. É o caso do *Bill of Rights*, que se mantém atrelado à idéia inicial de afastamento do poder público das relações privadas, cabendo a função de garantia de liberdade e igualdade.

Em virtude da competência estadual em legislar sobre direito privado, o Congresso Nacional norte-americano não pode editar normas que prevejam a inserção de direitos fundamentais (elencados no *Bill of Rights*) nas relações privadas, impedindo, até mesmo, manifestação da *Supreme Court* a respeito do tema, salvo quanto a direitos humanos cuja abertura já foi consentida pela própria Corte.

A perspectiva de não-influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, mesmo que diante da proteção que promovem em relação ao Estado, resulta na não-proteção, em que hoje se constata a maior área de desrespeito aos direitos fundamentais (e que, portanto, mais dependeria de proteção estatal).

Na teoria da eficácia indireta, ou mediata, dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, os direitos fundamentais não incidem como um direito subjetivo, a ser invocado a partir da constituição. Seu criador, Günter Dürig, desenvolveu uma proposta intermediária entre as teorias da negação e da vinculação direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares, sendo corrente dominante na Alemanha e na maioria dos países que admite a vinculação nas relações privadas.

Essa proposta apresenta os direitos fundamentais como fator de balizamento, de modo que as normas específicas de direito privado, em sua elaboração e aplicação, trazem o respeito a direitos fundamentais. A partir disso,

na análise do caso concreto, a norma infraconstitucional (já elaborada com base, ou sob a ótica constitucional) será aplicada, em detrimento da aplicação direta dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, os direitos fundamentais não interferem na esfera privada, ao passo que a legislação infraconstitucional antepõe-se como filtro para a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada. Se fosse admitida a interferência direta, segundo os defensores dessa teoria, a autonomia da vontade estaria comprometida, pois, antes de os direitos fundamentais terem a função de exprimir uma ordem de valores que se irradia por todo o ordenamento, estariam suplementando as normas de direito privado.

Não obstante, mesmo na eficácia indireta, será possível a aplicação direta de direitos fundamentais nas relações privadas. Quando a legislação de direito privado apresentar lacuna, a fonte subsidiária será o texto constitucional, incidindo, diretamente, os direitos fundamentais na resolução de determinado caso concreto. Também é possível o subsídio constitucional quando houver conceito indeterminado ou quando inexistir cláusula geral (portas de entrada da irradiação dos direitos fundamentais no direito privado), sendo que, em tais circunstâncias, o julgador terá os valores constitucionais como instrumentos de interpretação e construção decisória.

Wilson Steinmetz, por seu turno, em análise da realidade constitucional brasileira, refuta, a partir de dois argumentos, a idéia de que a autonomia privada estaria comprometida diante da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em primeiro lugar, a autonomia privada também é um bem constitucionalmente protegido, o que inviabiliza o seu afastamento sem motivação; em segundo lugar, através do princípio da proporcionalidade e da teoria dos princípios, é possível encontrar um ponto de equilíbrio entre o respeito da autonomia da vontade (quesito essencial do direito privado) e a aplicação dos direitos fundamentais.

Por parte dos contrários à evolução, as críticas ao modelo dizem respeito ao fato de que a interferência constitucional, pela amplitude de interpretação dos princípios e direitos fundamentais, causa insegurança jurídica na aplicação das normas civis, com conseqüente erosão do princípio da legalidade; já, para os favoráveis à eficácia, sua aplicação indireta seria insuficiente para garantir integral tutela dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A teoria da eficácia direta, ou imediata, dos direitos fundamentais, desenvolvida por Nipperdey, estabelece, como pressuposto básico, o respeito e aplicação dos direitos fundamentais, independentemente da existência dos canais de irradiação (referidos por Dürig), como as cláusulas gerais. Ou seja, os direitos fundamentais podem ser base de aplicação *in concreto*, independentemente da previsão infraconstitucional.

Apesar de sua gênese alemã, Espanha e Portugal são os países que maior afinidade demonstram com a proposta de vinculação direta. Na Espanha, Bilbao Ubillos estabelece a eficácia imediata como preponderante, especialmente, pela forma como estão previstos alguns direitos fundamentais na Constituição, pressupondo eficácia nas relações privadas. Em Portugal, Canotilho promoveu a defesa inicial dessa teoria, amparado, especialmente, na previsão constitucional de aplicação imediata dos direitos fundamentais, porém já ressaltando a necessidade de respeito, também, a autonomia privada, na efetivação dos direitos fundamentais.

No Brasil, o §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 leva à pressuposição de que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, tanto no âmbito vertical como no horizontal: “§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

No entanto, percebe-se que, mesmo diante já de uma pacificação quanto à

vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, no nosso sistema, ainda é latente a discussão da amplitude dessa vinculação, bem como das formas (direta ou indireta) de incidência.

A quarta teoria que se apresenta é dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais. Segundo ela, cabe ao Estado promover a proteção destes através do processo legislativo, sem possibilidade de interferência ou atividade judicial para construir normas a partir do texto constitucional, inclusive, para supressão de eventuais lacunas. É visível a semelhança dessa para com a eficácia mediata quanto à aplicação dos direitos fundamentais através de normas infraconstitucionais. O diferencial está, por outro lado, com relação à possibilidade (na vinculação indireta), ou não (nos deveres de proteção), de o julgador construir norma para o caso de lacuna.

A teoria dos deveres de proteção pretende a preservação da autonomia privada, evitando a ingerência judicial no papel de legislador, pois cabe a esse a responsabilidade de respeitar e de ter, como norte, os direitos fundamentais, de maneira que somente há interferência judicial para o controle de constitucionalidade. Justamente em função da delegação de responsabilidade exclusiva ao legislador, e de seu humor e vontade em concretizar os direitos fundamentais, é que a teoria sofre críticas.

Assim, a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais é dever do legislador, e não do Judiciário; este tem relevância somente quando o legislador não atende às necessidades e faz isso através do controle de constitucionalidade do direito privado. O julgador exerce o controle difuso. Mas a crítica é a de que o juiz constitucional detém muito poder e também torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário.

Outras teorias também merecem destaque. Para Jürgen Schwabe, de

maneira direta, todos os direitos e deveres são oponíveis em face do Estado, em virtude do fato de que, se o Estado não proíbe, então permite a lesão. Como a vinculação vertical é direta, então, nas relações entre particulares, também seria direta, mas com a responsabilização do Estado quanto à ofensa de direitos fundamentais. Isso, contudo, mostra-se inviável pela possível hiperinflação legislativa, bem como pelo eventual ônus que seriam imputados ao Estado quando houver ofensa aos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Robert Alexy propõe uma conciliação entre três teorias, que vão sendo utilizadas de maneira alternativa: em primeiro lugar, a teoria de eficácia mediata, seguida pela de deveres de proteção do Estado e, em último caso, a da eficácia imediata. Em virtude dessa criação, Alexy é colocado como integrante da teoria de eficácia direta.

### **1.5 Eficácias da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito brasileiro**

Conforme visto anteriormente, as cinco principais teorias que abordam as formas de vinculação dos particulares a direitos fundamentais, desde a negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, passando-se pela vinculação indireta e pela direta, dos deveres de proteção do Estado, sem, é claro, se desconsiderar a proposta integrativa de Alexy.

Os doutrinadores brasileiros, após encontrar campo para a transformação da Constituição em instrumento eficaz de promoção de valores e justiça social, têm apresentado, em sua maioria, a eficácia direta como adequada ao ordenamento jurídico pátrio, o que não representa, contudo, o posicionamento da jurisprudência.

Conforme Sarlet, é necessário distinguir validade e eficácia, haja vista que aquela não pressupõe eficácia, pois é possível ter validade sem eficácia. Nesse sentido, eficácia representa

[...] a possibilidade da norma gerar os efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Pressupõe a vinculação jurídica dos destinatários, já que toda e qualquer norma vigente, válida e eficaz implica um certo grau de vinculatividade, embora se possa discutir quem e como está vinculado.

A partir disso, os direitos fundamentais têm aplicação imediata e vinculam, diretamente, as relações entre particulares. É necessário ter em mente que, para Sarlet, na vinculação direta, os direitos fundamentais se aplicam sem qualquer transformação:

Os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares, acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente, avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares.

Já, quando se trata de vinculação indireta, o autor relata a necessidade de intermediação:

Os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme os direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.

Para José Afonso da Silva, os direitos fundamentais, tanto na Constituição alemã, quanto na Constituição das democracias ocidentais, são consagrados no âmbito dos chamados direitos de defesa ou liberdades públicas. E, na Constituição Federal brasileira, através da imposição de diversos dispositivos, já dá para depreender que eles têm efeitos na relação indivíduo-Estado, mas

também nas relações dos indivíduos entre si.

Os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram como forma de evitar ingerências estatais em esferas estritamente individuais. “No Brasil, ainda que não seja declarado explicitamente, é possível perceber a tendência a uma teoria democrático-funcional, ao âmbito da qual pode ser coerente sustentar a irrenunciabilidade e a inalienabilidade dos direitos fundamentais.”

Dessa forma, para Virgílio Afonso da Silva, o modelo adequado para a realidade brasileira está na proposta integrativa, desenvolvida por Alexy, com três níveis de análise e aplicação, observando-se, obviamente, as diferenças existentes entre o sistema alemão e o brasileiro, sem que haja um transplante indevido. Assim, como já referido, englobam-se as teorias da eficácia direta, da eficácia indireta e a doutrina dos deveres de proteção do Estado, de forma que tem-se um sistema único e alternativo de aplicação dos direitos fundamentais.

A Carta Político-Jurídica de 1988, não obstante a manifestação contrária de alguns juristas, traz, em seu texto, ampla margem de aplicação direta dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, tem como objetivo a promoção de igualdade material e substantiva, consagrando um modelo de Estado Social; em segundo lugar, além de não haver restrição de vinculação dos direitos fundamentais apenas em relação ao Estado, o art. 5º, §1º, da Constituição Federal consagra a vinculação de todos às normas de direitos fundamentais, de maneira que, em terceiro lugar, a própria linguagem adotada pelo art. 5º permite e transmite mensagem de vinculação.

[...] a Constituição de 1988 não é apenas a Lei Fundamental do Estado brasileiro. Trata-se, na verdade, da Lei Fundamental do Estado e da Sociedade, porque contém os principais valores e diretrizes para a conformação da vida social no país, não se limitando aos papéis mais clássicos das constituições liberais, de organização da estrutura estatal e definição das relações entre governantes e governados.

Se a Constituição carrega a ordem de valores e diretrizes da sociedade, não há, portanto, como não vincular, de maneira direta, a sociedade (e, conseqüentemente, suas interações e inter-relações) aos preceitos constitucionais, independentemente da atuação do legislador ordinário, e avançando além da interpretação das cláusulas gerais do direito privado.

A opção da vinculação direta, conforme Sarmento, já fora efetuada pelo Constituinte ao dispor de institutos de natureza privada, como propriedade e família, no texto constitucional, fortalecendo a importância dos mesmos para o Estado brasileiro, mas também impondo a atenção aos valores constitucionais. Esta atenção é justificada pelas diferenças sociais, falta de educação e de conhecimento, justificando a tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para Ingo Sarlet, no sistema jurídico brasileiro, os direitos fundamentais lançam vinculação direta nas relações privadas, haja vista a sistemática constitucional e, especialmente, pelo fato de que não há argumentos suficientes para afastar a vinculação direta. O contraponto, destacado pelo próprio autor, está na necessidade impreterível de que, diante da resolução de um caso concreto envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais, deve haver a ponderação desses com o princípio da autonomia privada.

Seguindo esse mesmo posicionamento de vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, Gustavo Tepedino também desenvolve estudo para fundamentar esse nível de eficácia, sem esquecer que foi esse autor o precursor da discussão sobre a constitucionalização do direito privado no ordenamento pátrio após a Constituição Federal, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Também Carlos Roberto Siqueira Castro (amparado no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana) e Gilmar Ferreira Mendes trazem idéia

de vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.

Sem levantar maiores discussões sobre o tema, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, no direito pátrio, coloca-se em vantagem em relação a outras teorias. Seu principal ponto de embate está na suposta flexibilização exagerada do princípio da autonomia da vontade. Essa questão é magistralmente solvida por José Nunes de Abrantes (também citado por Sarmento):

[...] a autonomia privada e a liberdade negocial só fazem sentido se forem exercidas de forma livre e esclarecida, isto é, pressupõem, para serem reais, a possibilidade de uma verdadeira autodeterminação daqueles sujeitos, o que só pode ser garantido pela atuação dos direitos fundamentais.

Certamente que a autonomia privada deve ser observada e respeitada, pois se encontra no rol de proteção constitucional. No entanto, antes de analisar a autonomia privada a partir de uma “disputa de espaço” com os direitos fundamentais, é necessário inverter essa lógica, de modo que somente poder-se-á ter autonomia privada se garantidos, previamente, os direitos fundamentais, ou seja, o respeito aos direitos fundamentais coloca-se como requisito de existência da autonomia da vontade.

E, para sustentar um posicionamento de respeito aos direitos fundamentais, como pressuposto de existência da autonomia privada, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais apresenta os instrumentos adequados e necessários dessa análise.

A posição de incidência direta dos direitos fundamentais, nas relações entre particulares, permite ao julgador dispor de instrumentos de adequação das normas de direito privado à exegese constitucional. Na incidência direta, não apenas os particulares, em suas inter-relações, mas também o legislador e o julgador estão vinculados (na elaboração legislativa e na aplicação das normas) aos ditames

constitucionais.

Quanto ao julgador, a sua responsabilidade centra-se, quando houver dispositivos infraconstitucionais (cláusulas gerais ou específicas), em construir o sentido da norma sob a perspectiva constitucional, em consonância com os direitos fundamentais. Na ausência de cláusulas específicas, os direitos fundamentais, mediante balizamento com o princípio da autonomia da vontade e a partir da análise do caso concreto, terão a responsabilidade de fundamentar o *decisun*.

Isso demonstra que a eficácia direta, conforme Sarmento, se coaduna com o efeito de irradiação dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro, disseminando os valores e caracteres dos preceitos constitucionais. Tal não demanda, contudo, responsabilidade dos particulares em promover (além de respeitar) direitos fundamentais de terceiros, cuja responsabilidade cabe ao Estado.

Na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem-se, em contraponto a eficácia vertical (articulada como proteção em face do Estado), a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Algumas propostas iniciais, sobre as eficácias horizontal e vertical, trouxeram a equiparação do particular, quando detentor acentuado de poder em relação ao outro particular envolvido na relação jurídica, a verdadeiro ente estatal, de modo que essa relação, equiparando-se à uma relação vertical, poderia facilmente ser objeto de revisão para implementar direitos fundamentais (restabelecendo o equilíbrio contratual).

Independentemente da opção entre vinculação direta ou indireta, a relação entre particulares, mesmo que um detenha elevado poder em relação ao outro (v.g. relação entre operadora de cartões de crédito e consumidor), estar-se-á tratando, ainda, de relação horizontal, com o diferencial de flexibilização do vínculo jurídico, adequando-o aos direitos fundamentais.

Isso demonstra que os direitos fundamentais não terão a mesma forma de aplicação das relações cidadão – Estado nas relações entre particular – particular. Como refere Alexy, é necessário buscar a adaptação dos direitos fundamentais à sua eficácia horizontal, sem esquecer da ponderação com o pilar de sustentação do direito privado, a autonomia privada.

Nesse espaço de adaptação e aplicação dos direitos fundamentais é que ingressa o questionamento sobre os limites, e sua fixação, da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Sarmiento destaca que essa ponderação deve ser feita, inicialmente, pelo legislador ordinário e, de maneira subsidiária, pelo julgador quando da resolução de caso concreto, conforme será objeto de análise adiante.

## **2 CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO**

Pensar na concretização de direitos fundamentais impõe o raciocínio sobre a abertura da Constituição em relação à dinâmica social e a constante reinvenção, e reinterpretção do sistema jurídico. Paulo Bonavides destaca a utilidade da idéia de abertura da Constituição, em face da abertura estrutural da própria sociedade democrática e pluralista, de maneira que, “se a sociedade é aberta, a Constituição também o é; se é aberta a Constituição, também a interpretação é aberta, propícia à tópica”.

Pensar, assim, em uma Constituição “aberta” demanda a percepção de um direito constitucional baseado em princípios e sua importância como instrumento de oxigenação do próprio sistema jurídico. A Carta brasileira, segundo Canotilho, coloca-se em um “sistema normativo aberto de regras e princípios”, aberto, portanto, às demandas contemporâneas.

É necessário observar que os princípios são os instrumentos adequados para a inserção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, mediados pelas cláusulas gerais, como se verifica nos artigos 421 e 422 do Código Civil brasileiro. Para isso, refere Canotilho a necessidade de um sistema constitucional mesclado de regras e princípios:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa [...], fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um 'sistema de segurança', mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é [...] um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional [...]. O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios [...] levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do 'possível' fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

Ou seja, para a aplicação de direitos fundamentais, em qualquer âmbito do direito privado, o primeiro passo está na visualização de um ordenamento aberto à dinâmica social, sendo esse ambiente encontrado, a partir da Constituição Federal, por meio de um sistema misto de princípios e regras. Como diz Tereza Negreiros, “a norma constitucional é aquela que traduz a filosofia de vida, o espírito do ordenamento, que [...] contém ‘valores e [...] princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora’, irradiando efeitos através das normas infraconstitucionais.

## **2.1 Força normativa da constituição**

Como fator de vigência e vinculatividade, a Constituição e seu arcabouço principiológico compõem o norte basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Entende-se que os princípios tornam-se os meios efetivadores das garantias constitucionais, maleabilizando as normas (regras e os próprios princípios) à realidade social e demandas cotidianas.

Dessa forma, os princípios constitucionais, nos ensinamentos de Paulo Bonavides, constituem-se o critério segundo o qual se delimitam e perfectibilizam-se todos os conteúdos normativos do sistema, realizando a “congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo”.

Ruy Samuel Espíndola almeja justamente a conceitualização de princípios constitucionais, refere, através de Paulo Bonavides, que,

[...] Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos constitucionais (e infraconstitucionais, acrescenta-se), os princípios, desde sua constitucionalização, que é, ao mesmo passo, positivação no mais alto grau, recebem, como instância máxima, categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

Ao referir a Constituição como “reserva axiológica da justiça”, sustenta Eduardo Cambi que esta é responsável pela unificação e dá sentido ao sistema jurídico, passando a ser “fonte de hierarquização dinâmica, permitindo a problematização dos valores, revelados pelos princípios e regras que eventualmente se colidem no caso concreto.”

Entretanto, a acepção atual da Constituição, como norte de desenvolvimento da sociedade, “pretendendo regular toda a vida da sociedade privada, como modo de ver o fenômeno jurídico”, e não apenas como estatuto de organização do Estado, é fruto de um processo de mutação dessa função, em que, paulatinamente, a Carta abarcou essa responsabilidade de norma das normas.

A Revolução Iluminista desencadeou transformações profundas na sociedade, alcançando aspectos artísticos, filosóficos, culturais e jurídicos. Assim, o indivíduo passa a ser visto como um fim em si mesmo, através da supervalorização do homem e afastamento completo do Estado por meio dos direitos de primeira dimensão. Nessa perspectiva, o indivíduo vê garantidas a liberdade e a igualdade, bem como o direito privado eleva-se à função de estatuto inviolável das relações privadas, garantindo-se propriedade e autonomia da vontade.

Também a Revolução Industrial lançou reflexos no desenvolvimento do conceito moderno de Constituição, em virtude da acentuação da liberdade e igualdade formal, propiciando o “incremento do trabalho subordinado e das relações comerciais” de maneira que a “igualdade formal e o individualismo burguês, expresso na Constituição e nos Códigos, evidenciou-se, mais do que nunca, como forma de exploração” .

Foi no século XX, a partir da Declaração Universal de Direitos do Homem, bem como em virtude do caos social e econômico deixado com o término da 2ª Grande Guerra, que o Estado passou a intervir, de maneira incisiva, nas relações privadas, implementando, em detrimento relativo da liberdade, a igualdade formal, como se denota do conceito de Estado Social, sucessor do Estado Liberal.

Diante desse cenário, as Constituições abarcam a função de estabelecer matizes de desenvolvimento desse Estado Social, prevendo expectativas de transformação e evolução da sociedade que lhes dá origem, em substituição ao modelo liberal de Constituição como mero instrumento organizativo.

Seguindo a tendência européia, o Brasil, através da Carta Jurídico-Política de 1988, carrega e valoriza princípios de proteção do indivíduo, não apenas como cidadão – integrante do Estado e, portanto, com direito de defesa frente a esse –

mas também como integrante de uma sociedade que, internamente, detém a responsabilidade de respeito e realização de prerrogativas como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade material.

Assim, conforme Lênio Luiz Streck, a Constituição (em sua totalidade) deve ser o paradigma hermenêutico de definição do que seja um texto normativo válido ou inválido, propiciando toda uma filtragem dos dispositivos infraconstitucionais que, embora vigentes, perdem sua validade em face da Lei Maior.

Não se pode esquecer, contudo, que, como bem lembra Jorge Reis, o direito constitucional nasce em momento posterior ao direito privado, bem como esse tem sido visto, desde então, como linha autônoma do direito, ao passo que, agora, se percebe na incidência de princípios constitucionais em virtude de sua subordinação hierárquica à Constituição Federal.

Mas, não obstante uma visão moderna que almeje ver o direito privado compreendido a partir da Constituição, o Estado tem lançado interferências na esfera privada através dos microssistemas jurídicos, entabulando formas de relativização da autonomia privada diante de situações pontuais. Conforme Fachini, o direito privado viu-se envolto em um processo de *publicização*, por meio dessas interferências pontuais.

Para Lobo, a publicização demanda “[...] processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado social do século XX [...]”, no qual se tem “[...] a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos [...]”.

É certo que o Estado social aboliu o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados, tanto no que se considerava direito público, quanto no direito privado.

Nesse processo de intermigração de aspectos do direito público e do direito

privado, percebe-se que a própria distinção entre ambos torna-se porosa, na medida em que não apenas temas específicos são alvo de interferência estatal (como no caso dos microsistemas jurídicos), mas o próprio direito privado passa a “gravitar” em torno de princípios fundamentais, erigidos por uma Carta Constitucional dirigente da sociedade (em contraponto às cartas liberais).

Considerando que o “direito público visa à persecução do bem comum”, verifica-se a “convergência de aspectos publicísticos e aspectos privatísticos em muitas relações jurídicas (direito econômico, direito do trabalho, direito administrativo, etc.)”, optando-se por “adaptar um sistema pluralístico de relações jurídicas a um simples dualismo direito público/direito privado”.

Assim, enquanto a publicização representa um processo de intervenção estatal legislativa no âmbito infraconstitucional, a proposta de constitucionalização do direito não depende da atuação do legislador, pois a Constituição estará irradiando seus princípios para todo o ordenamento jurídico, vinculando, de forma direta ou indireta, a sociedade, os operadores e, também, o próprio legislador, no âmbito de suas respectivas atuações. A garantia de sobrevivência do direito privado passa a ser observada, então, sob o viés constitucional, contrapesando o princípio da autonomia da vontade com princípios tutelados na Constituição:

Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).

Dessa maneira, é possível afirmar que o direito “civil-constitucional”, nascido a partir dos conceitos de publicização do direito privado e de constitucionalização do direito privado, infere-se como um sistema aberto, tanto

aos matizes constitucionais contemporâneos, como também à dinâmica social, em verdadeiro contraponto à pretensão liberal de completude dos códigos e enunciados normativos.

Aceitar essa proposição é aceitar, conforme Tereza Negreiros, que “a supervalorização da Constituição” (no plano ideológico) “reflete um apoio político aos valores ali consignados”, haja vista que o processo de “releitura do direito civil à luz da Constituição [...], importa numa nova ótica ideológica, determinada, entretanto, não pelo intérprete, mas pelo constituinte”. É a lição de Gustavo Tepedino:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição de direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes.

A isso se agrega o fato de que, para compreender, ou interpretar, qualquer enunciado normativo, em qualquer das áreas do direito – incluindo-se aí o direito privado –, é necessário visualizar o dispositivo sob análise a partir do prisma constitucional, e como parte integrante de um sistema de regras interligadas direta ou indiretamente. É necessário, desta feita, perceber o enunciado a partir de uma perspectiva sistemática, segundo a qual, a Constituição será o principal fator de enfrentamento e adequação.

Assim, a Constituição é “uma fonte que exerce uma influência, tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta”, influenciando o “espírito informador do Direito, e mudando os princípios gerais”, de modo que a legislação infraconstitucional (em especial, o direito privado) assumam a “perspectiva constitucional”, como função precípua de consolidar os anseios e normas

fundamentais da sociedade através de todo o sistema jurídico:

De outro ponto de vista, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva. Por isso é que o Direito Privado se vê modificado por normas constitucionais. Por sua vez, o Direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se então uma 'constitucionalização do Direito Civil'.

Veja-se que, para Georges Burdeau, a Constituição apresenta-se com tripla funcionalidade: a) como fundamento de validade de toda a ordem jurídica; b) como instrumento de organização estatal e respectivas competências; c) como enunciadora de princípios que justificam suas regras e as interpretações particulares desde texto.

Se o processo de “*constitucionalização do Direito*”, conforme Luís Barroso, é de “uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos”, a perspectiva triplamente funcional da Constituição abarca a ampliação da importância do texto constitucional, na medida em que o “conteúdo material e axiológico” do “efeito expansivo das normas constitucionais” “se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Sobre a constitucionalização do direito, refere Barroso:

Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988.

Em vista disso, através dessa perspectiva constitucional, o direito civil percebe-se sufragado na necessidade de atenção aos preceitos constitucionais, em releitura constante, pois a “Constituição se projetou na ordem civil,

disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos”, além de “direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhistas”.

O fator de instrumentalização dessa inflexão constitucional no direito privado parte da prospecção de princípios como fundamento para a releitura do direito privado. Mônia Clarissa Hennig Leal refere que, podendo ser tida como um “feixe de princípios fundamentais da sociedade”, esta natureza principiológica emerge como *essência* da Constituição, sobressaindo

[...] um caráter constitutivo, determinante e condicionante da realidade, cujo efeito integrador é possibilitado por meio da interpretação, vigendo, com relação aos fins eleitos pelo Estado, o não retrocesso, o que revela, desde já, a supremacia dos princípios dentro da ordem jurídica e a sua distinção com relação às demais regras do ordenamento.

O aumento dos canais de ligação da constituição com o direito privado não foi suficiente para relegar a “Constituição à posição de centro gravitacional do Direito Privado”. Apenas através do “reconhecimento da ‘força normativa’ de toda a Constituição, em especial dos seus princípios”, que se visualizou o “ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte da sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional”.

Mesmo que de forma distintas, Konrad Hesse e Eduardo Garcia de Enterría manifestam-se no sentido de plena vinculatividade da Constituição, atuando como norma jurídica ou através de sua força normativa. Para Eduardo Garcia de Enterría, a Constituição é concebida como norma jurídica, ou seja, é tida como norma das normas, *lex superior*, norma dotada de efetiva “normatividade”, *norma normarum*, vinculando tanto os órgãos do poder estatal como os cidadãos e as instituições particulares, atuando como *lei específica* (lei fundamental) e hierarquicamente superior.

Konrad Hesse, por outro lado, destaca a força normativa da Constituição, pois esta apresenta as idéias de preeminência normativa, ou seja, ela é o ápice da hierarquia legislativa, e as demais normas devem ser lidas à sua luz e de acordo com sua teleologia. Assim, a Constituição impõe não apenas deveres de conduta (ação negativa), mas também de concretização (ação positiva) do respectivo texto.

A partir daí, os princípios abandonam a simples acepção de meio supletivo para aplicação e interpretação do direito, assumindo a responsabilidade maior de “elo entre o jurídico e o não jurídico, na medida em que permitem ‘respirar, legitimar, enraizar e caminhar’ o direito positivo”. Mas, na esfera privada, a problemática está em fixar limites entre a implantação do viés constitucional, ao mesmo tempo em que se preserva a autonomia privada, em virtude de “profundas e ainda não tangíveis mudanças: desaparece a idéia do Código Civil como ‘constituição da vida privada’, [...] surgindo a Constituição como centro, não apenas formal, mas valorativo da unidade do sistema como um todo”.

Os princípios, por serem fontes de fundamentação e oxigenação do sistema jurídico, especialmente, através de sua carga valorativa constitucional, tornam-se os meios efetivadores das garantias constitucionais, maleabilizando as normas (regras e os próprios princípios) à realidade social e às demandas cotidianas.

Segundo Canotilho, não apenas os princípios explícitos devem ser tipos consignados na Constituição, isto é, seriam considerados princípios constitucionais não apenas os escritos, pois, através de uma perspectiva principialista, considera integrantes do corpo constitucional os “princípios reconduzíveis a uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais positivamente plasmados.”

Nesse ínterim, os princípios assumem a responsabilidade dessa abertura do sistema, na medida em que traçam os parâmetros definidores da “prospecção” da norma constitucional. Conforme Pietro Perlingieri, o texto constitucional

desempenha, cada vez mais, papel unificador do sistema, tanto em aspectos “civilísticos quanto naqueles de relevância publicista”, mesmo que isso relegue ao código civil importância secundária frente à Constituição. E, para permear o sistema como um todo, colocando-se no centro de observação do restante da legislação, o texto constitucional utiliza-se dos princípios como peça funcional para a irradiação de seu conteúdo:

A jurisprudência dos valores constitui, sim, a natural continuação da jurisprudência dos interesses, mas com maiores aberturas para com as exigências de reconstrução de um sistema de 'Direito Civil constitucional', enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em atuação dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência".

Segundo Konrad Hesse, a “força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade”, mas se transforma “em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente [...]. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”. É o que Luís Barroso e Ana Paula de Barcellos trazem como princípio da supremacia constitucional:

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter.

Diante da compreensão do sistema jurídico, em cujo centro está o texto constitucional, não há como visualizar o direito privado estanque em relação ao sistema, sob o pretexto de autonomia. Se “todo o direito infraconstitucional é direito constitucionalizado”, é preciso refutar a pretensão de “ter um direito civil autônomo em relação ao Direito Constitucional”. Também não é possível, por via reversa, propor-se um direito privado totalmente subjugado pelo texto constitucional, pois se teria, nesse caso, o naufrágio da autonomia privada.

Em virtude disso, o texto constitucional será o paradigma hermenêutico para a construção e compreensão do direito privado, vinculando o legislador e o operador, cumprindo a responsabilidade de busca da efetivação dos valores sociais previstos na Carta Jurídico-Política, refletindo o projeto de vida em comum da sociedade que dá origem ao texto.

À guisa de encaminhamento, Facchini Neto lembra que o “fenômeno da constitucionalização do Direito Privado”, pode ser observado sob dois aspectos:

No primeiro deles, trata-se da descrição de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.) passaram a ser disciplinados também nas constituições contemporâneas”... Esse segundo aspecto é mais amplo do que o primeiro, pois implica analisar as conseqüências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais. Assim, o fenômeno pode ser compreendido sob determinada ótica hermenêutica, aquela da interpretação conforme a Constituição.

Em face dessa inter-relação, o direito privado não perde a sua identidade, destinada a regular as relações de âmbito privado, sendo que um dos fundamentos está centrado na autonomia da vontade. No entanto, adapta-se ao texto constitucional, agregando, como fundamentos, juntamente com a autonomia privada, princípios constitucionais, como função social e dignidade da pessoa humana.

Diante dessas ponderações, é possível iniciar o enlace pragmático entre constituição e direito privado, a partir da importância dos direitos fundamentais e de sua incidência na esfera privada.

## **2.2 Direitos fundamentais**

As reflexões sobre a implementação de direitos fundamentais nas relações privadas partem do pressuposto básico de previsão, no texto constitucional, de determinada gama de direitos, cuja valorização de direitos essenciais à comunidade provém da importância dos mesmos para o próprio homem enquanto tal. Norberto Bobbio traz a idéia essencial de que a preservação dos direitos do homem é fundamento e garantia da democracia e da paz:

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. [...] Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são conhecidos alguns direitos fundamentais; [...].

Através de sua aceção como princípios, os direitos fundamentais engendram no sistema jurídico, lançando efeitos para a integralidade do ordenamento. Lembra Paulo Bonavides que os princípios são “normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade e que os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

Importante contribuição traz Mônia Clarissa Hennig Leal, ao referir que princípios são “*o elemento central da ordem jurídica, por representarem aqueles valores supremos eleitos pela comunidade que a adota*”, destacando-os – os princípios – por sua valiosa característica de normatividade (teoria constitucional contemporânea).

É possível estabelecer, como essência do direito fundamental da liberdade, a possibilidade de defesa. Charles D. Cole lembra que a idéia de devido processo legal estabeleceu-se a partir do princípio hebreu de que a justiça - para os

hebreus, um princípio sagrado - requer uma lei justa e compassiva. Refere, ainda, o citado autor que Platão entendia possível alcançar a “boa vida” ou a “utopia” através de regras sensatas, de modo que a tirania seria rejeitada, e a justiça universal, realizada.

No século XII, Henrique II passa a disciplinar todo o seu reinado com ênfase no *império da lei*, introduzindo, através da Carta de Liberdades, a redução de todos os homens à igualdade perante o mesmo sistema de leis (observe-se que isso ocorre séculos antes das idéias iluministas erigidas com a Revolução Francesa), abandonando os julgamentos através de crenças divinas e fazendo-os com base no *common law* (instituição do grande júri, proporcionando a investigação e processo dos acusados).

No século seguinte (1215), com a morte de Ricardo Coração de Leão (filho de Henrique II), John Lackland, irmão de Ricardo, sucedeu o irmão ao trono, em cujo reinado imperou anarquia, crueldade e opressão, em completo desrespeito às disposições outorgadas pela Carta das Liberdades de Henrique II. Após derrota em confronto nos campos de Runnymede, datado de 1215, o Monarca foi obrigado a jurar o cumprimento das liberdades, firmando o documento que ficou conhecido como *Great Charter*.

Também chamada de *Magna Charta Libertatum*, foi este o primeiro documento a mencionar, com firmeza, a garantia de liberdade e possibilidade de defesa, referindo-se a *law of the land* (art. 39), sem mencionar, todavia, de forma expressa, a locução “devido processo legal”.

Desde então, mas especialmente através do tripé de apoio da Revolução Francesa, os direitos fundamentais colocaram-se como responsáveis pela construção do direito constitucional como matéria. Nesse sentido, refere Pérez Luño as normas que versam e regulam os direitos fundamentais,

*[...] unidas a las que definen el sistema económico y a las que articulan el modelo de Estado constituyen, sin duda, la parte de la Constitución de la que se deduce el modelo constitucional de Sociedad.*

Os direitos fundamentais ultrapassam,então, a simples “missão” de permear o direito infraconstitucional, a fim de ser a referência do direito, exigindo-se desse a responsabilidade de se adequar aos direitos fundamentais, o que, conforme Paulo Bonavides, representa a “descoberta do núcleo central de todo o processo que rege doravante as transformações constitucionais em proveito da formação e consolidação de um universo da liberdade, juridicamente resguardado por mecanismos de proteção eficaz”.

Nessa esteira, a transformação do direito privado liberal em um direito privado constitucional implementa a majoração da amplitude do conceito democracia, em virtude da responsabilidade de efetivação dos direitos fundamentais em todos os seus âmbitos, pois não há como falar em Estado Constitucional, ou Estado Democrático, sem, necessariamente, referir-se ao respeito necessário aos direitos em questão.

E, a partir de tais circunstâncias, mostra-se necessário buscar elementos conceituais e históricos quanto aos direitos fundamentais, haja vista que, omitindo-se quanto aos temas, está-se correndo o risco de inferir em erros ou equívocos já deflagrados pela própria história.

### **2.2.1 A evolução dos direitos fundamentais**

A noção de direito privado, fomentada com a Revolução Francesa, engendra a categorização de um direito estanque das relações que envolvem o poder estatal em seus diversos aspectos. O direito de liberdade, que é um dos vetores da transformação do direito civil no século XVIII, representa a

manifestação da burguesia e a fixação de instrumentos (garantias) de defesa frente ao Estado, promovendo a separação entre Estado e sociedade.

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração colocam-se como proteção (em face do Estado), ao mesmo tempo em que garantem o exercício de liberdade entre os cidadãos, ou seja, permitem a livre negociação entre os particulares, sem qualquer interferência do Estado quanto aos limites dessa negociação (desde que respeitada a liberdade para tal).

No entanto, a partir do desequilíbrio das relações negociais e, especialmente, da transformação da concepção de Constituição de um instrumento de organização estatal para também sua caracterização como instrumento normativo e direcionador do ordenamento jurídico, a Constituição adquire força normativa e passa a prescrever e representar parâmetros de vinculação e dever ser.

Certamente que este processo de transformação não ocorre de forma imediata e, muito menos, com fácil penetração na doutrina e jurisprudência. Não obstante, dados os primeiros passos para a fixação de um novo paradigma de compreensão do direito privado através da Carta Constitucional, a discussão, hoje, encontra caminho aberto, implementando importantes formas de inovação quanto à noção de autonomia da vontade, seus limites e formas de preservação dessa e da igualdade.

Para que se faça uma compreensão precisa, torna-se importante traçar distinções entre esses aspectos, ou, ao menos, estabelecer conceitos para o presente estudo, com relação a direitos humanos, direitos do homem, direitos naturais e direitos fundamentais.

Os direitos naturais remontam à idéia jus naturalista de compreensão do homem enquanto tal, como detentor de direitos essenciais, oriundos de sua

própria condição; os direitos do homem são decorrentes dos direitos naturais, porém não são positivados; quando os direitos naturais (ou, mesmo, os direitos do homem) alcançam a positivação supranacional (v.g., Declaração Universal dos Direitos do Homem), com pretensão de universalidade, são definidos como direitos humanos.

Os direitos fundamentais, finalmente, alcançam essa designação quando direitos pertencentes ao rol dos anteriormente citados (naturais, do homem e humanos) alcançam a sua positivação ou institucionalização no ordenamento estatal, fazendo parte do texto constitucional. São direitos que “[...] nascem e acabam com as Constituições.”

Outro ponto de destaque está na própria efetivação da Constituição e de seus direitos fundamentais. A prospecção de conceitos e de eficácia do ordenamento junto à Carta Constitucional desencadeia um novo procedimento de análise/aplicação do direito, denominado constitucionalização do direito privado.

O processo de constitucionalização do ordenamento jurídico supera a distinção entre direito público e direito privado, promovendo a integração destes, passando a ter uma nova função, como assenta Juan Maria Bilbao Ubillos, identificada como *orden jurídica fundamental da comunidade*:

*Por otra parte, la polémica en torno a la eficacia vinculante de los derechos fundamentales está indisolublemente ligada a la condición normativa de la Constitución y, más concretamente, a su carácter de norma básica y elemento de unidad de todo el ordenamiento. La Constitución ha dejado de ser, simplemente, el estatuto del poder público para convertirse en el “orden jurídico fundamental de la comunidad”, de acuerdo con la conocida fórmula de Hesse.*

Ou seja, a Constituição, como razão e fonte dos direitos fundamentais, incidirá sobre todo o ordenamento jurídico. Esta vinculação remonta à própria essência dos direitos fundamentais de primeira geração, os quais consistiram em instrumento de proteção frente ao poder do Estado: os direitos fundamentais

serviram para afastar o Estado do cidadão e das relações privadas, devendo apenas e tão-somente garantir o exercício desta liberdade (da autonomia da vontade).

Para Perlingieri, as normas constitucionais devem ser utilizadas indiretamente (como instrumento hermenêutico), mas também diretamente, como norma de comportamento, lançando os novos valores nas relações entre situações subjetivas. Esta nova proposta leva em conta o sistema como um todo, baseado nos valores fundantes do próprio ordenamento. A análise do direito por problemas específicos mostra-se equivocada e discrepante da realidade fático-social-jurídica.

Segundo o autor, a busca da justiça social perpassa por modificações cuja base de análise seja o ordenamento como um todo, e não apenas em relação a problemas localizados, o que fulminaria as ambigüidades interpretativas que existem no direito civil. A “neblina” que apaga os limites entre direito público e privado, sua intermigração, com valorização do interesse coletivo e realização de direitos individuais (com favorecimento do pleno desenvolvimento da pessoa), colocam-se como objetivos à frente da anterior distinção.

Observe-se que as modificações implementadas retiraram dos direitos fundamentais a responsabilidade de apenas proteger a sociedade civil do Estado. A partir do segundo pós-guerra, os direitos fundamentais lançam-se como precursores da realização da Constituição, vinculando, assim, todas as relações, inclusive as relações privadas. Há, inclusive, uma modificação de nomenclatura de direito privado (que designava a matéria que não era propensa a qualquer influência do Estado) para direito civil (englobando ainda a matéria das relações privadas, porém abrindo-se à incidência de normas constitucionais).

Com a manifestação de relativa dependência do direito civil em relação à Constituição (no sentido de adequação da norma infraconstitucional aos preceitos

da norma constitucional como fator de validade), os direitos fundamentais irradiam sua vinculação também nas relações entre particulares. Não obstante, novamente, há a separação na doutrina sobre o alcance, ou eficácia, dessa vinculação, conforme já exposto anteriormente.

Acompanhando o pensamento de Nipperdey, defensor da eficácia direta (imediata), esta apresenta os direitos fundamentais como de ampla proteção e aplicação irrestrita. Aqui, os direitos fundamentais são aplicados diretamente nas relações entre os particulares, inclusive, sobrepondo-se às normas de direito civil. A captação de fundamentação a análise do caso concreto ocorre diretamente no texto constitucional, não importando quanto à presença de normas infraconstitucionais que tratam da matéria e que poderão, ou não, fazer parte da análise.

Necessário referir que, com a vigência da norma específica de natureza civil, os direitos fundamentais somente poderão ser acessados de maneira subsidiária, ou seja, via de regra, deverá ser aplicada a norma de direito civil específica, que sofrerá um enfrentamento quanto à sua adequação à prescrição constitucional (portanto, não se afasta uma eventual análise de constitucionalidade da própria lei infraconstitucional). De forma sintética, a influência dos direitos fundamentais dar-se-á através do dispositivo infraconstitucional; os direitos fundamentais darão a tonificação para a prospecção da norma.

Dessa maneira, segundo a teoria da incidência indireta (mediata) dos direitos fundamentais nas relações privadas, somente quando não houver legislação infraconstitucional é que aqueles incidirão como fundamento direto nas relações entre particulares, mas, mesmo diante da previsão, também se fazendo uma análise sistemática da Constituição e das demais prescrições legais correlatas à matéria em exame.

Para o presente, de acordo com o posicionamento doutrinário pátrio

majoritário, a eficácia direta (ou imediata) dos direitos fundamentais mostra-se adequada à realidade brasileira, tendo em vista a própria concepção de Constituição como documento representativo de ser e dever ser da sociedade. Ou seja, diante da perspectiva de valorização do aspecto moral na apreciação pelo julgador e na adequação ao sistema jurídico, ocorre a valorização dessa revisão moral perante o caso concreto.

### **2.2.2 Conceitos de direitos**

Não há enunciados terminativos sobre os direitos conquistados pela humanidade. Os direitos inerentes ao ser humano, na primeira referência sobre o tema, representam manifestação jusnaturalista, pois se referem ao ser humano a partir da sua própria condição. Dessa forma, os direitos naturais nascem com a razão, a partir do momento em que o homem toma consciência de si como homem.

Paulatinamente, os direitos humanos foram sendo reconhecidos e consagrados em determinados momentos históricos, não criados ou inventados, o que permite que novos direitos (sob uma ótica jus naturalista) possam ainda ser identificados e consolidados, pois a história da humanidade comprova a evolução da sua consciência.

Esses direitos humanos são proclamados na medida em que a fonte da lei passa a ser o homem, e não mais o comando de Deus ou os costumes. Dessa forma, a categoria dos direitos naturais vai sendo, paulatinamente, substituída pela categoria dos direitos positivados e, por sua vez, na positivação dos direitos humanos. Tal fato está consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, quando esses se tornam direitos formais com pretensão de universalidade.

Concomitantemente à passagem do direito natural para o direito positivo, verifica-se o surgimento de um terceiro ator ou ente, o Estado, atuando como garantidor da igualdade e liberdade abstratas a partir da Revolução Francesa. Através do Estado, bem como por meio de seus braços de atuação política e jurídica, os direitos positivados (ainda não considerados fundamentais, como se verá adiante) terão a proteção, ora acentuada, ora enfraquecida, porém sobrevivendo e cristalizando-se através do positivismo jurídico.

Assim, considerando-se que os direitos fundamentais são o propósito do positivismo, somente se consideram direitos, diante dessa perspectiva, quando escritos em lei, por vontade do legislador. Ou seja, somente são direitos se positivados.

Ao surgirem como um instrumento de garantia ao indivíduo, os direitos humanos, transmutando-se em direitos fundamentais pela via da constitucionalização, encontraram o baseamento de viabilização do Estado Liberal, ao mesmo tempo em que adquiriram previsão legal e segurança jurídica.

Não obstante a positivação esparsa de alguns direitos humanos, o seu reconhecimento efetivo como direitos do homem é recente, remontando a 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Ou seja, foi após a Segunda Guerra Mundial que os direitos humanos passam a ser reconhecidos internacionalmente, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, pelas Nações Unidas.

Trata-se de tentativa, além do próprio reconhecimento e positivação, de universalizar os direitos humanos, em todas as suas dimensões, desde os direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais, exigindo um caráter de indivisibilidade, interdependência e realização holística, como bem leciona

Cançado Trindade:

De que vale o direito à vida sem o provimento de condições mínimas de uma existência digna, se não de sobrevivência (alimentação, moradia, vestuário)? De que vale o direito à liberdade de locomoção sem o direito à moradia adequada? De que vale o direito à liberdade de expressão sem o direito à instrução e educação básica? De que valem os direitos políticos sem o direito ao trabalho? De que vale o direito ao trabalho sem um salário justo, capaz de atender às necessidades humanas básicas? De que vale o direito à liberdade de associação sem o direito à saúde? De que vale o direito de igualdade perante a lei sem as garantias do devido processo legal? E os exemplos se multiplicam. Daí a importância da visão holística ou integral dos direitos humanos, tomados todos conjuntamente. Todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no cotidiano de nossas vidas. Todos os direitos humanos para todos, é este o único caminho seguro para a atuação lúcida no campo da proteção dos direitos humanos. Voltar as atenções igualmente aos direitos econômicos, sociais e culturais, em face das diversificações das fontes de violações dos direitos humanos, é o que recomenda a concepção, de aceitação universal em nossos dias, da inter-relação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos.

Foi no século XVIII que o conceito "direitos naturais" foi substituído pelo de "direitos humanos". Esta designação surgiu, pela primeira vez, na obra de Thomas Paine, intitulada "Rights of Man" (Direitos do Homem), 1791-1792. Os direitos humanos são direitos que estão acima de qualquer outro direito. São valores/princípios que não estão escritos em lugar nenhum, ao contrário dos direitos fundamentais, que estão constitucionalizados.

É necessário, entretanto, fixar conceito de direitos humanos, viabilizando a compreensão do estudo:

"Direitos Humanos" é um novo nome para o que era chamado primeiramente de *The rights of man* (direitos do homem). Trata-se de uma forma abreviada e genérica de se referir a um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos, quer por entendermos que são garantidos por normas jurídicas superiores, quer por entendermos que são direitos inerentes ao ser humano."

Esses direitos não possuem ordem específica, pois dependem da ideologia de cada indivíduo. São ideais a serem buscados pelos povos. São direitos com os quais o ser humano já nasce, são inatos e inseparáveis do ser humano; são

absolutos, podem ser exigíveis sempre; são inalienáveis e invioláveis; e, ainda, são suscetíveis de formulação. Estão acima de qualquer outro direito, por serem fontes para a construção dos direitos fundamentais, por serem gênese e fundamentação dos direitos positivados no ordenamento jurídico.

Segundo Gorczewski, os direitos humanos são identificados como os direitos de primeira geração, havendo posicionamentos que os incluem também na segunda geração. A proposição de identificação dos direitos humanos, de forma direta, apenas na primeira geração mostra-se mais apropriada, pois é nesta que se encontra a valorização da liberdade. Quanto mais individualismo, maior é a existência de direitos humanos .

A referência teórica inicial de direitos humanos pode ser buscada, ainda, através do jusnaturalismo, sob a concepção de que esses direitos (naturais) seriam inerentes ao homem, que já nasce, portanto, com toda a gama de direitos. A evolução histórica apenas descobriu e “escreveu” esses direitos, de modo que o ordenamento jurídico passou a tutelar sua vinculação e imperatividade. Necessário lembrar que, nessa acepção jusnatural, os direitos naturais são aqueles pré-existentes, que, descobertos e reconhecidos informalmente pelos homens, passam à categoria de direitos humanos.

Assim, os direitos humanos são direitos que foram positivados pelo direito internacional, através de tratados e convenções internacionais; já os direitos do homem, sucessores dos direitos naturais, não tiveram sua positivação.

Os direitos fundamentais, que serão mais detalhadamente abordados adiante, em vista de sua origem e previsão, são direitos constitucionalmente positivados, direta ou indiretamente, consistentes em normas de fundamental importância ao convívio social, assim reconhecidas pelo constituinte, as quais aspiram à igualdade e à universalidade.

### **2.2.3 A internacionalização dos Direitos do Homem**

Em 1945, cria-se a ONU e, imediatamente, o Conselho Econômico e Social cria uma Comissão de Direitos Humanos composta por 18 representantes de Estado, os quais devem estudar os mecanismos de proteção dos direitos humanos. Em dezembro de 1948, ela é aprovada na Assembléia Geral da ONU. (A Comissão de Direitos Humanos foi extinta em junho/2006, dando origem ao Conselho de Direitos Humanos, hierarquicamente superior). A ONU possui seis órgãos, sendo que o maior deles é a Assembléia Geral.

Essa declaração não foi ratificada pelo Brasil (juridicamente, não tem nenhum valor). A declaração só explicita as obrigações assumidas em 1945.

Em 1949, a ONU conclama a comissão para a responsabilidade de encontrar mecanismos de efetivação da Declaração. Isso ocorreu em 1966, quando a declaração foi dividida em duas partes, assim como reformulada, de modo que, do art. 1º ao 21, foi estabelecido um pacto de direitos políticos e, do art. 21 ao 30, um pacto de direitos sociais e econômicos.

O pacto referente aos direitos políticos entraria em vigor imediatamente. O referente aos direitos sociais e econômicos teria *status* de norma pragmática. Isso viabilizou que os países assinassem o tratado relativamente a apenas um ou a ambos os pactos, o que impulsionou, portanto, a disseminação da Declaração.

A Declaração não possui valor jurídico vinculante, ao contrário dos pactos. Seu grande valor e importância é a força moral, bem como a condição de norte à criação e desenvolvimento das Constituições, momento em que encontraram sua efetiva aplicabilidade.

Apenas a título de informação, em 1992, o Brasil ratificou o Pacto de São José da Costa Rica (que é de 1969), bem como os pactos da ONU (1966) e vários

outros tratados referentes a direitos humanos.

### **2.3 Direitos humanos na sociedade contemporânea - os direitos fundamentais**

A identificação dos direitos humanos na sociedade contemporânea necessita ser abordada através de uma perspectiva constitucional. Isso se deve a dois fatores principais.

Em primeiro lugar, observa-se a valorização das Cartas Constitucionais sob uma perspectiva não apenas pública, mas também privada, porém açambarcando a responsabilidade de norte do ordenamento jurídico de cada Estado. Ou seja, as Constituições, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, passaram a trazer princípios e direitos que se tornaram a base de desenvolvimento do processo legislativo, não apenas em relação ao indivíduo, mas também relação à sociedade como um todo.

Em segundo lugar, e amparado nessa valorização do texto constitucional, em contraponto à anterior utilidade de organização do Estado apenas, os direitos humanos foram positivados através das Cartas Constitucionais, adquirindo, assim, o *status* de direitos fundamentais.

Observe-se que a importância desse processo levou a vinculação do ordenamento jurídico aos direitos previstos nas Constituições, de modo que ao Estado coube a tarefa de garantir o seu respeito, mas também de promover sua aplicação.

Assim, os direitos humanos ingressam, na seara constitucional, com poder de vigência e vinculatividade na sociedade. Do mesmo modo, sendo os direitos

fundamentais aqueles que possuem vigência, mesmo que os direitos humanos sejam a sua gênese, a viabilização de sua implementação está nessa posituação.

A par do questionamento sobre a natureza dos direitos fundamentais (se são princípios ou direitos), destaca-se a sua pretensão de universalidade, além de sua característica como direitos absolutos. Segundo Branco, essa universalidade deve ser compreendida em termos:

Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais há direitos de todos os homens – como o direito à vida -, mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo.

A expressão “direitos fundamentais” apareceu no contexto da Revolução Francesa, mas sua difusão se deu através do constitucionalismo alemão. Por seu caráter ideologicamente neutro, apresentando-se com um nome da ciência jurídica, é hoje muito utilizado. Há uma forte corrente que entende não serem os direitos humanos direitos propriamente ditos, e sim aspirações, ideais da sociedade. Para estes, direitos seriam unicamente aqueles exigíveis de uma autoridade política, integrantes, portanto, da ordem jurídica de um determinado Estado.

Como se vê, o conceito de direitos fundamentais não é fácil de ser definido. Adotando-se a conceituação de Ingo Sarlet, os “direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos e positivados pelo direito constitucional positivo de um Estado”, ligados à noção do processo de desenvolvimento das constituições.

A Carta Política Brasileira engendra-se em manifesta confusão terminológica, pois utilizou, o legislador constituinte, várias expressões para designar o mesmo conteúdo: “direitos humanos” (art. 4º, inc. II), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, inc. LXXI), “direitos e garantias fundamentais”

(art. 5º, § 1º), “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, inc. IV).

Além dessa confusão terminológica sobre os direitos fundamentais, outro importante fator interfere na sua concepção. Trata-se da própria classificação e/ou divisões formuladas acerca dos direitos fundamentais.

## **2.4 Classificação dos Direitos Fundamentais**

Somente a partir do “reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições, é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões)” dos direitos fundamentais, em face das conexões às mudanças suscitadas pelo “reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal [...] para o moderno Estado de Direito [...]”, ainda, pelas influências decorrentes do “processo de descolonização”, de “industrialização e seus reflexos”, e pelo “impacto tecnológico e científico, e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto”.

A classificação dos direitos fundamentais pode ser observada de três distintos pontos de vista, relacionados com o desenvolvimento histórico, com o conteúdo preponderante e com uma pretensão integrativa do direito.

Assim, tem-se a teoria geracional (que também se utiliza do termo dimensão de direitos, porém sem o mesmo significado), a teoria dualista e a proposta teórica unitária.

### **2.4.1 Teoria dualista e teoria unitária**

Na teoria dualista, os direitos fundamentais são classificados de acordo com seu conteúdo preponderante. Assim, tem-se, uma classificação de acordo com a função realizadora do Estado, de não-lesão e prestacional. Segundo Ferrajoli, portanto, de um lado, tem-se os direitos negativos (I), com liberdade **do** Estado e **no** Estado (direitos de defesa), com o afastamento do Estado de interferências nas relações desses direitos; e tem-se, de outro, direitos positivos (II), representados pela liberdade **mediante** o Estado (direitos prestacionais em sentido amplo), sendo que a atuação deste é pressuposto para a concretização do direito fundamental.

Para Jorge Miranda, a indivisibilidade é atributo de todos os direitos fundamentais, pela sua incindibilidade e inexistência de diferenças estruturais. Esta unidade decorre da unidade de sentido constitucional, existência de diferentes expectativas positivas e negativas (com maior ou menor grau) em todos os direitos, sobressaindo-se a sua interligação sistêmica e o caráter principiológico de todos os direitos, que leva à sua compreensão como mandados de otimização para maior efetivação.

## **2.5 Concepção geracional de direitos fundamentais**

A teoria geracional decorre do próprio desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais. Segundo Jairo Schäfer, ela utiliza-se da evolução histórica como elemento de individualização dos direitos fundamentais, tendo em vista o paulatino desenvolvimento da juridicidade dos direitos fundamentais.

Assim, poderiam ser três dimensões de direito, ou, então, conforme Shafer:

a) dimensão negativa: correspondente à 1ª geração, carrega os direitos humanos de liberdade, igualdade, etc., na intromissão estatal, os quais que fizeram parte da Revolução Francesa; b) dimensão prestacional: correspondente à 2ª geração, que encontrou no *welfare state* a sua via de desenvolvimento, com a garantia de direitos e atuação positiva do Estado; c) dimensão difusa: correspondente à 3ª geração, traz os direitos coletivos difusos e transindividuais.

Em crítica feita ao sistema geracional, refere Jairo Schaefer que o termo geração leva a impressão de superação dos direitos anteriores. Como se sabe, a validade dos direitos não foi superada. Nesse contexto, a expressão “dimensão de direitos fundamentais” seria mais adequada, pois englobaria as categorias anteriores, em um movimento de ampliação.

O primeiro ponto que merece destaque é a própria denominação dessa classificação, pois, embora a expressão “gerações de direito” já esteja consolidada, muitos doutrinadores criticam sua utilização, entendendo que ela pode induzir a erro, pois tem a conotação de algo sucessivo e dá a impressão de exclusão dos direitos anteriores pelo surgimento de novos, quando, na verdade, isso não ocorre. Assim, como aos novos direitos somam-se os já existentes, o termo “dimensões” mostrar-se-ia adequado para a pretensão de identificação dos direitos.

Segundo Cançado Trindade, quem formulou a tese das gerações de direito foi Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Pela primeira vez, ele falou em “gerações de direitos”, inspirado na bandeira francesa - *liberté, égalité, fraternité* -, na qual *liberté* corresponderia aos direitos de liberdade e aos individuais; *égalité*, aos direitos de igualdade e econômico-sociais; *fraternité*, aos direitos de solidariedade.

O decorrer da história demonstrou que os direitos, em suas gerações ou dimensões (infra-referidas), encontram palco ao seu desenvolvimento e previsão

quando do aumento do poder do homem, ou, ao contrário, diante de novas ameaças à liberdade do indivíduo, criando novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder.

Neste sentido, é oportuna a classificação das “gerações de direito”, que, resumidamente, segue:

A definição de primeira geração ou de dimensão de direitos fundamentais surge no século XVII e XVIII, tendo a liberdade como princípio base. Em sua gênese, os direitos fundamentais de primeira geração correspondem aos direitos erigidos para a proteção do indivíduo perante o Estado; ou seja, são direitos cujo objetivo é a garantia de liberdade individual, impondo uma posição de omissão do Estado em relação aos indivíduos, sendo sua responsabilidade apenas a manutenção dessa liberdade.

Em decorrência da insuficiência do liberalismo e, acentuadamente, em função dos reflexos da 2ª Guerra Mundial, surge um novo modelo de Estado na Europa, focado, agora, no objetivo de estabelecer igualdade material, para fins de reconstrução do continente e de seu próprio desenvolvimento. Nesse contexto, ingressam os direitos de segunda geração ou dimensão.

Por esse caminho, fica implícita a “idéia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais” é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal”. Da mesma forma, paralelamente, cabe situar que a teoria dos *status* enseja a classificação dos direitos fundamentais em dimensões, razão pela qual se apresenta indispensável traçar-se considerações a respeito das diversas dimensões e de suas características, próprias dos momentos históricos que inspiraram tal divisão. Costumeiramente, ante as transformações histórico-sociais pelas quais perpassam os direitos fundamentais, indica-se a existência de três dimensões de

direitos, no entanto há aqueles que defendem uma quarta dimensão, quiçá outras.

Conforme José Sampaio, os considerados direitos de primeira dimensão, “por terem sido os primeiros que apareceram na Era dos Direitos, são rotineiramente chamados de ‘direitos’ ou ‘liberdades’” de primeira geração ou de ‘base liberal’”. Esta dimensão dos direitos fundamentais corresponderia àqueles direitos básicos dos indivíduos relacionados à sua liberdade, considerada em seus vários aspectos.

Assumem particular relevo no rol destes direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva [...] e pelos direitos de participação política [...]. cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar o catálogo das Constituições no limiar do terceiro milênio [...]. .

Portanto, os direitos atinentes a essa primeira dimensão ou geração significariam uma limitação do poder público, um não fazer do Estado, uma prestação negativa em relação ao indivíduo. São direitos que viabilizam aos cidadãos o respeito de suas liberdades individuais pelo Estado. Por esse motivo, são apresentados como “direitos de cunho ‘negativo’”, uma vez que dirigidos a uma abstenção por parte dos poderes públicos, considerados “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Como direitos de maior valorização, estão, em decorrência, a liberdade de contratar, igualdade (formal) e direito à propriedade. Em sua evolução, que, paulatinamente, transmudou a igualdade formal em implementação de igualdade material, os direitos de primeira geração passam a valorizar a vida, liberdade, propriedade, etc., porém dentro do contexto de vinculação concomitante aos direitos de segunda e terceira gerações.

Já a segunda dimensão ou geração dos direitos fundamentais encontra

espaço de aplicação e desenvolvimento no fim do século XIX e início do século XX. São os direitos de cidadania. Decorrentes da situação de pertencimento a determinado Estado, os direitos de cidadania desenvolvem-se, principalmente, através da reconstrução da Europa, através do *Welfare State*, com valorização de direitos como saúde, educação e trabalho, podendo ainda ser chamados de direitos sociais. Surgem como “deveres impostos ao Estado” (já na Constituição Francesa de 1791).

A implementação dos direitos de segunda geração, no continente europeu, deu-se através de forte intervenção estatal, de modo que a concretização ocorreu por uma posição contrária à anterior (de afastamento das relações), ou seja, o Estado atuou positivamente para a concretização desse objetivo.

Dessa forma, os direitos de segunda dimensão ou geração dos direitos fundamentais aparecem com os direitos sociais, econômicos e culturais, “direitos, portanto, de base social”. No Brasil, surgiram “com o texto constitucional de 1934”. Assim, a segunda dimensão de direitos encontra esteio na idéia de *igualdade*, abrangendo valores de natureza coletiva que têm, por mote, a tutela de interesses afetos a grupos ou a toda a sociedade, por sua vez, fundada no ideário da igualdade, refletindo uma exigência direcionada ao poder público, no sentido de que este atue efetivamente em favor do cidadão. Tal necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos não mais considerados individualmente, mas sim de caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida.

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda plenitude.

Esta dimensão de direitos guarda estreito vínculo com as condições de

trabalho da população. Ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que se contrapõem ao poder ilimitado do Estado, os direitos fundamentais de segunda dimensão requerem, para sua efetivação, uma participação real do poder estatal. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. Os direitos individuais, dessa forma, passam a ser encarados não mais como valores absolutos, no momento em que se lhes reconhece, de forma geral, uma função social.

Surge, enfim, a terceira geração ou dimensão de direitos, em suma, uma nova classe de direitos fundamentais, não mais com o escopo de proteger interesses individuais ou coletivos, porém com o intuito de preservar o próprio gênero humano, como valor supremo de sua existência terrena. Trata-se, pois, da terceira dimensão, uma dimensão de direitos como “resposta à dominação cultural e como reação ao alarmante grau de exploração das nações em desenvolvimento por aquelas desenvolvidas”, bem como respostas aos quadros de “injustiça e opressão no próprio ambiente interno dessas nações”.

A discussão sobre os direitos de terceira geração fora evidenciada, principalmente, a partir dos anos 60, indo até 1980 ou 1990. Baseados na aceção de fraternidade, os direitos de terceira geração englobam as garantias transindividuais, ou seja, as que detém interferência e abrangência além de apenas um indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos. Dentre esses pode-se elencar os direitos à informação, a um meio ambiente equilibrado, à paz, e assim por diante.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de “direitos de fraternidade ou solidariedade”, representam, por assim dizer, a evolução para alcançar e proteger aqueles direitos decorrentes de uma sociedade já modernamente organizada, envolta em relações de diversas naturezas, especialmente, aquelas relativas à industrialização e densa urbanização. Tais

direitos trazem como “nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo, destinando-se à proteção de grupos humanos”, dessarte têm uma titularidade coletiva”. Para Paulo Bonavides, os direitos de terceira dimensão, “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”, cristalizaram-se no fim do século XX, “enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”.

Convém destacar que os direitos de terceira dimensão, tais quais os direitos sociais, também encontram resistências à sua efetivação, sendo-lhes despendida pouca reflexão e conferida baixa densidade normativa, situação que se avulta em razão de ainda não terem, em grande parte, merecido assento constitucional. “Na sua essência e pela sua estrutura jurídica” de direitos de “cunho excludente e negativo, de caráter defensivo”, poderiam enquadrar-se, na verdade, “na categoria dos direitos de primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade”, adequados às exigências do homem contemporâneo.

A maioria dos autores defende a limitação dos direitos em três gerações, sendo que, dentre essas, a segunda e a terceira encontram, na primeira, a sua base de sustentação, pois todos esses direitos decorreriam da liberdade e do respectivo exercício perante e de acordo com a sociedade. Por outro lado, outros autores defendem a existência da quarta e da quinta dimensão de direitos, mas que, no entanto, não têm sido posição de destaque na doutrina.

Por fim, há que se ressaltar a identificação de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que abarca os direitos à democracia, informação e pluralismo. Paulo Bonavides é um dos autores que defendem seu reconhecimento, conjugando esses valores em uma linhagem apartada de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de quarta dimensão resultam da preocupação política que os avanços tecnológicos impõem ao meio social, afetando as suas estruturas econômicas, culturais e jurídicas vigentes. Refletem,

em verdade, a posição política do homem num mundo globalizado.

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 [...]. A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que, antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade .

Na seara da 5ª geração, são destacados direitos imanentes à condição humana, como meio ambiente equilibrado e, até mesmo, direito à paz, vez que representa pressuposto qualitativo da convivência humana e da conservação da espécie.

A evolução do sistema protetivo, inscrito no rol de direitos reputados essenciais, o qual seguiu na esteira da elevação da dignidade humana a paradigma fundante do Estado Democrático de Direito, ultrapassou a esfera da tutela de interesses individuais, invadindo a seara coletivista e, com especial relevo, a pluralista. Não obstante a variedade de dimensões de direitos admitidas ou das diversas conceituações a elas atribuídas, o que se deve levar em conta é o entrelaçamento que as conectam, formando o tecido basilar da sociedade, de onde emergem as orientações para uma atuação estatal respeitadora do corpo social e valorizadora do ser humano.

Mas, como o presente estudo tem o escopo de visualizar, no cerne da relação obrigacional, a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas, parece essencial tratar da questão concernente à proteção constitucional conferida à autonomia privada, na medida em que tal autonomia se apresenta, via de regra, como contraponto à eficácia de tais direitos.

## **2.6 Autonomia privada – epistemologia e adequação ao sistema dos direitos**

## **fundamentais**

Um dos princípios elencados desde a primeira dimensão de direitos fundamentais, inclusive como parte da base da Revolução Francesa, foi o princípio da igualdade. Inicialmente, o princípio foi concebido com base nos aspectos formal e material.

Quanto ao seu aspecto material, o princípio foi construído sobre a pretensão de igualdade entre as pessoas, para viabilizar o próprio exercício de liberdade (e vice-versa), com a proibição de concessão de benefícios de tratamento nas negociações. Quanto ao seu viés formal, por decorrência da própria liberdade atingida com a Revolução Francesa, os particulares detinham igualdade como condição inerente à própria situação de particulares, e com igualdade, portanto, dever-se-ia proceder ao tratamento entre particulares.

O decorrer da história mostrou que o aspecto material acabou subjugado e que a igualdade como parâmetro meramente formal tornou as relações entre particulares suscetíveis de desequilíbrios pela incapacidade ou insuficiência de uma das partes.

A autonomia privada encontra a baliza constitucional com a necessidade de realização de interesses e funções sociais, ou seja, em completa distinção à pretensão de livre-arbítrio formal na contratação. Também assume importância como fonte à jurisprudência (importância da *ratio decidendi*) e à doutrina (como atividade crítica).

Não obstante, esse princípio da igualdade manifesta-se através do princípio da autonomia privada, atingindo, portanto, todas as relações particulares. A atual Carta Constitucional, em seu art. 170, elenca como um dos princípios constitucionais a autonomia privada.

Para Steinmetz, a autonomia privada é princípio constitucional e, como tal, necessita ser respeitado pelo ordenamento jurídico:

A autonomia privada manifesta-se como um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares. No exercício da autonomia privada, os particulares tornam-se legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres.

Ou seja, a autonomia privada é a manifestação da liberdade de contratação e de livre disposição dos particulares. Porém, ao mesmo tempo, e em decorrência desta própria condição, oportuniza-se o desequilíbrio entre as partes em determinada relação, por condições insuficientes de exercício da autonomia privada (como hipossuficiência financeira, cognitiva, cultural, etc.). Nestas situações, via de regra, presencia-se o enfrentamento (colisão) de outros princípios em face da autonomia privada (como a subordinação de princípios como dignidade da pessoa humana, em face da valorização da igualdade formal).

Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Esta é uma idéia central ao Humanismo e ao Direito Moderno: a idéia da autonomia privada - que, como se salientou acima, constitui uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade.

O ponto de discussão está na forma de resolução do problema fático perante situações semelhantes em que se depara com o princípio da autonomia privada e outros preceitos fundamentais. Consoante verificado, as relações privadas acabaram por se subordinar aos direitos fundamentais. Porém a própria autonomia privada constitui-se princípio fundamental.

Alexy, tratando da colisão de princípios (como, *v. g.*, autonomia privada X dignidade da pessoa humana), refere que os princípios, em virtude da colisão,

deverão ser *ponderados*, considerando a proporcionalidade, as circunstâncias do caso concreto e a prescrição dos princípios em confronto. O resultado poderá ser a aplicação de um dos princípios ou, mesmo, de ambos. Da mesma forma, referem Humberto Ávila, Ingo Wolfgang Sarlet e Ana Paula de Barcellos, esta última apresentando, inclusive, modelos *pré-prontos* para a resolução de casos concretos.

O exercício da autonomia privada, contudo, demanda análise da própria possibilidade de seu exercício. Daniel Sarmento, que também refere a valorização da autonomia privada como princípio fundamental, aborda a temática sob o viés de que somente é possível garantir a autonomia privada se forem efetivados os direitos fundamentais. Para que a autonomia privada seja garantida, é indispensável que o direito fundamental da liberdade seja garantido, assim como deverão ser propiciadas condições básicas ao pleno exercício desta liberdade.

Quando se verificam situações de desequilíbrio nas relações privadas, e que, portanto, demandam a provocação e análise do jurista, há a restrição do direito fundamental de liberdade, pois ninguém está habilitado ao exercício da liberdade se não lhe forem propiciadas as condições de conhecimento e pleno exercício dessa liberdade.

Se o direito fundamental da liberdade é alvo de afronta, então a própria condição de existência da autonomia privada é fustigada, fulminada pela não-preservação da igualdade material e da solidariedade (que se tornam requisitos do princípio liberal), como na tutela de hipossuficientes, na aplicação da boa-fé objetiva, na identificação da função social (propriedade, contrato), na proteção ao meio ambiente e a moradia, entre outros.

Ou seja, o princípio da autonomia privada, em situações de desequilíbrio, não alcançaria uma afronta aos direitos fundamentais, mas sim uma situação de necessidade prévia de respeito/aplicação dos direitos fundamentais como

pressuposto para a ocorrência de autonomia na negociação privada.

Veja-se que isso representa, não uma limitação dos direitos fundamentais, mas, sim, a necessidade de respeito dos direitos fundamentais como parâmetro indispensável à garantia do direito fundamental de liberdade e de autonomia, pois não há autonomia sem que se fale em consciência e condições de exercício dessa autonomia.

Isso permite, ainda, que se possa traçar, ao menos por ora, como parâmetro de limitação à aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, a própria preservação dos direitos fundamentais, buscando, portanto, uma situação de equilíbrio, para que somente então se faça a ponderação de eventuais conflitos remanescentes entre direitos fundamentais. Esta análise permite que se faça uma análise sistemática do ordenamento constitucional, pois não há como admitir a vinculação de um direito fundamental se não lhe são garantidos os pressupostos básicos.

Certo é, como explicita Vieira de Andrade, que o homem não é apenas “um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional”. Mas fica claro que essa autonomia necessita de uma demarcação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que envolve um problema de ponderação.

## **2.7 Ponderação**

Para Daniel Sarmento, o fato de que os “particulares são também titulares de direitos fundamentais, desfrutando de uma autonomia privada constitucionalmente protegida”, exige uma variedade de “adaptações e

especificidades na incidência dos direitos humanos, no campo privado”. Afinal, este se tornou um “ponto reconhecido consensualmente mesmo pela doutrina que advoga a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”.

De outra forma, saliente-se que a colisão de princípios está centrada em plano axiológico, não podendo haver preponderância de um sobre o outro, mas sim a ponderação dos interesses jurídicos em conflito, no intuito de harmonizá-los, para, então, alcançar solução, sendo garantida a menor compressão possível. Neste viés, em que pese à frequência com que se verifica o choque entre direitos fundamentais, a jurisdição constitucional brasileira ainda demonstra pouco avanço no que concerne aos métodos e técnicas aplicáveis.

A técnica mais adequada para a solução de conflitos entre direitos fundamentais é a ponderação de interesses ou bens, idealizada pela jurisprudência alemã, com base no princípio da proporcionalidade. A ponderação, além de fazer o sopesamento no conflito de princípios, adquire o *status* de técnica de decisão jurídica autônoma, com aplicação às normas, de forma geral.

Para Ana Paula de Barcelos, é possível descrever a ponderação como um processo que ocorre em três etapas – “identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão” –, as quais envolvem “avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências”. A autora destaca, ainda, que “todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade”. Neste viés, esclarece Marcel Mota que

A proporcionalidade é a característica mais evidente da hermenêutica constitucional, pois se manifesta duplamente como princípio constitucional e como método da hermenêutica constitucional. Como princípio, consagra a presunção de proporcionalidade na aplicação do direito, ou seja, a realização da justiça equitativa, razoável, ponderada. A própria interdição à arbitrariedade, tal como a máxima de Jellinek “não se

abatem pardais disparando canhões”. [...] A teoria dos direitos fundamentais eleva a proporcionalidade a uma regra impositiva para interpretação e aplicação dos valores consagrados constitucional.

Ana Barcelos apresenta uma hipótese, na qual “mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor”, de forma que as “normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão”.

Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados freqüentemente entram em rota de colisão. [...] De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de técnica da ponderação.

Como esclarece Daniel Sarmento, a “fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada”. Entende o autor que essa ponderação “deve ser realizada primariamente pelo legislador”. Mas, que , na “falta de norma, ou diante da sua inadequação em face dos valores constitucionais em jogo, a competência transfere-se para o juiz”, mas sempre necessitando de uma “análise tópicosistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto”.

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.

A ponderação é dividida, por Barcelos, em ponderação em abstrato e ponderação em concreto. Na ponderação em abstrato, a análise é feita com base na norma jurídica apenas, estabelecendo conjunto de soluções ponderativas pré-fabricadas. Nesse conjunto de soluções, há as gerais (aplicáveis a qualquer ponderação) e as específicas (desenvolvidas em função de conflitos entre normas particulares). Já, na ponderação em concreto, parte-se da análise do enunciado normativo, em confrontação com o caso específico a ser analisado, e que não teve correspondência com nenhuma ponderação em abstrato pré-concebida.

Na realização da ponderação em concreto, Ana Barcelos traça dois parâmetros gerais preferenciais. No primeiro, a autora concebe que as regras têm preferência sobre os princípios constitucionais, fazendo essa afirmação com base na análise da diferença entre princípios e regras. Contudo, a fixação de modelos pré-fabricados para a ponderação das normas em tese e na sua aplicação, amparada numa hierarquização de regras sobre os princípios constitucionais, acaba por engessar o sistema de interpretação, mas, principalmente, retira dos princípios a função de *oxigenação* do sistema jurídico.

Mas o certo é que se pode afirmar que o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão examinada. Quando se tratar de hipótese envolvendo decisão de caráter eminentemente econômico-patrimonial, a importância dada à autonomia privada será menor, sobretudo, quando estiver em jogo algum bem material considerado essencial à vida humana. “A autonomia privada constitui um valor essencial nos Estados Democráticos, e exprime uma importante dimensão da idéia de dignidade da pessoa humana”.

Firmadas estas premissas, convém destacar que um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos. Em outras palavras, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.

Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.

É indispensável lembrar que, no caso brasileiro, diante da gritante desigualdade social, essa questão assume importância. Dessa forma, para Daniel Sarmiento, a “desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada”, partindo-se da “premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis”. Com efeito, quando o “ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro”. Assim, o “hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente do exercício da sua autonomia privada”.

Para Ana Barcelos, no estágio atual, a “ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial”. Tal “discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese”, de forma a selecionar um valor ou interesse a preponderar.

A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação.

Verifica-se que o “peso da autonomia privada numa ponderação de interesses” varia tanto pelo “grau de desigualdade na relação jurídica”, como também em razão do caráter da questão examinada. Quando se tratar de conjectura envolvendo “decisão de caráter eminentemente econômico-patrimonial, a importância dada à autonomia privada será menor”, em especial, quando “estiver em jogo algum bem material considerado essencial à vida humana”. Mas,

quando a “decisão em causa ligar-se a alguma escolha em que se manifeste mais intensamente a dimensão afetiva da personalidade”, ou, ainda, “quando ela envolver mais profundamente a esfera da privacidade do agente, aí o peso atribuído à autonomia privada na ponderação de interesses terá de ser necessariamente maior”.

Não significa isso que os direitos fundamentais não penetrem nas relações travadas no seio das comunidades, mas sim que, também aqui, será por vezes necessário realizar uma ponderação, já que o direito à identidade cultural também é um autêntico direito fundamental.

Conclui-se que uma série dos mais diferentes fatores deve ser considerada na ponderação de interesses, imprescindível à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Tracejaram-se algumas pautas relevantes no contexto da ponderação, não eliminando, completamente, o espaço para o estudo da valoração judicial das peculiaridades de cada caso, o que, neste estudo, não seria viável, ante a sua amplitude, tratando-se de ponderação de direitos fundamentais nas relações interprivadas.

### **3 A FUNCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS ATRAVÉS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

chegamos ao terceiro milênio, vislumbrando os novos rumos do direito obrigacional, alicerçado em bases éticas e sociais, que lhes foram conferidas pelos Direito Constitucional vigente, resultante, este, da mutação principiológica do século XX.

Segundo a atual teoria contratual, é fundamental a análise da influência dos princípios constitucionais nas bases de formação das relações contratuais,

recebendo uma nova roupagem, ou seja, foi atribuída uma função social devido à sua importância no processo de concretização e efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, o direito privado vive um momento virtuoso. A superação dos ciclos do atraso e do amadurecimento insere-se em um processo de longo prazo, que exige o resgate de valores éticos, o exercício da cidadania, assegurados pela constitucionalização do direito infraconstitucional, como *filtragem* de leitura de toda a ordem jurídica sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela assegurados.

É através dessa releitura constitucional do direito privado, que o Código Civil dá atenção especial às cláusulas gerais já no preâmbulo da disciplina contratual: a função social e o princípio da boa-fé objetiva, como paradigmas relevantes à interpretação dos negócios jurídicos em geral.

Enfim, a socialidade é traço marcante do Código Civil de 2002. Como bem articula o eminente professor Fachin, o Direito deve ser tomado como “a serviço da vida”, e há de priorizar a valorização da ética e a solidariedade social, de forma a atender à concretização dos direitos fundamentais.

Destarte, objetiva-se, nesta parte do trabalho, passar em revista, com base no estudo proposto nos capítulos anteriores, alguns aspectos da inserção dos princípios constitucionais no direito contratual, procurando pôr em realce a mudança de perspectivas do direito obrigacional, em conformidade com a função social e a boa-fé objetiva à luz do constitucionalismo do direito privado. Desse modo, o atual direito das obrigações apresenta o contrato sob novas vestimentas, com finalidades e regime jurídico que se afastam do clássico direito das obrigações, justificando uma reflexão sobre a matéria.

Nessa perspectiva, o contrato propriamente dito, por ser um instrumento

muito utilizado diariamente, exerce relevante influência no contexto social, sendo o grande responsável pela caracterização do capitalismo ainda nos dias atuais. Face a sua finalidade precípua de ser instrumento jurídico que se destina a realizar a transferência de riquezas entre as partes contratantes, tende a abarcar a proteção aos direitos individuais.

Convém lembrar que as constituições liberais e individualistas asseguravam uma obrigação negativa do Estado, qual seja a de não intervir nas relações privadas, diferentemente do que ocorre com as constituições sociais, que determinam uma obrigação positiva do Estado, toda vez que forem constatados abusos de uma parte em relação à outra.

Nas palavras de Judith Martins-Costa, a relação obrigacional é um vínculo dinâmico “que se movimenta processualmente, posto criado e desenvolvido à vista de uma finalidade, desenvolvendo-se em fases distintas, a do nascimento do vínculo, do seu desenvolvimento e adimplemento”.

Em vista do caráter dinâmico dessa relação, a lei e a vontade declarada nem sempre conseguem abarcar todos os deveres impostos às partes em prol da função social do contrato. É através do princípio da boa-fé objetiva que esses deveres - não derivados de atos voluntários, nem da lei - podem ser justificados numa situação concreta.

Afinal, como explicita Arnold Wald, “novas formulações jurídicas não de ser criadas, outros equilíbrios devem ser encontrados no plano dos contratos”, da sociedade e do próprio Estado, para que o Direito não seja uma “espécie de camisa-de-força que impeça a boa utilização das novas tecnologias e da própria globalização, criando-se, ao contrário, um clima de cooperação entre homens e países, dominado pela ética” e pela solidariedade, de forma a albergar os direitos fundamentais do cidadão.

### 3.1 Instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais

Não é aceitável, hodiernamente, simplesmente proclamar os direitos fundamentais; exige-se a sua efetivação, a implementação, enfim, vê-los agregados à vida do indivíduo, nas mais diferentes situações das relações interprivadas.

O sentido de efetividade que se almeja é o da eficácia não só jurídica, mas, especialmente, o da eficácia social, a fim de que o círculo da efetividade, da realização do direito, do desempenho concreto de sua função social se manifeste, se materialize, no mundo dos fatos, das normas jurídicas e da proximidade possível entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Nesse cerne, como análise inicial, premia a inserção de novos paradigmas no direito privado, nas diretrizes estatuídas pela norma constitucional, como esclarece Judith Martins Costa, referindo-se ao professor Miguel Reale, quanto à necessidade, na atualidade, da,

[...] codificação do direito privado apresentar-se [...] não mais modulada, metodologicamente, em modelo rígido, revelando-se, antes, através de uma modelos abertos, expressos mediante uma "estrutura normativa concreta [...], destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos", o que seria alcançado se plasmadas, no Código, "soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelos a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, eqüidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, etc."

Convém relembrar, nesse sentido, o advento do Estado Social e o fato de a Constituição de 1988 representar para esse um divisor de águas, com o objetivo de não apenas declarar os direitos individuais e garantias fundamentais, mas também de torná-los realidade, sob uma política de efetiva implantação de medidas compatíveis com a justiça e o bem-estar social. Nesse seguimento, o

dirigismo contratual “passou a dominar a preocupação dos legisladores, mudando a feição e atingindo até mesmo o âmago do Direito das Obrigações”.

A mudança de enfoque hermenêutico tem, como aporte, a explicitação de que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato (artigo 421 do Código Civil/2002), que o condiciona aos princípios da boa-fé e da equidade. Esta nova visão hermenêutica do contrato também é encontrada “nas regras que consagram a teoria da imprevisão (artigos 478 a 480) e a lesão (artigo 157)”, não podendo esquecer da “publicização do contrato, doutrina que enfatiza a importância da função social do contrato”.

Desse modo, evoluiu o direito contratual para acompanhar a formação do Estado Social, assim sentida por Luiz Neto Lôbo:

[...] o Estado Liberal assegurou os direitos do homem de primeira geração, especialmente a liberdade, a vida e a propriedade individual. O Estado Social foi impulsionado pelos movimentos populares que postulam muito mais que a liberdade e a igualdade formais, passando a assegurar os direitos do homem de segunda geração, ou seja, os direitos sociais.

Mas, em tese, a liberdade contratual, no dizer de Arnoldo Wald, “só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. O *ius cogens*, o direito imperativo, defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política da comunidade”.

Assim, a linguagem do atual direito obrigacional tem, como característica, a abertura de uma interpretação conforme os valores predominantes em uma determinada época e conjuntura, antagônica ao modelo de código do Estado Liberal. Essa linguagem dá uma ampla visão de seu conteúdo, permeado pelos princípios da socialidade e da eticidade, não apenas através dos próprios instrumentos dogmáticos de efetivação dos direitos fundamentais, mas avançando além dessa perspectiva, adequando os instrumentos aos moldes constitucionais.

O Código brasileiro de 2002, em indiscutível inovação frente ao estatuto de herança liberal, de 1916, estabelece uma nova estrutura, amparado nos princípios de eticidade e de socialidade, permeando os dispositivos de natureza privada, haja vista que, conforme Judith Martins Costa, “as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas têm afinidade com a socialidade”.

Assim, em virtude dessa identificação do estatuto civil com a sociedade contemporânea e respectivas conquistas (significativas) na esfera do direito público, as novas diretrizes, de caráter constitucional, são, segundo Miguel Reale, “a sistematicidade, a operabilidade, a eticidade e a socialidade”. Tais diretrizes trarão efeitos no vínculo obrigacional.

Mas, acompanhando a perspectiva traçada por Wilson Steinmetz, também se faz necessário agregar a essa lista de diretrizes, além de princípios chave, como dignidade da pessoa humana, autonomia privada e função social, o princípio da solidariedade, de forma que abordaremos os itens ligados à perspectiva de constitucionalização do direito obrigacional.

### **3.1.1 Princípio da socialidade**

Os interesses da comunidade, no período liberal como um todo, permaneceram subjugados pela valorização extrema do individualismo, enquanto se mantiveram, ainda, os reflexos da Revolução Francesa no direito civil, pois a propriedade representava fator essencial à realização humana.

Calejado pela desforra liberal, haja vista que o homem, como ser social, depende não apenas de sua realização pessoal, mas também de sua identificação social, o Código Civil de 2002 traz a percepção do homem como membro de uma

comunidade, auferindo a proteção de seus direitos individuais legítimos através da prioritária proteção dos valores da coletividade.

Assim, o Código Civil nasce com a valorização da socialidade, ou seja, valorizando o interesse social em detrimento do individual, com a responsabilidade de atender às demandas atuais, implementando os direitos fundamentais, individuais e sociais, em toda a esfera de alcance do direito privado. Nesse sentido, refere Miguel Reale que, "se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da 'socialidade', fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana".

É nesse cenário que as faces da função social (do contrato, do direito, da propriedade) permearam o direito privado, limitando o princípio da autonomia privada em favor do princípio da socialidade, conforme se infere da própria redação do art. 187 do Código Civil vigente, como refere Gerson Branco:

A socialização dos modelos jurídicos é uma das características mais marcantes do novo Código e seu significado é o da prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, e da revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional: "o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador".

Ainda, a socialidade propagada pela edição do Código Civil brasileiro atual se percebe, cada vez mais, como instrumento de realização de fins sócio-constitucionais, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, valorização equânime do homem e da mulher e preservação dos direitos fundamentais frente aos vínculos obrigacionais, pois "o valor da livre iniciativa tem crescido, num contexto de crescente socialidade".

Não apenas o citado art. 187 traz exemplo de prevalência do social em detrimento do individual, em situações chave, mas outros dispositivos, como os art. 138, 156, 157, além dos já citados art. 421 e 422, dentre outros.

A partir disso, percebe-se que o vínculo obrigacional, antes tutelado pela premissa maior da autonomia da vontade, identifica-se, agora, como dependente de diversos outros princípios, de idêntica ou superior valoração em relação à autonomia privada, atendendo-se à opção culturalista do Código, bem como a já lançada influência dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico privado, onde o vínculo obrigacional, assim como o contrato e a propriedade terão que “desempenhar função que transpassa a esfera dos meros interesses individuais”.

Quanto à flexibilização dos ditames de direito privado acerca da função social, esclarece Netto Lobo que

O princípio da função social é a mais importante inovação do direito contratual comum brasileiro e, talvez, a de todo o novo Código Civil. Os contratos que não são protegidos pelo direito do consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social, que inclui a tutela da parte mais fraca no contrato, ainda que não configure contrato de adesão. Segundo o modelo do direito constitucional, o contrato deve ser interpretado em conformidade com o princípio da função social.

A perfectibilização de uma relação obrigacional, tal como acontece em relação ao contrato (até porque o segundo decorre do primeiro, sendo seu instrumento), deve também buscar o amparo dos princípios de função social, probidade e boa-fé, pois, identificados como cláusulas gerais do direito civil pátrio, colocam-se como manifestação da socialidade trazida pelo código, bem como implementam o respeito a esse princípio. Neste sentido, refere Luiz Edson Fachin que o direito deve ser tomado como "a serviço da vida".

### **3.1.2 Princípio da solidariedade**

O artigo 3º da Constituição Federal refere, como meta ou objetivo fundamental da República, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

Conforme Steinmetz, não há como deixar de classificar o termo “solidariedade” como princípio, haja vista que os princípios representam “finalidade, objetivo, propósito ou meta”.

O princípio da solidariedade, disposto no texto constitucional, acompanhando os direitos fundamentais individuais, também se coloca como vinculativo das relações jurídicas de natureza privada, em especial, pelo fato de se enquadrar como *deve ser* da sociedade brasileira.

Assim, o princípio é visto, por Steinmetz, como valor e diretriz constitucionais, sendo conexo com a noção de direitos fundamentais e Estado Social. Liga-se, portanto, ao “bem-estar das pessoas ou grupos”, garantindo o “atendimento das necessidades básicas para uma existência digna”, além da “garantia do mínimo vital”. A efetivação do princípio implica, portanto, ações positivas, normativas e fáticas do Estado, inclusive, com incentivo à cooperação mútua nas relações horizontais.

É necessário referir que os direitos fundamentais sociais representam a manifestação do princípio da solidariedade, além de manterem íntimo contato com o direito subjetivo e realização das liberdades individuais, as quais pressupõem a indispensabilidade do respeito aos direitos fundamentais, tanto nas relações verticais como nas horizontais.

O princípio da solidariedade não apenas permeia, pela sua carga valorativa, vários outros princípios constitucionais; mais do que isso, coloca-se como fator de vigência e vinculatividade entre os particulares nas suas inter-relações. Apesar disso, poucos autores têm abordado o tema na esfera nacional. Nesse sentido, Steinmetz ventila o fato de que, sendo a Constituição Federal

[...] uma estrutura normativa básica do Estado e da Sociedade, então é possível considerar que o princípio da solidariedade também se projeta sobre as relações entre particulares. Essa projeção, evidentemente, não tem a mesma intensidade daquela sobre as relações entre Estado e os

cidadãos.

O ponto de embate, contudo, centra-se na amplitude da interferência do princípio da solidariedade nas relações entre os particulares. Trata-se de um princípio que, assim como os direitos de primeira dimensão, erigido, inicialmente, em face do Estado, lança-se agora na permeabilização das relações horizontais, porém com indiscutível limitação, haja vista que, “enquanto a projeção sobre o Estado é ‘forte’, a projeção sobre as pessoas, nas relações intersubjetivas, é ‘fraca’ ou ‘branda’”.

Necessário considerar, ainda, o fato de o princípio da solidariedade perpassar pela influência sobre os direitos fundamentais sociais apenas, alcançando os direitos fundamentais individuais, haja vista inexistir a possibilidade de realização de uma sociedade solidária sem a preservação do direito fundamental de liberdade, tanto por parte do Estado como por parte dos particulares entre si, bem como a conversão do direito fundamental formal de liberdade em material depender de pressupostos sociais.

A partir desses fatores, não há como desvincular a idéia de um processo de constitucionalização do direito privado tangenciando o princípio da solidariedade. A influência desse princípio na esfera obrigacional intensifica-se pelo princípio da função social do contrato, que pode ser visto como instrumento do primeiro, a partir de dois sentidos.

Num primeiro ponto, é possível visualizar, como valor, a interferência do princípio da solidariedade na implementação estrita da função social do contrato, tenha vista o fato de o instrumento obrigacional não poder ser fonte de desequilíbrio entre as partes contratantes, ou, da mesma forma, não poder levar ao enriquecimento de uma parte em detrimento da outra. É o caso, por exemplo, do disposto no artigo 884 do Código Civil brasileiro.

Além disso, o princípio da solidariedade incide sobre a manifestação do

princípio da autonomia privada, pois, considerando-se, a partir de Daniel Sarmiento, que a existência da autonomia privada requer, como pressuposto, a preservação de direitos fundamentais, conforme referido acima, então o dever de fomentar e preservar o equilíbrio obrigacional e a capacidade material de exercício da autonomia privada não podem ser vistos senão como manifestação do princípio da solidariedade. Neste sentido, percebe-se que o princípio da solidariedade não detém apenas a sua preservação, mas também a preservação de todos os demais direitos fundamentais.

Além do mais, tendo-se a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, elevados à condição de princípio constitucional fundamental autônomo, portanto, lança, por todo o ordenamento jurídico, o princípio da solidariedade, seguindo essa lógica, também alcançará o ordenamento jurídico, com reflexos indiscutíveis no direito obrigacional-contratual.

### **3.1.3 Princípio da eticidade**

Outro pilar de sustentação desse novo direito civil, amparado no viés constitucional de valorização da pessoa humana enquanto tal e como integrante da sociedade, centra-se na valorização do conceito ético, na elaboração e execução do vínculo obrigacional. Refere Judith Martins Costa que

A ética da situação inspira e governa a estrutura do Projeto, obedecendo à exigência atual do Direito como concreção, ou, como prefiro dizer, do Direito como experiência, incompatível com disposições que levam em conta relações formais, com olvido de seu conteúdo existencial.

Tem-se, portanto, como enfoque principal do direito privado constitucionalizado, a verificação constante, e respectiva valorização, do conceito e princípio de ética. É o que se verifica, por exemplo, através do art. 113 do CCB, que vincula a forma de interpretação dos negócios jurídicos.

O conceito de ética possui indiscutível carga valorativa e, em virtude disso, não há como definir um conceito preciso diante do direito privado. Em verdade, o termo se liga, de maneira direta, ao princípio da dignidade humana, bem como, diante da larga amplitude de conceito e determinação, leva à atuação permanente do operador, em especial, do julgador, para localizar e compreender os institutos frente a cada caso concreto.

Veja-se que a sistemática do atual Código Civil eleva a eticidade ao caráter de dever jurídico, ampliando o espaço de produção normativa, onde mais princípios de larga amplitude se lançam frente ao julgador como diretivas, e não mais como regras prontas e acabadas, de simples aplicação, em atenção indispensável aos direitos fundamentais.

Em vários artigos pode-se observar, como uma das mais salientes características do novo Texto Civil, a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência da *proteção da confiança* que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como *mandamento de equidade*, seja, ainda, como *dever de proporcionalidade*.

Diante desse quadro, constata-se que até regras possuem conceitos indeterminados, cuja compreensão ou reconstrução, frente ao sistema (constitucionalizado) e diante da realidade social, não podem sofrer outra limitação, senão a da própria constituição e da realidade social. É nesse espaço que ganham força conceitos de lealdade, confiança, boa-fé, ética, moral e honestidade, demandando contínua interação e reinterpretação.

A utilização de conceitos abertos na codificação de direito privado, segundo Miguel Reale, antepõe-se à dinâmica social, haja vista que "o que mais importa numa codificação é o seu espírito; é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam". A partir disso, em virtude dos preceitos éticos que o Código Civil detém, as relações obrigacionais necessariamente se engendram através da solidariedade social, da

probidade, do bem-estar comum, do apreço à pessoa humana e do uso racional dos institutos e categorias jurídicas.

A referência, portanto, do direito obrigacional, ao conceito de ética, probidade e boa-fé, que pode ser extraído dos artigos 412 e 413 do Código Civil, tem amparo nas previsões constitucionais de dignidade e função social, além da necessidade de equilíbrio das relações obrigacionais, como manifestação expressa dos princípios da solidariedade e socialidade, realçados pela disposição expressa do artigo 422, também do diploma civil.

#### **3.1.4 Princípio do equilíbrio ou equivalência das prestações**

A perspectiva de um direito civil, voltado à apreciação de valores e institutos constitucionais, impõe, além da observância dos princípios elencados acima, o dever de equilíbrio no vínculo obrigacional.

Trata-se, segundo Arnaldo Rizzardo, de princípio que rege a formação do contrato e das relações obrigacionais, de maneira que as partes o tenham como parâmetro de honestidade, haja vista que o vínculo obrigacional representa a união de vontades para a realização de um ato jurídico, e não “expediente de exploração do homem pelo homem”.

A necessidade de equilíbrio prestacional, antes de ser obstáculo no exercício da autonomia da vontade, garante, em verdade, a manifestação plena dos direitos fundamentais, na medida em que a própria noção de equilíbrio demanda atenção a preceitos de uma autonomia privada observada pela Constituição, sem, contudo, sufragar o seu exercício enquanto direito inerente à esfera civil.

Novamente o Código Civil brasileiro vigente permeia sua sistematização por cláusulas determinativas do respeito a uma relação obrigacional equilibrada. É o caso dos seus artigos 478 e 480, que recepcionam a teoria da imprevisão, permitindo à parte cujo desequilíbrio cause onerosidade excessiva, a busca da relativização do vínculo obrigacional.

Veja-se que o efeito previsto incide na própria exigibilidade das obrigações, o que, segundo Arnaldo Rizzardo, decorre do sentido social empregado ao direito civil hodierno:

[...] o direito do final do século XX e com o Código Civil de 2002 manifesta-se repleto de um forte sentido social, especialmente no que se refere à responsabilidade civil e à exigibilidade das obrigações; verificando-se uma socialização dos riscos e um freio na liberdade de impor as estipulações. Há diplomas de profundo alcance do justo, como se encontra na Lei nº 8078, de 1990, que introduziu o Código de Defesa do Consumidor.

A análise dessa nova perspectiva permite a relativização do princípio da *pacta sunt servanda*, que considera que as disposições contratuais devem ser cumpridas, porque são conseqüências da vontade das partes: “Assim, o direito natural, através dos séculos, vem ensinando que o contrato, porque é voluntário, é conforme a lei moral, e a moral ordena o respeito à palavra empenhada.”

Fundamenta-se, pois, na segurança das relações jurídicas e na idéia de que o contrato faz lei entre as partes, já que, no momento em que for declarada essa vontade, não mais seria permitido, via de regra, escusar o seu cumprimento. O próprio Estado cria leis, a fim de tornar obrigatório o cumprimento daquilo que foi acordado entre as partes, pois, dentro da visão clássica ou liberal do contrato, a força obrigatória é reconhecida pelo direito e impõe-se frente à tutela jurisdicional, ou seja, as cláusulas contratuais não podem ser alteradas pelo juiz.

A força vinculante e irrestrita dos pactos teve seu fundamento na liberdade

de contratar:

Há um velho aforisma jurídico que se constitui em um dos fundamentos do direito: *pacta sunt servanda*. Essa regra emana da própria essência da relação contratual e justifica o próprio liberalismo do século XX, pois, se as partes optaram por se vincularem livremente, devem honrar o que pactuaram. Ou seja, a força vinculante do contrato tem seu cerne em duas importantes combinações: na expressão da liberdade de os indivíduos regularem seus próprios interesses e na boa-fé que impõe o cumprimento do acordo de vontades.

Ao prever a relativização do princípio, o Estado, por meio das normas constitucionais, encontrou um meio de satisfazer os interesses sociais, lançando normas cogentes, a fim de proteger a parte prejudicada pelo desequilíbrio (posterior à contratação e alheio ao previsto pelas partes), subjugando a regra liberal.

É nesse compasso que a teoria da imprevisão (também referida como *rebus sic stantibus*) encontra seara de implementação e reconhecimento jurídico. É de se observar, contudo, que a mesma não possui aplicação irrestrita e absoluta, mas apenas quando o caso concreto demandar a configuração necessária a sua incidência.

Sob o aspecto histórico, o princípio já foi aplicado na I Guerra Mundial, com a revisão dos contratos realizados antes desse evento, pois as condições se agravaram bastante após a sua eclosão. Esse foi um fato extraordinário, que veio agravar a posição do devedor de prestações sucessivas, derivadas de contratos ultimados antes de seu início.

Nesse sentido, é relevante a complementação de Reis:

A Lei *Failliot*, de 1918, permitiu a revisão dos contratos que, em razão da superveniência da guerra, causassem tamanha onerosidade que a sua execução determinasse a ruína econômica da parte devedora. Tal diploma constitui verdadeiro marco na evolução do pensamento jurídico, haja vista que consagrou a idéia, até então inédita, da teoria da imprevisão.

Todavia, para se utilizar a teoria da *rebus sic stantibus*, há necessidade de que, em razão de um fato imprevisto e superveniente, a obrigação, de trato sucessivo tenha se tornado excessivamente onerosa, porém a sua aplicação deve ser moderada. Essa limitação traz a tonificação para a ponderação entre o princípio da autonomia privada e o princípio do equilíbrio obrigacional, pois

O atual Código Civil, ao tratar da cláusula *rebus sic stantibus*, determina que o juiz pode intervir nas relações contratuais, mas restringe esta possibilidade aos casos de clara desproporção entre o que foi ajustado quando da celebração do contrato e o valor da prestação na época da execução. Além disso, é imprescindível que a causa da desproporção tenha sido realmente imprevisível e que tenha sido havido pedido expresso de uma das partes, sendo vedado ao juiz determinar a correção de ofício.

Não obstante, entende-se ser possível progredir quanto à aplicação do princípio de equivalência das prestações, a partir do princípio da solidariedade, para o fim de estabelecer sua incidência em situações em que, mesmo diante de risco previsto, a obrigação tenha ultrapassado essa previsão, causando o enriquecimento de uma parte em detrimento da outra.

Ou, mais ainda, se constatada a vantagem excessiva a partir de determinado vínculo obrigacional, é possível, a partir da leitura dos institutos trazidos pelo Código Civil atual, em consonância com a dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade, a relativização do vínculo obrigacional, adequando-se esse conforme critérios de plausibilidade e equivalência entre as partes.

### **3.2 A função social e o princípio da boa-fé**

O conceito de função social foi estabelecido, pela primeira vez, por São Tomás de Aquino, “quando afirmou que os bens apropriados individualmente

teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar”. Hodiernamente, o conceito amplia-se para se adaptar aos princípios de socialidade e solidariedade.

A socialização do contrato e a limitação da autonomia privada não foram formuladas “por normas casuísticas, mas por cláusulas gerais”. Conclui-se, dessa forma, a necessidade da análise “desse fenômeno até a compreensão de seu mecanismo” evitando “confundir-se o seu caráter genérico e aberto com a liberdade e o subjetivismo do juízo daqueles que aplicarão o direito à concretude das relações sociais e realizarão a justiça”.

Na conceituação de José Afonso da Silva, a função social representa um princípio constitucional determinado a nortear, como elemento qualificante, os modos de aquisição, gozo e utilização dos bens, de maneira que, na esfera contratual, a delimitação centra-se nos limites e exercício dos vínculos obrigacionais estabelecidos. É a aplicação, assim, do princípio da igualdade substancial.

A função social do contrato permaneceu aleatória na codificação oitocentista, pela preeminência do princípio da liberdade contratual em sua face mais individualista. Esta função não poderia ser esquecida na atual legislação contratual, que é marcada pela diretriz da socialidade, referida por Judith Martins Costa, ao analisar a opinião do jurista Miguel Reale:

[...] pela *"colocação das regras jurídicas num plano de vivência social"*, pela *"aderência à realidade contemporânea"*, fazendo prevalecer *"os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana"* como aludiu Miguel Reale... Significa com isto afirmar que o contrato, expressão privilegiada da autonomia privada, ou poder negocial não deve mais ser perspectivado apenas como a expressão, no campo negocial, daquela autonomia ou poder, mas como o instrumento que, principalmente nas economias de mercado, mas não apenas nelas, instrumentaliza a circulação da riqueza da sociedade.

Assim, a regulação das relações contratuais é relevante instrumento de política econômica, monetária e financeira, e se justifica em face dos interesses

supremos do Estado na condução do governo, na distribuição de riquezas e na realização de justiça social, havendo necessidade de definição do que seja, ou não, atentatório aos fins sociais.

A norma de que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (artigo 421 do Código Civil de 2002) projeta, no domínio contratual, o valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade que está no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, pois ao contrato, assim como aos demais institutos do direito privado, cabe “desempenhar função que transpassa a esfera dos meros interesses individuais”.

Nesse desiderato, o princípio da função social prevê que os interesses individuais dos contratantes sejam exercidos em consonância com os interesses sociais, não podendo haver conflito entre eles, pois estes últimos, os sociais, são prevaletentes.

Para Paulo Luiz Netto Lobo, o contrato nasce de “uma ambivalência”, de uma “correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade”, sendo um “elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”

Nesses parâmetros, a função social do contrato repousa na harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social. Fala-se, por isso mesmo, na transformação da moral individualista em moral social, dos códigos de puros direitos privados, em códigos de direito privado social.

Observe-se que o contrato, como direito subjetivo e individual, deve ser manejado de forma a não lesar os interesses superiores da sociedade, projetando, em seu domínio, os valores constitucionais.

De resto, a opção pelo social não só é tendência jurídica mundial, porquanto fundamental à realização dos valores básicos das pessoas, como é, também, necessária ao combate de posturas arrimadas no vício do jeitinho, do oportunismo, da esperteza, da prevalência dos poderosos. Atende, enfim, aos reclamos de justiça social, distributiva, abominando a ganância dos que se acostumaram com códigos e leis utilizados como instrumentos de dominação.

“Destarte, a função social do contrato representa um poder-dever positivo, exercido no interesse da sociedade”. De forma que “a intervenção do Estado, no âmbito contratual, abriu as portas a um novo tempo, em que se mitigam os malefícios do liberalismo jurídico, com a proteção social ao mais fraco”.

Nesse contexto, os códigos mais recentes firmaram o papel preponderante da boa-fé objetiva, consolidada, agora, no Código Civil de 2002. Cabe destacar, porém, aqui, o fato de sempre ter havido observação desse “princípio” no direito brasileiro, a despeito da falta de previsão expressa, bem como de que o texto anterior valorizava a boa-fé subjetiva.

Tereza Negreiros, após longo e arguto estudo sobre a interpretação constitucional ao princípio da boa – fé, alberga a idéia de que

Todo este esforço de reconstrução do direito civil em conformidade com os princípios e valores constitucionais representa, em última instância, a introdução de elementos da ética social no campo das relações privadas – o que não quer significar, contudo, que a disciplina de tais relações escape à avaliação jurídica, mas apenas que esta é hoje concebida com um sentido promocional e prospectivo incompatível com a sectarização do Direito, seja em ramos específicos, seja como um fenômeno imune às injunções histórico-culturais. Neste sentido, arremata Clóvis do Couto e Silva: “a aplicação do princípio da boa-fé tem função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico dedutivo do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, janelas para o ético”.

Sem revolucionar a secular teoria dos contratos, nem derrogar seus pilares, a boa-fé “consiste em instrumento de penetração de valores que tendem a

preservar e a valorizar as regras éticas básicas do relacionamento contratual”.

Assim, bem preleciona Adriana M. Theodoro de Mello, ao constatar

[...] que o dever de guardar conduta proba e de boa-fé nas diversas fases de formação e execução do contrato não representa inovação no direito dos contratos. A novidade restringe-se à sua inclusão no texto legal, pois antes era tido como princípio implícito no ordenamento jurídico.

A cláusula geral da função social destina-se, portanto, a inspirar a interpretação de todo o microsistema do direito dos contratos e integrar as suas normas, bem como a limitar a liberdade privada, impedindo que se ajustem obrigações atentatórias aos demais princípios, valores e garantias sociais. Deverá inspirar, ainda, a interpretação do próprio ajuste, porquanto não se admitirá sua execução de modo a contrariar os interesses e os fins que a sociedade vislumbrou em determinado tipo contratual.

Todavia, a nova organização principiológica não exclui princípios clássicos do direito contratual, como, por exemplo, o da liberdade de contratar, a *pacta sunt servanda*, mas, sim, permite que os princípios convivam com uma feição contemporânea do contrato, sob a influência de uma visão constitucional.

A dogmática contratual tem como princípios básicos a autonomia privada, o consensualismo e a *pacta sunt servanda*. A própria Constituição Federal, em seu art. 3º, alenca como um dos objetivos da República a construção de uma sociedade livre. No entanto, para que a autonomia privada e a liberdade sejam justificadas e preservadas, se faz necessário intervenção no âmbito interprivado e contratual, a fim de assegurar, em certa medida, o respeito aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o princípio da boa-fé passa a ter um papel importante, ou seja, visa à efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual não estava previsto no Código Civil de 1916. A legislação civil de 2002 prevê esse princípio nos artigos 113, 187 e 422.

A análise do Código português leva a concluir que a boa-fé está presente e deve ser observada durante todas as fases do relacionamento negocial:

a preparatória, a integrativa e a de cumprimento da obrigação. Nestes mesmos moldes é o tratamento dispensado pelo novo código Civil brasileiro ao tema.

A boa-fé deve estar presente em todas as fases do contrato, desde as contratações preliminares, passando pela formação e execução do contrato, até mesmo após a sua extinção, caso em que devem prevalecer a lealdade e a confiança.

É, pois, um princípio que consiste na honestidade, na lealdade e confiança recíprocas entre o credor e o devedor, a fim de que seja almejada a justiça contratual, evitando, dessa forma, o enriquecimento injusto.

[...] o princípio da boa-fé, exigindo comportamento leal e tendo por objetivo proporcionar aos sujeitos de qualquer relação obrigacional aquela confiança que é necessária a relações sociais de intercâmbio de bens e serviços, já é uma antecipação do princípio da justiça contratual, que prevê, substancialmente, o equilíbrio entre os compromissos assumidos e beneficentes esperados.

Já Cláudia Lima Marques considera referido princípio tanto fonte como causa limitadora:

1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos.

Trata-se, pois, de um princípio ético, fundamental para proporcionar a segurança das relações jurídicas e a reciprocidade entre as partes. Nos contratos há uma imposição ética que domina toda a matéria contratual, impondo a observância da boa-fé e lealdade, tanto na manifestação da vontade (criação do negócio jurídico), como principalmente na interpretação e execução do contrato.

Em outras palavras, com a Carta Magna, surgiram princípios norteadores dos atos jurídicos, vistos como garantidores de direitos, como a igualdade material e a dignidade da pessoa humana.

Para tanto, é imprescindível que se tenha o texto constitucional como norma inserida no mundo jurídico, como norma auto-aplicável, e não somente como um ideário, como querem alguns. É necessário, assim, que se tenham as normas constitucionais como jurídicas, e não somente como morais, tendo total eficácia normativa.

Cumpra ratificar que as normas constitucionais são soberanas, e, por conseqüência, quando seus princípios são violados, há a inconstitucionalidade.

É a forma pela qual o ordenamento jurídico, tendo como fundamento legal a Constituição Federal, através dos princípios constitucionais visa conferir às partes contratantes medidas ou mecanismos jurídicos capazes de impedir a concretização de quaisquer desigualdades na relação contratual.

O fato é que a realidade social e jurídica é dinâmica, alterando-se os valores, motivo pelo qual o contrato deve se readaptar e cumprir com a sua finalidade social, ou seja, deve ele ser visto como instrumento para a efetivação dos princípios constitucionais, principalmente, num Estado Democrático de Direito.

[...] pode e deve o direito positivo, em especial o constitucional, apresentar-se como um meio para realizar os valores metajurídicos insertos no seu texto, oportunizando a valorização das diferenças sociais através de um critério/finalidade de perseguir a igualdade substancial e social, no intento de minimizar e compensar as desigualdades através de ações institucionais e políticas.

Nesse sentido, Streck leciona que o Estado Democrático de Direito tem como questão fundamental, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, a “incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser garantido através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

Por essa razão, a função social do contrato impôs-se como fator preponderante, ao manejo dos direitos subjetivos, impedindo que o contratante

auto-suficiente se imponha abusivamente ao mais fraco, frustrando a função social que justifica tais condições.

Assim, dentro dos parâmetros concernentes à função social, a conduta de cada pessoa que entra em contato social, está normatizada pelos princípios correlatos da lealdade e da boa-fé – princípio da confiança, que deve estar intrínseco no tráfego jurídico, em especial, no tráfego negocial.

Adota-se, em conseqüência, o princípio do equilíbrio econômico dos contratos, com base na ética, na boa-fé objetiva, balizadora do moderno direito contratual - indicadores de uma verdadeira exigência de comportamento correto, probo e leal na vida das relações interprivadas.

Por conseguinte, a relação contratual, como um processo dinâmico, complexo, integrado por fatores que decorrem não só da lei e da declaração de vontade, mas também de influências externas atinentes a princípios e *standards* de cunho social e constitucional, e que se destina a uma finalidade, foi a premissa que permitiu o desenvolvimento da noção da boa-fé objetiva, como limite ao exercício dos direitos subjetivos, tidos antes como absolutos e imutáveis.

A respeito do tema, Teresa Negreiros estabelece linhas esclarecedoras para discernimento dos conceitos de boa-fé objetiva, de boa-fé subjetiva e de seu aspecto antagônico – a má-fé. Em primeiro lugar, boa-fé objetiva liga-se à noção de vínculo legal, pois seus reflexos levam às partes dever de conduta e cumprimento do vínculo obrigacional assumido.

Ou seja, a boa-fé liga-se ao conceito de norma jurídica, vinculante, balizando a assunção e cumprimento de determinada relação jurídica obrigacional, pois estabelece condição objetiva de ética e moralidade na obrigação e um *standart* padrão de conduta ética. Trata-se de fator que aumenta o dever do contratante, obrigando-o à colaboração e não permitindo a abstenção em relação

ao vínculo obrigacional.

Por outro lado, a boa-fé subjetiva se relaciona com “um estado psicológico experimentado pelo contratante a partir da intenção do sujeito”, em que o fator relevado é a vontade, ou manifestação, íntima da intenção do sujeito. Como critério de distinção, a boa-fé subjetiva é contraposta à má-fé, pois ambos alcançam o âmago da intenção do sujeito, de maneira que, relativamente à boa-fé objetiva, sua ausência não demanda, necessariamente, a visibilidade de má-fé.

O sistema jurídico brasileiro, como se infere do artigo 422 do CCB, utiliza-se do conceito de boa-fé objetiva, traçando a vinculação dos sujeitos contratantes, ou partes no vínculo obrigacional, ao cumprimento do princípio objetivo na formação e execução dos pactos e vínculos. Assim, sobre a atuação da boa-fé, refere Judith Martins Costa:

[...] está em que a mesma atua, no campo contratual, na tríplice direção de norma de interpretação e integração do contrato, que concorre, entre outras funções, para determinar o comportamento devido; de limite ao exercício de direitos subjetivos - sistematizando e especificando casos que, na ausência da cláusula geral, estariam dispersos entre vários institutos diversos - e fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes, os quais passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma "totalidade concreta".

Não se pode deixar de referir que, mesmo disposto no capítulo de contratos, o princípio da boa-fé objetiva lança-se por todo o direito privado. Isso decorre por dois fatores. Em primeiro lugar, trata-se de princípio jurídico, cujo conteúdo, alavancado pela sua condição e ligação ao princípio da função social e ao princípio da dignidade da pessoa humana (mediatamente) a que o direito privado se atém, se eleva à condição e responsabilidade de irradiar efeitos para todo o direito privado.

Em segundo lugar, a disposição da boa-fé é referida como cláusula geral, intimamente identificada e prevista no capítulo de maior manifestação da

autonomia privada – o contrato. Ou seja, previsto como vínculo indispensável à manifestação e execução da autonomia privada, não há como relegar a preservação do princípio da boa-fé em todo o direito privado.

Assim, em matéria obrigacional, a atual legislação privada trilhou o caminho da modernidade, adequando-se à nova realidade, sem enfraquecer a autonomia da vontade, apenas lhe dando novo enfoque de base ética, pois valoriza a correção de comportamento, a probidade, a retidão, a solidariedade social, o bem-estar comum, o apreço à pessoa humana, o uso racional dos institutos e categorias jurídicas, etc., enfim, atenta à efetivação dos direitos fundamentais nas relações obrigacionais

### **3.3 Perspectivas pragmáticas – a responsabilidade do Estado-Juiz na efetivação dos direitos fundamentais entre os particulares**

O jurista português Jorge Miranda, quanto à preocupação da função do Estado, elenca dois sentidos de interpretação: o primeiro deles “como fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social”.

Nesse espaço, verifica-se a compreensão do Estado em seu enlace com a sociedade - até mesmo, como legitimação do exercício do poder -, bem como com sua justificação, decorrente da necessidade de atuação diante da complexidade das funções assumidas pelo Estado:

[...] da garantia de segurança exterior, da justiça e da paz civil à promoção do bem-estar, da cultura e da defesa do meio ambiente – decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar; [...].

Importante registrar, aqui, o enfoque dado à participação do Estado como

meio de defesa de justiça, promoção do bem-estar e defesa do ambiente, elevando-os como funções/obrigações do Estado, e não apenas como parâmetros de limitação da atuação estatal. Ressalta Jorge Miranda que essa função

[...] não tem apenas que ver com o estado enquanto Poder; tem também que ver com o Estado enquanto comunidade. **Tanto pode ser prosseguida pelos seus órgãos constitucional ou legalmente competentes e por outras entidades públicas como ser realizada por grupos e entidades da sociedade civil, em formas variáveis de complementaridade e subsidiariedade (tudo dependendo das concepções dominantes e da intenção global do ordenamento).** – grifo nosso.

O segundo sentido, centrado em modelo de comportamento, passagem à ação, como *atividade com características próprias*, ou seja, função como ação/prática estatal, estrutura e formas desses atos e atividades, em suma, manifestação específica do poder político.

Porém, em ambos, destaca o jurista português um elemento finalístico: “diretamente, na função como tarefa; indirectamente, na função como actividade”, em que a função como tarefa se identifica com a realidade político-constitucional e histórica para a busca de um fim, e enquanto actividade se enquadra como o instrumento de busca a esse fim.

Há, assim, o enquadramento do Estado como destinado à persecução de determinadas funções. Estas, contudo, enquanto tarefas, espelham-se nas concepções de desenvolvimento ou fins a serem buscados, entalhados, hodiernamente, na Constituição (ou no texto constitucional). Seria algo como a identidade de determinada sociedade, seus objetivos de desenvolvimento político-social-jurídico, estabelecidos quando da assembleia constituinte, e com vinculação imediata.

Aprofundando ainda mais a aspiração da função do Estado como tarefa, porém antes da ideia de Jorge Miranda, Hans Kelsen traz a ideia do Estado como o meio para todos os fins sociais possíveis. Assume relevante importância, aqui, a

concepção do Estado de Direito, como instrumento à persecução dessa função, antes como instrumentador, mas, também, como ator dessa persecução.

A construção do Estado de Direito é obtida a partir da segunda metade do século XIX, com o objetivo de limitar o poder do Estado pelo direito. A evolução do pensamento quanto à concepção de Estado de Direito remete a três visões distintas: *formal* (atuação estatal jurídica – atuação regrada), *hierárquica* (submissão do Estado ao Direito), e *material* (qualificação do Estado pelo Direito).

Na abordagem do Estado Democrático de Direito, uma das derivações da proposição anterior, os instrumentos jurídicos de limitação e delimitação da atuação do Estado assumem, também, a responsabilidade de concretização da igualdade, mediante “intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade”.

O homem, antes entendido como animal social, em plena dependência do Estado, modifica sua própria condição: a sociedade, mesmo interligada, põe-se à frente do Estado, e este, *como sistema político é, com respeito ao sistema social, um subsistema*. Aqui, a sociedade abandona a posição de subjugada e avança para o equilíbrio com o Estado, como instituições interdependentes.

Em pequena síntese, o Estado Democrático de Direito aufere, como seus sustentáculos, os princípios de Constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais coletivos e individuais, justiça social, igualdade, divisão de poderes ou de funções, legalidade, segurança e certeza jurídicas.

Não obstante, não se pode esquecer a gênese desses princípios justamente no Estado de Direito, especialmente, quanto à garantia jurídico-formal e efetiva realização material dos direitos e liberdades fundamentais, cujos pressupostos são sintetizados em três pontos:

a) a ausência de poder arbitrário por parte do Governo; b) a igualdade perante a Lei; c) **as regras da Constituição são a consequência, e não a fonte dos direitos individuais**, pois os princípios gerais da Carta Política são o resultado de decisões judiciais que determinam os direitos dos particulares em casos trazidos perante as cortes.

Claro que, aqui, Leal refere, com pertinência, a insuficiência desse Estado de Direito perante a complexidade das relações que envolvem sociedade e Estado. No entanto, na perspectiva de fundamentação para a atuação do Estado, o que se pode observar, correntemente, é a vinculação do Estado contemporâneo à norma constitucional, seja como forma de organização do próprio Estado, seja como instrumento de concretização de direitos e efetivação de garantias (pelo Estado para com a sociedade e dentro da própria sociedade).

Veja-se que, em Warat, o Estado de Direito não possui um sentido pré-estabelecido, ou seja, parte-se de uma proposta subjugada a constante movimento e alteração, norteados de acordo com as condições democráticas do próprio Estado na relação com a sociedade com a qual se relaciona.

Claro que não se pode abdicar, aqui - antes pelo contrário -, da valorização da democracia como o meio de relação entre Estado e sociedade. Adota-se como concepção (de democracia) o apólogo de Protágoras, citado por Norberto Bobbio, especialmente, no que se refere à participação efetiva na deliberação política.

Diante desse quadro, tem-se um Estado que, direta e indiretamente, se vê atrelado à sociedade; tem-se funções do Estado definidas como para o movimento (procedimento) do próprio Estado, mas também como *tarefas*, de persecução a determinados fins. Tem-se, ainda, a designação de um Estado Democrático de Direito contemporâneo, que carrega a delimitação do Direito, atrelado à correspondente Carta Constitucional.

Um dos supedâneos dessa tarefa estatal pode ser verificada na atuação da

Corte Constitucional, e porque não dos demais julgadores e cortes, pois, sendo atrelada à responsabilidade de aplicar o direito ao caso concreto, detém o poder de aplicação dos preceitos constitucionais.

É indiscutível que a Corte Constitucional brasileira tem evoluído na previsão e aplicação dos direitos fundamentais em todas as esferas. No entanto, é visível a timidez com que tem sido enfrentada a matéria dos direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, do julgamento RE 407-688-8, de São Paulo, datado de 08 de fevereiro de 2006, tendo como relator o ministro César Peluzo. No texto, questiona-se a aplicação do direito fundamental social à moradia, em face do disposto no artigo 3º, VII, da Lei 8.009.

Segundo o relator, é impossível abdicar da possibilidade de penhora do único imóvel do fiador, no contrato de locação, em virtude de dois fatores: o primeiro se refere à própria natureza de direito fundamental social, o que vincularia apenas o Estado, e não os particulares; o segundo estaria na manutenção da viabilidade econômica dos contratos de locação, pois, do contrário, correr-se-ia o risco de causar insegurança quanto à manutenção de todos os demais contratos de locação, sendo que o Estado, em citação da Constituição portuguesa, tem obrigação de garantir moradia “própria ou arrendada”.

Por outro lado, divergindo da relatoria, o ministro Eros Roberto Grau manifestou-se no sentido de que a penhorabilidade do único imóvel do fiador, em verdade, afronta tanto o direito fundamental à moradia, previsto nos artigos 6º, 7º e 25 da Constituição Federal, bem como o princípio da isonomia. Quanto ao primeiro fundamento, refere o eminente ministro que os direitos fundamentais sociais são tão aplicáveis, no que couberem, como os direitos fundamentais individuais nas relações entre os particulares.

Ainda, a possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador, e apenas desse, mostra-se como incongruente diante do fato de que o devedor, caso

possua um imóvel residencial, não poderá ser expropriado desse em ação de regresso intentada pelo fiador. Ou seja, a restrição da ressalva quanto à impenhorabilidade, restringindo-se ao fiador, causa manifesto anacronismo, afrontando o princípio de tratamento isonômico.

O que se pretende, com a abordagem desse posicionamento, é constatar que o julgador, mesmo diante de manifesta previsão e recepção de direito fundamental social, optou por tangenciar a aplicação do mesmo, refutando-o excluído da possibilidade de vinculação entre os particulares. Nesse caso, segundo abordagem anterior e em atenção à perspectiva de eficácia direta dos direitos fundamentais, pode-se identificar manifesta afronta ao princípio da solidariedade, bem como da responsabilidade estatal (via Estado-Juiz) de preservação das prerrogativas constitucionais em detrimento de manutenção de previsão infraconstitucional, que, de forma direta, ataca a pretensão de realização dos direitos individuais e sociais.

A responsabilidade de efetivação dos direitos fundamentais deve ser lida em consonância com a responsabilidade do Estado de promoção dos direitos fundamentais, não podendo a falta desse se constituir em fundamento para a mitigação do primeiro.

### **3.3.1 O aspecto moral como influência no *decisum***

Conforme Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico possui tanto o carácter de unicidade – que determina a necessidade de atenção a uma norma fundamental – quanto o de sistematicidade – que envolve as normas em um sistema ordenado e que deve ser interpretado sistematicamente.

A partir dessa posição, pode-se traçar um parâmetro de convergência entre a aplicação da *moral reading* pela Jurisdição, como instrumento de amparo aos aspectos fundamentais de liberdade e igualdade (e não apenas de vontade da

maioria), e a garantia de preservação dos direitos fundamentais, especialmente, no que diz respeito às condições de exercício da autonomia da vontade.

Segundo Dworkin, a premissa moral é indissociável da realização do ato decisório, podendo-se verificar sua importância como instrumento da aplicação do princípio democrático, desde que atue como amparo procedimental, afastando, assim, a intervenção na esfera material.

A responsabilidade pela articulação é o cerne da jurisdição. A limitação de sua atuação está no fato de que nenhuma decisão deve deixar de fundamentar-se em algum princípio. Ou seja, o limite é a análise estrutural (procedimental), devidamente fundamentada através dos princípios constitucionais, meios estes que evitariam a identificação do juiz como ditador.

Partindo-se da concepção de Daniel Sarmento, a autonomia da vontade somente pode ser considerada na medida em que foram possibilitadas as condições de manifestação e exercício dessa autonomia, ou seja, é necessária a intervenção quando não forem identificados os pressupostos de exercício da autonomia da vontade.

Tratando-se de valorização do princípio democrático pela atuação da jurisdição a partir de uma função de controlador das “regras do jogo democrático”, pode-se identificar a mesma função quando lhe for imputada a necessidade de se pronunciar diante de um caso de aplicação de princípios em relação interprivada, cuja função também é garantir, formal e materialmente, a igualdade (via procedimental), como pressuposto de validade do negócio jurídico privado.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais apresenta-se como indissociável diante da atual compreensão do sistema jurídico, amparado em uma ordem democrático-constitucional.

A dificuldade está centrada na demarcação de limites dessa vinculação (ou eficácia), bem como na determinação dos instrumentos que devem ser utilizados para essa limitação. Contudo, ao trazer a análise da aplicação dos direitos fundamentais como pressupostos de existência e exercício da autonomia privada, é possível estabelecer um fator limitador dessa aplicação através da verificação dessas condições de existência e exercício.

Em outras palavras, os direitos fundamentais devem ser analisados a partir de uma anterior verificação de cumprimento, como pressupostos de validade da manifestação decorrente da autonomia privada. O julgador, amparado na viabilidade de análise moral procedimental, sopesa e identifica eventual afronta aos direitos fundamentais.

A aceitação de que aspectos morais atuem na tomada de decisão pelo judiciário, especialmente, nas Cortes Constitucionais (que traçam caminhos para o desenvolvimento da jurisprudência) e na contextualização e aplicação de princípios, garante a oxigenação do texto constitucional, sem interferir na competência legislativa.

### **3.4 A autonomia privada e a implementação dos direitos fundamentais**

A dificuldade inicial de implementação da Constituição de 1988 como Constituição, demonstrou como a dogmática jurídica estava incrustada na mente de boa parte dos aplicadores do direito. Gustavo Tepedino, ao propor suas premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, em 1992 (adiante de seu tempo) referia sua preocupação com a falta de aplicabilidade do texto constitucional junto ao direito civil, pois “[...] o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis”.

Contudo, passados os primeiros anos da (ainda recente) Constituição de 1988, vislumbra-se a abertura do sistema, de modo a aceitar a concepção de Constituição como instrumento de primazia jurídica do Estado brasileiro. De acordo com Konrad Hesse, a Constituição “[...] é a ordem jurídica fundamental da coletividade, o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, princípios estes que revelam os valores políticos, culturais e sociais dessa mesma coletividade”.

Filiando-se a essa concepção, a Constituição insere-se no sistema como o fator de integração do próprio sistema, mas, muito mais, como norte de desenvolvimento hermenêutico jurídico, em que o texto constitucional assume o papel de *princípio* basilar do sistema, irradiando os valores e premissas (atuais e de sua gênese) através de suas garantias e princípios.

A compreensão da norma jurídica conforme a Constituição apresenta-se como estanque em relação à interpretação tradicional/dogmática, dado que, enquanto esta busca a definição de seu conteúdo por si própria, aquela busca a compreensão da lei mediante um procedimento hermenêutico escalonado hierarquicamente, inserindo-se na concepção kelseniana de que a norma de nível inferior não poderá contrariar a de nível superior, ou seja, a norma inferior deve ser interpretada de acordo com os ditames da Constituição (de seus princípios e regras).

Há que se ter em mente, em primeiro lugar, que as disposições constitucionais o são justamente pela sua carga ética, moral e valorativa, fruto de anseios da sociedade que lhes dá origem. Em segundo lugar, por sua natureza constitucional, essas disposições impõem-se sobre o processo de extração da norma jurídica constitucional ou infraconstitucional (com base na interpretação de regras e princípios), de modo que as aspirações da sociedade (atuais e aquelas oriundas do processo constituinte) devem ser preservadas.

Nesse diapasão, abandonando o caráter de plano político a ser desenvolvido pela administração e pelo legislador, o texto constitucional evidencia-se pela sua normatividade jurídica reforçada, com normas qualitativamente superiores e distintas “uma vez que incorporam o sistema de valores essenciais à convivência social, devendo servir de parâmetro de confronto para todo o ordenamento jurídico, além de auxiliar a este como critério informativo e interpretativo validante”.

A imperatividade constitucional frente à legislação a esta subordinada (hierarquicamente), vem consubstanciada através de imprescindível bidimensionalidade, com abrangência do formal e do axiológico (forma e matéria, razão e valor).

Na acepção de José Afonso da Silva, ressaltando a eficácia das normas constitucionais, a Constituição é elaborada para ser aplicada, “Nasce com o destino de reger a vida de uma nação, construir uma nova ordem jurídica, informar e inspirar um determinado regime político-social”.

Contudo, em referência à Carta brasileira de 1988, contrapõe a necessidade de integração normativa para que adquira plena eficácia jurídica, com adequação da interpretação (compreensão) de toda a legislação, de acordo com os preceitos da Constituição, especialmente, quanto aos seus valores e princípios.

A concretização dos direitos fundamentais demanda atividade interpretativa/compreensiva: a verdadeira eficácia dos direitos fundamentais somente será alcançada através do desvincilhamento dos métodos interpretativos clássicos.

Ou seja, está-se trabalhando com a idéia de concretização de direitos fundamentais, há que se pensar em sua aplicabilidade em todos os cenários jurídicos, tal como nas relações entre particulares, mediante procedimento de

interpretação da lei infraconstitucional (v.g. Código Civil), de acordo com as disposições contidas no texto constitucional, além da sua abrangência como fator de vinculatividade do direito público a tal objetivo.

Não podemos afirmar que o contrato esteja em crise, estritamente falando, nem que a crise seja de direito privado. A crise situa-se na própria evolução da sociedade, nas transformações sociais que exigem do jurista respostas mais rápidas. O sectarismo do direito das obrigações tradicionais é colocado em choque. O novo direito privado exige do jurista e do juiz soluções prontas e adequadas aos novos desafios da sociedade. E o direito das obrigações, e em especial o direito dos contratos, que durante tantos séculos se manteve avesso a modificações de seus princípios, está a exigir reflexões que refogem aos dogmas clássicos.

A validade da norma constitucional far-se-á incidir como meio de garantia de seus princípios e regras, mesmo que em desacordo com princípios inerentes à antiga valorização da liberdade formal das relações entre particulares: a liberdade das relações particulares encontra, agora, sua limitação na garantia dos direitos e prerrogativas fundamentais.

Ao se propor a interpretação e compreensão do direito civil no cenário atual, está-se atrelado à idéia de interpretação da norma civil de acordo com a norma constitucional. A importância do direito civil, como instrumento de regulamentação da sociedade civil entre si, não afasta a idéia de atenção ao texto constitucional: vai além, na verdade, com necessária leitura da norma infraconstitucional de acordo com a Constituição.

Considerando a irradiação da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, em especial, os princípios definidores de desenvolvimento desta própria sociedade, é imprescindível a vinculação das relações particulares aos direitos e garantias fundamentais, impondo-se ao jurista a análise – construção de sentidos normativos – a partir do texto constitucional.

Isso não significa, contudo, que a autonomia privada sucumbirá ao texto constitucional. Conforme já referido em outros momentos, por ser um princípio

constitucional, além de alicerce do direito privado, a autonomia privada deve ser ponderada em consonância com os demais princípios constitucionais. Essa observação antecipa-se a um dos pontos de divergência quanto à vinculação aos direitos fundamentais, de necessária manutenção da autonomia privada, como fator de existência da própria liberdade (direito fundamental).

Jorge Cesa Ferreira da Silva sustenta, acerca da autonomia privada com livre iniciativa, que, em decorrência de sua previsão constitucional (art. 170 da Carta Política de 1988), merece ser ela “respeitada” pelo ordenamento. Não obstante, refere o autor que “a incidência dos princípios constitucionais funcionaliza o conceito, vale dizer, a própria compreensão genética da autonomia privada”, na qual encontra suas delimitações, sendo a função social, estatuída pelo Código Civil, um dos limitadores dessa liberdade de contratação.

Daniel Sarmento trata também da valorização da autonomia privada. Contudo, o autor aborda a temática sob o viés de que somente é possível garantir a autonomia privada se forem efetivados os direitos fundamentais. Assim, segundo o autor, ela somente será garantida, se forem propiciadas condições básicas ao pleno exercício dessa liberdade.

Ou seja, pode-se traçar, inicialmente, como parâmetro de limitação à aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas a própria preservação dos direitos fundamentais, buscando, portanto, uma situação de equilíbrio e ponderação, em que o princípio liberal (da autonomia privada) é flexibilizada até o limite necessário ao restabelecimento do equilíbrio na relação jurídica entre os particulares, de maneira que, assim, a análise partirá para a verificação nos casos concretos, sem possibilidades de fixas e rígidas delimitações *in abstrato*.

De qualquer forma, pode-se traçar a conclusão de que compreender a Constituição é interpretá-la de modo a concretizar os direitos e garantias

fundamentais; e, sendo a Constituição norma de referência para o sistema jurídico, as relações privadas mostram-se indissolavelmente agregadas a essa compreensão e concretização.

## CONCLUSÃO

A mesma porta que encerrou um dos capítulos mais marcantes e sangrentos da história, qual seja a Revolução Francesa, também inaugurou novas perspectivas quanto ao direito e sua evolução frente a si e perante a sociedade. Konrad Hesse, citado em inúmeras oportunidades, em sua aula inaugural, enaltece o poder vinculante da Constituição, amparado no fato de que essa Carta carrega, em seu bojo, os valores perseguidos pela sociedade que lhe dá origem.

Desde esse *insight*, o conceito de Constituição ampliou-se, não apenas no sentido acadêmico, mas, especialmente, em sentidos que poderiam ser chamados de social e funcional.

O desenvolvimento do caráter social percebe-se pela valorização do próprio indivíduo como ser integrante de determinado meio social, pois, para que o indivíduo possa se realizar como tal, é necessária a preservação de direitos fundamentais sociais e individuais, que, respeitados, garantem a liberdade e realização individual.

Quanto ao seu sentido funcional, os direitos fundamentais imprimem uma nova forma de percepção do ordenamento, vinculando todos os diplomas e enunciados normativos do sistema jurídico.

Para possibilitar essa infiltração dos direitos fundamentais, a sua natureza principiológica, carregada de valores éticos e morais, implementa sua irradiação, de maneira que o direito preexistente, além de poder ser revisto, dialogicamente, através dos preceitos constitucionais, vincula o legislador quanto à elaboração legislativa.

É crível dizer, então, que o direito, sob o viés principiológico-constitucional, estará, permanentemente, propenso à compreensão e reinterpretação, focando-se, em cada momento, na realidade social. É necessário manifestar essa possibilidade através da concepção de norma de Alexy, como sendo fruto da interpretação de princípios e regras (distinta ou conjuntamente).

Admitida, portanto, a possibilidade de o operador jurídico reinterpretar a norma, não se pode fugir ao aspecto, indissociável, de que, em todo o processo de análise, esta será feita a partir de determinadas influências pragmáticas, bem como terá, como porta-voz, um agente sem neutralidade, observando o direito e extraindo suas conclusões a partir de suas próprias conjecturas e princípios, mas sempre vinculado ao direito (que lhe permite amplitude interpretativa).

É necessário assumir a responsabilidade de constantemente apreciar, e *colocar em xeque*, a aplicabilidade de determinada norma, de visualizar o direito como sistema, segundo Juarez Freitas, bem como ciência destinada a reger aspectos sociais da vida humana. Dessa maneira, da mesma forma que o operador se percebe com poderes de reinterpretação, encontra, no próprio sistema jurídico e na realidade social, a limitação dessa interpretação.

As objeções quanto ao poder do juiz de interpretar o enunciado centram-se na invasão de competência legislativa e na disseminação de insegurança jurídica. Tais argumentos, contudo, mostram-se insuficientes: a previsão de cláusulas gerais na legislação infraconstitucional e a interpretação sistemática de princípios constitucionais permitem ao direito adequar-se à dinâmica realidade social, traduzindo-se em maior eficácia, e não apenas em eficiência do direito frente às demandas.

Relativamente à insegurança jurídica é necessário observar o princípio sob outro viés. A concepção desse princípio sempre foi atrelada à manutenção de

dispositivos retos, concretos e de aplicação *tudo ou nada*, baseados, portanto, em um sistema jurídico de regras. A partir desse ponto de vista, certamente a delegação de competência interpretativa ao julgador causará *insegurança jurídica*.

No entanto, partindo-se de outro prisma, segundo o qual, a Constituição Federal estaria localizada como centro de gravidade do ordenamento; as normas constitucionais possuiriam natureza normativa, e não apenas programática; o anseio primordial de uma nação seria construir uma sociedade livre, justa e solidária; a realização máxima dos direitos fundamentais se representaria na progressiva retração de demandas públicas e particulares; enfim, não seria possível referir que somente através da realização máxima de prerrogativas constitucionais individuais e sociais é que se teria segurança jurídica?

Isso representaria, portanto, a necessidade de preservação de princípios de solidariedade, dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade em consonância com probidade e função social e boa-fé, como indispensáveis para aferição de segurança jurídica, pois, somente assim, estaríamos implementando o *dever ser* exigido pelos valores constitucionais.

A audácia de propor tal compreensão encontra, contudo, amparo na perspectiva delineada por Daniel Sarmiento, de que somente é possível a manifestação plena do princípio da autonomia da vontade se, antes, porém, forem preservados os direitos fundamentais.

Entende-se que tal assertiva coloca imperativo de responsabilidade a ambos os contratantes, no sentido de manter a salvo princípios de boa-fé, probidade, função social e, principalmente, equilíbrio contratual *consciente*, entendendo-se esse como a percepção plena da intensidade do vínculo obrigacional.

Veja-se que, dessa forma, resguardar a segurança jurídica perpassa pela

necessidade de trazer a lume a responsabilidade das partes e manter equilíbrio consciente do vínculo obrigacional e percepção plena da prestação e direito de cada uma das partes contratantes.

O desafio lançado, de harmonização de garantias da liberdade individual e de direitos erigidos à proteção constitucional, cujos instrumentos são princípios, os próprios direitos fundamentais, a autonomia privada e as cláusulas gerais, passa a ser visto como necessário diante do caso concreto.

Disso se extrai a obrigação, precípua, de o julgador *escavar* os aspectos fáticos do vínculo obrigacional, em detrimento de análise jurídico-abstrata, com observância freqüente e permanente a partir de critérios de boa-fé objetiva, honestidade, probidade e dignidade de cada uma das partes contratantes.

É necessário referir que a abordagem ampliada da responsabilidade do julgador não extrai, de maneira alguma, a responsabilidade dos particulares e do Estado em respeitar os direitos fundamentais. Porém, inegavelmente, cabe ao julgador a resolução dos conflitos em espécie, com possibilidade permanente de realização dos direitos fundamentais.

Com relação ao julgador, o seu convencimento será indiscutivelmente subjetivo (como de praxe já é), em virtude da indeterminação dos conceitos, mas a fundamentação da decisão deve ser objetiva em atenção ao princípio do contraditório, constituindo-se no sistema de freios à liberdade de interpretação judicial.

É essa abertura, no entanto, que permite a flexibilização da relação obrigacional, ao passo que a necessidade de fundamentação objetiva traz a limitação da possibilidade de “inovar”, vinculando o julgador ao ordenamento e à respectiva sistemática.

Diante disso, não há possibilidade de estabelecer fórmulas prontas para a aplicação de direitos fundamentais, mas apenas caminhos ou “molduras” onde o julgador poderá transitar, de maneira que o sistema jurídico possa se manter atento à realidade social. Cabe destacar, porém, o fato de que o direito não pode ser ideal, pois o homem, destinatário da norma, também não o é.

Diante das linhas ora traçadas, ressalte-se, não se pode deixar de manter a razoabilidade do raciocínio durante a digressão acadêmica. Tal não impede, contudo, a possibilidade de ousar, de perseguir a impressão de um novo direito civil, ligado antes a conceitos de solidariedade, dignidade e eficácia social, e não a conceitos enferrujados, de segurança jurídica e autonomia privada (sob seu viés liberal clássico).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 240. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., 2005.

\_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In \_\_\_\_\_. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito brasileiro. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Ana Paula de Barcellos. ...[ et.al. ]; Organizador:Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Estado Governo Sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. Prefácio à primeira edição da obra de Ingo Sarlet. In: SARLET, Ingo

Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Direito Público*. v.2. Porto Alegre: 2002.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. MOREIRA, Vidal. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Coord.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Direito*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

COLE, Charles D. O devido processo legal na cultura dos Estados Unidos: passado presente e futuro. *Revista AJUFE*, ed. n. 56, ago./set./out. 1997, p. 34. *Apud* MARIA DE MOURA, Elizabeth. *O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o estado democrático de direito*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

COMPARATO, Fábio Conder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. 1998. Disponível em <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acessado em 25.10.07.

ELESBÃO, Elsitá Collor. *Princípios informativos das obrigações contratuais civis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ESPÍDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Novas Limitações do Direito de Propriedade: do espaço privado à função social*. *Revista do Direito*, nº 11, p. 33 a 46. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, jan./jun. 1999.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GIANNOTTI, José Arthur. "Comte - Vida e obra". Prefácio de *Os Pensadores - Auguste Comte*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2 ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição. Die Normative Kraft Der Verfassung*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. *A função social do contrato*. In: *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio*. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais, jurisdição constitucional e democracia: origens, fundamentos e controvérsias*. In: GORCZEWSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos.

(Coord). *Constitucionalismo contemporâneo: direitos fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton Editor, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina>. Acessado em 10-10-2007.

\_\_\_\_\_. *Contrato e mudança social*. Revista Forense, nº722. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

\_\_\_\_\_. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. *Jus Navigandi*, 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina>. Acessado em 23.10.07.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2000.

MARIA DE MOURA, Elizabeth. *O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o estado democrático de direito*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro*. Doutrina publicada na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 16 – mar.-abr./2002.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Prefácio de obra. In FERREIRA DA CUNHA, Paulo (org). *Direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2003

MORAES, Alexandre de. *Direito Humanos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, José L. Bolzan; STRECK, Lênio L. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MOTA, Marcel. O princípio da proporcionalidade e suas sub-regras. In: *A expansão do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para a interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito à paz: 5ª geração*. Disponível em <http://www.josemariapontes.com.br/artigos/texto.asp?var=&id=407>. Acessado em 10.04.08

PÉREZ LUÑO. Antonio. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLATÃO. *A república*. Editora Scala.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5º ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2 ed. Reformada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003, t. 3.

\_\_\_\_\_. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: \_\_\_\_\_; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. t. 5. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

\_\_\_\_\_. A função social do Contrato. In: *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROTHENBURG, Walter Cláudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, José Camacho. O Novo Código Civil Brasileiro, em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade. *Revista Ajuris* – Ano XXIX, nº 88, Tomo I. Porto Alegre: Ajuris, dez./2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_ (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Américo Luis Martins. *A Ordem Constitucional Econômica*. Ed. Lúmen Juris, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4.ed. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: \_\_\_\_\_. (Coord). *Temas de Direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais. In: ARONE, Ricardo (Org.). *Estudos de direito Civil – Constitucional*. Vol. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

USTÁRROZ, Daniel. As origens da boa-fé objetiva no novo Código Civil. Texto publicado no *Jornal Síntese nº 71* - Janeiro/2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil- teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

WALD, Arnold. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil – Doutrina*, nº 12. Porto Alegre: Síntese – jul.-ago./2001.

ZINN, Rafael Wainstein. O contrato em perspectiva principiológica. In: ARONE, Ricardo (Org.). *Estudos de direito civil – constitucional*. Vol I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)