

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-
PRIVADAS: A EFICÁCIA HORIZONTAL E A
INSTRUMENTALIDADE DO CONTRATO¹**

**FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE LEGAL
RELATIONS: HORIZONTAL EFFECTIVENESS AND
INSTRUMENTALITY OF CONTRACT**

Paulo Henrique Silveira Robert²
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk³
Rosalice Fidalgo Pinheiro⁴

¹ Artigo apresentado no evento “Diálogos entre Direito e Antropologia: primeiras aproximações interdisciplinares”, realizado nos dias 21, 22 e 23 de outubro de 2010 na UniBrasil, em Curitiba, Paraná.

² Acadêmico do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. paulorobert.robert@gmail.com

³ Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais junto à UFPR. Professor de Direito Civil da UFPR e da PUC/PR. Professor convidado da FEMPAR, da ABDCONST e da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Pesquisador do Projeto de Pesquisa “Virada de Copérnico” junto à UFPR. Advogado. carlospianovski@hotmail.com

⁴ Doutora e Mestra em Direito das Relações Sociais junto à UFPR. Professora titular de Direito Civil no UNICURITIBA. Professora adjunta de Direito Civil na Graduação e no Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil. Professora convidada da PUC-PR, ESA da OAB/PR e da FEMPAR. Pesquisadora NUPECONST e do Projeto de Pesquisa “Virada de Copérnico” da UFPR. rosalice@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo pressupor o contrato como instrumento de realização de direitos fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito. Para tal mister, mostrou-se necessária a realização de uma digressão histórica, a fim de demonstrar a existência de uma releitura do contrato, nos moldes contemporâneos, em face das transformações ocorridas desde o Estado Liberal até os dias de hoje. Nesse percurso ocorre a mudança do contrato volitivo e formal para um contrato, pautado no conteúdo e influenciado pelos valores constitucionais. Num segundo momento, ao pretender estabelecer como se dá e, em que medida a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, questiona-se as teorias contrárias e favoráveis à eficácia horizontal, a fim de permitir uma melhor compreensão do tema. Ao caminhar para o final, aborda-se o contrato como instrumento para a realização de direitos fundamentais sociais, trazendo a baila, o princípio da essencialidade e a utilidade do bem jurídico a ser protegido, na medida em que procura-se confirmar a existência de um mínimo existencial, pautado na dignidade da pessoa humana, que deve ser tutelado pelo Estado. Por fim, adentra-se na importância do Poder Judiciário na preservação do mínimo existencial como o instrumento para correção das desigualdades e injustiças sociais ao aplicar a eficácia horizontal.

PALAVRAS-CHAVE: contrato; direitos fundamentais; eficácia horizontal.

ABSTRACT

This work is scope to assume the contract as a means of achieving fundamental rights within the democratic state. For such a task, was necessary to perform a historical tour to demonstrate the existence of a new reading of the contract, in the contemporary manner, given the changes that have occurred since the liberal state to this day. Along the way, is the change in the contract volitional and a formal contract, guided the content and influenced by constitutional values. Second, to establish how you give and to what extent the effectiveness of fundamental rights in relations between individuals, we question the theories opposed and supported the effectiveness of horizontal, to allow a better understanding of the subject. Walking to the end, we address the contract as a means to achieve fundamental social rights, bringing to fore the principle of essentiality and usefulness of the legal right to be protected, as it seeks to confirm the existence of a existential minimum, guided by the dignity that must be safeguarded by the state. Finally, enters on the importance of the judiciary in maintaining the minimum existential as the instrument to correct the inequalities and social injustice in applying the effective horizontal.

KEYWORDS: contract; fundamental rights; efficiency horizontal.

SUMÁRIO: 1 direitos fundamentais e contrato: disparidades e aproximações 1.1 o contrato nas codificações modernas e os direitos fundamentais 1.2 a tutela da liberdade individual na teoria contratual classica 1.3 a constituição e uma “nova teoria contratual” 1.4 a tutela da pessoa humana no contrato: “ponto de encontro de direitos fundamentais” 2 a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas 2.1 direitos fundamentais entre o publico e o privado 2.2 teorias contrárias à eficácia horizontal 2.3 teorias

favoráveis à eficácia horizontal 2.3.1 eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade 2.3.2 eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade 2.3.3 teoria dos deveres de proteção 2.3.4 teorias alternativas 2.4 eficácia horizontal e sua aplicabilidade no direito brasileiro 3 contrato como instrumento de realização dos direitos fundamentais sociais 3.1 o estado democrático de direito e os direitos fundamentais sociais 3.2 a incidência dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas 3.3 os direitos fundamentais sociais no contrato: a tutela do “mínimo existencial”

INTRODUÇÃO

O contrato deve ser considerado como comprimento de uma ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito, que coloca a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, ligado à idéia de construir uma sociedade livre, justa e solidária, onde os direitos fundamentais visam a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça e a igualdade substancial, a fim de promover uma justiça distributiva, proibindo comportamentos que violem o princípio da dignidade humana.

Pode-se pensar a aplicabilidade dos direitos fundamentais não só nas relações entre Estado e particulares, como também entre particulares, quando procuram concretizar a satisfação de necessidades existenciais.

De forma que para aferir esta aplicabilidade precisamos, em primeiro plano, (des)construir o instituto do contrato, fazendo uma (re)leitura histórica e constitucional, a partir do contrato clássico nos moldes liberais e, seus princípios, até o contrato contemporâneo visando a mudança principiológica, para poder checar a sua instrumentalidade.

Destaca-se então o objeto do presente trabalho: analisar em que medida o contrato pode ser um instrumento para a realização de direitos fundamentais entre particulares. Aferindo-se a passagem dos direitos fundamentais de primeira dimensão, direitos estes postos perante o Estado como limite do poder estatal, impondo uma conduta omissiva do Estado, não podendo ofender a vida, a propriedade, a liberdade. Para um segundo momento, em que estes encontram um caráter social, numa atividade prestacional do estado que oferece instrumentos de realização

desses direitos, passando a exigir uma conduta atuante do Estado, devendo realizar direitos diversos, como direito ao trabalhador, direito à moradia, direito à saúde.

Num terceiro momento, pertinente a relação entre particulares, cogita-se que os direitos fundamentais nascem pensados como oposição ao Estado. Desenvolvem-se não mais apenas como oposição, mas também como dever de conduta do Estado, com fim de realização de direitos fundamentais. Nesse ponto, começa-se a falar em eficácia horizontal, onde direitos fundamentais passam a ser pensados como algo que se pode exigir de outro indivíduo e não apenas do Estado.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTRATO: DISPARIDADES E APROXIMAÇÕES

1.1 O CONTRATO NAS CODIFICAÇÕES MODERNAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Das codificações resultam que o Código é um estatuto jurídico formado por regras jurídicas com escopo de disciplinar as relações privadas de uma sociedade civil, valorados pelos princípios e, visando a determinados direitos por ela assim inseridos como fundamentais.

Os direitos fundamentais como direitos do homem são historicamente concebidos dentro de uma realidade complexa e em permanente transformação, conforme entendimento de Celso LAFER⁵ a situar-se entre duas perspectivas com relação ao poder: a dos que estão submetidos a ele e a dos que o detêm e procuram mantê-lo. Destas relações de poder, aqueles que estão submetidos a este lutam a favor da existência de direitos naturais, pertencentes ao indivíduo e que precedem a formação de qualquer sociedade política. Enquanto que aqueles que o detêm evitam a desagregação da sua unidade, na medida em que definem por meio da escolha, quais os direitos humanos podem ser tutelados em face dos recursos disponíveis e da necessidade da manutenção deste.

⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. 2. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 124.

O Código Civil de 1916, tendo como inspiração o Código Napoleônico⁶ tinha como valor fundamental o indivíduo, em que o Direito Privado procurava regular a atuação do contratante e do proprietário, visando uma maior circulação de riquezas, mas sem entraves legais e restrições.⁷ O contrato era forma de conceder poder absoluto à vontade individual e à liberdade de contratar, independente do clamor social quanto a interferir no interesse jurídico de outrem.

As relações contratuais eram vistas por intermédio do Código Civil tido como o centro do ordenamento jurídico considerando-se o Código Civil como estatuto jurídico da sociedade civil.⁸

Isso tudo se dava ligado à idéia liberal, no qual se buscava uma autonomia na esfera privada, sem a ingerência do poder público ou de particulares que pudessem vir a impedir essa nova forma de relacionamento. Obtendo-se mais segurança jurídica nas relações comerciais, conforme demonstra TEPEDINO⁹ quando se refere que “Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas”.

O contrato servia como instrumento de organização social e auto-regulamentação dos interesses privados. Sendo então uma autonomia privada, na qual a liberdade de contratar se dava de modo quase ilimitado entre as partes¹⁰. O Estado não interferia nas relações contratuais, com o intuito de questionar se o indivíduo pudesse estar sob alguma forma que o colocasse em situação de risco, frente às relações de poder, as quais se mostravam manifestamente desiguais. Até mesmo porque seu interesse estava adstrito apenas ao interesse de contratar e não de

⁶ *Code napoléon* (1804) Código jusnaturalista moderno e liberal, sobretudo no que diz respeito à situação patrimonial que veio a concretizar os ideais burgueses que permeavam também a Revolução Francesa, calcado ainda que formalmente, nas fontes do Direito Romano e nos “costumes de Paris”

⁷ “Nesse período, prevaleceu a idéia de que o código civil, representava o centro do sistema do Direito Privado. O código, que deveria cristalizar normas racionais e imutáveis, assentava-se na garantia da propriedade e da liberdade contratual, protegendo os interesses da burguesia ascendente.” SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.323.

⁸ AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. **Revista do Tribunal Regional Federal**, Brasília, v. 8, n. 4, p. 635-651, out./dez. 1996. p. 642.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.3.

¹⁰ Conforme comenta Enzo Roppo. “À liberdade, como se viu, tendencialmente ilimitada, de contratar ou de não contratar, de contratar nestas ou naquelas condições...”. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. J. C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 34. e, influenciado pelo *code napoléon*.

perquirir se o contrato, em si, estaria ou não a violar algo, que até então, não se cogitava como direitos para além do interesse contratual entre os contratantes. Os Direitos fundamentais nos moldes do século XVIII, seriam os direitos¹¹ civis¹², conquistados após a Revolução Francesa.¹³ Direitos, os quais, a nível das relações entre particulares ou entre Estado e particulares, não se podia dizer que estabeleciam uma igualdade material e, sim, apenas formal. Embora, mesmo assim de forma tão branda, quase como inexistente, pois a mesma não visava ao individuo da relação e sim a forma com que se estabeleciam as relações contratuais.

Só se percebiam os direitos individuais, não se falando sequer na possibilidade de pensar o contrato como instrumento para a realização de outros direitos fundamentais, visto que conforme NETO LOBO “O Estado Liberal assegurou os direitos do homem de primeira geração especialmente a liberdade, a vida, e a propriedade individuais.”¹⁴

No tocante aos Direitos fundamentais e sua importância, SARLET comenta que “Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, a liberdade, a propriedade e à igualdade perante a lei.”¹⁵ No

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹² Direitos de primeira geração, de acordo com VIEIRA, são os direitos civis e políticos. De segunda geração são os direitos sociais, segundo argumenta quando se refere a concepção clássica sobre cidadania enquanto direito a ter direitos de T.H. Marshall a que se refere quando comenta: “Os direitos civis, conquistados no século XVIII, correspondem aos direitos individuais de liberdade, igualdade, de ir e vir, direito à vida, segurança, etc. São os direitos que embasam a concepção liberal clássica. Já os direitos políticos, alcançados no século XIX, dizem respeito à liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical, participação política e eleitoral, ao sufrágio a universal, etc. São também chamados direitos individuais exercidos coletivamente, que acabaram se incorporando à tradição liberal. Os direitos de segunda geração, os direitos sociais, econômicos ou de crédito, foram conquistados no século XX, a partir das lutas do movimento operário e sindical. São os direitos ao trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego, enfim, a garantia de acesso aos meios de vida e bem-estar social” VIEIRA, Lizt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 22.

¹³ Direitos fundamentais como luta do homem pela garantia de direitos mínimos, que supostamente teriam surgido na Inglaterra quando João Sem Terra teria outorgado a *Magna Carta Libertatum* em 1215, século XIII, a qual estabelecia dentre outros a previsão do devido processo legal, bem como o livre acesso à justiça

¹⁴ NETO LÔBO, Paulo Luiz. **Contrato e mudança social**. RT, São Paulo, v. 722, p. 40-45, 1995. p.42.

¹⁵ Conforme aponta SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56.

DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS:
A EFICÁCIA HORIZONTAL E A INSTRUMENTALIDADE DO CONTRATO

que alega serem “Direitos esses de cunho negativo uma vez que são dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos”.¹⁶

Nesse Estado Clássico Liberal de Direito os direitos fundamentais serviam para proteger o indivíduo das ingerências dos poderes públicos (direito de defesa)¹⁷ em que havia uma distinta separação entre o público e o privado, fazendo com que os direitos fundamentais encontrassem o sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado.

Posteriormente como o advento da industrialização e a proletarianização das classes menos favorecidas, agrava-se o quadro econômico-social cujos ideais propugnados pela burguesia se mostram dilapidadores dos direitos do indivíduo, por meio de um capitalismo corporativo¹⁸, tolhendo-lhes a dignidade humana e colocando a vida (Direito fundamental) em patamares de insustentabilidade na medida em que suprime suas necessidades essenciais de sobrevivência.

A partir de então se constata o declínio do modelo liberal, o qual não condiz com a realidade emergente, fazendo com que o Estado perceba a necessidade de intervir nos fatores econômicos e sociais, que contribuía para uma (des) proteção da liberdade de seus indivíduos.

Nesse ponto o Estado passa de uma atividade negativa de abstenção para uma atividade positiva, cujo ensejo é a atuar visando às dificuldades que estão atreladas os seus administrados. O Estado deixa de atuar em liberdades para atuar na liberdade contratual.

Historicamente, caminha-se do Estado Liberal, passa-se ao Estado Social até o Estado Democrático de Direito, estruturando-se a relação indivíduo e direitos fundamentais e as transformações oriundas do Direito à liberdade à liberdade a ter direitos. Parte-se do indivíduo à pessoa, do contrato volitivo para adentrar em uma nova teoria contratual pautada em um contrato com conteúdo. Parte-se de um Estado ausente de preocupação social para um Estado prestacional.

¹⁶ Ibidem, p. 50.

¹⁷ “... no Estado Liberal prevalecia a idéia de que os direitos fundamentais só limitavam o Estado.” Conforme aponta: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 47.

¹⁸ Capitalismo corporativo que via o homem apenas como um número, sendo considerada a sua vida em segundo plano.

1.2 A TUTELA DA LIBERDADE INDIVIDUAL NA TEORIA CONTRATUAL CLASSICA

A teoria contratual clássica, inspirada pelas idéias jusnaturalistas, na qual havia nítida separação entre Estado e a sociedade, era pautada num individualismo filosófico e liberalismo econômico, cuja valorização da vontade individual era tida como elemento de garantia do equilíbrio econômico e da prosperidade. Teoria essa, cuja forma do contrato estava baseada na vontade inter-partes e, se bastava pela cláusula *pacta sunt servanda* (que não permitia a ingerência no contrato), tida como válida, partindo do pressuposto fático de que o núcleo deste contrato era o indivíduo.

De acordo com o pensamento de Cláudia Lima MARQUES¹⁹, o dogma da autonomia da vontade e da liberdade contratual permitia três funções. Primeiro que o indivíduo agisse de forma autônoma e livre no mercado, de forma a criar a livre concorrência. Segundo esta linha de pensamento, deveria ser assegurada a maior independência possível de cada contraente, de forma que estaria limitado apenas pelo *Pacta sunt servanda* e, assumindo contorno de limitação no que tange ao espaço e tempo. Terceira função denominada protetora, uma vez que o indivíduo era livre com possibilidade de se auto-obrigar, criando direitos e obrigações, tendo o direito de se defender de imputações contrárias à sua vontade pactuadas no contrato.

Nos moldes desta época, o contrato era pautado em princípios clássicos do direito contratual: Princípios da autonomia da vontade; da intangibilidade do conteúdo do contrato; da relatividade dos seus efeitos, originados nos moldes do sistema liberal individualista, que se baseavam no aspecto formal e na capacidade volitiva das partes contratantes.²⁰

A tutela da liberdade individual que tem a ver com a liberdade de contratar, propriamente dita, vai além da possibilidade de contratar ou não contratar, permitindo a escolha do outro contratante, bem como a possibilidade de que as partes possam fixar autonomamente o

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contrato no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 62.

²⁰... contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, o consentimento livre e da igualdade formal das partes. Conforme leciona NETO LÔBO, Paulo Luiz. Op. cit., p.41.

conteúdo do contrato ou o tipo do contrato, como também adotar a forma que lhe aprouver.²¹ Isso tudo sem a ingerência do poder estatal nas suas decisões, levando a uma lógica formal na igualdade das partes contratantes, tendo em vista a doutrina clássica dos contratos.

Todavia esse conteúdo contratual intangível, era a forma pela qual se permitia que a autonomia da vontade interferisse para limitar a liberdade contratual, em torno do parâmetro adotado como: “quem diz contratual, diz justo”. De forma a permitir o abuso dos mais fracos pelos mais fortes, em face da conjuntura sócio-econômica que transforma a liberdade contratual num mecanismo de manipulação²², o qual acarreta uma série de transformações futuras adentrando no núcleo dos contratos e na tutela do indivíduo, sujeito, da relação contratual.

1.3 A CONSTITUIÇÃO E UMA “NOVA TEORIA CONTRATUAL”²³

Dentro daquele contexto de Estado Social de Direito, em que o Estado busca por intermédio do intervencionismo do século XX, a igualdade material em decorrência das divergências político-sociais ocorridas até então, que ocorre a dicotomia entre o Direito Público e o Privado gerando a separação entre o público e o privado na busca de uma maior proteção do indivíduo nas relações contratuais.

O legislador, então, passa a se preocupar com as atividades, seus riscos e o impacto social gerados pelos contratos entre os particulares, de forma a assegurar a finalidade social nas relações jurídicas. Estas relações jurídicas, entre os particulares, passam a ser regidas por um “dirigismo contratual acelerado”, através de políticas públicas sociais, intervindo diretamente na economia, fazendo-se valer de um direito especial, retratado pela intervenção do legislador, frente à autonomia, através de leis que buscam essa nova realidade.

²¹ Desde que esta forma de contratar não constituísse algo ilícito.

²² Conforme o RADBRUCH comenta: “A liberdade contratual do direito converte-se (...) em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, volve-se, na ordem dos fatos sociais, em servidão”. RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p.288.

²³ Ruptura entre público e privado: a constituição como estatuto dos cidadãos.

Realidade esta, no momento em que se fala de uma quebra entre o público e o privado, que se começa a cogitar em uma eficácia nas relações entre os particulares, uma vez que, no sistema oitocentista liberal, só se falava em eficácia entre o Estado e cidadão. Desta forma podemos inferir que a partir da intervenção estatal, passa a existir uma eficácia horizontal de direitos fundamentais, a qual será tratada de forma mais detalhada no decorrer da presente obra.

O código civil, antes uno, agora, ao desfragmentar-se em microssistemas e leis esparsas, vai reencontrar seu eixo axiológico valorativo na Constituição Federal de 1988, por intermédio da sua leitura sob um viés constitucional, de forma que segundo Gustavo TEPEDINO²⁴, quando se aplica o princípio da boa fé se está a aplicar o princípio da solidariedade; quando se aplica a igualdade material correlata esta à justiça contratual e, da mesma forma se esta a aplicar a dignidade da pessoa humana em relação à função social do contrato.

Esses novos princípios são oriundos da constitucionalização do direito civil, e de acordo com Teresa NEGREIROS, ocorreram em face de um: “deslocamento do centro valorativo do sistema de liberdade do indivíduo em relação à dignidade da pessoa humana e à solidariedade social”²⁵, na busca da igualdade material.

A interpretação destes princípios acima abordados faz com que o intérprete, ao buscar os valores sociais, – postos como fundamentais pelo ordenamento, no mesmo passo em que integram as relações contratuais, – tenha o dever de fazer uma leitura conforme o viés constitucional. A perspectiva civil e constitucional vai tratar por intermédio da justiça, igualdade, solidariedade e outros valores albergados axiologicamente das relações contratuais, de forma a não perder de vista como elemento essencial, a tutela da dignidade humana, em face das relações de disparidade de poderes econômico-sociais e políticos.²⁶

1.4 A TUTELA DA PESSOA HUMANA NO CONTRATO: “PONTO DE ENCONTRO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS”

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Notadez/Fonte do Direito**, Porto Alegre, n. 341, p. 11-26, mar. 2006. p. 11-26.

²⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.41.

²⁶ *Ibidem*, p. 223.

Passa-se a cogitar da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas com a constitucionalização do Direito Privado, visto que, o contexto a época e as modificações indivíduo-sociedade tornavam-se importantes frente à proteção do indivíduo.

Conforme TEPEDINO²⁷, a Constituição que trata da proteção do indivíduo tem um papel importante, pois quando se fala da tutela da pessoa humana, está a se falar a partir da Constituição, tida como una. Aferindo-se uma proteção que através da constitucionalização desemboca na recepção de institutos do direito civil, sendo conformados na moldura constitucional, para que se possa conceber uma “nova teoria contratual”.

Para tal, necessário se fez o abandono de uma “postura patrimonialista”²⁸, com o foco na pessoa, em busca de uma concepção mais humanitária ao travar as relações contratuais, de forma a obter uma proteção ao indivíduo como pessoa humana. Esta proteção acabou por ser encampada por meio dos princípios contemporâneos, importantes, tanto nas relações entre Estado e particulares, como nas relações, também, entre os particulares.

De tal forma que, os princípios contemporâneos, representados pelos princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social, e, também, coexistindo²⁹ com os princípios clássicos do direito contratual vão mostrar um caráter, agora, tutelar nas relações contratuais, inferindo-se desde então uma interconexão entre contratos e direitos fundamentais ao se preterir a pessoa humana em detrimento dos valores unicamente patrimoniais.

Este caráter tutelar acaba por se representar com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor em 1990 e pelo Código Civil de 2002 que acabou por consagrar os princípios da boa fé, do equilíbrio econômico e da função social do contrato, onde percebe-se uma interconexão entre contratos e direitos fundamentais.

Segundo NEGREIROS³⁰, esta interconexão, se dá em face de uma mudança de mentalidade na formação dos contratos pelo princípio da boa-fé quando da ocorrência do paradigma da essencialidade por ela assim denominado, em detrimento de uma (re)leitura constitucional embasada no critério da utilidade existencial.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e nova teoria contratual. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 213.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. O novo desenho jurídico do contrato. Prefácio à obra: In: _____. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2006. p.17-19.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodim de. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁰ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 29

Fazendo com que o contrato e sua ampla variabilidade de espécies contratuais, – que se encontra no modelo contemporâneo, fragmentado, discrepante daquele modelo uno, do Estado clássico Liberal, – deva de acordo com os Princípios constitucionais, ser lido em conformidade com os vetores axiológicos do núcleo constitucional, na busca da primazia da pessoa humana ao invés dos valores patrimoniais.

2 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O contrato como “ponto de encontro de direitos fundamentais” revela-se a partir de um desencontro em termos históricos do que se entende atualmente por direitos fundamentais, como “direito a ter direitos”³¹. Em um primeiro momento, visualizava-se apenas a relação de eficácia vertical, existente entre o Estado e cidadãos, a qual se mostrava de forma muito limitada, estando restrita a apenas a este âmbito de atuação. Em um segundo momento, temos o âmbito de abrangência dos direitos fundamentais inseridos num contexto maior, extrapolando seus limites da esfera Estado-cidadão para a busca de uma eficácia horizontal dos direitos entre particulares. Saímos de um direito eminentemente formal de um indivíduo que contrata para um direito substancial atribuído na qualidade de pessoa de um cidadão de direitos.³²

A filosofia do Estado Liberal não permitia a intervenção estatal nas relações obrigacionais e, mais, não permitia ao juiz o controle do conteúdo do contrato.³³ A crise na teoria contratual clássica, vista pela decadência do voluntarismo no Direito Privado, teve como

³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 65. “derecho a tener derechos”. Cf. explica PINHEIRO tratar-se da passagem do “Estado de direito” para o “Estado de direitos”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percurso teórico da boa fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro**. Curitiba, 2004. 347 f. Tese. (Doutorado) – Setor de Ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 172.

³² “No primeiro desses trajetos, revela-se o desencontro entre contrato e direitos fundamentais, suscitado pela eficácia desses direitos, tão-somente, às relações entre Estado e cidadãos. No segundo, toma lugar um encontro entre contrato e direitos fundamentais, suscitado pela eficácia desses direitos e entre particulares.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O “mínimo existencial” no contrato**: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais. Disponível em: <compedi.org/manuel/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf> acesso em: 05 nov. 2008. p.3.

³³ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 253.

consequência varias transformações no conteúdo do direito contratual, cuja função precípua passou a ser a busca do direito em prol da realização do equilíbrio e da justiça contratual.³⁴

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

No século XIX não se pensava no contrato como forma de realização de direitos fundamentais³⁵. Pensava-se no contrato como um instrumento de exercício de liberdade, sendo ele, o próprio exercício de liberdade, um direito fundamental, que se opõe contra o Estado, uma vez que o Estado não poderia proibir, porque havia um limite imposto constitucionalmente a ele, por meio do direito fundamental de liberdade. Todavia, não se diz que esse exercício de liberdade de contratar, era oposição do direito fundamental à liberdade ao outro sujeito, uma vez que não se cogitava de uma eficácia horizontal, visto que só se admitia, até então, uma eficácia vertical. Diríamos que poderia se contratar porque o Estado não proibia que um particular contratasse com outro sujeito, dentro dos termos e cláusulas do contrato.

Sejam esses direitos fundamentais, direitos de restrição (limitação ao poder estatal), sejam eles, direitos prestacionais, considerando que também seriam oponíveis ao Estado, poderiam os mesmos ser oponíveis aos particulares, de forma que se mostra importante procurar estabelecer a partir de qual momento e de que forma ocorre esta oponibilidade.

A oponibilidade desses direitos aos particulares, só se cogita a partir da segunda metade do século XX. Partindo preliminarmente do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX, de se estabelecer um conjunto de limites impostos contra o Estado. Limites quanto a não interferir na liberdade contratual, importando numa conduta omissiva por parte do Estado (Estado mínimo). Conduta que se modifica num segundo momento, quando se passa a exigir do Estado uma conduta atuante, em que, não deve apenas se omitir no tocante a esses direitos, mas deve agir para realizar outros direitos. (Estado prestacional).

³⁴ Ibidem, p. 167.

³⁵ De acordo com SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 356. No Estado clássico e liberal de direito, os direitos fundamentais só faziam sentido nas relações entre indivíduo e Estado, pois "...os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal..."

Cogita-se, então, não apenas do papel do Estado em relação aos direitos fundamentais, mas, ainda, dos particulares, ou seja, se não apenas é possível opor um direito fundamental contra o Estado, mas se, também é possível, opor um direito fundamental a outro indivíduo. Trata-se da possibilidade de uma eficácia horizontal, na medida em que se deixa de pensar os direitos fundamentais como algo exigível apenas do Estado, mas, também, dos outros indivíduos.³⁶

Por conseguinte, a incidência dos direitos fundamentais deixa de ser tão-somente vertical, ocupando o espaço das relações unicamente entre Estado e cidadãos, para ser horizontal, delineando-se nas relações entre particulares. Nesse ponto, destaca-se a nova função do contrato.³⁷ Considerando-o como categoria jurídica que não está mais confinada aos limites do Direito Privado, mas que passa a ser lido à luz da tábua axiológica, inscrita pela Constituição, recebendo como atribuição constitucional a realização de direitos fundamentais.³⁸

Para tanto, cogita-se uma eficácia irradiante da democracia nas relações privadas, traduzida na incidência dos direitos fundamentais entre particulares. Resta, então, o contrato como “ponto de encontro de direitos fundamentais”.³⁹

Este fato da eficácia horizontal vai trazer várias dúvidas, de forma que existem várias idéias conflitantes, em face de alguns autores não concordarem com a possibilidade da eficácia horizontal, contudo, no presente trabalho se faz importante tratar os parâmetros dentro dos quais a eficácia horizontal é possível.⁴⁰

A dúvida consiste em “como” e “em que medida” devemos decidir, frente a um caso concreto, quando existe a possibilidade da colisão de valores a serem ponderados no que tange aos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Desta ponderação, pesa por um lado a

³⁶ “Hoje, ter direitos constitucionais assegurados é ter liberdades e garantias individuais (e também, de certa forma, coletivas e difusas), a realizar as metanarrativas modernas de igualdade, liberdade e dignidade do homem.” MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 257.

³⁷ ...quero aqui destacar que os contratos de consumo(...)se tornaram um ponto de encontro de direitos individuais constitucionais (grifo nosso).” MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 256.

³⁸ PINHEIRO, O “**mínimo...**”, p. 8.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Pois como diria o mestre lusitano: “A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113.

busca da tutela efetiva, na defesa de uma eficácia mais ampla dos direitos fundamentais, por outro lado, busca-se a não interferência na autonomia privada do sujeito de direito, na qualidade de pessoa humana, na tentativa de mitigar esta eficácia.⁴¹

Outro parâmetro a ser considerado, diz respeito à realização dos direitos fundamentais e sua concretização, com relação aos poderes legislativo e judiciário, da qual se admite duas posições distintas: a primeira que procura por uma aplicação direta e ampla, por intermédio de um Poder Judiciário atuante, enquanto que a segunda, visa diametralmente o oposto, de forma a mitigar as possibilidades da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.⁴²

Feitas estas considerações, passamos a procurar a origem da teoria da eficácia horizontal, cuja teoria, historicamente, surgiu na Alemanha após o advento da Lei de Bonn, com suas modulações da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre terceiros, que a saber, são: a eficácia direta ou imediata e a eficácia mediata ou indireta. Contudo, posteriormente, a estas, tivemos o surgimento de outras teorias: a teoria dos deveres de proteção e outras teorias que na realidade se mostravam como posições intermediárias às teorias já relatadas.

2.2 TEORIAS CONTRÁRIAS À EFICÁCIA HORIZONTAL

Pode-se aferir que antes do aparecimento da teoria da eficácia horizontal, bem como por um viés crítico às ideias inovadoras, do ponto de vista subjetivo do sujeito de direito, uma parcela da doutrina alemã, nesse período, não coadunava com a teoria da eficácia horizontal. Esta parcela da doutrina alemã negava totalmente a aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares e aceitava somente esta vinculação entre o indivíduo e o Estado.⁴³ essa teoria ficou conhecida como Teoria Negativa da total negação à eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 186.

⁴² Idem.

⁴³ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: analisis de la jurisprudência del tribunal constitucional. Madrid: Centro de Estudios políticos e Constitucionales, 1997. p. 278-279.

Outra teoria, a *State action* na jurisprudência norte-americana apontava a sua contrariedade à eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, embora nos Estados Unidos esta questão dos direitos fundamentais entre particulares, tomou rumo distinto e diferenciado da maioria dos outros países, visto que o entendimento quanto ao âmbito de abrangência das normas constitucionais, ficaram adstritas apenas e tão somente ao Estado, ressalvando a 13ª Emenda ao proibir a escravidão. Todavia, a *State Action* tinha suas amenidades, quando a Suprema Corte americana adotou na década de quarenta a possibilidade de limitações constitucionais. Limitações com relação a particulares atuando em atividades de cunho tipicamente estatal ou como se agente público fosse.⁴⁴

De outro lado, dentre as teses que não se contrapõe à eficácia horizontal, também, podemos vislumbrar diferenças, que se manifestam na forma pela qual ocorre esta eficácia, ao se estabelecer um vínculo contratual, na relação jurídica entre particulares. A incidência dos direitos fundamentais, para alguns, se mostra como sendo de procedência mediata ou indireta e, para outros se mostra direta e imediata em face da supremacia da Constituição. Entretanto existem aqueles que se inclinam à teoria dos deveres de proteção. Deveres em que o Estado por suas prerrogativas e sujeições, tem a obrigação de tutelar seus jurisdicionados de forma a assegurar-lhes os princípios e valores constitucionais, propugnados em sua Carta Magna, e, principalmente, como se pretende demonstrar, ao se tratar de relações inter-privadas.

2.3 TEORIAS FAVORÁVEIS À EFICÁCIA HORIZONTAL

A primeira destas teorias favoráveis à eficácia horizontal, trata de uma construção intermediária entre a teoria que nega totalmente a vinculação e a teoria que corrobora com a vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

2.3.1 EFICÁCIA HORIZONTAL MEDIATA OU INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICABILIDADE

⁴⁴ MARSH v. ALABAMA . 326 U. S. 501 (1946) Empresa privada com o domínio de uma cidade privada no interior de sua propriedade, na qual através de cláusula contratual proibia que testemunhas de Jeová ali pregassem. A Suprema Corte decidiu que não podia proibir por ser inconstitucional. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR-0326_0501_ZO.html> Acesso em: 10 jul. 2009.

A teoria da eficácia mediata teve seu marco inicial na Alemanha, com Günter Dürig ao propor que o Direito Privado deveria ser submetido aos valores constitucionais, quando acolhidos pelo legislador, indiretamente, mediante cláusulas gerais, devendo ser interpretados em conformidade com os direitos fundamentais.⁴⁵

A referida teoria sustenta que os direitos fundamentais só poderiam ser aplicados dentro da esfera de abrangência das relações jurídicas privadas, após a interpretação, aplicação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, em face dos direitos fundamentais, de modo a estabelecer uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado.⁴⁶

De acordo com PINHEIRO, “A cláusula geral compõe-se de uma textura aberta” permitindo a atividade criadora do juiz, dentro dos limites lícitos das relações contratuais. Consiste em uma técnica legislativa, na qual há uma combinação de termos vagos e imprecisos em sua *fattispecie*. Contudo, contribuindo para a criação de um direito futuro e, como norma diretiva, servindo para indicar uma medida de comportamento a ser concretizada, cabendo ao juiz fazer a devida valoração, frente o caso concreto e, desta forma, criando “a solução ausente no texto legal.”⁴⁷

Com relação aos conceitos indeterminados, PINHEIRO coloca que são marcados por elementos imprecisos, tratando-se de realidades fáticas preenchidas no momento da valoração por regras de experiência, encerrando, conforme leciona, “a atividade do intérprete à definição de elementos vagos que compõe sua *fattispecie*, relegando a posterior atividade do julgador à subsunção do fato a descrição legal.”⁴⁸

Logo, tendo em vista esses elementos procura-se a forma em que ocorre essa recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado. E, de acordo com a teoria mediata pode se dar de duas formas: primeiro pelo legislador infraconstitucional ao preencher as lacunas deixadas pelo legislador constitucional e, segundo pelo juiz ao interpretar o direito privado.⁴⁹

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 198.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 402.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2000. p.306.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ SOMBRA, Thiago. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004. p. 163. Na concepção de SOMBRA, o cerne

Ou seja, pela corrente doutrinária que coaduna com a teoria mediata, cabe ao legislador, em um primeiro momento, o dever-poder de concretizar e disponibilizar os direitos fundamentais às relações entre particulares, em face de sua legitimidade representativa dos interesses sociais.⁵⁰

Consequentemente, SOMBRA ao se referir a teoria mediata considera que a atuação legislativa tem estreitos limites para a “concretização e extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares”⁵¹. Em face desses limites a serem observados da atuação legislativa, temos a importância, a ser vista como uma alternativa, da atuação judicial, para a implementação dos direitos fundamentais no Direito Privado. Isso ocorre devido à dificuldade na realização desses em detrimento de vários fatores como: no caso da impossibilidade de prever todas as nuances que somente podem ser dirimidas em concreto; ou da dificuldade na sua realização pelo caráter declarativo da intervenção legislativa e, não, constitutivo dos direitos e garantias individuais diretamente assegurados no texto constitucional.⁵²

Contudo, com relação a atuação judicial, tendo em vista essas considerações, do ponto de vista daqueles que se orientam e seguem essa teoria, não se deve aceitar a possibilidade da aplicação direta, pois ela anularia a autonomia da vontade, gerando um poder manifestamente excessivo do judiciário, de forma a comprometer a liberdade individual contratual. O argumento exposto estaria contrapondo-se a teoria imediata, em que os preceitos constitucionais ao incidirem nas relações privadas, estariam servindo como princípios para a interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados quando da aplicação no caso concreto.⁵³

Em vista disso, caberia ao legislador privado a incumbência de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, procedendo a uma ponderação de interesses em conflito com os valores constitucionais, cabendo a lei infraconstitucional fixar a preponderância

que permeia a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares esta atrelado a atuação do legislador e do juiz. Primeiramente pelo legislador pelo papel a ele atribuído constitucionalmente, e em um segundo plano, pela atividade jurisdicional dos juízes no momento em que, face ao caso concreto, buscam a concreção do conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Por conseguinte, SOMBRA ressalta que o tema se torna relevante e, particularmente importante na medida em que, procura-se não apenas determinar qual dos bens jurídicos tutelados, merecem a devida proteção em face do outro, como também, identificar qual o órgão estatal será o responsável por prover essa tutela: o legislador ou o juiz.

⁵⁰ Ibidem, p. 164,165.

⁵¹ Ibidem, p. 168.

⁵² Ibidem, p. 168,170.

⁵³ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 199-200.

entre os bens em confronto. Logo, por conseguinte, cabe ao judiciário o controle de constitucionalidade das normas privadas, bem como o preenchimento das lacunas deixadas pelo legislador, sendo admitido recurso da decisão judicial, somente quando houver descon sideração do direito fundamental que deveria ter sido aplicado, em relação ao Direito Privado.⁵⁴

Entretanto, de forma crítica a essa teoria, entende UBILLOS, ao referir-se aos direitos fundamentais quando afirma que a característica marcante destes está na indisponibilidade do seu conteúdo pelo legislador, visto que, para ele a necessidade da vontade do legislador, no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, não coaduna com a teoria da eficácia mediata.⁵⁵

Em face destas críticas à teoria da eficácia Mediata, colocando a efetividade dos valores constitucionais num segundo plano, sujeitos a vontade do legislador, não tardou para que a doutrina se manifestasse em prol de uma outra teoria. Teoria que mais se aproxima da aplicabilidade constitucional, como valor supremo de um Estado de Direito, para o qual se busca a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

2.3.2 EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA OU IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICABILIDADE

Teoria que surgiu inicialmente na Alemanha, defendida por Hans Carl Nipperday, em que de acordo com o seu entendimento, os direitos fundamentais “podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, vestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.”⁵⁶

A vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, encontra respaldo nas palavras de SARLET quando diz que: “... não se pode aceitar que o Direito Privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional”⁵⁷, de forma que as normas

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 201.

⁵⁵ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Op. cit., p. 278-279.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 204.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 357.

constitucionais devem obrigatoriamente, ter efeito direto, a direitos não protegidos na esfera privada pelo legislador.⁵⁸

Para alguns doutrinadores a eficácia direta se coloca como um instrumento para a correção das desigualdades sociais⁵⁹, haja vista que o poder privado representa uma ameaça à liberdade humana, de tal forma que as normas de Direitos fundamentais contidas na Constituição devem gerar direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos quanto aos particulares.⁶⁰

No Direito lusitano, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE⁶¹ Assume posição intermediária entre as duas teorias mediata e imediata. Preocupa-se mais com a justiça social e a tutela da autonomia privada. Acreditando que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pode ocorrer de duas formas: enquanto direitos subjetivos e, quando estas dizem respeito a relações de poder de manifesta desigualdade entre as partes, sujeitando uma em relação à outra, de maneira que a primeira se torna detentora de direitos (subjetivos) oponíveis a segunda. Contudo, argumenta o dever de buscar a ponderação de modo a obter um equilíbrio entre os direitos fundamentais e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial, não sendo toleradas quaisquer tipos de discriminações ou agressões à liberdade individual que possam vir a atentar contra a dignidade da pessoa humana.⁶²

Pietro PERLINGERI, ao defender a possibilidade da aplicação direta, aponta que: “a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil”⁶³, de forma a incidir diretamente como norma de comportamento idônea sobre o conteúdo das relações privadas subjetivas. Da mesma forma, defende que a norma constitucional sempre é utilizada, não importando a forma pela qual se dá essa eficácia, se direta

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 205.

⁵⁹ Conforme ANA PRATA, corroborando com a teoria da eficácia direta, por considerar que a Constituição portuguesa, baseada na igualdade substancial e na liberdade, também se preocupa em eliminar a opressão e a exploração, de forma segundo ela não é possível rejeitar a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais em detrimento da proteção da autonomia privada. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 137.

⁶⁰ QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981. p. 187-199; 215; 272.

⁶¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 377-393.

⁶² Conforme comenta SARLET a respeito da obra de José Carlos VIEIRA de ANDRADE. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 357.

⁶³ PERLINGERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. De Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11.

ou indireta, mas, sim, que essa eficácia ocorre, por intermédio de uma lei infraconstitucional ou não, nas relações entre sujeitos de direito e de cunho sócio-econômico.⁶⁴

Contudo no entendimento de SARLET, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito da esfera privada, destacam-se dois tipos de relações distintas. Relações (manifestamente desiguais) entre o indivíduo e os detentores de poder social e, relações (supostamente iguais) situadas fora das relações de poder. Com relação à primeira, indubitavelmente, existe um consenso quanto à eficácia direta vinculante dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez que tratamos de relações desiguais de poder, da mesma forma quando tratamos das relações Estado-indivíduo. Entretanto, quando tratamos de relações em que não é possível perceber a desigualdade nas relações de poder, torna-se mais difícil a solução, de forma que esta solução se mostra dividida entre várias concepções contraditórias.⁶⁵

Dentre elas, SARLET aponta que quando tratar de relação entre particulares dentro do mesmo patamar de igualdade, deverá, em regra, prevalecer o princípio da liberdade, salvo duas possibilidades presentes. Possibilidades que poderão ser aferidas ao utilizar o contrato como instrumento. Primeira quando capaz de apontar uma ameaça à dignidade da pessoa humana ou, segunda quando houver uma ingerência indevida no âmbito de abrangência da intimidade pessoal.⁶⁶ Contudo, a liberdade tem limites quando esbarra na autonomia privada, quando nos referimos à dignidade da pessoa humana, também como um Direito fundamental, o qual se impõe como princípio protetivo até mesmo da pessoa contra si, pois “a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade. De tal sorte que a dignidade da pessoa assume a condição de limite material à renúncia de auto-limitação de direitos fundamentais”.⁶⁷

SARLET aponta a possibilidade de uma eficácia irradiante, nas relações entre particulares, além da vinculação das entidades dotadas de algum poder social, tratando-se de uma redução à perspectiva jurídico objetiva. Eficácia passível de ser sustentada para além das hipóteses mencionadas, em que se estaria ao menos em frente a uma eficácia mediata (ou indireta) dos direitos fundamentais, visto que “as normas de Direito Privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação das normas

⁶⁴ PERLINGERI, Pietro. Op. cit., p. 11-12.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 359.

⁶⁶ Ibidem, p. 359. Cf. VIEIRA de ANDRADE, José Carlos. Op. cit., p. 293-294.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 359.

privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais.”⁶⁸e, que segundo seu entendimento, ocorre na aplicação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do Direito Privado.⁶⁹

Todavia, SARLET faz parte da doutrina que adota como correta a teoria da eficácia direta (ou imediata) no ordenamento jurídico pátrio. Justificando-se pela previsão expressa, constitucionalmente, da aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais em face da necessária vinculação dos particulares. Vinculação que não está suspensa de uma ponderação de valores, pela análise tópico sistemática, de cada caso concreto. Ponderação, especificamente, na busca do equilíbrio entre os valores em questão, de maneira a não pender a balança para o sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, como também para que se possa obter, sem perda total, na medida do possível, a preservação da essência de cada um.⁷⁰

Considerações podem ser colocadas na forma de uma das críticas à teoria da eficácia direta⁷¹, quando aplicada de forma extrema, pois todo excesso seria considerado inconstitucional, vindo desta forma a neutralizar a liberdade individual e, conseqüentemente, tolhendo totalmente a liberdade contratual.⁷²

De forma que surgem outras concepções, com relação à proteção dos direitos fundamentais, de suas possíveis violações nas relações jurídicas no âmbito privado. Concepções como a da teoria dos deveres de proteção.

2.3.3 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

Teoria que defende a tese, de que cabe ao Estado tutelar o particular contra violações à sua esfera individual por outros particulares. O Estado tem o dever por intermédio do poder legislativo e judiciário de tutelar os Direitos fundamentais, inscritos na Carta constitucional, de

⁶⁸ Ibidem, p. 360.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Ibidem, p. 361.

⁷¹ “A principal questão a ser resolvida nesse ponto é a forma de combinar essa autonomia com direitos fundamentais que, aplicados diretamente à relação entre particulares, tendem a eliminá-la” (DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essência, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p.148.)

⁷² Idem.

forma a não permitir ingerências, ofensas ou ameaças, tanto por atos legislativos quanto por atos judiciários.⁷³

Contudo, esta teoria também teve suas críticas pelos civilistas alemães. Uma ao conferir muito poder ao juiz na valoração no caso concreto podendo causar uma insegurança jurídica, outra pela possibilidade da exclusão dos particulares, por mero preconceito, sobretudo os detentores de poder social quando destinatários dos direitos fundamentais.⁷⁴

Também de forma crítica convém ressaltar que tanto a teoria dos deveres de proteção quanto a teoria da eficácia indireta “torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada”⁷⁵, o que faz ressaltar que não apenas o Estado estaria vinculado aos direitos fundamentais, como também os particulares.⁷⁶

Além dessas críticas existem concepções que rejeitam a ambas as teorias, da eficácia imediata e a da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, bem como concepções que procuram retirar parâmetros destas para formular outra com suas especificidades.

2.3.4 TEORIAS ALTERNATIVAS

A teoria da convergência estatística surgiu em obra publicada na Alemanha, no ano de 1971, por Jürgem Schwabe, na qual segundo ele por mais que seja exercida uma atividade entre particulares e, que essa atividade, mesmo quando desenvolvida no âmbito da esfera juridicamente protegida da autonomia privada, ela será, sempre, imputável ao Estado, visto que esta atividade sempre dependerá de uma prévia autorização deste, quer implicitamente ou quer explicitamente. De forma que, se um Direito fundamental for violado por um particular, este ato poderá ser imputado ao Estado, por não ter havido a proibição do legislador ao comportamento

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 361.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel Op. cit., p. 219.

⁷⁵ BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 297.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 220.

prejudicial aos direitos de outrem, ou por não ter sido impedido o ato tanto administrativamente quanto judicialmente.⁷⁷

A segunda teoria surge de Robert ALEXY e traz um conteúdo interessante, ao formular uma solução na qual propõe abarcar aspectos interessantes das três teorias, a saber: da eficácia imediata, da eficácia mediata e dos deveres de proteção, por ele então, denominada em suas palavras, como: “um modelo de três níveis de efeitos”. De onde podemos destacar o nível dos deveres do Estado, o nível dos direitos frente ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados.⁷⁸

No terceiro nível, que mais nos interessa, diz respeito às relações entre particulares, vinculadas a teoria da eficácia imediata, em que ALEXY, alega não se tratar apenas de uma troca de destinatários das normas *iusfundamentais* - a simples substituição do Estado pelo particular no pólo passivo da relação - e, sim, o de estabelecer que existem distinções, relevantes, nas relações entre particulares, que se caracterizam por direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências. Esta posição mostra-se totalmente contrária àqueles que acreditam na completa anulabilidade da autonomia privada, pela aplicação direta da eficácia horizontal. Da mesma forma, acredita na possibilidade da obtenção de várias soluções possíveis, para a resolução dos conflitos entre particulares em face dos direitos fundamentais, podendo o legislador decidir por uma delas, contudo, esta opção para o juiz, somente ocorre de forma vinculada.⁷⁹

Esta teoria proposta por ALEXY, nos parece bastante salutar e condizente com a teoria da eficácia direta, apontando para questões relevantes das outras teorias, de efeitos diferentes, mas não incompatíveis, com as quais pretende o autor conjugar aspectos para uma solução baseada na ponderação de interesses, ao permitir “A aplicação direta das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais sobre as relações privadas, independentemente da mediação do legislador, ou da atividade de qualquer outro poder estatal”.⁸⁰

Portanto, em face das várias teorias apresentadas, contrárias e a favor da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, admitindo a possibilidade da eficácia horizontal no Direito Brasileiro, cabe posicionar a Doutrina e a Jurisprudência Brasileira no que diz respeito a este assunto.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 515.

⁷⁹ Ibidem, p. 521-523.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 224.

2.4 EFICÁCIA HORIZONTAL E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Temos duas correntes doutrinárias no Brasil, a primeira questiona se essa depende de uma lei infraconstitucional que realize o Direito fundamental (eficácia mediata) ou que essa eficácia possa ocorrer diretamente (eficácia imediata), de forma que eu possa aplicar diretamente a Constituição na relação entre os particulares para a realização desses mesmos direitos fundamentais.

A segunda corrente doutrinária vai trabalhar com a teoria dos deveres de proteção, ao afirmar que o particular continua exercendo os seus direitos contra o Estado, uma vez que, o Estado, conforme afirma Judith MARTINS COSTA, teria deveres de proteção. A teoria dos deveres de proteção dispõe que o particular, não exige diretamente de outro que não o Estado, o cumprimento dos Direitos fundamentais, por conta de uma incidência direta da Constituição. Permitindo que o particular possa exigir que o Estado, proteja o seu Direito fundamental, impondo uma conduta coercitiva ao outro particular.

Para alguns a tese dos deveres de proteção, não é considerada como uma eficácia entre particulares e sim, uma eficácia frente ao Estado uma vez que o mesmo tem os deveres de proteção, devendo promover a obediência aos direitos fundamentais, mesmo que, para isso seja necessário que ele, o Estado, intervenha na vida de outro particular.

Contudo, ao estabelecer o contrato, como um instrumento da realização de direitos fundamentais cabe perquirir se estaríamos a reconhecer uma eficácia direta, indireta ou de deveres de proteção? Temos que de acordo com SARLET “o que se percebe desde logo, na esteira da melhor doutrina, é a inexistência de soluções uniformes nesta seara, já que a eficácia direta ou indireta apenas pode ser aferida à luz do caso concreto, dependendo, em princípio, da existência de uma norma de Direito Privado e da forma como esta dispõe sobre as relações entre os particulares...”⁸¹ ou seja, o contrato serve de instrumento para aferir a espécie contratual.

O contrato surge como um elemento fundamental para averiguação das circunstâncias específicas do caso concreto, ao servir de instrumento para dirimir o conflito entre a autonomia contratual e outros direitos fundamentais - através de uma análise tópico sistemática -, ao

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 358.

utilizar-se o critério de ponderação de valores⁸², análogo a situação em que ocorrem hipóteses de colisão de direitos fundamentais, na busca do equilíbrio entre os valores em pauta. Equilíbrio preservando na medida do possível, a essência do direito fundamental sem que o mesmo seja mitigado por completo.⁸³

TEPEDINO pactua a idéia da aplicação direta da Constituição, principalmente quando se trata de dignidade da pessoa humana “entendida como valor máximo do ordenamento”. Da mesma forma aponta que: “A dignidade da pessoa humana há de ser tutelada e promovida, em ultima análise, nos espaços públicos e privados daí resultando a imprescindibilidade de um controle da atividade econômica segundo os valores constitucionais...”⁸⁴

Luiz Edson FACHIN⁸⁵ manifestou-se em prol da eficácia direta ao afirmar que: “(...) o direito civil brasileiro contemporâneo apresenta hoje mais que debate sobre limites exógenos da propriedade e do contrato, e sim teorização aprofundada dos limites internos, endógenos, a reclamar eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.”⁸⁶

BARROSO Coloca a necessidade de ponderação entre o Direito fundamental e o princípio da autonomia privada, destacando ser a eficácia direta a mais condizente com a realidade brasileira, devido “a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes...; b) a

⁸² STEINMETZ Mostra-se favorável à vinculação direta dos particulares, contudo comenta sobre a importância da devida graduação na ponderação, em face do princípio da proporcionalidade, no caso concreto, como baliza para a solução da colisão de direitos fundamentais e as circunstâncias relevantes. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 295.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos...**, p. 254.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Rio de Janeiro, a.4, n.4, e a.5, n. 5, 2003-2004. disponível em: <http://www.scribd.com/doc/6486487/Normas-Constitucionais-e-Direito-Civil-Artigo-de-Tepedino>. acesso em: 20 ago. 2009.

⁸⁵ FACHIN. Luiz Edson. Contemporaneidade, novos direitos e o direito civil-constitucional no Brasil. In: **A construção dos novos direitos**. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 224-231.

⁸⁶ Idem. Como também ressalta a idéia em que: “É nesse alastramento que, para além da eficácia horizontal, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais abriu espaço, na doutrina e na jurisprudência, para essa legítima atuação interprivada de modo direto e imediato, e não apenas de forma indireta ou mediata. (...) essa incidência eficaz (*rectius*: aplicação), direta e imediata, faz do princípio constitucional ao mesmo tempo regra e Norma de intensidade suficiente para iluminar os casos concretos e dar ensejo a uma jurisprudência criadora e construtiva.”

manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério...; c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; e d) risco para a dignidade da pessoa humana”⁸⁷

Em suma, observa-se dentro da Doutrina brasileira, a predominância com relação à aplicabilidade direta ou imediata dos Direitos fundamentais aos particulares.

3 CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

Os direitos sociais minimizados da democracia clássica mostram-se insuficientes sendo que a dimensão que visa sanar esta insuficiência mostra o caminho da evolução para uma democracia social. Essa democracia supõe a liberdade da necessidade, que atua por intermédio dos direitos sociais.⁸⁸

A democracia “se traduz em instrumento de afirmação dos direitos sociais”⁸⁹, na medida em que a proteção dos direitos fundamentais do homem se integra ao conteúdo essencial do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito passa a intervir nas relações privadas de forma a não permitir ingerências, mesmo que pelos particulares, dentro de uma esfera mínima de abrangência que venha a interferir no exercício de cidadania, ou seja, o Estado exigindo a inclusão social.⁹⁰ De forma que nesse paralelo percebe-se o princípio democrático a propagar seus efeitos de forma irradiante nas relações entre os particulares, deixando transparecer o

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito”. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 240, 2005. p. 01-42, p.28.

⁸⁸ “A mera idéia de democracia não parece, pois, hoje – e só por si – legitimar a noção liberal de primado dos direitos de liberdade (incluindo os de liberdade econômica), pois integra uma concepção de liberdade, que é ela própria aparente, e que supõe a liberdade da necessidade que é justamente actuada através dos direitos sociais.” PRATA, Ana. Op. cit., p. 133.

⁸⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O “mínimo...”, p. 8.

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 307.

contrato como elemento central para a verificação da efetiva realização de direitos fundamentais.⁹¹

3.2 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Direitos fundamentais sociais que surgem com o Estado Social de Direito, cuja finalidade está na intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas, de forma a regular a ordem econômica e social de maneira diversa e mais abrangente do que se tinha no Estado Liberal.⁹² Permuta-se a justiça comutativa incidente do Estado Liberal para a justiça distributiva preconizada pelo Estado Social. O contrato passa a ser aceito somente quando realiza a função social insculpida na Constituição Federal brasileira. Da mesma forma, o Código Civil de 2002, reconhece a função social do contrato como elemento utilizado para aferir o conteúdo e o limite da liberdade contratual.⁹³

O problema consiste na aplicação destes direitos fundamentais sociais, quando precisam da anuência do legislador ordinário para a sua efetivação. E, estabelecer que normas de direitos sociais são normas programáticas, destituídas de força vinculante, ao mesmo tempo em que dependem da vontade do legislador e de recursos públicos para ter sua aplicabilidade concretizada, seria destituir os direitos fundamentais sociais de sua eficácia imediata.⁹⁴

Contudo, existe uma esfera mínima de tutela ao redor do indivíduo, que exige a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, quando nos referimos às relações entre o Estado e os cidadãos, com amparo no mínimo existencial ao assegurar uma existência digna.⁹⁵

⁹¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O “mínimo...”,** p. 8.

⁹² Idem..

⁹³ Idem. “Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade “Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170 da CF/88). À justiça social importa “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3 e art. 170, VII, da CF/88) “

⁹⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O “mínimo...”,** p. 4675.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...,** p. 313.

SARLET⁹⁶ pontua que o Estado tem o dever de realizar direitos fundamentais sociais de forma (eficaz) plena, com aplicabilidade imediata, caso contrário, estaria a aplicar a Constituição da mesma forma do liberalismo clássico. Contudo, pondera ao perceber a inexistência de soluções uniformes nesta seara, no que tange à forma mediata ou imediata, a qual só poderá ser aferida no caso concreto, dependendo de uma norma infraconstitucional de Direito Privado e, da forma pela qual esta regula as relações entre particulares. Segundo esse entendimento, ocorrerá uma “aplicação direta da Constituição quando inexistir lei ordinária concretizadora; quando não houver cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou mesmo; quando o seu campo de aplicação for mais restrito do que o das normas constitucionais.”⁹⁷

3.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO CONTRATO: A TUTELA DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”

NEGREIROS considera o mínimo existencial como sendo “a linha de separação entre a humanidade e a desumanidade”⁹⁸ e aponta para Ricardo Lobo Torres que, em suas palavras, conclui que o mínimo existencial “não tem dicção constitucional própria. A Constituição de 1988 não o proclama em cláusula genérica e aberta, senão que se limita a estabelecer que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3, III), além de imunizá-lo em alguns casos contra a incidência de tributos (art. 5, itens XXXIV, LXXII, LXXIII, art. 153, §2, item II e §4, etc.).”⁹⁹

NEGREIROS aborda a utilidade existencial, expressa pela essencialidade do bem, fato ao qual deve ser atribuída à hierarquia das necessidades humanas a forma de estabelecer um padrão de diferenciação dos contratos, desde a codificação até os dias de hoje.

Cabe refletir com relação a aplicação do mínimo existencial e sua eficácia nas relações entre particulares, pautado na consideração de que se é possível uma eficácia prestacional social nas relações verticalizadas, também, poderá sê-lo, nas relações entre particulares. (resta saber de

⁹⁶ Ibidem., p. 358.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 393.

⁹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**—imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 125.

que forma e em que medida) Para, então, partindo deste pressuposto, estabelecer o momento em que ocorre essa eficácia e a sua intensidade na tutela de um direito fundamental, bem como seus efeitos.

Com relação à vinculação dos particulares aos Direitos fundamentais, tendo como base o art. 5º., §1º., da CF/88., afere-se sua aplicabilidade imediata, cabendo a todos os órgãos estatais o dever de maximização de eficácia e efetividade.¹⁰⁰

Todavia não se pode considerar esta eficácia direta (em princípio), no âmbito das relações privadas, como sendo absoluta, tendo em vista a necessidade de se adotar soluções diferenciadas¹⁰¹ de acordo com o caso concreto e o(s) direito(s) fundamental(is) em conflito. Deve-se buscar a solução na ponderação de valores, pautados em critérios embasados no princípio da proporcionalidade, sem que possa ocorrer excesso de um lado ou insuficiência de outro.¹⁰²

O momento em que ocorre essa ponderação é justamente o ponto culminante merecedor de atenção. Com a possibilidade de estabelecer a eficácia e a intensidade da vinculação dos particulares às circunstâncias do caso concreto (passível de aferição por intermédio do contrato), é que, concomitantemente, se torna possível prever a garantia de um mínimo existencial, bem como a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Devendo ser utilizados critérios de interpretação sistemática, de maneira a aferir no caso concreto maior ou menor desigualdade fática, em que tanto maior se fará necessária a tutela de um direito fundamental quanto maior for o desnível em termos de poder de um particular em detrimento do outro.¹⁰³

Quanto aos efeitos, SARLET parte do pressuposto que os direitos fundamentais sociais no contrato geram efeitos “para as e nas” relações entre particulares nas suas duas dimensões: negativa (defensiva) e positiva (prestacional).¹⁰⁴

SARMENTO¹⁰⁵ reconhece os direitos subjetivos a prestações a que têm direito os particulares, contudo coloca que o mesmo deve se dar com certa precaução¹⁰⁶.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais...**, p. 585.

¹⁰¹ “É inviável advogar a existência de soluções uniformes também no que diz com a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, já que a o adequado manejo da eficácia direta (mas não necessariamente igual!) e a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deve ser pautada de acordo com as circunstâncias do caso concreto...” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1289.

¹⁰² ALEXY, ao tratar das situações de conflitos entre princípios, em que a solução da-se pela ponderação de valor, e, não, pela lógica do “tudo ou nada”. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais...**, p. 586.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 589.

Ora, se esta eficácia prestacional é possível fora da esfera de abrangência que consideramos como mínimo existencial, porque, então, não considerá-la ao pensar em prestações imprescindíveis à vida digna, que inclusive, podemos tomar como base o princípio da solidariedade. A solidariedade não deixa de ser uma obrigação social, pois vincula não só o Estado como toda a sociedade, conforme propõe nossa Constituição.

Contudo, afirma SARMENTO, que o reconhecimento da necessidade de ter um direito subjetivo, derivado de uma prestação social contra entidade privada, necessita de uma devida ponderação com relação aos bens e direitos, em face do caso concreto, para que se precise a sua essencialidade de cada qual, por intermédio de um exame minucioso dentro dos parâmetros do princípio da proporcionalidade.¹⁰⁷

Não obstante, ainda seja possível prever a necessidade de um maior aprofundamento, no que diz respeito à concretização desses direitos, uma vez que não se percebe uma incidência de direitos fundamentais sociais de certa forma uniforme, conforme aponta PINHEIRO ao concluir que: “a casuística da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais nas relações contratuais, recolhida da jurisprudência brasileira, revela que essa incidência não é o uniforme, mas que reclama soluções diferenciadas.”¹⁰⁸

No que tange ao direito à saúde, podemos perceber a tutela do mínimo existencial em contratos de plano de saúde privado, em que as empresas alegam não existir cobertura contratual, contudo acabam por serem obrigadas a custear as despesas de seus segurados em face dos direitos fundamentais assegurados pela CF/88.¹⁰⁹

Outra aplicação tem em face da usucapião constitucional urbano e rural, em que se dá a aquisição originária, pela posse da propriedade que outrora pertencia a outro particular, em face de princípios como a função social consubstanciada pelo mínimo existencial.¹¹⁰

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 342.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 349. Precaução no que diz respeito à “necessidade de estabelecimento de *standarts* para esta vinculação”

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 349.

¹⁰⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O “**mínimo...**”, p. 15.

¹⁰⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível No. 2009.001.10127. Des. Mauricio Caldas Lopes- Julgamento: 18/03/2009 – Segunda Câmara Cível. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=CONxWEB&PGM=WEBPCNU88&PORTAL=1&N=200900110127&protproc=1>> Acesso em: 28 ago. 2009.

¹¹⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível No. 2009.001.03786. Des. Luisa Bottrel Souza- Julgamento: 18/03/2009 – Décima sétima Câmara Cível. Disponível em:

Portanto, a efetividade dos direitos fundamentais se mostra favorável pela busca das situações existenciais, nas quais se preserva o núcleo essencial, pautado na dignidade da pessoa humana, e, esse se satisfaz no momento da realização da ponderação de valores em conflito.

Luís Roberto BARROSO, aponta a importância da atuação dos três poderes e o dever de realizar os direitos fundamentais, com o propósito fulcrado na busca da otimização desses e, para além dessa obrigação, quando se refere a um mínimo assegurado no seu núcleo essencial. Portanto, em seus dizeres: “Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – **têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.**”¹¹¹ (grifo nosso) E BARROSO, complementa ao colocar que: “**O princípio democrático, por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular...**” em que “...A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.”¹¹² (grifo nosso) E, BARROSO, por fim completa a argumentação ao pontuar que: “**cabe ao Judiciário agir...para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente.**”¹¹³ (grifo nosso)

Ainda, dentro da mesma abordagem, procura-se saber por intermédio de autores brasileiros, como se realiza dentro do espírito do princípio democrático, uma maior efetividade dos direitos fundamentais e, para tal, observa-se que autores como Lênio Luiz Streck¹¹⁴, Gisele Cittadino¹¹⁵ e Luís Fernando Barzotto¹¹⁶ defendem uma Constituição de valores com posições aparentemente diferentes, contudo, concordam e concluem pela substantividade da Constituição

<<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=CONxWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBPCNU88&N=200900103786>> Acesso em: 28 ago. 2009.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582> Acesso em: 12 set. 2009.

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹¹⁵ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG, 2003.

¹¹⁶ BARZOTTO, Luís Fernando. **A democracia na constituição.** São Leopoldo: Unisinos, 2003.

brasileira, pela supremacia dos direitos fundamentais, bem como pelo ativismo judicial para a concretização dos direitos fundamentais constitucionais.¹¹⁷

Para Lênio Streck, a dimensão material da democracia substantiva estabelece, pela Constituição, os limites do que deve e do que não pode ser decidido, por qualquer maioria, obrigando o respeito aos direitos fundamentais e aos demais princípios axiológicos, pela legislação por ela estabelecidos.¹¹⁸

Nesse sentido, BARBOZA, comenta que: “a Constituição Federal de 1988, apesar de dar valor ao procedimento democrático, prioriza a proteção dos direitos fundamentais, enquanto valores substantivos escolhidos pela sociedade e brasileira.”¹¹⁹ Da mesma forma, salienta, quando faz referência a uma possível área de conflito, em que o princípio democrático se defronta com princípio constitucional, em suas palavras que: “apesar dos direitos fundamentais limitarem os procedimentos democráticos, essa limitação se justifica na proteção de minorias e na realização de uma democracia e substantiva, razão por que, também se justificará a legitimidade da jurisdição constitucional na proteção e realização dos direitos fundamentais.”¹²⁰

Nessa linha de pensamento, o Estado Democrático de Direito está voltado ao papel do Direito e da justiça constitucional na busca da igualdade substancial e da justiça social. Dentro dessa concepção valorativa, o Poder Judiciário serve como “Garantidor dos direitos fundamentais que não foram realizados pelo Poder Executivo, quer seja por problemas operacionais ou orçamentários próprios, quer seja por esperar uma regulamentação por parte do Poder Legislativo, para operacionalização, que, por sua vez, nunca chega a ocorrer.”¹²¹

Cabe aqui, abrir-se um momento de reflexão, indagando sobre os efeitos desse poder político, quer cedido ou abarcado pelo Poder Judiciário. Esse amplíssimo poder, político, transferido ao Poder Judiciário, gera muitas discordâncias no âmbito do Direito. Contudo, encontra-se uma explicação nas palavras de José Antônio da SILVA, que encontra respaldo também em Ronald DWORKIN e Mauro CAPELLETTI ao constatar que “a democracia é regime geral de garantia da realização de direitos fundamentais”¹²², na qual as minorias têm

¹¹⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 71.

¹¹⁸ Ibidem, p. 74.

¹¹⁹ Ibidem, p. 131.

¹²⁰ Ibidem, p. 132.

¹²¹ Ibidem, p. 149.

¹²² SILVA, José Antônio da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 47.

mais chance de proteção pelo Poder Judicial uma vez que “...os ricos têm mais poder sobre o Legislativo do que os pobres...”¹²³, e tendo em vista que o processo Judicial¹²⁴ acaba por ser mais participativo, na medida em que permite ao povo ter um sentimento maior de pertencimento por poder ser ouvido.

E, complementarmente, percebe-se desde então, a importância do Judiciário¹²⁵ e a sua legitimidade, ao proferir decisões, de forma hermenêuticamente ponderada com relação aos conflitos, cuja finalidade precípua está, tão somente, na busca da concreção material dos Direitos e garantias fundamentais. Atuação essa, que se mostra imprescindível para a obtenção de uma maior efetividade dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do Direito Privado em face dos abusos e da manifesta situação de desigualdade nas relações contratuais, provoca uma releitura do instituto do contrato pautado nos valores constitucionais. O contrato passa a ter uma leitura mais humanitária, transformando-se em instrumento para realização de direitos fundamentais nas relações interprivadas, na busca da igualdade substancial e da justiça social.

Essa releitura, propõe a promoção de valores existenciais, pautados no critério da utilidade do bem jurídico a ser protegido, levando em conta as necessidades humanas cujo bem esteja destinado a satisfazer. O paradigma da essencialidade do bem vem colocar o contrato como instrumento, na medida em que, permite a conciliação da liberdade com a solidariedade na seara contratual, deixando transparecer a separação dos interesses patrimoniais de antes para os existenciais de agora.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 31,32.

¹²⁴ CAPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de oliveira. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 100.

¹²⁵ “...característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, a como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui.” COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no regime democrático. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 51, n. 18, 2004. p. 151.

DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS:
A EFICÁCIA HORIZONTAL E A INSTRUMENTALIDADE DO CONTRATO

Não obstante, a possibilidade da aplicação da teoria mediata por intermédio da interpretação, aplicação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, esteja em conformidade com a possibilidade de uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, quer se crer que, frente ao caso concreto brasileiro, há que se pender para uma aplicabilidade direta, em face da dificuldade de se obter os direitos fundamentais sociais necessários para a preservação do mínimo existencial.

Das teorias abordadas no presente estudo, pendem-se para a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interpessoais. Essa teoria veio apesar de críticas não lhe faltarem, locupletar as lacunas existentes no nosso ordenamento jurídico, permeado pela igualdade formal e injustiça social, a fim de eliminar ou, ao menos minorar, as discrepâncias em termos de desigualdades e injustiças.

Nos moldes da eficácia direta, a atuação do poder judicial se faz premente, fazendo prevalecer o direito fundamental concernente à tutela da pessoa humana em detrimento da autonomia privada e, tanto maior será essa prevalência tutelar da pessoa quanto maior for a manifesta desigualdade entre as partes.

Os Direitos fundamentais sociais, jufundamentalmente, ao serem aplicados nas relações entre particulares, corroboram ao mesmo tempo em que afirmam o princípio democrático, na sua consecução, em busca dos fins propugnados pela Constituição, cuja finalidade encontra-se em prol da satisfação do indivíduo como pessoa humana.

Não há como deixar de relevar as críticas contrárias à eficácia horizontal, quando a doutrina faz menção a anulação da autonomia da vontade, pelo poder excessivo do Judiciário, comprometendo a liberdade individual e a liberdade contratual. Entretanto, justifica-se o ponto de vista do lado oposto e favorável à eficácia horizontal, ao colocar que até mesmo as relações entre Estado e cidadão, não preservam, de forma adequada, as condições existenciais da pessoa humana, em face das desigualdades do poder social e sua influência nas relações contratuais. Servindo a eficácia direta como instrumento para a correção das desigualdades sociais. Todavia, deve-se primar pela ponderação de valores, uma vez que, se aplicada de forma extrema pode vir a neutralizar a liberdade a que se procura.

Por fim, cabe salientar a existência de um pequeno reduto, ao aproximar-se da esfera de abrangência do direito fundamental do indivíduo como pessoa humana. Esse, o núcleo em dignidade humana, indisponível até mesmo para o próprio titular do direito, gerando, inclusive,

um dever de proteção estatal de proteção da pessoa contra si mesmo quando houver a possibilidade da sua violação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. **Revista do Tribunal Regional Federal**, Brasília, v. 8, n. 4, p. 635-651, out./dez. 1996.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito”. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 240, 2005. p. 01-42.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582> Acesso em: 12 set. 2009.

BARZOTTO, Luís Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1289.

DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS:
A EFICÁCIA HORIZONTAL E A INSTRUMENTALIDADE DO CONTRATO

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de oliveira. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no regime democrático. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 51, n. 18, 2004.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essência, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. O novo desenho jurídico do contrato. Prefácio à obra: In: _____. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2006. p.17-19.

_____. Contemporaneidade, novos direitos e o direito civil-constitucional no Brasil. In: **A construção dos novos direitos**. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 224-231.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. 2. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARQUES, Claudia Lima. **Contrato no código de defesa do consumidor.** 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARSH v. ALABAMA . 326 U. S. 501 (1946) Empresa privada com o domínio de uma cidade privada no interior de sua propriedade, na qual através de cláusula contratual proibia que testemunhas de Jeová ali pregassem. A Suprema Corte decidiu que não podia proibir por ser inconstitucional. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR-0326_0501_ZO.html> Acesso em: 10 jul. 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no Direito Privado.** São Paulo: RT, 2000. p.306.

MORAES, Maria Celina Bodim de. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO LÔBO, Paulo Luiz. **Contrato e mudança social.** RT, São Paulo, v. 722, p. 40-45, 1995.

PERLINGERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Trad. De Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O “mínimo existencial” no contrato:** desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais. Disponível

em: <compedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf>
> acesso em: 05 nov. 2008.

_____. **Percurso teórico da boa fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro.** Curitiba, 2004. 347 f. Tese. (Doutorado) – Setor de Ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982. p. 137.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales em lãs relaciones entre particulares.** Madrid: Civitas, 1981.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível No. 2009.001.10127. Des. Mauricio Caldas Lopes- Julgamento: 18/03/2009 – Segunda Câmara Cível. Disponível em:
<<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=CONxWEB&PGM=WEBPCNU88&PORTAL=1&N=200900110127&protproc=1>> Acesso em: 28 ago. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível No. 2009.001.03786. Des. Luisa Bottrel Souza- Julgamento: 18/03/2009 – Décima sétima Câmara Cível. Disponível em:
<<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=CON>>

xWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBPCNU88&N=200900103786.>

Acesso em: 28 ago. 2009.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. J. C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, José Antônio da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOMBRA, Thiago. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Notadez/Fonte do Direito**, Porto Alegre, n. 341, p. 11-26, mar. 2006.

_____. As relações de consumo e nova teoria contratual. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Rio de Janeiro, a.4, n.4, e a.5, n. 5, 2003-2004. disponível em: <http://www.scribd.com/doc/6486487/Normas-Constitucionais-e-Direito-Civil-Artigo-de-Tepedino>. acesso em: 20 ago. 2009.

_____. **Temas de direito civil**. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**—imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 125.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: analisis de la jurisprudência del tribunal constitucional. Madrid: Centro de Estudios políticos e Constitucionales, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

VIEIRA, Lizt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999