

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO PRIVADO E CONSTITUIÇÃO - CONTRATOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniel Sperb Rubin

1. INTRODUÇÃO:

O presente estudo propõe-se a analisar as relações entre o Direito Privado e a Constituição, especialmente no que tange à incidência de normas constitucionais nas relações contratuais privadas, bem como as conseqüências daí advindas. O objetivo é demonstrar que há fundamento jurídico a embasar a aplicação de direitos fundamentais às relações privadas, o que, por sua vez, tem estreita relação com um tema que tornou-se preocupação diária do jurista nos dias de hoje: a efetividade dos direitos previstos na Constituição.

Trata-se de tema que começa a ser discutido pela doutrina brasileira, configurando uma faceta do fenômeno que se convencionou chamar de “constitucionalização do Direito Civil”.

Importante esclarecer, de início, o que entendemos por “constitucionalização do Direito Civil”. Segundo alguns, trata-se de tendência contemporânea do Direito, que se constitui, nas palavras de ORLANDO GOMES¹, na “migração de princípios do Direito Civil para o Direito Constitucional”.

¹ Orlando Gomes. “A Agonia do Código Civil”. In Revista de Direito Comparado Luso-Brasileira, 1988, p. 1-7.

Verifica-se, pois, uma tendência de os novos modelos de Constituição definirem proposições diretoras dos principais institutos do direito privado. Assim, o texto constitucional passa a ter disposições reguladoras da propriedade, da família, e das obrigações, instituições que, segundo CARBONNIER², formam os três pilares do direito privado. Neste sentido, não se trata de tema novo, embora de atual discussão. Já no início do século passado a Constituição de Weimar, em seu célebre artigo 153, estabelecia que “a propriedade obriga”. Tratava-se, pois de norma constitucional aplicável ao instituto da propriedade, um dos pilares do direito privado. Desde então, ao longo do século, outras Constituições passaram a tratar de temas antes privativos do Direito Civil, o que levou a alguns juristas a afirmarem estarmos diante da publicização do Direito Civil³.

Todavia, o significado da expressão não se esgota neste sentido.

Com efeito, mais do que a mera migração de princípios do Direito Civil para o Direito Constitucional, a constitucionalização do Direito Civil traz à tona também, e fundamentalmente, o debate sobre a aplicação dos direitos fundamentais expressos na Constituição às relações jurídicas privadas, nas quais o contrato tem posição de destaque. Este é o enfoque, pois, que damos à expressão “constitucionalização do Direito Civil”.

² Jean Carbonnier, “Flexible Droit”, 7ª Ed., Paris, 1982.

³ Segundo Francisco do Santos Amaral Neto, “No quadro Atual dessas modificações, a nota característica que sobressai, a marcar indelevelmente a civilística contemporânea, é a presença crescente do Estado na disciplina da matéria de Direito Privado, absorvendo-lhe os princípios cardiais em torno dos quais se edificaram, ao longo dos séculos, a ciência e o sistema do direito comum, dando-lhe os foros de superioridade que levariam juristas a afirmar estarmos em face da publicização do Direito Civil”, in “A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural de Funcional”, artigo publicado na Revista de Direito Civil nº 46, p. 19.

Segundo informa PEREIRA DA SILVA⁴ “o problema de saber se tais direitos fundamentais produzem efeitos, apenas nas relações indivíduo/Estado, ou também nas relações interprivadas, foi suscitado e, durante muito tempo, quase só discutido na doutrina alemã. Ao que parece, teria sido Ipsen a ‘batizar’ o nosso problema, atribuindo-lhe o nome de ‘Eficácia externa dos direitos fundamentais’ (Drittwirkung der Grundrecht)”.

Desde já, adiantamos que entendemos ser possível a aplicação de direitos fundamentais às relações jurídicas privadas (sob determinadas condições), afetando, pois, as obrigações e, por conseguinte, os contratos, fonte principal das obrigações. Analisaremos o fenômeno, em si, e seus reflexos no direito contratual.

A confirmar que, embora atual, o tema não é completamente novo, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO⁵ afirmava, referindo-se à Constituição Espanhola de 1935, que “nenhuma outra questão de Direito tem tido tanta repercussão como a da influência da nova Constituição sobre as relações jurídicas civis”.

No Brasil, CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA⁶ já referia o assunto em 1976. Mais recentemente, CLÁUDIA LIMA MARQUES⁷ e LUIZ RENATO FERREIRA DA SILVA⁸ referem expressamente a “drittwirkung” em suas obras.

Não obstante, INGO WOLFGANG SARLET⁹ anota que o tema permanece praticamente intocado, na doutrina pátria¹⁰.

⁴ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. “Vinculação Das Entidades Privadas Pelos Direitos, Liberdades e Garantias”. In Revista de Direito Público, 82, p. 41-52.

⁵ apud Ricardo Luis Lorenzetti, “Fundamentos do Direito Privado”. RT 1998, 1a. ed. p. 252.

⁶ “A Obrigação Como Processo”, José Bushatsky, São Paulo, 1976, pp. 23/24.

⁷ “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1995, p. 126.

⁸ “Revisão dos Contratos: Do Código Civil ao Código do Consumidor”, Ed. Forense, 1999, p. 34.

⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”. Livraria do Advogado Editora. 1998, p. 333.

¹⁰ Já nem tanto. O próprio autor trata do tema com profundidade em recente ensaio intitulado “Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais”, publicado na

Como todo o fenômeno jurídico, a constitucionalização do Direito Civil, em especial a “drittwirkung”, tem origens e causas em profundas alterações ocorridas na sociedade. No nosso caso, notadamente as alterações verificadas no final do século XIX e durante o século XX.

As grandes transformações econômicas e sociais verificadas no Brasil no século XX, dentre as quais pode-se ressaltar a mudança de uma sociedade agrária para uma sociedade industrial e urbana¹¹, a expansão da classe média, e o conseqüente aumento do consumo, criaram uma sociedade de massas, gerando formas de vinculação negocial sequer imaginadas no início do século.

Assim, hoje, as obrigações e, por conseguinte, os contratos, assumiram formas diversas, onde a autonomia da vontade, por vezes, exerce papel quase irrelevante.

Segundo JUDITH MARTINS COSTA¹², “nenhum de seus campos (do Direito) parece ter sido mais afetado pela ‘standardização’ social do que o Direito das Obrigações, em especial o Direito dos Contratos: aí, hoje, se verificam, por exemplo, inúmeras formas de vinculação negocial, onde sequer se cogita do papel da vontade a reclamar espaço e qualificação jurídica”.

ENZO ROPPO¹³ anota que “desde os tempos do ‘laissez-faire’ - desde a época clássica do liberalismo econômico e político - as sociedades ocidentais sofreram transformações

Revista de Direito do Consumidor nº 36, pp. 55/104. O mesmo artigo foi publicado também na obra, recentemente lançada, “A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado”, na qual consta, também, ensaio de Júlio César Finger sob o título “Constituição e Direito Privado: Algumas Notas Sobre a Chama-da Constitucionalização do Direito Civil”, pp. 85/106.

¹¹ A respeito ver o artigo “A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras”, por Carmem Lúcia Siveira Ramos, publicado na obra “Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, ed. Renovar.

¹² Ver a respeito o artigo “Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro”. In Revista AJURIS, no 56, 1992.

¹³ In “O Contrato”, Almedina Coimbra, 1988, p. 295 .

profundíssimas de ordem econômica, social e política que, por sua vez, incidiram sobre o instituto contratual, transformando-o profundissimamente. Nas sociedades contemporâneas, o contrato e o direito dos contratos apresentam-se-nos, assim, muito diferentes de como se apresentavam no século passado”.

Desta forma, na atualidade, o contrato como fonte de obrigações deve ser entendido não mais apenas na sua concepção clássica, em que duas partes, em igualdade de condições, discutem amplamente os termos da relação obrigacional que estão a constituir, mas também, e principalmente, como um meio de criação de obrigações decorrente da massificação das relações sociais e de consumo, onde a autonomia da vontade exerce papel reduzido, e a relação resta desequilibrada ante o demasiado poder de um dos contratantes.

É neste contexto, pois, o de uma sociedade de consumo e de massas (sociedade massificada), que o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil assume especial relevância na área dos contratos. Ao operador do direito não é mais dado desconhecer princípios e normas inseridas na Constituição quando da celebração, execução e análise dos contratos, sob a invocação da prevalência do princípio da autonomia da vontade. O estudo e análise de qualquer litígio advindo de relações contratuais pressupõe, necessariamente, o conhecimento de princípios constitucionais incidentes sobre a relação, principalmente os direitos fundamentais.

Daí a importância do tema, sua atualidade e seu evidente aspecto prático, na medida em que a massificação da sociedade leva à massificação das relações contratuais que, no mais das vezes, são relações em que uma das partes é hipossuficiente e vulnerável em relação à outra, dotada de demasiado poder. Tais relações, ainda que privadas, deverão se adequar às normas constitucionais pertinentes.

De fundamental importância, portanto, uma análise histórica do fenômeno, ainda que breve, pois indispensável à sua com-

preensão, na medida em que se trata de fenômeno estreitamente vinculado às alterações econômicas e sociais de nosso tempo. A análise histórica desta tendência, que adiante se fará, é que permitirá a compreensão de suas origens e causas.

São vários os direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988 aplicáveis às relações contratuais, destacando-se os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)¹⁴, da solidariedade social (art. 3º, I), da proibição de discriminação em função de origem, sexo, cor e idade (art. 3º, IV) e da igualdade (art. 5º “caput”).

Indispensável, deste modo, analisar-se o papel da Constituição na concreção dos princípios aplicáveis aos contratos, bem como a intervenção do Juiz na aplicação de tais princípios. O processo de incidência dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) e a eficácia mediata ou imediata de tais direitos, é igualmente questão a ser tratada ao longo do estudo, buscando-se esclarecer porque, e em que medida, tais direitos são aplicáveis às relações de ordem privada. Buscaremos também exemplificar as possibilidades de aplicação de normas de direitos fundamentais aos contratos.

2.Origens e Causas do Fenômeno:

O surgimento da tendência constitucionalizante do Direito Civil coincide com o início da decadência da codificação como instrumento legislativo apto a resolver quase a totalidade dos conflitos resultantes das relações sociais. Contudo, não se trata de simples coincidência.

¹⁴Princípio este que, segundo Júlio César Finger, é sempre citado como um princípio matriz de todos os direitos fundamentais. *In* “A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado”, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 94.

O século XIX presenciou o auge da codificação. A necessidade de se superar o particularismo jurídico até então vigente, e a conseqüente falta de unidade jurídica no ordenamento positivo, o que causava sérios problemas no plano da certeza jurídica, foram fatores fundamentais para o fortalecimento da idéia de codificação. Por outro lado, no campo político, a codificação apresentava-se como instrumento ideal para o absolutismo implantar sua política de unidade administrativa e legislativa.

Acrescente-se a estes dois fatores as idéias iluministas no campo legislativo, conforme as quais, a lei devia ser única e proveniente do legislador, bem como produto da razão, motivo pelo qual era considerada superior à tradição e, portanto, aos costumes.

Por fim, ainda segundo os iluministas, as leis deveriam ser poucas, claras e simples¹⁵. Todos estes fatores favoreceram o surgimento da codificação como idéia de um sistema fechado e unitário, no qual se encontraria todas as soluções de litígios verificados nas relações privadas, fenômeno que BOBBIO definiu como sendo o “fetichismo da lei”¹⁶. Como expoentes máximos deste fenômeno, temos o Código Civil Francês (Código Napoleônico) de 1804 e o Código Civil Alemão (BGB) de 1900.

¹⁵ A respeito ver Fábio Siebeneichler de Andrade, “Da Codificação”. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997.

¹⁶ “A cada grande codificação (desde a francesa de 1804 até a alemã de 1900) desenvolveu-se entre os juristas e os juizes a tendência de ater-se escrupulosamente aos códigos, atitude esta que foi chamada, com referência aos juristas franceses em relação aos códigos napoleônicos, mas que se poderia estender a cada nação com Direito codificado, de *fetichismo da lei*”. Ainda sobre a prevalência da codificação no século passado, o jusfilósofo italiano afirma: “Uma expressão macroscópica dessa vontade de completude foram as grandes codificações; e é justamente no interior de uma dessas grandes codificações, note-se bem, que foi pronunciado o veredicto de que o juiz deve julgar permanecendo sempre dentro do sistema já dado. A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se”. in “Teoria do Ordenamento Jurídico”, ed. UNB, 10ª ed. 1997, p. 121.

Neste contexto histórico, pois, no qual o código deveria ter a solução para a totalidade dos conflitos sociais de natureza privada, era natural que a Constituição se limitasse ao seu papel tradicional, ou seja, à definição da estrutura do poder do Estado e delimitação deste poder, e à enumeração dos direitos e garantias individuais. Visava-se, como afirmou RAISER¹⁷, a proteger a independência da sociedade contra “ataques” do Estado .

Por outro lado, como resultado das idéias liberais então vigentes, a autonomia da vontade era princípio sagrado e intocável, não se admitindo a intervenção do Estado nas relações privadas, a não ser para justamente preservar os direitos individuais. Na então tradicional dicotomia entre Direito Privado e Direito Público, o Código Civil tratava exclusivamente das relações de direito privado (motivo pelo qual era visto como a “Constituição Privada”¹⁸), sendo a Constituição o campo, por excelência, do Direito Público, sem uma interpenetração clara entre ambos. Foi nesta época, na qual o dogma era a nítida separação entre o Estado e a Sociedade, que nasceu o Direito Constitucional.

Nada mais natural, portanto, que as Constituições da época não tratassem de temas relativos ao direito privado, pois isto era da competência dos códigos. Nada mais natural, também, que a doutrina sequer cogitasse da possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, porquanto tais direitos surgiram como forma de defesa do cidadão contra o Estado e não do cidadão contra o cidadão.

Prevalecendo a autonomia da vontade como princípio básico de toda a ordem jurídica então vigente, não se admitia que,

¹⁷ Conforme Ludwig Raiser, *in* “O Futuro do Direito Privado”, artigo publicado na *RPGERGS*, n° 9, 1979, p. 18.

¹⁸ Referindo-se ao Código Napoleônico, Júlio César Finger informa que “O Código Civil era visto, então, como a ‘Constituição Privada’, que regulava a vida dos cidadãos desde o nascimento e até depois de sua morte. Neste contexto, a divisão entre direito público e direito privado era praticamente absoluta, sendo o primeiro o destinado a regular os interesses gerais e o segundo, as relações entre as pessoas privadas”, *ob. cit.* p. 86.

numa relação contratual privada, pudesse uma das partes estar em situação de inferioridade ante a outra. Era impensável que a Constituição, identificada com o Direito Público, pudesse ser aplicada a relações de direito privado, reservadas exclusivamente para os códigos, o que configuraria intolerável intervenção estatal nas relações privadas.

Pressupunha-se que o auto-regramento das relações privadas pelas partes, sob a égide da autonomia da vontade, permitiria o livre desenvolvimento das potencialidades humanas, favorecendo o desenvolvimento econômico e social, com um mínimo de conflitos. Pressupunha-se, igualmente, que as partes estavam em condições de igualdade para exercerem livremente sua vontade.

Vivia-se a era da certeza, marcada pelo equilíbrio e estabilidade, que era propícia à preservação da figura do código como forma por excelência de legislação. Era dominante a idéia de o código e, por extensão o direito privado, constituir-se em um sistema fechado, englobando a totalidade dos conceitos e regras do ordenamento jurídico.¹⁹

Este quadro perdurou até o início do século XX. A maioria dos autores assinala a 1ª. Guerra Mundial como o momento em que as estruturas liberais até então vigentes passaram a ser colocadas em xeque.

As profundas mudanças econômicas, políticas e sociais ocorridas no fim do século XIX e início do século XX mostraram que o modelo liberal apresentava claros sinais de esgotamento.

A industrialização, a expansão comercial e a explosão demográfica tornaram a sociedade altamente complexa. Foi tal complexidade que tornou necessária a intervenção estatal.

Inicialmente, o Estado foi chamado a intervir na economia, o que causou evidentes reflexos no Direito Civil. Segundo MA-

¹⁹Conforme Fábio Siebeneichler de Andrade. ob. cit. p. 111

RIA CELINA B. M. TEPEDINO²⁰ “diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o Direito Civil viu modificadas as suas funções e não pôde mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores”.

Mas a grande mudança decorreu da massificação social, levando à massificação das relações, pois isto atingia diretamente o princípio básico de todo o ordenamento jurídico então vigente: a autonomia da vontade.

Com efeito, a complexidade das relações obrigacionais surgidas dentro de uma sociedade massificada fez surgir formas de vinculação negocial onde a autonomia da vontade restou reduzidíssima. Começou a ficar evidente o desequilíbrio existente entre as partes integrantes de relações contratuais, bem como que “o simples cumprimento dos postulados de liberdade e igualdade com proteção do Estado pode resultar em verdadeiros paradoxos pois a sociedade apresenta amiúde diferenças econômicas e sociais entre seus componentes, que se acentuam continuamente num regime apenas negativo de organização política”.²¹

Diante desta nova realidade, não era mais possível ignorar que o Direito Civil, dentro de seus moldes tradicionais, baseado no princípio da autonomia da vontade, não mais apresentava soluções satisfatórias aos conflitos decorrentes da nova ordem econômica e social que se apresentava. Esta constatação é a gênese do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e, por conseguinte, da “Drittwirkung”.

O Estado é chamado a intervir para corrigir as deformações que um direito civil baseado no princípio da autonomia da von-

²⁰Maria Celina Tepedino, in “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”, artigo publicado na Revista de Direito Civil, no 65, p. 21-32

²¹Rosa Maria de Campos Aranovich, in “Incidência da Constituição no Direito Privado”, artigo publicado na RPGERGS, nº 22, 1994.

tade não apresentava capacidade para corrigir. Segundo RAISER²², onde os princípios jurídicos do direito privado não bastem para produzir a ordem social e econômica desejada, o Direito Público deve intervir, tanto para completar e embasar, quanto para delimitar e agir.

Neste aspecto, total procedência tem a afirmação de MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES²³ de que “as relações de ordem privada, as vicissitudes do tráfico jurídico em uma sociedade de massas, adquirem tal expressão que a garantia de uma disciplina justa dessas relações não pode mais ser subestimada pelo Estado. É para determinar o quadro e o padrão desta disciplina, que as Constituições modernas têm inserido em seus textos numerosas referências às categorias relacionais tradicionalmente só objeto de regulação no Código Civil”.

É pelo potencial (ou grau) de importância e problemática social que, a determinadas questões de natureza eminentemente civil, passou a ser dado tratamento constitucional. Assim, por exemplo, a Constituição passa a limitar o direito de propriedade, determinando que a mesma deve atender a sua função social e autorizando a desapropriação em caso de interesse público.

Todavia, como já referido, mais do que a simples migração de princípios do direito privado para o texto constitucional, verifica-se, também, a necessidade de que princípios fundamentais inseridos na Constituição tenham alguma influência nas relações privadas, pois, de nada adianta proteger os cidadãos contra os “ataques” do Estado, se não se protege o cidadão contra ataques de grupos ou corporações, por vezes mais poderosos que o próprio Estado.

Neste sentido, a positivação de um direito fundamental na Constituição o consagra perante o ordenamento jurídico, tor-

²² Ludwig Raiser, ob. cit. p. 25

²³ Maria Amália Dias de Moraes, in “A Constituição e o Direito Civil”, artigo publicado na RPGERGS, no 48, p. 47

nando-o imune a qualquer objeção acerca de sua validade, seja por parte do Estado seja por parte de particulares.²⁴

Estas são, em síntese, as origens e causas do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, como o entendemos. Esta evolução histórica do direito, como é fácil perceber, corresponde à passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito.²⁵

3. Os Direitos Fundamentais:

Das normas constitucionais aplicáveis às relações interprivadas, são as normas relativas aos direitos fundamentais que suscitam maior debate na doutrina. E isto é compreensível, na medida em que a aplicação de normas de direitos fundamentais às relações privadas cria complexidades de difícil entendimento.

Em primeiro lugar porque as normas de direitos fundamentais surgiram como defesa do cidadão contra os “ataques” do Estado, sendo aplicáveis às relações Estado/indivíduo e não às relações privadas. Em segundo lugar porque, sendo o direito privado o reino, por excelência, da autonomia da vontade, é difícil admitir-se a interferência, por assim dizer, de uma norma de direito público.

Tais questões serão analisadas com maior profundidade no decorrer desta exposição.

Por ora, é necessário esclarecer o conteúdo da expressão “direitos fundamentais”. Informa LORENZETTI²⁶ que “os direitos fundamentais têm sido chamados de garantias de liberda-

²⁴Floriano Azevedo Marques anota que “Um Direito Fundamental, uma vez incorporado ao ordenamento positivo, não aceita mais discussões acerca de sua validade, por parte de um sujeito ou de um grupo”, *in* “O Choque de Direitos e o Dever de Tolerância: Os Direitos Fundamentais no Limiar do Século XXI”, artigo publicado em *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n° 9.

²⁵No mesmo sentido, Ingo Sarlet, *in* “Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, p. 63, e Júlio César Finger, *ob. cit.* pp. 89/93, onde o autor discorre sobre a passagem do estado liberal, para o estado social, e deste para o estado democrático de direito.

²⁶*ob. cit.* p. 283.

de, direitos individuais, direitos participativos, direitos humanos ou direitos personalíssimos” (todavia, os direitos fundamentais não se confundem com os direitos humanos²⁷).

Direitos fundamentais são, pois, princípios constitucionais que consagram e garantem a liberdade, os direitos individuais, os direitos humanos e os direitos personalíssimos.

A Constituição brasileira consagra vários destes princípios, como já referido: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade social (art. 3º, I), da proibição de discriminação em função de origem, sexo, cor e idade (art. 3º, IV), da igualdade, do direito à vida, à liberdade, à segurança (todos previstos no art. 5º, “caput”), da liberdade de manifestação (art. 5º, IV), entre outros.

Ainda segundo LORENZETTI²⁸, a doutrina admite em geral uma classificação dos direitos fundamentais em graus, que registram uma certa evolução histórica. Para tanto, a doutrina divide os direitos fundamentais em direitos de primeira dimensão (ou geração), direitos de segunda dimensão, direitos de terceira dimensão e direitos de quarta dimensão.

Alinhando-nos às ponderações de INGO WOLFGANG SARLET²⁹ quanto ao uso da expressão “geração” para classificar os direitos fundamentais, optamos pelo uso da expressão “dimensão”, por ser mais exata à idéia que traz em si.

²⁷Ver a respeito, Luís Afonso Heck, *in* “Direitos Fundamentais e Sua Influência no Direito Civil”, artigo publicado na Revista do Direito do Consumidor n° 29, pp 40/54, para quem os direitos humanos atuam mais no plano abstrato e os direitos fundamentais mais no plano concreto, com o que se obtém “uma indicação para a relação entre eles e o direito civil, ou seja, o conhecimento da influência pressupõe, em primeiro lugar, esta diferenciação”.

²⁸ob. cit. p. 291.

²⁹Conforme o referido autor “num primeiro momento, é de ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos de cunho negativo, porque são dirigidos a uma abstenção do Estado, tendo, pois, como objetivo a proteção dos indivíduos contra as “agressões” do poder público. Configuram, pois, uma obrigação de não-fazer por parte do Estado em respeito à liberdade individual. Nas palavras de PAULO BONAVIDES³⁰ são “direitos de resistência ou oposição perante o Estado”. São exemplos dos direitos fundamentais de primeira dimensão, o direito à vida, à liberdade, à integridade física, à propriedade e à igualdade perante à lei.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os chamados direitos sociais: direito ao trabalho, a uma habitação digna, à saúde. A nota distintiva em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão é que, aqui, não mais se trata de uma abstenção do Estado para a preservação do direito fundamental, senão que exige-se justamente a ação estatal para sua implementação. Passa-se, pois, de uma dimensão negativa da atuação estatal para uma dimensão positiva.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais tem como característica a circunstância de se dirigir mais à proteção dos grupos humanos³¹, como a família, o povo, ou a nação, podendo ser considerados, portanto, direitos de titularidade coletiva ou difusa. A doutrina elenca entre os direitos fundamentais de ter-

fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de ‘fantasia das chamadas gerações de direitos’, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos, já até se cogitando de uma quarta dimensão”, in “A Eficácia ...”, p. 47.

³⁰Paulo Bonavides. “Curso de Direito Constitucional”, p. 517.

³¹Conforme C. Lafer. “A reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 131. apud SARLET, Ingo Wolfgang, “A Eficácia ...” p. 50

ceira dimensão os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, o direito de comunicação e o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico.

Por fim, verifica-se uma tendência de reconhecimento dos direitos fundamentais de quarta dimensão. A doutrina comumente cita como exemplo as questões referentes à homossexualidade, à troca de sexo, a recusa a tratamentos médicos que levem à morte, e a proteção contra a manipulação genética.

Feita esta rápida e apertada síntese com relação à classificação dos direitos fundamentais, cumpre enfrentar as questões referentes à eficácia das normas fundamentais, à sua aplicabilidade e a sua vinculação, tudo sem perder de vista o reflexo de tais questões nas relações contratuais.

3.1. Os Direitos Fundamentais e a Força Normativa da Constituição:

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, seja na forma de migração de princípios do direito privado para o direito constitucional, seja na forma da “Drittwirkung”, objeto do presente estudo, não seria possível caso não se passasse a admitir a existência de uma força normativa da Constituição, preconizada por HESSE, em contraposição às idéias de LASSALE³². Ou seja, o funcionamento das normas constitucionais como medida normativa das regras e atos jurídicos, ou a pretensão de eficácia da norma jurídica constitucional (capacidade de gerar efeitos).

Passa-se de uma concepção de Constituição como mera carta política e de princípios, destinada apenas a organizar e limitar os poderes do Estado, para a concepção de uma Constituição

³² Ver a respeito Konrad Hesse. “A Força Normativa da Constituição”. Fabris Editora, Porto Alegre, 1991, trad. de Gilmar Ferreira Mendes.

jurídica, dotada de força normativa e com pretensão de eficácia de suas normas. Deve-se observar que, se assim não fosse, não teria sentido o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, nos dois sentidos da expressão. Não haveria lógica em proceder à migração de princípios do Direito Civil, condensados em códigos, para a Constituição, se tais princípios não tivessem eficácia, e tampouco poder-se-ia pretender que normas consagradoras de direitos fundamentais pudessem incidir sobre relações jurídicas privadas (a constatação e aceitação destes dois fenômenos pela comunidade jurídica atestam a consagração das idéias de HESSE, pois confirmam que as questões constitucionais são e devem ser jurídicas, e não apenas políticas como pretendia LASSALE).

Ora, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA³³, as normas jurídicas, inclusive as constitucionais, são criadas para reger relações sociais, condutas humanas; enfim, para serem aplicadas. Assim, entendemos que a idéia de uma Constituição com normas meramente programáticas, e sem força normativa, deve, definitivamente, fazer parte do passado. JÚLIO CESAR FINGER anota, com razão, que “causa uma certa perplexidade a verificação da possibilidade de ainda ser defendida a inexistência de força normativa àquela que é reputada a norma superior de um ordenamento jurídico”.³⁴

Assim, a Constituição passa a ser perspectivada de uma maneira mais pragmática, como força determinante do conteúdo das leis, e os direitos fundamentais nela insculpidos, “são vistos como princípios objetivos e ativos, porquanto visualizados também do ponto de vista positivo e não apenas do pólo negativo, ao contrário do que ocorria anteriormente quando a sua função consistia em garantir ao indivíduo uma esfera protegida contra o peso do

³³ José Afonso da Silva. “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. ed. São Paulo, RT 1982, p. 41.

³⁴ Ob. cit. p. 104.

Estado, na qual pudessem os particulares decidir livremente o que dissesse respeito a sua vida, liberdade, opiniões, atividades, relações sociais e, principalmente relações econômicas”.³⁵

A primeira consequência desta nova maneira de perspectivar a Constituição é que, por força de adequação à ordem hierárquica, a legislação infraconstitucional vê-se obrigada a respeitar e proteger as liberdades e os direitos fundamentais previstos na carta maior. É a chamada eficácia negativa das normas constitucionais que impedem o surgimento de regras opostas no âmbito infraconstitucional.³⁶

Ressalte-se que já não nos limitamos a considerar os direitos fundamentais como meros instrumentos de defesa contra “ataques” do Estado, senão que eles passam a vincular o legislador infraconstitucional que, em sua atividade legislativa, deve estrita observância aos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais. Todavia, não se limita a respeitá-los, devendo também implementá-los por meio de leis que permitam sua aplicabilidade.

Portanto, passa-se de uma visão em que os direitos fundamentais exercem uma função negativa, no sentido de limitar a ação do Estado contra a liberdade do indivíduo, para uma função positiva, em que o legislador ordinário e a administração pública vêem-se na contingência de envidar esforços para concretizar tais direitos na vida diária.

Até agora, os direitos fundamentais foram tratados na perspectiva da relação Estado/indivíduo. E justifica-se, na medida em que tais direitos surgiram como defesa do indivíduo contra o Estado. A relação entre Estado/indivíduo é originalmente desequilibrada, uma vez que uma das partes ostenta demasiado poder ante à evidente debilidade da outra.

³⁵ Judith Martins Costa. ob cit. p. 71

³⁶ Ver a respeito Araken de Assis in “Eficácia das Normas Constitucionais”, artigo publicado na Revista da Ajuris 50, pp.33/50.

Todavia, considerando-se que nas relações privadas, freqüentemente reproduz-se o desequilíbrio verificado nas relações Estado/indivíduo, ante o desmedido poder de uma das partes e a debilidade de outra, sendo esta a razão do surgimento dos direitos fundamentais, é de se perguntar se também às relações jurídicas de ordem privada pode-se aplicar os direitos fundamentais.

A questão tem procedência, pois a ninguém é dado ignorar que, nos dias de hoje, e já de há muito, determinadas grupos e corporações são de tal forma poderosos que qualquer relação que venham a estabelecer com um indivíduo apresenta-se originariamente desequilibrada.

Assim como buscou-se equilibrar a relação entre Estado/indivíduo por meio dos direitos fundamentais previstos na Constituição, questiona-se também se não é possível buscar equilibrar as relações grupos poderosos/indivíduos por meio dos mesmos direitos fundamentais previstos na Constituição. Já se percebe que a questão de fundo diz respeito à aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas.³⁷ A questão assim posta, pois, é saber-se se as normas de direito fundamental vinculam apenas a administração pública e o legislador, ou se vinculam também as partes de uma relação jurídica privada, que estariam, neste caso, obrigados a observá-las.

A isto a doutrina chama de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em oposição à eficácia vertical. No próximo ponto, analisaremos a questão da eficácia dos direitos fundamentais, para, em seguida, tratarmos de sua eficácia entre particulares (eficácia horizontal).

³⁷ Anote-se que a legislação ordinária já faz isso - vide o Código de Defesa do Consumidor.

3.2. Eficácia dos direitos fundamentais:

As normas que tratam dos direitos fundamentais têm eficácia, ou ao revés, trata-se de normas meramente programáticas e que, portanto, seriam normas de princípios a serem concretizados pelo legislador ordinário e pela sociedade, de maneira lenta e gradual? Seriam elas apenas a indicação da vontade política de uma nação, indicando objetivos a serem alcançados e implementados ou, ao contrário, constituem-se em normas dotadas de eficácia e passíveis de aplicabilidade pelos juízes em casos concretos? A pergunta é meramente didática, pois, como já visto, as normas constitucionais têm eficácia. No entanto, nem sempre esta eficácia tem como consequência a incidência imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

Não se perca de vista que o assunto tratado diz respeito aos aspectos contratuais da constitucionalização do Direito Civil. Assim, é imprescindível o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, pois os mesmos são expressos por normas constitucionais e a sua eficácia, ou o grau de sua eficácia e o grau de sua aplicabilidade terá evidentes reflexos nas relações jurídicas privadas, notadamente as de ordem contratual.

É consenso entre os autores que inexistente norma constitucional completamente despida de eficácia, embora possa falar-se em uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais³⁸.

Todavia, também reconhece-se que determinadas normas constitucionais, em virtude de ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo de uma concretização por parte do legislador infraconstitucional, pelo que são denominadas de normas de eficácia limitada.

³⁸ Ingo Wolfgang Sarlet. "A Eficácia ...". p. 224

Fundamentalmente, as normas constitucionais, em relação a sua eficácia, poderiam ser classificadas em duas: aquelas que dependem da intervenção do legislador infraconstitucional para a geração de seus efeitos principais, e aquelas que, desde logo, apresentam normatividade suficiente, estando aptas a gerar seus efeitos, e que, portanto, dispensam uma intervenção do legislador infraconstitucional.

Os direitos fundamentais, todavia, por sua própria natureza³⁹ assumem feições diversas, não podendo ser caracterizados simplesmente como de eficácia plena ou de eficácia limitada. Quanto à sua eficácia, pois, CANOTILHO⁴⁰ sustenta que os direitos fundamentais podem ser positivados de quatro formas: como normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos.

De todo pertinente a observação de INGO WOLFGANG SARLET⁴¹, conforme a qual “por demais evidente que a carga eficaz será diversa em se tratando de direito fundamental proclamado em norma de natureza eminentemente programática, ou sob forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental...”.

Importante deixar registrado, pois, que a carga de eficácia varia conforme a norma fundamental em questão, podendo se constituir em norma não imediatamente aplicável, mas podendo, também, ter uma carga eficaz que permita sua aplicação imediata no caso concreto.

³⁹ Convém relembrar que são admitidos até quatro dimensões de direitos fundamentais.

⁴⁰ apud. Ingo Wolfgang Sarlet. “A eficácia ...”. p. 233

⁴¹ “A Eficácia ... p. 233.

3.3. Eficácia horizontal (ou externa) dos direitos fundamentais:

Como decorrência da questão atinente à eficácia dos direitos fundamentais, surge outra: a de saber se tais direitos produzem efeitos apenas nas relações indivíduo/Estado, ou também, nas relações jurídicas de caráter privado que é, de resto, o objeto do presente estudo.

CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA⁴² já vislumbrava a problemática, ao anotar que “Com relação à incidência de leis limitadoras do poder de regulamentar cláusulas, discute-se a aplicação de certas garantias e direitos individuais, previstos, entre nós, no art. 153 e seus parágrafos da Constituição da República Federativa do Brasil. O dissídio de opinião iniciou-se em torno dos denominados ‘restrictive covenants, i.e., de cláusulas que impossibilitem, por exemplo, seja efetuada sublocação para pessoa de determinada raça ou cor. Postular-se-ia a aplicação, numa relação contratual de direito privado, entre particulares, de uma garantia que se parece dirigir, tão somente, aos vínculos entre Estado e indivíduo”.

Como já referido, a doutrina alemã batizou esta questão de “Drittwirkung der Grundrechte”. É a chamada eficácia externa dos direitos fundamentais, ou, ainda, eficácia horizontal dos direitos fundamentais (perante terceiros), em contraposição à eficácia vertical dos direitos fundamentais (perante o Estado).

J.J. GOMES CANOTILHO⁴³, ao tratar do tema, cita o art. 18 da Constituição Portuguesa, que estabelece que os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias, vinculam entidades privadas: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

⁴² Ob. cit. pp 23/24

⁴³ Gomes Canotilho, in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. Almeida Editora. p. 1155.

Tal norma está a indicar, sem dúvida, o alargamento da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares, e não mais apenas às relações indivíduo/Estado. Modernamente, a doutrina estrangeira admite a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a “Drittwirkung der Grundrecht”. O Direito Civil, pois, constitucionaliza-se pela aplicabilidade às relações privadas de normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais.

Como já visto, a razão fundamental pela qual passou-se a admitir, e inclusive a positivar (como no caso da Constituição portuguesa), a possibilidade de aplicação das normas de direitos fundamentais às relações privadas é a constatação de que o desequilíbrio entre as partes de uma relação não mais se limitava à relação Estado/indivíduo, senão que se reproduzia nas relações privadas.

O mundo contemporâneo é pródigo em exemplos de hipossuficiência e vulnerabilidade nas relações jurídicas de direito privado. Ninguém nega que as grandes corporações possuem um poder tal que, em suas relações com os indivíduos, estes assumem posição deveras enfraquecida. Esta relação de desequilíbrio é mais evidente nas relações de consumo, o que inclusive levou o legislador brasileiro a editar o Código de Defesa do Consumidor, que estabelece diversos dispositivos protetivos da parte mais fraca da relação de consumo.

ENZO ROPPO⁴⁴ identifica com acerto neste desequilíbrio uma restrição da liberdade contratual justamente da parte débil da relação, ao afirmar que “... é necessário identificar bem a natureza de uma tal ‘restrição da liberdade contratual’. A sua característica mais relevante consiste, na verdade, em tratar-se não já de uma restrição da liberdade contratual de ambas as partes, a

⁴⁴Ob. cit. pp. 317/318

estas imposta por uma fonte autoritária externa; trata-se, inversamente, de restrição da liberdade contratual de só uma das partes da relação a esta imposta pela contraparte, que se prevalece e abusa de uma sua posição de predomínio econômico-social".⁴⁵

Portanto, se a gênese lógica do surgimento dos direitos fundamentais era defender o cidadão do Estado, numa relação em que o desmedido poder de um levava à debilidade do outro, causando evidente desequilíbrio nesta relação, não há razão para que os direitos fundamentais não sejam aplicados nas relações jurídicas de ordem privada, se, em razão também do desmedido poder de uma das partes, a outra restar em posição de debilidade, desequilibrando a relação⁴⁶.

Na lapidar afirmação de PEREIRA DA SILVA⁴⁷ "a liberdade do cidadão contra o poder não se pode dirigir, apenas, contra o poder do Estado, mas também contra o poder econômico, o poder empresarial, o poder sindical, o poder da comunicação social, etc."

Na mesma senda, CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA⁴⁸ já afirmava que "Por certo, existem determinados direitos inalienáveis, como os de decisão em questões de crença e consciência, como os direitos à vida ou à liberdade individual, que se manifestam tanto perante o Estado como perante os indivíduos 'ut singuli'. Qualquer contrato, em que se abolisse ou restringisse um desses direitos, seria, 'ipso facto', nulo".

Além disso, não seria compreensível que uma mesma pessoa pudesse fazer valer seus direitos fundamentais contra o Estado e

⁴⁵Demonstra, assim, o autor italiano, que a liberdade contratual levada às últimas conseqüências, leva justamente à restrição da liberdade da parte mais fraca da relação.

⁴⁶Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, já está virtualmente assimilada pela doutrina majoritária a conclusão de que os direitos fundamentais não se limitam mais apenas a uma função de direitos de defesa dos indivíduos contra os órgãos do poder público, *in* "Direitos Fundamentais e Direito Privado ...", p. 84.

⁴⁷ Ob. cit. p. 45

⁴⁸ Ob. cit. p. 24

não os pudesse fazer valer contra entidades privadas. A admitir-se isto, surgiria uma dupla ética social, que a exigência de coerência lógica do ordenamento jurídico não admite.⁴⁹ Porque, afinal de contas, o poder público é obrigado a respeitar o princípio da dignidade humana, da igualdade, da inviolabilidade de consciência e crença, entre outros, e as entidades privadas não?

Por fim, há mais um argumento do qual podemos lançar mão na defesa da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e que poderia ser caracterizado como de cunho histórico.⁵⁰ É sabido que a passagem do estado de natureza para o estado social é predominantemente fundamentada pelas teorias contratualistas. Conforme tais teorias, o homem, por consenso, deixa o estado de natureza para ingressar no estado social, cuja característica principal é a existência de um Estado, com força coercitiva para impor a organização social e o respeito aos direitos do ser humano. Ao longo dos séculos, as teorias de LOCKE e HOBBS têm disputado a preferência dos estudiosos no que toca ao fundamento da transição do estado de natureza para o estado social. LOCKE sustenta que o homem possuía direitos no estado de natureza (direito à vida, à liberdade, à propriedade⁵¹, etc.). No entanto, não possuía qualquer mecanismo de proteção destes direitos. Assim, para garantir os direitos que tinha, o homem, por consenso, permitiu a formação do Estado, que viria a ser o ente que garantiria os direitos que, no estado de natureza, não eram garantidos, embora existissem. Para HOBBS, na transição do estado de natureza para o estado so-

⁴⁹ Situação também anotada por Ingo Sarlet, citando Jean Rivero, *in* “Direitos Fundamentais...”, p. 98.

⁵⁰ Conforme Ingo Sarlet, “Direitos Fundamentais...”, p. 91.

⁵¹ O direito à propriedade existia no estado de natureza conforme sustentava Locke: “Podemos dizer que o trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos são verdadeiramente seus. A todas as coisas que tira do estado no qual a natureza as produziu e deixou, juntou o próprio trabalho e, portanto, uniu algo que lhe é próprio e com isso as torna propriedade dele. Porque são removidas por ele do estado comum no qual a natureza as colocou...”. *apud* Norberto Bobbio, *in* “Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.”, ed. Mandarim, São Paulo, 2000, pp. 60/61.

cial, o homem renunciou a todos os direitos do estado natural, em favor do Estado.⁵² Entendemos que a posição de LOCKE é bem mais razoável que a de HOBBS, pois sua justificativa para a passagem do estado natural para o estado social é bem mais consistente.

Disso, se pode tirar duas conclusões básicas: a) no estado de natureza, o homem já tinha certos direitos que, hoje, são consagrados pelo ordenamento jurídico como direitos fundamentais; mas no estado natural não existia o ente Estado, razão pela qual tais direitos fundamentais eram concebidos entre indivíduos;⁵³ e b) se aceitarmos a posição de LOCKE, os direitos fundamentais não podem ter seu campo de incidência diminuído com a transição do estado de natureza para o estado social, senão que, ao contrário, terão seu campo de incidência aumentado, pois agora não são mais apenas direitos dos indivíduos entre si, mas, também, direitos dos indivíduos perante o Estado. Assim, se LOCKE estiver certo, concluimos, numa perspectiva jusnaturalista, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais teria, de uma certa maneira, precedido à eficácia vertical (embora não houvesse nenhum mecanismo adequado para sua defesa). Portanto, as teorias contratualistas nos fornecem mais um argumento na defesa da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas.

Admitida, pois, a eficácia dos direitos fundamentais não apenas nas relações indivíduo/Estado, mas também nas relações privadas em que uma das partes é dotada de desproporcional poder em relação à outra (eficácia horizontal ou eficácia externa), surge a questão de saber se tais direitos possuem eficácia mediata ou imediata a estas relações.

⁵²Conforme Bobbio, in "Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 43, ed. UNB, Brasília, 1997.

⁵³Esta circunstância é também anotada por Ingo Wolfgang Sarlet, in "Direitos Fundamentais ...", p. 91, citando G. Peces-Barba Martinez.

3.4. Eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais:

PEREIRA DA SILVA⁵⁴ considera como uma “vexata quaestio” a questão de saber se os direitos fundamentais possuem aplicabilidade mediata ou imediata. As entidades privadas devem respeitar, de forma direta e necessária os direitos constitucionalmente garantidos, ou é o Estado por meio do legislativo, que adequará a aplicação destes direitos às relações privadas?

Em um primeiro momento, posicionam-se alguns doutrinadores no sentido de que a aplicação dos preceitos relativos aos direitos fundamentais às entidades privadas deve dar-se através dos mecanismos típicos do direito privado. Querem dizer que as normas relativas a direitos fundamentais somente aplicar-se-iam às relações privadas por meio de normas expressas do direito privado concretizadoras dos direitos fundamentais, ou por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, cujo conteúdo seria preenchido com os valores constitucionais.

É a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais, dependente, pois, de uma atividade do legislador ordinário, a fim de adequar a generalidade de uma norma fundamental às especificidades das relações privadas. Neste sentido, CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA⁵⁵ já sustentava que “Não seria exato, entretanto, pensar que todas as disposições constitucionais endereçadas ao indivíduo, refletem-se de forma imediata no direito civil ou comercial. Geralmente faz-se mister a existência de lei ordinária”.

Alegam os defensores desta posição que a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas poderia levar ao sufocamento da vida jurídico-privada, fazendo com que o princípio da igualdade, por exemplo, se sobrepujasse à liberdade contratual, impedindo o comércio jurídico ou que a liber-

⁵⁴ Ob. cit. p. 45

⁵⁵ Op. cit. p. 24.

dade de expressão prevalecesse sobre o dever de segredo ou de fidelidade.

Seria necessária, pois, uma atenuação da força dos princípios constitucionais, ante os princípios fundamentais do direito privado, com o fim de evitar o “engessamento” da vida jurídica privada.

Em sentido contrário, outra parte da doutrina defende a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, em nome da unidade da ordem jurídica e da força normativa da Constituição, não se admitindo que o direito privado possa constituir um “gueto” à margem da Constituição.

Se mesmo no direito português, onde, como já referido, o art. 18 da Constituição vigente consagra expressamente a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a questão não é pacífica, o que dizer, então, do Direito Constitucional pátrio, onde inexistente cláusula semelhante?⁵⁶

PEREIRA DA SILVA, sustenta três hipóteses lógicas referentes ao processo de aplicação dos direitos fundamentais às relações interprivadas:

a) a lei ordinária concretizou os direitos fundamentais, verificando-se, portanto, uma aplicação indireta da Constituição às relações interprivadas;

⁵⁶A este respeito, Júlio César Finger anota que “A Constituição de 1988, no art. 5º, § 1º, estabeleceu a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, onde a influência do art. 18º/1 da Constituição Portuguesa é evidente, embora não tenha ido a nossa Carta a ponto de mencionar que aqueles se aplicam às entidades privadas. Malgrado não o tenha feito, parece óbvio que a eficácia é idêntica, diante da constatação, também óbvia, de que importantes situações de desigualdade ocorrem no seio das relações privadas, por conta do exercício de maior ou menor poder social, situações estas que veio o constitucionalismo social justamente tentar remediar”, ob. Cit. p. 99. Observe-se que, segundo o autor, falta efetivamente, em nossa Constituição, regra que afirme que os direitos fundamentais são aplicáveis às relações privadas. Esta conclusão se retira não do art. 5º, § 1º, não obstante sua relativa proximidade com o disposto no art. 18º/1 da Constituição Portuguesa, mas sim da constatação, ‘óbvia’, de que situações de desigualdade se reproduzem nas relações privadas.

b) a lei ordinária estabelece cláusulas gerais e conceitos indeterminados cujo conteúdo é preenchido, também, pelos valores constitucionais. Neste caso, novamente há uma aplicação indireta da lei ordinária e uma aplicação indireta da Constituição;

c) a lei constitucional regula a matéria, mas não existem leis concretizadoras, nem cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à situação, ou existem, mas o seu âmbito de aplicação é menos amplo que o das normas constitucionais. Neste caso, dar-se-á uma direta aplicação da constituição às relações interprivadas.⁵⁷

A primeira situação é de fácil compreensão. A segunda também não demandaria maiores questionamentos, uma vez que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados estariam positivados, permitido ao julgador que fizesse a integração pelos valores constitucionais. A terceira hipótese, no entanto, pela ausência de lei concretizando os direitos fundamentais ou estabelecendo cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, é de maior complexidade. Neste caso, como sustenta JÚLIO CÉSAR FINGER⁵⁸, há que se recorrer ao reconhecimento de uma “eficácia radiante” dos direitos fundamentais, no sentido de que as normas ordinárias não podem contrariar parâmetros axiológicos das normas constitucionais relativas àqueles direitos. Quando contrariados os direitos fundamentais, estará o juiz, ao exercer o controle difuso de constitucionalidade, autorizado a negar validade à norma privada atentatória àqueles valores, presentes ou não cláusulas gerais e/ou conceitos jurídicos indeterminados.⁵⁹

Assim, o problema da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas passa pelas três hipóteses

⁵⁷ Ob. cit. p. 46.

⁵⁸ Ob. Cit. pp. 100/101.

⁵⁹ Sobre a problemática da eficácia mediata/imediata, recomendamos a leitura do já referido artigo de Ingo Sarlet, “Direitos Fundamentais...”, que aprofunda bem mais a questão, o que é inviável nos estreitos limites deste estudo.

antes configuradas, às quais se acresce uma delimitação negativa do conteúdo das normas ordinárias que padecem de inconstitucionalidade, quando não conformes à constituição.

Mais modernamente, porém, há uma tendência de se considerar esta questão da aplicabilidade mediata ou imediata dos direitos fundamentais às relações privadas como um falso problema. Segundo MOTA PINTO⁶⁰, a questão da aplicabilidade imediata ou mediata dos direitos fundamentais parece mais uma mera “questão de palavras”, encobrindo a verdadeira questão, qual seja a da necessidade de conciliação dos direitos fundamentais com os princípios fundamentais do direito privado.

Ocorre que o sistema jurídico representa uma unidade lógica, de modo que, ao ser aplicada uma lei, não se está a aplicar apenas ela, mas também todo o ordenamento jurídico, pelo que entre a Constituição e a norma de direito privado a aplicar não se verifica um hiato, mas sim um contínuo fluir. Disso resulta que o problema da concordância prática entre direitos potencialmente conflitantes pode ser colocado quer ao nível do Direito Constitucional, quer ao nível do Direito Privado.

Assim, nem a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais pode significar, sempre, uma relação direta entre a norma constitucional e uma qualquer relação jurídica, nem a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais pode significar que os preceitos de Direito Privado não se encontrem impregnados do conteúdo dos preceitos constitucionais.⁶¹

Em recente artigo sobre o tema, LUÍS AFONSO HECK⁶² conclui no mesmo sentido:

“... na Constituição estão os pressupostos da criação, validade e realização das normas da ordem jurídica infraconstitucional e ela determina em grande medida, também o seu conteúdo; as-

⁶⁰ apud Pereira da Silva, ob. cit. p. 45

⁶¹ Ver a respeito Pereira da Silva, ob. cit. p. 46

⁶² Ob. cit., pp. 53/54

sim, ela converteu-se em um elemento da unidade da ordem jurídica total da comunidade e, nisto, ela não só exclui uma separação entre direito constitucional e outros setores jurídicos, especialmente do direito privado, mas também uma coexistência estanque destes setores jurídicos e, com isso, ela desenvolve, simultaneamente, aquele efeito que cimenta a unidade, o qual pressupõe a existência e efeito normativo da constituição mesma”.

CANOTILHO⁶³ preconiza a superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata em favor de soluções diferenciadas, sustentando que a eficácia dos direitos fundamentais deve ter em consideração a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.

Concluindo, podemos dizer que a eficácia dos direitos fundamentais não pode ser “a priori” tida como mediata ou imediata, senão que isto dependerá do caso concreto, podendo ser uma ou outra, sem que isto signifique uma capitulação do Direito Constitucional perante o direito privado, e tampouco um engessamento deste pelas normas daquele.

Questão que, não obstante fora do âmbito deste estudo, deve ser registrada, é a que diz respeito ao instrumento processual adequado para fazer valer um direito fundamental em face de particulares, posto que o mandado de segurança não pode ser invocado justamente por se tratar de ato de particular. A questão tem importância face à relevância dos direitos fundamentais e a situação de urgência na tutela de tais direitos que muitas vezes se verifica na prática. Não há previsão legal de ação especial para tutela dos direitos fundamentais em face de particulares, de modo que a questão é trazida a título de estímulo para refle-

⁶³ ob. cit. p. 1154

xão, sem pretendermos obter uma resposta, nos estreitos limites deste trabalho.⁶⁴

3.5. Destinatários da vinculação:

Superada a questão da aplicabilidade mediata ou imediata dos direitos fundamentais, surge a questão de saber se todas as entidades privadas ou todos os indivíduos estão vinculados aos direitos fundamentais em suas relações privadas. A questão pode ser colocada também nos seguintes termos: a aplicabilidade dos direitos fundamentais a relações privadas tem como destinatários todos e quaisquer indivíduos ou apenas as pessoas coletivas ou individuais poderosas?

Convém lembrar que os direitos fundamentais surgiram como proteção do indivíduo face ao poder do Estado, e que sua aplicação às relações interprivadas somente passou a ser admitida diante da evidência de que não mais apenas o Estado era detentor de demasiado poder, mas também algumas entidades privadas. Todavia, nem todas as relações jurídicas privadas são caracterizadas por este desequilíbrio decorrente do poder de uma das partes. Nestes casos, teria lugar a aplicação dos direitos fundamentais?

Desde já, registre-se que se excluem da discussão todos os direitos fundamentais cujo destinatário é apenas o Estado, tais como o direito ao devido processo legal e o “habeas corpus”.

Parece-nos, na linha sustentada por PEREIRA DA SILVA⁶⁵, que os direitos fundamentais somente poderiam ser aplicados nas relações jurídicas privadas quando presente o desequilíbrio

⁶⁴ A respeito, ver Paulo Roberto de Gouvêa Medina, *in* “Ação Especial para Tutela de Direitos Fundamentais em Face de Particulares”, artigo publicado na Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, n° 57, pp. 27/36, onde o autor examina o tema à luz do direito comparado e reclama a existência de uma ação especial para a tutela dos direitos fundamentais ameaçados por atos de particulares.

⁶⁵ *ob. cit.* p. 47.

na relação decorrente do demasiado poder de que é dotado um dos pólos da relação, mas nunca numa relação privada onde as partes estivessem em igualdade de condições: “entre ‘iguais’, fora do âmbito das relações de poder, não faz sentido falar de destinatários dos direitos, liberdades e garantias. Aqui, só se justifica a aplicação dos direitos fundamentais enquanto dimensão objetiva da ordem jurídica, impondo limites à liberdade individual, evitando que os cidadãos ponham em causa, pela sua atuação, o núcleo essencial dos direitos fundamentais de outrem”.

Observe-se, portanto, que o jurista português, após a afirmativa genérica, abre uma importante exceção, admitindo a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre iguais, em casos particularíssimos em que um dos contratantes coloca em causa os direitos fundamentais de outro, ainda que não haja relação de hipossuficiência, pois é necessário garantir uma eficácia mínima dos direitos fundamentais a fim de evitar a sua inutilização face às concretas situações da vida. Porém, neste caso, a força vinculante dos direitos fundamentais é de uma intensidade menor do que nos casos em que há uma relação de desequilíbrio entre as partes.

Se, por um lado, não se pode admitir que os direitos fundamentais sejam ignorados numa relação entre iguais, por outro lado, não se concebe que atinjam tal grau de intervenção nas relações privadas a ponto de fulminar por completo a autonomia da vontade dos contratantes. É preciso, pois, nas relações entre iguais, encontrar-se um meio-termo em que nem os direitos fundamentais sejam negados pelos contratantes e nem a autonomia da vontade seja de tal forma reduzida a ponto de prejudicar o tráfico jurídico.

Assim, um grande magazine não pode se negar a vender seus produtos (expostos ao público), a um comprador, apenas porque o gerente da loja ou o diretor da corporação têm divergências pessoais com o potencial comprador. Estamos diante de uma relação de hipossuficiência. Todavia, numa relação entre

iguais, na qual um coloca seu carro a venda por determinado preço, a ninguém ocorreria que o mesmo fosse obrigado a vender o automóvel a um desafeto seu que comparecesse munido da quantia exigida. Obrigar o vendedor a fechar o negócio, neste caso, configuraria intolerável atropelo à autonomia da vontade.

Há casos, porém, em que, mesmo entre iguais, os direitos fundamentais sobrepõe-se à autonomia privada. Isto ocorre, via de regra, em relações nas quais estão em causa direitos fundamentais do porte da dignidade humana, e ante “casos de invasão inadmissível do foro espiritual e mundividencial das pessoas”.⁶⁶

Critério indicador seguro para que se saiba quando se está diante de uma situação destas é a identificação do fator de discrimine em questão, conforme se verá nos dois pontos seguintes.

4. A Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Contratuais – O Fator de Discrimine

Para uma melhor visualização do fenômeno da incidência dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas, é necessário recorrer-se a alguns exemplos, a seguir referidos.

a) Nos contratos celebrados entre planos de saúde e segurados, temos que um segurado homossexual tem o direito a ter seu companheiro inscrito como dependente, não podendo a empresa negar-se a aceitar tal fato, desde que o segurado pague o acréscimo daí decorrente. A vedação tem assento no princípio da proibição de qualquer forma de discriminação, inclusive de sexo (art. 3º, IV, da CF).

b) Os estabelecimentos privados abertos ao público (supermercados, restaurantes, lojas) não podem negar-se a contratar com qualquer pessoa que preencha as condições gerais

⁶⁶ Conforme Gomes Canotilho e Vital Moreira *in* “Constituição da República Portuguesa Anotada”, *apud* Pereira da Silva, *ob cit.* p. 49

comumente aceitas para todos os potenciais contratantes (capacidade, condições de pagar pela compra, comportamento adequado, etc.). Assim, o dono de determinado restaurante ou determinada loja não pode negar-se a contratar com alguém porque tem restrições à religião do contratante ou a sua raça, ou, ainda à sua ideologia. Os fundamentos constitucionais são o princípio da proibição da discriminação com base em preconceitos de origem, sexo, raça, etc. (art. 3º, IV, da CF), o princípio da igualdade (art. 5º, "caput", da CF), e da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, da CF).

Ressalta-se, outrossim, que o princípio foi positivado no CDC, conforme se verifica pelo art. 39, inc. II⁶⁷, o que vem a ser exemplo de eficácia mediata dos direitos fundamentais.

c) Na mesma linha, uma escola privada de alunos deficientes não pode negar-se a receber alunos não batizados, ou cujos pais professem uma religião diferente da ensinada nesta escola, pois tal fato configura violação ao direito fundamental de liberdade de crença religiosa (art. 5º, VI da CF).

d) Uma determinada empresa contrata duas pessoas do sexo feminino para seus serviços, condicionando, porém, a manutenção do contrato a que as mesmas se sujeitassem a testes de gravidez no momento da admissão e aceitassem como justa causa para a demissão o fato de engravidarem durante o contrato. Tais exigências para a celebração do contrato são inaceitáveis ante o princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CF).

Em todos estes exemplos, o que ocorreu foi que o fator de discriminação utilizado pelo contratante dotado de poder na relação (o plano de saúde, por exemplo) foi um fator de discriminação vedado constitucionalmente, na medida em que atinge direitos fun-

⁶⁷ "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos e serviços: II- recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;"

damentais do ser humano, que devem ser preservados mesmo nas relações de ordem privada, conforme já visto exaustivamente.

Tal constatação não afeta o princípio da autonomia da vontade, até mesmo porque tal princípio também é deduzido do ordenamento constitucional (livre iniciativa - art. 1º, IV, da CF). Todavia, mesmo a autonomia da vontade tem seus limites, e esbarra no respeito aos direitos fundamentais quando estes são utilizados como fator de discriminação nas relações contratuais.

Há, por outro lado, na feliz expressão de CANOTILHO⁶⁸, “um núcleo irredutível da autonomia pessoal”, onde os contratantes podem utilizar-se à vontade de diversos fatores de discriminação nas suas relações contratuais, desde que não ofendidos quaisquer direitos fundamentais, conforme veremos a seguir.

4.1. O Núcleo Irredutível da Autonomia da Vontade:

Já sabemos que as normas que tratam dos direitos fundamentais podem ser aplicadas a relações jurídicas privadas, desde que a relação se apresente desequilibrada ante o desmedido poder de um de seus participantes.

Todavia, não se deve esquecer que estamos no campo das relações privadas, onde o princípio maior continua sendo o da autonomia da vontade, embora atualmente bastante atenuado. CANOTILHO⁶⁹ usa a expressão “**núcleo irredutível da autonomia pessoal**” para definir as situações em que os direitos fundamentais não terão força suficiente para exercer um força conformadora nas relações privadas, pois isto significaria um confisco intolerável da autonomia da vontade, à qual não se pode contrapor um direito subjetivo público ou privado.

⁶⁸ Ob. cit. p. 1158.

⁶⁹ ob. cit. p. 1158

Podemos elencar alguns exemplos hipotéticos na área das relações contratuais.

a) Um locador promove ação de despejo contra um inquilino por falta de pagamento, deixando de fazê-lo contra outro inquilino nas mesmas condições, por ter simpatia por este último, ou por ser seu amigo. O inquilino despejado não pode alegar direito à igualdade de tratamento do locador.

b) Um proprietário coloca um bem à venda; não aceita a primeira proposta feita por alguém, mas aceita a segunda proposta, igual à primeira. O primeiro proponente não pode alegar violação do princípio da igualdade, pois o vendedor simplesmente exerceu sua liberdade contratual.⁷⁰

Note-se que, em ambos os casos, embora objetivamente não tenha havido igualdade de tratamento nas relações contratuais ou pré-contratuais (segundo caso) não houve qualquer ofensa a direito fundamental. O fator de discrimine, pois, utilizado pelo contratante, insere-se dentro do âmbito de sua autonomia privada, sendo, portanto, intangível pelas normas de direito fundamental.

Todavia, se o fator de discrimine utilizado fosse o de raça, credo religioso, ou outro protegido pela Constituição como direito fundamental, poder-se-ia alegar violação a este direito fundamental. Estaríamos diante de um caso, pois, em que, numa relação entre iguais, os direitos fundamentais limitariam a autonomia da vontade, como já visto.

Tem lugar, neste ponto, a feliz lição de MOTA PINTO⁷¹, segundo a qual “o princípio da igualdade que caracteriza, em termos gerais, a posição dos particulares em face do Estado, não pode, no domínio das convenções entre particulares, sobrepor-se à liberdade contratual, salvo se o tratamento desigual (v.g.

⁷⁰ Exemplo de Mota Pinto referido por Maria Amália Dias de Moraes, ob. cit. p. 51

⁷¹ apud. Maria Amália Dias de Moraes, ob. cit. p. 51

recusa de contratar) implica violação de um direito de personalidade de outrem, como acontece se assenta em discriminações raciais, religiosas, etc.”.

Em resumo, podemos concluir que, quando há uma relação de hipossuficiência, os direitos fundamentais vinculam mais fortemente os contratantes. Quando a relação é entre iguais, os direitos fundamentais somente poderão interferir na relação caso esteja presente um fator de discriminação vedado constitucionalmente, tais como questões de sexo, raça, religião, etc., pois, então, estaria em jogo a dignidade humana e estaríamos diante de uma “invasão inadmissível do foro espiritual e mundividencial das pessoas”.

6. Conclusão:

A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas ainda é tímida no Brasil. Prova disso é a escassa jurisprudência sobre o assunto⁷², bem como a pouca atenção até o momento dispensada pela doutrina. Todavia, verifica-se uma tendência, ainda incipiente, de que tanto Tribunais passem a admitir a **drittwirkung** como a doutrina dela passe a se ocupar.

A longa e contínua evolução dos direitos fundamentais é seguro indicativo desta tendência. Voltemos aqui ao início da exposição para recordar que os direitos fundamentais surgiram como defesa do cidadão contra o poder do Estado e que aos poucos percebeu-se que a relação de vulnerabilidade e hipossuficiência não se fazia presente apenas nas relações Esta-

⁷² Recomendamos a leitura do Recurso Especial n° 154698-SP (REG 97 809595), julgado em 3.3.98, pela 4ª Turma do STJ, particularmente do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior que, não obstante tenha votado vencido, deixou claro em sua manifestação o reconhecimento da possibilidade de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas, fazendo, ainda, direta referência à expressão da doutrina alemã, a “drittwirkung”.

do/indivíduo, senão que se reproduzia também nas relações individuais, como conseqüência da massificação social. Convém lembrar também que hoje já se fala em direitos fundamentais de quarta dimensão. Estas duas constatações comprovam que os direitos fundamentais vieram para ficar e sua eficácia nas relações privadas já não é mais novidade.

Vivemos num tempo em que a massificação das relações feriu de morte o contrato em sua forma clássica, na qual a autonomia da vontade ocupava posição privilegiada. As relações contratuais hoje são marcadas pelo desequilíbrio decorrente do demasiado poder de um dos contratantes e da vulnerabilidade do outro, ocupando a autonomia da vontade espaço muito reduzido.

Todavia, vivemos também num tempo em que o homem passou a ser novamente o centro das atenções. Prova disso é justamente a proliferação de normas referentes a direitos fundamentais contempladas nas constituições modernas. A dignidade humana e a solidariedade são fundamentos nos quais se assenta uma nova sociedade e que não podem ser colocados de lado em nenhuma relação contratual, embora estejam sujeitos a certos limites. Esta nova realidade nenhum jurista pode ignorar.

Concluindo, podemos dizer que o contrato, moribundo em sua forma clássica, porém mais vivo do que nunca em sua forma massificada, passa apenas por processo de adequação aos novos tempos. Novamente com acerto, ENZO ROPPO⁷³ diagnostica que “se, em alguns aspectos o contrato se mostra atualmente em declínio, noutros aspectos, o seu papel conhece uma expansão e um relançamento; o contrato não está ‘morto’, mas está simplesmente diferente de como era no passado”.

Por outro lado, mas não contraditoriamente, a efetividade da Constituição é imperativo a ser continuamente buscado pelo

⁷³ Op. cit. p. 247

jurista, o que só será possível na medida em que as normas constitucionais realmente forem aplicadas nos casos concretos. Cabe-rá ao julgador, que faz a interpretação no momento da aplicação das leis ao caso concreto, estabelecer a possibilidade e a medida da incidência dos direitos fundamentais à relação contratual.

Não há entre o contrato e os direitos fundamentais diver-gências irreconciliáveis, senão que um processo de conciliação contínua e de contínuo fluir entre as normas de um e de outro, de maneira a permitir que o contrato continue a exercer seu fundamental papel na circulação do tráfico jurídico, sem ofensa, no entanto, a princípios constitucionais, pois estes constituem a base de todo o ordenamento jurídico.