

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES

Rubia Carla Goedert*
Rosalice Fidalgo Pinheiro**

SUMÁRIO: *Introdução; 2. A Constitucionalização do Direito Civil; 2.1 A Fronteira entre o Público e o Privado; 3. Os Direitos Fundamentais; 4. A Publicização do Direito Privado e os Direitos Fundamentais; 5. O Contrato e a Oponibilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas; 6 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: A pretensão do estudo é realizar uma observação da dogmática jurídica ocupando-se inicialmente da - antes irrefutável - dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, até sua superação que suscitou na constitucionalização deste. Assim, a análise principal será sobre a constitucionalização do Direito Privado quando da acolhida pelo Direito Constitucional de institutos antes específicos do Direito Privado. Tal fato, na seara dos contratos, implicou na observância dos princípios e preceitos constitucionais pelos particulares. No Estado Democrático de Direito a linha mestra é o princípio da dignidade da pessoa humana, e os direitos fundamentais ingressam nas relações privadas com um caráter de normas imediatamente aplicáveis, isso de acordo com o preceito contido no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, onde a eficácia dos direitos fundamentais é prevista como de aplicação imediata, tanto na esfera estatal, como nas relações intersubjetivas entre particulares. Desta feita, os direitos fundamentais incidem sobre as relações entre particulares na medida em que a dignidade da pessoa humana compeña seu conteúdo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Privado; Constitucionalização; Direitos Fundamentais; Contrato; Eficácia Horizontal.

THE CONSTITUTIONALITY OF PRIVATE LAW, FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE BONDING OF PRIVATE ISSUES

ABSTRACT: An analysis of the juridical dogma which initially consisted of an irrefutable dichotomy between Public and Private Law and its overcoming, causing the latter's

* Advogada graduada pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG; Pós-graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR e Mestranda em “Direitos Fundamentais e Democracia” da Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL; Docente do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – CESCAGE; E-mail: rubiagoedert.adv@gmail.com

** Possui Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; E-mail: rosalice@gmail.com

constitutionality, was undertaken. Main analysis focuses on the constitutionality of Private Law when Constitutional Law accepted institutes that formerly and specifically belonged to Private Law. This fact implied the observance of constitutional principles and precepts by individuals. The dignity of the human person is the basic issue of the Democratic State and fundamental rights are introduced within private relationships by immediately applicable laws. The above belongs to the precept comprised in Art 5 § 1 of the Brazilian Federal Constitution by which the efficiency of fundamental rights is expected to be immediately applicable within the sphere of the state and in inter-subjective relationships among individuals. Consequently, fundamental rights apply to the relationship between individuals as far as the dignity of the human person composes its substance.

KEY WORDS: Private Law; Constitutionality; Fundamental Rights; Contract; horizontal efficaciousness.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA VEICULACIÓN DE LOS PARTICULARES

RESUMEN: La pretensión de ese estudio es realizar una observación de la dogmática jurídica ocupándose, primeramente, de la – antes irrefutable - dicotomía entre el Derecho Público y el Derecho Privado, hasta su superación que ha suscitado la constitucionalización de este. Así, el análisis principal será sobre la constitucionalización del Derecho Privado cuando el Derecho Constitucional ha acogido institutos antes específicos del Derecho Privado. Tal hecho, en el área de los contratos, ha implicado en la observación de los principios y preceptos constitucionales por los particulares. En el Estado Democrático de Derecho la línea maestra es el principio de la dignidad de la persona humana, y los derechos fundamentales ingresan en las relaciones privadas con un carácter de normas inmediatamente aplicables, eso de acuerdo con el precepto del art. 5º, § 1º de la Constitución Federal, donde la eficacia de los derechos fundamentales es prevista como de aplicación inmediata, tanto en la esfera estatal, como en las relaciones intersubjetivas entre particulares. En esta perspectiva, los derechos fundamentales inciden sobre las relaciones entre particulares en la medida que la dignidad de la persona humana componga ese contenido.

PALABRAS-CLAVE: Derecho-privado; Constitucionalización; Derechos Fundamentales; Contrato; Eficacia Horizontal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar algumas premissas histórico-ideológicas relativas à constitucionalização do Direito Privado, especialmente do Direito Civil, observando as razões e fundamentos do fenômeno, a fim de apurar quais os limites entre o Direito Público e o Direito Privado.

Partindo de um corte transversal no processo de transição do Estado Liberal para o Social e, por conseguinte, sem objetivo de retratar todas as peculiaridades desse período, alcança-se a unificação do direito com acepção no Estado Democrático de Direito.

A pessoa humana e sua valorização passam ao centro do ordenamento jurídico e o Estado assume como escopo a busca da justiça material e, assim, o texto constitucional consagra-se como paradigma a todos os aplicadores do direito e, no que se refere aos direitos fundamentais estes passam a ser aplicados e protegidos nas relações interprivadas.

Destarte, o escopo da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares é justamente de dar um tratamento mais humano, pautado no princípio norteador de nosso Estado Democrático de Direito que é a dignidade humana prevista no artigo 1º, III, da Carta Magna, cujo destaque também é atribuído à sua disposição topográfica que antecede até mesmo a previsão dos demais direitos fundamentais.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

2.1 A FRONTEIRA ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Durante muito tempo prevaleceu a perspectiva de que o universo jurídico era dividido em dois ramos distintos: o do Direito Público e do Direito Privado.

Tal distinção é atribuída, inicialmente, ao Direito Romano tendo como marco de seu ingresso na história o *Corpus Juris Civilis*¹.

No período medieval, houve uma verdadeira absorção do público pelo privado, decorrente do direito de propriedade dos senhores feudais, os quais possuíam um poder soberano sobre os habitantes de seus feudos, podendo impor regras, arrecadar tributos e até mesmo julgá-los.

Desse poder do senhor feudal advindo da propriedade é que derivava o poder político e o prestígio social, evidenciava-se, na verdade, “a primazia da propriedade territorial sobre os demais institutos econômico-político-jurídicos”².

1 Segundo ressalta Facchini Neto duas foram as passagens que tratam do direito público e do direito privado: D.I.1.1.2 “São dois os temas deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado da res Romana, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos sacra, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes” (na tradução de Hécio Maciel França Madeira, *Digesto de Justiniano*, livro 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Osasco, SP: Centro Universitário FIEO – UNIFEO, 2000, p.16/17”. Nota de rodapé 3 - FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010, p. 39.

2 FACCHINI NETO, Eugênio, op. cit., 2010, p. 41.

No entanto, foi no século XVIII que a diversidade entre a esfera econômica e a política e entre o Estado e a sociedade civil passa a se sublinhar, e a dicotomia entre o Público e o Privado retorna como forma de se distinguir a sociedade política (onde impera a desigualdade) e a econômica (reinado da igualdade).

Assevera Facchini Neto que é neste contexto histórico que se manifesta, de maneira mais intensa, a divisão entre Estado e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral, desencadeando no mundo jurídico a acentuada diferença entre Direito Público e Direito Privado³. E é nesse panorama, que se vislumbra uma separação quase absoluta entre o direito que regularia os interesses gerais e as relações entre indivíduos e aquele que disciplina a estruturação e funcionamento do Estado.

A Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, simboliza uma ruptura na história e reconhece direitos aos cidadãos perante o Estado. Neste contexto, o Direito Privado passa a espelhar a ideologia burguesa, retratando necessidades da classe socioeconômica que tomou o poder, passando-se, por meio de códigos dotados de primazia material diante da Constituição – que, nesse passo, detém um lugar secundário - a regular integralmente a sociedade com base nas ideologias e anseios exclusivamente da burguesia.

Como bem esclarece Rosalice Fidalgo Pinheiro, apesar de uma democracia representativa apenas formal, “o Estado absolutista transmuta-se em Estado de Direito Liberal”⁴, também denominado por Carl Schmitt de “Estado burguês de Direito”. Ao pautar-se no respeito a um mínimo de direitos e garantias individuais, faz-se de “direito” e, ao resguardar como seus os valores e interesses da burguesia faz-se “liberal”⁵. De modo a afastar o absolutismo estatal, a burguesia “vale-se do jusracionalismo e da ilustração para delimitar um espaço de liberdade a todo indivíduo”⁶, cujo escopo era de protegê-lo do despotismo do Estado.

Com efeito, é possível evidenciar dois sustentáculos nas declarações e constituições da época: a separação dos poderes como uma expressão de limite interno ao poder do Estado e o reconhecimento de direitos fundamentais. Destes baluartes decorre a conclusão de que os direitos fundamentais são, em sua substância, limites ao poder do Estado.

O individualismo surge como valor a ser prestigiado e como forma de reagir ao período estamental preconizado na era medieval, onde o estamento social do qual o indivíduo fazia parte é que caracterizava o seu valor. O mercado e os interesses comerciais é que comandam as ações individuais, assim como as decisões políticas⁷.

Importante, neste contexto, ressaltar as palavras da professora Rosalice Fidalgo Pinheiro que:

3 Id.

4 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p 29.

5 Id.

6 Ibid., 2009, p. 27.

7 FACCHINI NETO, Eugênio. op. cit., 2010, p. 42.

Na luta contra o antigo regime, a liberdade encontra significado na abolição dos vínculos corporativos e de Estado, que aprisionavam o indivíduo a um regime de incapacidades. Porém, a afirmação dessa liberdade, guardava, em suas entrelinhas, os contornos de um novo regime econômico fundamentado no *laissez-faire*⁸.

Assim, é na conjuntura do Estado Liberal, que o Direito Público passa a ser compreendido como um conjunto de disposições atinentes ao governo representativo, no tempo em que o Direito Privado favorece a emancipação do indivíduo, onde tem-se como elemento central o contrato.

Nesse sentido, o professor Laerte Marrone de Castro Sampaio leciona que:

A concepção clássica de contrato era centrada no princípio da autonomia da vontade. Entendia-se que as partes tinham o poder de estabelecer todo o conteúdo do contrato. A vontade individual, como fonte produtora de efeitos contratuais, era praticamente absoluta, encontrando obstáculo apenas na ordem pública e nos bons costumes. Esse modelo jurídico experimentou seu apogeu no século XIX. Sob influxo das idéias do liberalismo e do individualismo, a ciência jurídica oitocentista enxergava na vontade humana a fonte única de direito e obrigações na esfera contratual⁹.

Cabia ao Estado somente manter a pacificidade entre os cidadãos para que pudessem agir de maneira livre e de acordo com suas próprias regras; predominava, de maneira exacerbada, a autonomia da vontade dos particulares.

Logo, a Constituição representava uma garantia aos cidadãos da não intervenção do Poder Público e, no ordenamento jurídico do Estado Liberal assumia uma posição inferior ao Código Civil que era o eixo central.

Atribui-se ao Estado Liberal a conquista de codificar o Direito Privado e, como bem observa Júlio Cesar Finger,

[...] o Direito Civil codificado, em sua construção conceitualista e formal dedutiva, pretensamente completa, cumpria com excelência as funções para as quais fora concebida. Normativamente, as conseqüências foram da ordem de promover uma divisão entre os interesses que são acolhidos e os que são mantidos fora do sistema jurídico. [...] Ao eleger e jurisdicizar determinadas categorias, conceituando-as e disciplinando as relações conseqüentes, o sistema codificado permite somente a entrada das situações reais a elas correspondentes, permanecendo as que não sofrem a incidência das normas no campo do não jurídico, do que não interessa para o Direito Civil. Assim, por exemplo, a quem o sistema não con-

8 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. op. cit., 2009.p. 26.

9 SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Barueri: Manole, 2004, p. 09-10. (Cadernos de direito privado, v. 1)

cede capacidade civil não é possível contratar. Do mesmo modo, os filhos dos pais que não podem contrair matrimônio, ao não poderem ser reconhecidos, não são filhos, pelo que permanecem no limbo não-jurídico¹⁰.

Assim, no marco do Estado de Direito impera o princípio da legalidade, onde todos os poderes do Estado derivam da lei, a qual representava a garantia dos direitos individuais e da igualdade jurídica por submissão dos cidadãos ao mesmo estatuto, bem como a previsibilidade do agir estatal.

Contudo, essa segurança representada pela era das codificações e constituições liberais que caracterizaram a supremacia do Direito Privado sobre o Direito Público, acabou por sucumbir com as mudanças sociais que advieram do constitucionalismo social e do aumento do intervencionismo estatal culminando no Estado Capitalista Intervencionista (Welfare State).

Com efeito, houve a retomada dos flancos deixados ao alvedrio dos indivíduos durante o Estado Liberal e, de forma cogente, o Estado passou a disciplinar as relações político-econômicas e “foi aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total”¹¹.

Com o advento do Estado Social, fruto da composição entre o liberalismo e o socialismo, tem-se um movimento em prol de direitos e, conseqüentemente, um avanço do princípio democrático.

O Estado passa a ocupar uma posição proeminente na sociedade, a de interventor e mediador das relações jurídicas interindividuais, e a atividade legislativa é vista como alternativa de viabilizar a intervenção do Estado no domínio privado, sobretudo o fenômeno do dirigismo contratual.

A indubitável distinção entre o Estado Social e o Estado Liberal está regulada na restrição da influência que anteriormente era exercida pela burguesia e, conseqüentemente, do agravamento da noção de autonomia privada e a inexistente intervenção estatal nas relações jurídicas entre particulares.

Com isso, a democracia é vinculada ao ideal de igualdade¹² e o homem deixa de ser visto como mero destinatário de normas gerais e abstratas e delinea-se a alteração das relações entre a sociedade e o Estado saindo de cena o individualismo para a entrada do solidarismo, caracterizado pela supremacia do Estado perante o indivíduo.

O Estado Social impõe a observância da lei na formação dos contratos, com vistas a garantir o equilíbrio das partes, consagrando no constitucionalismo a origem e fonte de proteção dos direitos fundamentais na seara privada.

10 FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000, p. 88-89.

11 FACCHINI NETO, Eugênio, op. cit., 2010, p. 45.

12 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, op. cit., 2009, p. 35.

Por conseguinte, a distância entre o público e o privado a cada dia torna-se mais complexa não mais traduzindo a realidade econômico-social, nem correspondendo à lógica do sistema. Defende Pietro Perlingieri que:

Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. As dificuldades de traçar linhas de fronteiras entre direito público e privado aumentam, também, por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermediária [...]13.

Nesse sentido, a dicotomia público-privado, até então defendida pelo Estado Liberal, é rompida, sinalizando uma movimentação no sentido de descodificar o Direito Privado.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As Constituições do segundo pós-guerra passaram a conter temas antes concernentes apenas a diplomas civis, trazendo verdadeiros programas para transformar a sociedade e não meramente espelhá-la como faziam os códigos anteriores.

Adverte Rosalice Fidalgo Pinheiro que a “democracia social, presente no Welfare State, foi responsável pela inscrição dos direitos fundamentais e sociais nas Constituições”¹⁴, e, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana recebem uma nova roupagem.

Essa “publicização do direito privado” decorre do fato de que

No Estado Social as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais (...), quer de forma indireta, através da disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio, além de outras relações inter-subjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada (...)15.

Assim, de mero garante da liberdade e autonomia dos indivíduos perante o Estado, este passa a ser o responsável a levar a efeito as políticas públicas a fim de garantir uma igualdade concreta e material, com o objetivo patente de promover, acima

13 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002, p. 53.

14 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, op. cit., 2009, p. 37.

15 FACCHINI NETO, Eugênio, op. cit., 2010, p. 49.

de qualquer outro valor, a consagração e multiplicação de instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, com uma maior intervenção na esfera privada.

Nessa esteira, o acolhimento da ideia de que a Constituição representa a ordem jurídica fundamental da sociedade¹⁶ não restringindo-se à organização do poder político estatal, contribuiu para a separação do Direito Público e Privado.

Por oportuno, importante destacar o ensinamento de Pietro Perlingieri:

O Estado Moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde é um subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (arts. 2 e 3, §2º, Const.), removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado [...].

Ele assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito – direito à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todos os cidadãos – e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício. O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção¹⁷.

Das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas é no século XX – após o segundo pós guerra¹⁸ - que se evidencia o surgimento dos novos direitos fundamentais - com reconhecimento, identificação e recepção de direitos, liberdades e deveres individuais – e é nesta fase que a dignidade da pessoa humana ganha relevo consolidando-se a ideia de que indivíduos possuem direitos inerentes à sua existência e que estes direitos devem ser protegidos.

Os direitos, portanto, deixam de ser meramente formais, há uma mudança de direção orientada à garantia da efetividade e justiciabilidade da Constituição e dos direitos fundamentais.

Jorge Reis Novais menciona que os direitos fundamentais adquiriram a justiciabilidade com fulcro em seu valor constitucional - ainda que “contra a vontade do legislador democrático”¹⁹ – como consequência do fato de que a Constituição adquiriu força de verdadeira norma jurídica.

16 LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1998, p. 253.

17 PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2002, p. 54.

18 Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. [s.l.]: Wolters Kluwer; Coimbra Ed., 2010, p.70.

19 Id.

Assim, os direitos fundamentais são direitos contemplados na Constituição Federal e reconhecidos como sendo um conjunto de direitos e garantias do ser humano, cujo principal desígnio é o respeito à sua dignidade, não se podendo olvidar da proteção ao poder estatal que proporcionam, bem como a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano. Essa garantia pode ser interpretada com vistas ao respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Os direitos fundamentais, inicialmente, foram concebidos para o exercício frente ao Estado, mas com as mudanças ocorridas, decorrentes das crises sociais e econômicas, devido à complexidade com que as relações sociais se delineavam e a constante interferência aos direitos fundamentais entre indivíduos, os quais assumiam simultaneamente posições de interventor e de titular de direitos fundamentais, constatou-se a necessidade de que sua proteção abarcasse as relações interprivadas.

Diante disso, começou a indagar-se sobre o tipo de eficácia que os direitos fundamentais teriam sobre as relações interprivadas sem se olvidar do fato de que ao Estado não cabe apenas editar leis, mas desenvolver os programas contidos na Constituição, implementar direitos por intermédio de políticas públicas eficientes.

4 A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo do século XX, a produção em massa e a concentração de capital²⁰ exigiram que o contrato e a autonomia privada fossem reestruturados, e a função social e o equilíbrio contratual passam a integrar esta nova visão.

O jurista Laerte Marrone de Castro Sampaio esclarece que o “sistema de produção e de distribuição em grande quantidade fez que o comércio jurídico se despessoalizasse”²¹.

Relata ainda adiante, que o

Estado deixa de ser agente somente garantidor das regras do jogo, para atuar ativamente nos domínios econômico e social, como escopo de garantir direitos básicos do cidadão (chamados direitos de segunda geração). Edita leis visando a proteção dos economicamente mais fracos, cujas disposições não podem ser afastadas pelas partes contraentes²².

Essa nova percepção de contrato só pode ser vista a partir da compreensão de que se tem uma nova espécie de sociedade, uma sociedade de consumo, industrializada, com acesso a informação, sendo que os anseios sociais devem, de maneira imediata, usufruir de proteção do Estado.

20 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, op. cit., 2009, p. 35.

21 SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. op. cit., 2004, p. 18-19.

22 Ibid., 2004, p. 7, p. 20-21.

Nesta direção, tem-se, por intermédio das leis especiais, uma expansão da atividade normativa do Estado e “rompe-se a face monolítica da codificação, expressa no estatuto dos cidadãos”²³, a qual deixa o centro da regulamentação da vida privada, passando-se a um plurissistema.

Contudo, esta mudança de modelo – de liberal para social – fez com que o Estado tivesse um crescimento excessivo, inclusive no que tange às suas atribuições, o que acabou por culminar em sua crise, pois, além do fato de suas políticas públicas não se revelarem como a vontade da sociedade em si, mas sim, de um grupo minoritário que se revezava no poder, o que colocava em risco o princípio democrático, a insuficiência das políticas públicas desenvolvidas colocava em xeque os direitos fundamentais e sociais²⁴.

Como forma de superar a crise dirige-se para um novo paradigma, centrado na ideia de participação ativa, de cidadania, o Estado Democrático de Direito, deslocando para o Judiciário - o que até então cabia ao Executivo - o poder de “Avaliar as medidas de bem-estar social propostas pelos governantes”²⁵, o qual apresenta-se como uma ponte entre a democracia e a realização dos direitos fundamentais.

Dessa feita, as esferas do público e do privado tratadas anteriormente como estanques e opostas, no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que possui entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, são tidas por suplementares.

José Carlos Vieira de Andrade ensina que:

Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado²⁶.

O Direito Privado antes tido como um sistema fechado²⁷ é recepcionado por textos constitucionais que acolhem seus os princípios e institutos como a família, a propriedade e o contrato ou, como prefere o Professor Luiz Edson Fachin, o projeto parental, o regime das titularidades e o trânsito jurídico²⁸.

23 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, op. cit., 2009, p. 53.

24 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, op. cit., 2009, p. 37.

25 Ibid., 2009, p. 38.

26 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 272.

27 Nas palavras de Gustavo Tepedino “a completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando-se um modelo de sistema fechado, autossuficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe dizem respeito”. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio Janeiro, RJ: Renovar, 2000, p. 1-2.

28 FACCHINI NETO, Eugênio, op. cit., 2010, p. 51.

Desse modo, almejando a igualdade material, o Estado resolveu intervir na esfera privada. Como bem expõe Fachin:

A intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, em searas contratuais nunca antes tocadas pelo legislador se mostrou relevante. A liberdade contratual passa a ser encarada de forma mitigada, pois se reconhece que os pressupostos indispensáveis para a formulação do conceito contratual (liberdade e igualdade – formal – entre contratantes), não mais eram suficientes na contratação de massa²⁹.

Destaca-se, assim, a constitucionalização do Direito Privado, onde toda norma encontrada na Constituição tem efeito imediato sobre as leis infraconstitucionais. Consequente, bem observa a professora Rosalice que não se está diante de “mera transposição de princípios do texto codificado para o texto constitucional, mas de uma mudança de cenário legislativo que traz consigo um significado axiológico”³⁰.

O valor da autonomia privada é relativizado e o sujeito abstrato, das codificações oitocentistas, perde lugar para o sujeito visto em sua concretude, percebido em suas especificidades, o qual deve receber tratamento jurídico apropriado a compensar as desigualdades advindas do desequilíbrio econômico, onde impera uma regulamentação jurídica particularizada aos contratos. Destarte, o ser patrimonializado perde forças para o ser personalizado, buscando, acima de qualquer coisa, alcançar o máximo significado e realização da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a linha mestra do Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais ingressam nas relações privadas com um caráter de normas imediatamente aplicáveis, ou com um perfil de ordem objetiva de valores, destituindo-se da feição de normas programáticas, para influenciar na aplicação, interpretação e até mesmo criação das normas jurídicas³¹, e, não obstante a eficácia dos direitos fundamentais tenha nas relações privadas diversos âmbitos de aplicação, como no caso de direito de família, por exemplo, é nos contratos que surgem as maiores controvérsias, pois, neste caso, os contratantes detêm os mesmos direitos fundamentais a serem respeitados.

Esta mudança de paradigma, a chamada publicização do direito privado, teve por fim justamente a defesa dos princípios constitucionais e, especificamente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas, onde se inserem as relações tipicamente de natureza civil entre os particulares³².

29 FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo, SP: Renovar, 2000, p. 199-200.

30 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, op. cit., 2009, p. 54.

31 Ibid., 2009, p. 55.

32 NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002, p. 67.

Nesse ponto, importa trazer à baila o ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes, in verbis:

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob esta ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da vida social, da família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada³³.

Com a intervenção do Estado no domínio econômico-privado – sobretudo pelo dirigismo contratual – assim como, a constitucionalização dos princípios norteadores do contrato, fez com que o contrato represente um dos institutos mais importantes do Direito Privado onde o livre desenvolvimento da personalidade, a autonomia privada e o princípio da dignidade da pessoa humana emergem de maneira mais intensa, com o escopo de realização dos direitos fundamentais como a igualdade, liberdade e dignidade humana.

5 O CONTRATO E A Oponibilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas

De forma geral, na atualidade³⁴, se aceita a aplicação das normas de direitos fundamentais na seara contratual entre particulares, sendo poucos aqueles que negam esta ocorrência.

33 MORAES. Maria Celina Bodin de., op. cit., 1991, v. I.

34 Inclusive em nossa Corte Suprema : EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...] IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

Nesse sentido, importante transcrever o ensinamento de Ingo Sarlet sobre a teoria da eficácia dos direitos fundamentais:

Em suma, cuida-se de saber até que ponto pode o particular (independentemente da dimensão processual do problema) recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares, isto é, se, quando, e de que modo poderá opor direito fundamental do qual é titular relativamente a outro particular, que, neste caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais? A natureza peculiar desta configuração decorre justamente da circunstância de que os particulares envolvidos na relação jurídica são, em princípio, ambos (ou todos) os titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõe a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se estabelecer restrições recíprocas, estabelecendo-se uma relação de cunho conflituoso, inexistente, em regra, no âmbito das relações entre particulares e as entidades estatais (poder público em geral), já que estas, ao menos em princípio, não podem opor direito fundamental aos primeiros³⁵.

De tal modo, a eficácia dos direitos fundamentais não é apenas vertical – Estado e cidadão – mas, ainda, horizontal – entre os cidadãos. Tal assertiva decorre do fato de que mais ameaçador aos direitos humanos o poder privado pode revelar-se do que o exercício pelas autoridades públicas, “uma vez que não está democraticamente legitimado”³⁶.

Surge então a nova função do contrato, o qual passa a ser interpretado à luz dos valores descritos constitucionalmente, não estando adstrito aos limites do Direito Privado³⁷ e, conseqüentemente, houve uma delimitação do âmbito de expressão da autonomia privada por parte dos direitos fundamentais.

Assim, superada a visão unitária do ordenamento jurídico de outrora, onde o Código Civil era o único diploma a regulamentar as relações privadas, não se pode mais solucionar conflitos e controvérsias baseando-se simplesmente no que dispõe a lei mas, sim, se faz necessário considerar os princípios fundamentais e todos os demais preceitos contidos na Constituição.

Entende Paulo Mota Pinto³⁸ que a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares é a porta de entrada da valoração dos direitos fundamentais, devendo-se, no caso concreto, fazer uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, até no caso em que se reproduza o que está no texto constitucional, ou que contenha conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, pois, acredita o autor, é a vinculação entre o Legislativo e o Judiciário que resultará em uma obrigação de interpretação conforme a

35 SARLET. Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET. Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000, p. 112-113.

36 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, op. cit., 2009, p. 45.

37 Id.

38 PINTO. Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In SARLET. Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010, p. 317-318.

Constituição, a qual levará à adequação de resultados entre o Direito Constitucional e o Direito Privado.

Defende ainda Paulo Mota Pinto³⁹ que há um núcleo correspondente aos direitos humanos e que se prende com a dignidade humana. Nesse núcleo, a qualificação do agente é irrelevante, já fora deste núcleo considera-se relevante uma proteção, pelos entes públicos, de particulares frente a outros particulares (igualmente detentores de direitos fundamentais que são) pelo apelo que há de proteção aos direitos fundamentais (lesante - Estado -vítima).

Diante desse particular, da perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais a proteção a estes direitos impõe a intervenção das entidades públicas nas relações entre particulares, evitando a inflexibilidade da vida jurídico-privada.

Enfatiza Ingo Sarlet⁴⁰ que os direitos fundamentais detêm uma multifuncionalidade, podendo ser classificados basicamente em dois grandes grupos: direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais, - e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional).

No que tange à problemática da eficácia dos direitos fundamentais, não há como desconsiderar sua função precípua (direito de defesa ou prestacional), nem a sua forma de positivação no texto constitucional, já que ambos os aspectos constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, o que não significa que forma de positivação, notadamente em virtude da distinção entre texto e norma, possa servir de referencial único, nem mesmo preponderante, em várias situações, para exame do problema da eficácia e efetividade⁴¹.

Enuncia o art. 5º, §1º, da Constituição que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Para Sarlet a melhor interpretação da norma contida neste dispositivo da Constituição é a que considera parte da premissa de que se trata de norma de cunho principiológico, transportando uma espécie de mandado de otimização, ou seja, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais⁴².

Assim, a Constituição, de mero limite ao poder político sem qualquer interferência nas relações privadas, no novo paradigma jurídico de constitucionalização do direito privado dá contornos às relações sociais e econômicas. Decorre daí a assertiva de que a Constituição deve ser aplicada às relações privadas de maneira direta, devendo o magistrado interpretar o conflito de acordo com os direitos fundamentais, portanto, à luz da tábua axiológica da Constituição.

39 PINTO. Paulo Mota, op. cit., 2010, p. 317-318.

40 SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 260.

41 *Ibid.*, 2011, p. 260-261.

42 *Ibid.*, 2011, p. 270.

Anota-se a lição de Facchini Neto o qual defende que se a eficácia de um direito fundamental “dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte)”⁴³.

Na teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais defende-se que os direitos fundamentais aplicam-se diretamente às relações entre particulares em face do postulado da força normativa da Constituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, tem seu fundamento ético na vontade humana, devendo observar a ordem jurídica e tendo como alvo a criação de direitos e obrigações.

Assim, no contrato, as pessoas estabelecem as normas individuais que irão reger determinado negócio, com escopo de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

No entanto, em um primeiro momento, havia uma crença de que o contrato por si só traria uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual⁴⁴.

Ao contrário do que se imaginava, este modelo não intervencionista, com esta liberdade irrestrita de contratar, acabava por acarretar a ausência de liberdade, enfatizando um caráter individualista.

O fato de não serem pessoas iguais (no sentido econômico, social e cultural), ensejava o aumento expressivo das desigualdades, e conseqüentemente, desencadeava na prevalência do mais forte sobre o mais fraco, o que retirava, seguramente, a liberdade deste.

Almejando mitigar as diferenças entre os contratantes, e com a modificação da concepção do Estado de liberal para social, como tentativa de resgate da liberdade e da igualdade (igualdade material), verificou-se uma maior intervenção do Estado na esfera privada.

A excessiva liberdade na estipulação das cláusulas contratuais é mitigada pelos ditames que emergem do princípio da boa-fé, dignidade humana e equilíbrio contratual.

O contrato é reconhecido como fruto da autonomia privada e se revela na autorregulação dos interesses privados. Não obstante isso, nessa ordem de entendimento, no contexto atual, o contrato sujeita-se a certas limitações, como as leis, a ordem pública, a dignidade humana, a igualdade, a função social e a boa-fé contratual, dentre outras,

43 FACCHINI NETO, Eugênio, op. cit., 2010, p. 66.

44 SAMPAIO. Laerte Marrone de Castro, op. cit., 2004, p. 11.

devendo-se proceder a análise dos negócios jurídicos sempre à luz dos ditames previstos pela Constituição Federal, que entre tantos artigos, prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), bem como tem o objetivo de construir uma sociedade livre justa e solidária (art. 3º, inciso I).

Dentre os diversos papéis desempenhados pelo contrato, os contratos promovem, em maior ou menor grau, a circulação de riquezas – a transferência de patrimônio – seja através da constituição, modificação ou extinção de direitos e obrigações, seja para a conservação, proteção ou prevenção desses mesmos direitos e obrigações.

Conclui-se então, que o contrato além de servir como meio de circulação de riquezas, consagra-se também como instrumento de concretização de direitos fundamentais nas relações entre particulares. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais impõe-se como forma de propagar a unidade e supremacia da ordem constitucional e, sobretudo, de tutela à pessoa humana, respeito aos valores sociais e preconizando a tão almejada justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2.ed.Coimbra: Almedina, 1998.

FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo, SP: Renovar, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010, p. 37-77.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista, Estado, Direito e Sociedade**, v. I, 1991. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2012.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. [s.l.]: Wolters Kluwer: Coimbra Ed., 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba, PR: Juruá, 2009.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Barueri, SP: Manole, 2004. (Cadernos de Direito Privado, v. 1)

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000. p. 112-113.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio Janeiro, RJ: Renovar, 2000.

Recebido em: 30 julho 2012

Aceito em: 08 outubro 2012