

O DIREITO FUNDAMENTAL DA SOLIDARIEDADE À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Júlia Bagatini*

Jorge Renato dos Reis**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 O Direito Privado a partir do Direito Constitucional; 3 Direitos Fundamentais; 4 Direito fundamental à solidariedade como novo paradigma das relações jurídicas; 5 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O trabalho tratará dos direitos fundamentais a partir da constitucionalização do direito privado. Nesse sentido, verificar-se-á o histórico acerca desse fenômeno; após isso se analisará a evolução dos direitos fundamentais, enquanto direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. Constatar-se-á, ainda, acerca da eficácia ou não desses direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, a partir das três principais teorias que norteiam tal conteúdo, ou seja, a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; a eficácia mediata dos direitos fundamentais; e a eficácia imediata desses preceitos às relações privadas. Por fim, o ensaio trabalhará mais especificamente com os direitos de terceira dimensão, notadamente o direito à solidariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização; Direitos fundamentais; Solidariedade.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SOLIDARITY UNDER THE PERSPECTIVE OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW

ABSTRACT: Current analysis deals with basic rights as from the constitutionalization of private law. The history of the phenomenon is investigated and the evolution of fundamental rights as rights of first, second and third dimensions is analyzed. The efficiency or not of fundamental rights in private juridical relationships is discussed as from the three main theories that guide the contents, or rather, the inefficacy of fundamental rights in private relationships; the mediate efficacy of fundamental rights; and the immediate efficacy of these precepts to private relationships. The essay will concentrate on third dimension rights, especially the right to solidarity.

KEY WORDS: Constitutionalization; Basic Rights; Solidarity.

* Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Docente na Faculdades de Itapiranga - FAI, Itapiranga, (SC), Brasil. Advogada; E-mail: juliabagatini@bol.com.br

** Pós-Doutorado na Università Degli Studi Di Salerno - Itália; Docente de graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC; Advogado.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SOLIDARIDAD A LA LUZ DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

RESUMEN: El trabajo tratará de los derechos fundamentales a partir de la constitucionalización del derecho privado. En este sentido, se verificará el histórico del fenómeno y, enseguida, se hará el análisis de la evolución de los derechos fundamentales, considerados como derechos de primera, segunda y tercera dimensión. Se constatará, aún, la eficacia o no de esos derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, a partir de las tres principales teorías que regulan tal contenido, o sea, la ineficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, la eficacia mediata de los derechos fundamentales; y la eficacia inmediata de esos preceptos a las relaciones privadas. Por fin, el ensayo trabajará más específicamente con los derechos de tercera dimensión, específicamente, el derecho a la solidaridad.

PALABRAS-CLAVE: Constitucionalización; Derechos Fundamentales; Solidaridad.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio objetiva trazer à baila a ideia do direito da solidariedade como norteador das relações jurídicas atuais. Para tanto, necessário se faz o estudo da constitucionalização do direito, como elemento propulsor da ideia de solidariedade, assim como se há referência acerca dos direitos fundamentais, enquanto um dos efeitos da constitucionalização do direito. Para tanto, estuda-se seu histórico, evolução, compreensão e eficácia.

A partir do estudo dos direitos fundamentais, foca-se de maneira premente no direito fundamental à solidariedade, como direito de terceira dimensão. Para a derradeira compreensão do assunto, trata-se da evolução da ideia da solidariedade, sua atual aplicação e a necessidade do atual zelo a este direito fundamental, que se mostra de suma importância na sociedade global hodierna.

2 O DIREITO PRIVADO A PARTIR DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A constitucionalização, assim como todos os demais fenômenos devem ser compreendidos observando o momento histórico, nesse sentido se fazem necessários apontamentos evolutivos acerca do Direito Civil.

A primeira grande codificação civil que se tem notícia no mundo¹ foi o Código Napoleônico², lançado logo após a Revolução Francesa (1789), o qual tratava de várias matérias acerca do Direito, trazendo, entretanto, uma visão aprimorada e estruturada do Direito Civil na França, afastando o Estado das relações entre indivíduos, tendo como valores supremos o individualismo e o patrimonialismo. Tais valores, tidos como pedras toque do sistema civil, eram imprescindíveis para que o Estado se mantivesse distante das relações civis.

Buscava-se com o *Code de France* a sistematização do direito, assim como a busca de uma segurança nas relações sociais, objetivava-se, também, pôr fim à grande quantidade de normas que muitas vezes eram contraditórias. Visava-se, portanto, a autonomia da vontade.

A autonomia da vontade individual é, em 1804, a base de todos os contratos; cada homem compromete-se livremente e nos limites daquilo que é expressa e livremente combinado.

No Brasil, a primeira Constituição Imperial do Estado, de 1824, trouxe entre outros dispositivos, a menção quanto à necessidade da organização de um Código Civil e de um Código Penal, objetivando regular as relações sociais e a vida em sociedade³.

Em 1855, o Estado brasileiro contrata Teixeira de Freitas para elaborar um Código Civil brasileiro, cujo esboço foi apresentado em meados de 1862, contando com aproximadamente cinco mil artigos⁴. Em tal “esboço”, Freitas trouxe a tutela jurídica do nascituro, a revisão contratual, a dissolução do casamento, entre outros artigos de suma importância. Ocorre, no entanto, que para a época tais situações não se mostravam condizentes com a estrutura brasileira, pois eram muito avançadas para o período⁵.

¹ A codificação é um movimento jurídico que surgiu no Ocidente no século XIX, sendo que os direitos ocidentais, quanto à forma, passaram a dividir-se entre *direito codificado*, que compreende o grupo francês, a partir do Código de Napoleão, e o alemão, e o sistema da *Common Law*, ou do grupo Anglo-Americano.

² Segundo Judith Martins-Costa (1999, p. 176-177): “É sabido que na Roma antiga foram elaboradas codificações, como o Codex Justiniano, que, entretanto, não possuíam o caráter sistematizador dos códigos modernos, constituindo antes uma coletânea das leis anteriores, sem ordem ou unidade”.

³ Nesse sentido, mencionava a Constituição Imperial de 1824: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...]XVIII. Organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça e Equidade.

⁴ ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. Da codificação: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 71.

⁵ Nesse sentido, verificar o artigo científico: “Da inserção da matéria mercantil no Código Civil de 2002: grave equívoco legislativo tentativa de engessamento do direito mercantil prejuízo à internacionalização do direito comercial”. Luiz Antonio Guerra da Silva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_78/artigos/Luiz_rev78.htm.

Teixeira de Freitas, após a conclusão de seu esboço inaugural de um Código Civil, abandona seu plano inicial e passa a elaborar um código geral, abrangendo toda a legislação e ramos do direito, com formas de interpretação das leis, etc., assim como um código civil, que unificaria toda a ideia de direito privado. Ocorre que, por Freitas ter abandonado o projeto inicial, não conseguiu concluir o projeto no prazo fixado, sendo rescindido o contrato para a feitura do Código Civil, em 1872⁶.

Apesar do grandioso trabalho de Teixeira de Freitas, o Estado brasileiro não aceitou o Código Civil por ele proposto, pois, conforme já dito, estava em dissonância com o momento histórico brasileiro e fora do prazo fixado para sua elaboração. No entanto, os temas trazidos por Freitas são, hoje, – após mais de cem anos – discutidos no sistema jurídico brasileiro, inclusive com ares de atualidade.

Em 1873, o Estado brasileiro contrata José Thomaz Nabuco de Araújo Filho⁷, requerendo a confecção de um Código Civil no prazo máximo de cinco anos, o que não foi alcançado, em face do falecimento do contratado⁸.

Foi em 1899 que o Estado brasileiro contratou, para redigir o seu novo Código Civil, o então professor Clóvis Beviláqua, docente da Faculdade de Direito do Recife e disciplinador da matéria de Filosofia, já que não havia direito civil no Brasil. Entretanto, somente em 1916, após o projeto hibernar por um longo tempo no legislativo nacional, surge o tão esperado Código Civil brasileiro.

Assim, o Brasil passa a ser um país codificado em matéria civil, fato este que ocorre até os dias atuais.

O Código Civil de 1916 (Lei 3071, de 01 de janeiro de 1916) surgiu com a mesma ideologia dos diplomas confeccionados na França (Código Napoleônico) e na Alemanha (BGB), ou seja, valia-se dos predicados do individualismo e do patrimonialismo, não dando espaço à intervenção estatal nas relações jurídicas civis.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino menciona:

O Código Civil de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro, quando, na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil⁹.

⁶ ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. Da codificação: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 93.

⁷ Nabuco de Araújo foi deputado, presidente de província, ministro de Justiça e senador do Império do Brasil, tendo ficado mais conhecido por ser pai do historiador e político abolicionista Joaquim Nabuco (DELGADO, 2011, p. 19).

⁸ DELGADO, Mário Luiz. Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 2.

A estrutura do Código Civil manteve-se por muito tempo, sendo que várias foram as constituições brasileiras criadas e nenhuma delas trouxe questões e normas referentes ao direito civil, até porque as constituições disciplinavam questões relacionadas ao até então direito público, enquanto o Código Civil disciplinava questões afetas ao direito privado. O Código Civil era chamado por muitos juristas como a “Constituição do Direito Privado”.

Entretanto, novos conflitos sociais surgiram e, com isso, a imensa necessidade de serem regulados de forma especial. Assim, inicia-se uma crescente edição de leis esparsas alheias ao Código Civil de 1916 (CC/16), sendo denominadas como os “microssistemas jurídicos”. Mas, o CC/16 mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas, sendo utilizadas as leis extravagantes apenas de maneira excepcional, verificando-se ainda a completude do Código Civil quanto às normas de Direito Privado¹⁰.

Ocorre, todavia, que tantas foram as leis esparsas editadas para resolução de conflitos, que o CC/16 passou a perder a sua generalidade e completude de direito privado, não conseguindo superar sua primazia em relação ao direito civil.

Frente a isso, vários doutrinadores passaram a dizer que somente uma norma hierarquicamente superior poderia (re)unificar o direito civil. Nesse contexto histórico, surge a Constituição Federal de 1988 (CF/88), trazendo normas de direito civil, especialmente referentes à propriedade, à família e aos contratos. A fonte primária do direito civil deixa de ser o Código Civil e passa a ser a Constituição Federal.

Ocorreu, portanto, uma mudança de eixo, de paradigma, processo este que se denominou como “Constitucionalização do Direito Civil”¹¹.

A mudança referida quanto à Constitucionalização do Direito Civil não diz respeito unicamente do acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram versadas no Código Civil. O fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil foi (é) visto como uma releitura do Código Civil e das leis especiais, todas a partir dos valores insculpidos na Constituição Federal.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso aponta que “A ideia de constitucionalização aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas

¹⁰ Idem.

¹¹ Sobre Constitucionalização do Direito Privado ver: REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; Leal, Rogério Gesta. (Org.). Direitos Sociais e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, Tomo 7, p. 2033-2064.

constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico”¹².

Por “constitucionalización del ordenamento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento em cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (perversiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales¹³.

Os valores fundamentais dessa Constituição passam a ser a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a erradicação da pobreza, a liberdade e a igualdade substancial. Com isto, o Código Civil de 1916 passou a entrar em rota de colisão com os princípios presentes na Constituição Federal.

Nesse sentido, Facchini propõe que:

Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paris*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada repersonalização do direito civil, ou visto de outro modo, a despatrimonialização do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções¹⁴.

Em linhas gerais, verifica-se a passagem do Direito Civil Codificado para um Direito Civil Constitucionalizado.

Nesse sentido, um dos aspectos mais importantes na seara da constitucionalização do direito privado é quanto à (im)possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais, calcados na Constituição Federal, nas relações privadas, já que se entende por constitucionalização do direito privado a irradiação dos valores

¹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: FACHIN, Zulmar (Coord.). 20 anos da Constituição Cidadã. São Paulo: Método, 2008, p. 114.

¹³ GUASTINI, Ricardo. La Constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: NEOCONSTITUCIONALISMO. [s.l.]: Trotta, 2003, p. 49.

¹⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53.

constitucionais a todo o sistema jurídico, inclusive, por óbvio, ao direito privado. É o que será tratado adiante.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais¹⁵ segundo Sarlet¹⁶:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

Os direitos fundamentais são normas que conferem sistematicidade à Constituição Federal, mostrando-se como parâmetros para todas as demais regras contidas no ordenamento jurídico, objetivando a dignidade da pessoa humana, assim como diminuindo possíveis conflitos entre as leis.

De igual forma, funcionam como fundamento de legitimidade da própria ordem democrática. Conforme Perez Luño, “presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos [...] y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas”¹⁷.

Ainda quanto à Teoria dos Direitos Fundamentais, Paulo Bonavides¹⁸ menciona:

Ao se estabelecer no ordenamento jurídico uma Teoria de Direitos Fundamentais, busca-se para a sociedade os pressupostos necessários para a realização de uma vida livre e digna para todos os seres humanos que a compõe, sendo esta, todavia, uma concepção variável conforme a ideologia predominante em cada Estado.

¹⁵ Há discussões acerca dos aspectos terminológicos dos direitos fundamentais, nesse sentido, analisar as obras de Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais* e também as obras de A. E. Pérez Nuño: *Delimitación conceptual de los derechos humanos. Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979 (p. 43) e PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales*. 2 ed. Madrid: Biblioteca Universitaria Guadiana, 1976 (p. 80).

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 85

¹⁷ PÉREZ NUÑO, Antonio Enrique. *Delimitación conceptual de los derechos humanos: Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 20.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 561.

Os direitos fundamentais apresentam-se como garantias de primeira, segunda e terceira dimensões¹⁹, conforme a evolução histórica em que passam a ser, cronologicamente, reconhecidos. A presente divisão das dimensões²⁰ remete-nos ao lema da Revolução Francesa, ou seja, liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos de primeira dimensão possuem cunho individualista, sendo direitos do indivíduo frente ao Estado, que demarcam uma zona de não-intervenção estatal. Por isso, são chamados de direitos fundamentais negativos, já que dirigidos a uma abstenção estatal. São direitos de primeira dimensão: o direito à vida, liberdade, propriedade, liberdade de expressão, de imprensa e etc. Em geral, esses direitos assumem a fase inicial do constitucionalismo ocidental.

Surge o Estado Social, um Estado interventor, que objetiva a igualdade entre as diferentes classes formadas nessa época, objetiva, portanto, trazer direitos para garantir as necessidades coletivas. Nesse momento, está-se diante de um Estado Prestador e não mais - somente - garantidor. Aqui surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são aqueles que outorgam ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho.

Impulsionado pela concepção de igualdade, consolidada pelos direitos fundamentais de segunda dimensão, a solidariedade introduziu na ordem jurídica uma ideologia baseada no respeito pela dignidade da pessoa humana, fato esse que marcou a nova dimensão de direitos fundamentais, os de terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão também denominados de direitos de solidariedade ou fraternidade destinam-se à proteção de grupos humanos, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

A solidariedade é, portanto, um direito de terceira dimensão.

Assim, frente à constitucionalização do direito privado e a irradiação dos seus efeitos questiona-se se os direitos fundamentais - em especial quanto ao direito fundamental à solidariedade - podem ser aplicados nas relações entre particulares.

¹⁹ Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta geração dos direitos fundamentais, os quais se introduzem através da globalização política na esfera da normatividade jurídica, o que corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado social (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 522).

²⁰ Importante referir que não existe hierarquia ou grau de importância entre referidas dimensões, motivo pelo qual alguns doutrinadores preferem a utilização do vocábulo “dimensão” dos direitos fundamentais em detrimento da expressão “geração”, que daria uma ideia de que cada nova geração adviria em substituição a anterior. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

Conforme já visto, a fonte primária do direito civil deixou de ser o Código Civil e passou a ser a Constituição Federal (CF). Um dos aspectos dessa nova forma de ver o Direito Privado, é que ele deve ser interpretado de acordo com os predicados dispostos na CF.

Em verdade, conforme Aronne:

Assim, o Direito Civil, conforme exemplo utilizado por Canotilho, não pode ser considerado ramo autônomo em face do Direito Constitucional, por que não pode afastar-se dos princípios e normas constitucionais que regulam o Direito Privado²¹.

Assim, no que se refere à constitucionalização do direito civil, entre inúmeros aspectos, alguns parecem pertinentes para o desenvolvimento desse trabalho, como a possibilidade ou não de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no âmbito do direito civil.

Três são as principais teorias quanto a essa temática. A primeira delas é a teoria da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a qual nega a possibilidade de produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tal teoria é a que goza de menor prestígio, no entanto, ainda aplicada no direito comparado. Nesse sentido, Daniel Sarmento refere:

[...] além de não admitir, em princípio, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a jurisprudência norte-americana tem criado obstáculo à possibilidade de tutela legislativa destes direitos no âmbito das relações privadas²².

No mesmo sentido é o entendimento de Bilbao Ubillos:

quienes rechazan la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares esgrimen como principal argumento la irremisible degradación que sufriría el principio de la autonomía privada, criterio de referencia exclusivo y excluyente a la hora de enjuiciar la licitud de los actos privados²³.

²¹ ARONNE, Ricardo Aronne. Razão e caos no discurso jurídico e outros ensaios de Direito Civil-Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

²² SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 197.

²³ BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 270.

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, a doutrina parece bastante concisa no sentido de aplicação desses direitos nas relações privadas, assim como a jurisprudência, tendo o Supremo Tribunal Federal inclusive exarado em mais de uma oportunidade tal mandamento. Na primeira decisão nesse sentido, o STF mencionou a necessidade de se cumprir o princípio do devido processo legal em ações de cunho propriamente privado, como a exclusão de pessoa pertencente a uma associação²⁴.

A discussão que se segue é de que forma estes direitos fundamentais postos na CF devem ser aplicados nas relações privadas, de forma direta ou indiretamente. Surgem, portanto, teorias a respeito da contenda.

Para os adeptos da teoria da *eficácia horizontal* indireta, os direitos fundamentais podem ser relativizados nas relações contratuais a favor da “autonomia privada” e da “responsabilidade individual”. Tal modelo tem sido utilizado na Alemanha pelo Tribunal Constitucional Federal e é amplamente dominante na doutrina daquele país.

De outro lado, tem-se a teoria da *eficácia horizontal direta*, que sustenta a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais constitucionais. Esse modelo é o reconhecido pela maioria dos doutrinadores da Itália, Espanha e Portugal. Sarmiento, referindo-se a este modelo:

Nos termos dessa concepção a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade²⁵.

A doutrina e jurisprudência não são unísonas no acolhimento de uma dessas teorias, mas a maioria delas entende que se deve sim aplicar os direitos fundamentais de forma direta (ou *prima facie*) as relações privadas. Nesse sentido, Sarlet leciona:

A Constituição Federal brasileira de 1988 expressamente dispôs (art. 5º, parágrafo 1º) que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isto tem sido considerado, pela doutrina majoritária, como uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais (...). Neste

²⁴ Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ.

²⁵ SARMENTO, op cit., 2006.

contexto, relembra-se a conhecida lição de Jean Rivero, há sustentar já há algumas décadas que mediante o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais também na esfera das relações entre particulares estar-se-á evitando a instauração de uma espécie de dupla ética social²⁶.

Há, no entanto, vozes dissonantes, em menor escala, mas não menos importantes, que é o caso do alemão Claus-Wilhelm Canaris, o qual refere que os direitos fundamentais somente serão aplicados de forma direta nas relações de direito civil-privado, se estiver tal mandamento posto de forma expressa na norma jurídica, caso contrário sua aplicação será sempre indireta.

Ao que parece, a partir do fenômeno da constitucionalização do direito civil, após a Constituição Federal de 1988 é notável a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Assim, os institutos eminentemente de Direito Privado, tais como a propriedade, a família e os contratos, passaram a serem vistos sob um outro viés, com a aplicação e a interpretação de suas premissas a partir dos direitos fundamentais constitucionais. Logo, o que ocorre é uma releitura dos dispositivos vigentes, para que se coadunem com a realidade jurídica atual.

Portanto, parte-se do pressuposto que os direitos fundamentais devem sim ser aplicados de forma direta nas relações entre particulares, para tanto, estuda-se no próximo tópico um dos direitos fundamentais de terceira dimensão que, apesar de muitas vezes relegado, deve ser aplicado nas relações privadas: a solidariedade.

4 DIREITO FUNDAMENTAL À SOLIDARIEDADE COMO NOVO PARADIGMA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

É a partir de Aristóteles, na Antiguidade, que se tem notícia da primeira ideia acerca da solidariedade, a qual se manifestava a partir de uma ação que, frente ao outro, trazia satisfação de ambos, aqui se compreendia a solidariedade como a ética do sujeito²⁷.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.

²⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária. Ijuí: Unijuí, 2012, p. 63.

Após, a solidariedade também teve duas grandes vertentes no mundo Ocidental, o cristianismo e o estoicismo.

Na modernidade, à época da Revolução Francesa, acaba-se entendendo a solidariedade como caridade, ou seja, como ajuda àqueles necessitados²⁸.

Então, ao fim do século XIX surge conceito de solidariedade que não se confunde com caridade/filantropia, e que designa uma nova maneira de pensar a sociedade e sua relação com o indivíduo e com o Estado.

Nesse sentido, Farias:

A partir do século XIX, quando se fala em solidariedade, pretende-se, com essa palavra, designar algo bem diferente. Trata-se de uma nova maneira de pensar a relação indivíduo-sociedade, indivíduo-Estado, enfim, a sociedade como um todo.

É somente no fim do século XIX que aparece a lógica da solidariedade como um discurso coerente que não se confunde com caridade ou filantropia²⁹.

No campo do Direito, Léon Duguit, Maurice Hauriou, Georges Gurvitch foram os estudiosos que realizaram o estudo acerca da solidariedade no Direito.

No Brasil, impende ressaltar que no início do século XX alguns autores brasileiros passam a tratar acerca da ideia de solidariedade, como Tobias Barreto, Rui Barbosa e Joaquim Nabuco, os quais entendem que o corolário da visão da solidariedade na sociedade é o aparecimento do sistema de seguros sociais, pois a sociedade seguradora é a mais perfeita expressão do discurso solidarista.

Um dos aspectos que merecem destaque nessa evolução histórica do princípio da solidariedade reside no fato de que se deve compreender sua aplicação, segundo Paulo Luiz Netto Lobo:

não só como dever positivo do Estado, na realização das políticas públicas, mas também, que importa deveres recíprocos entre as pessoas, pois, como disse Bourgeois, os homens já nascem devedores da associação humana e são obrigados uns com os outros pelo objetivo do comum³⁰.

²⁸ Tanto é verdade que em 1793 o artigo 21 da Declaração Francesa mencionava: “Os socorros públicos são uma espécie de dívida sagrada. A sociedade deve subsistência aos infelizes, seja lhes dando trabalho, seja assegurando os meios de existência àqueles que não podem trabalhar”.

²⁹ FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do Direito de Solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 190.

³⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. O Princípio Constitucional da Solidariedade nas Relações de Família. In: CONRADO, M.; PINHEIRO, R. F. (Coord.). Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 325.

Logo, verifica-se que a ideia de solidariedade é recente na esfera jurídica, tendo latente ligação com direitos de igualdade e, principalmente, de dignidade. Nesse sentido, Perlingieri³¹ “igualdade e solidariedade [...] são aspectos de um mesmo valor que o legislador se propõe atuar: o pleno e livre desenvolvimento da pessoa”.

No sistema jurídico brasileiro, a ideia de solidariedade como norte de conduta se estabeleceu somente a partir da Constituição de 1988, a qual a emplacou como princípio norteador das relações^{32, 33}.

A orientação individualista da primeira codificação brasileira em matéria civil, a qual se abordou no primeiro capítulo, passa a ter uma orientação solidarista.

Ocorre, todavia, que a ideia de solidariedade foi sendo perdida e esquecida no passar dos anos, mesmo estando positivada na Constituição Federal e se tratando de um direito fundamental de terceira dimensão e, portanto, aplicável a todos. Isto porque, é visível, em nossa sociedade, assim como as sociedades de países desenvolvidos, problemas como fome, saúde e educação, que surgem a partir da (in)tolerância, do egoísmo e da indiferença para com o outro.

Assim, verifica-se a indiferença, o egoísmo e o individualismo como contrapontos atuais acerca da concretização do direito fundamental à solidariedade.

Para Cardoso:

A indiferença do homem em relação ao homem faz do ambiente social um “não-lugar” [...] que revela a falta de identidade entre os seres humanos e a total incapacidade da sociedade em se tornar um meio de consideração e respeito recíprocos.

[...]

Para o homem “moderno”, seu semelhante é absolutamente indiferente, representando a sociedade nada mais que uma mera necessidade de vida, ou seja, de pura sobrevivência, onde os valores do ser humano se perdem ante à instrumentalização da pessoa, que não conhece outra premissa válida, senão a sua própria sobrevivência³⁴.

³¹ PERLINGIERI, Pietro. Il diritto civile nella legalità costituzionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 97.

³² Impende referir que no presente trabalho tratar-se-á do direito à solidariedade como direito fundamental de terceira dimensão, apesar de haver a positivação da solidariedade como princípio constitucional, no art. 3º, I, da CF.

³³ Artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.

³⁴ CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010, p. 107.

Desta feita, o egoísmo e o individualismo mostram-se como barreiras à concretização do direito à solidariedade, o qual é um ditame constitucional e não tem sido empregado nas relações humanas, notadamente no direito privado.

Hoje, o direito encontra-se pautado por um novo paradigma, trata-se de um direito constitucionalizado, que deve ser reestruturado aplicado e pensado, a partir dos ditames constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, inclusive (e principalmente) o da solidariedade.

A solidariedade é um direito fundamental de terceira dimensão que deve ser aplicado em todas as relações jurídicas, sejam de direito público ou privado. Trata-se de uma nova maneira de se enxergar as relações humanas jurídicas, à luz da ética e da moral, visando à igualdade substancial, a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, a cooperação nas relações jurídicas. Com a solidariedade busca-se uma responsabilidade social, visando o bem-estar social e, como consequência, o bem-estar de cada um.

O termo solidariedade possui diversos significados. Na área jurídica, pode representar a divisão de bens e rendas próprias do Direito Tributário e do Direito Previdenciário. Também pode representar as relações entre comunidades, entre familiares. Ainda, a solidariedade pode ser vista como uma classificação ou modalidade especial de obrigação, em que possui dois ou mais sujeitos, ativos e/ou passivos, e, embora possa ser divisível, pode cada credor demandar e cada devedor é obrigado a satisfazer à totalidade.

O presente ensaio pretende tratar da qualidade de ser solidário, que esteja estreitamente relacionada aos direitos da igualdade, da dignidade social, da ética nas relações, da boa-fé e, principalmente, da cooperação entre as pessoas.

Nesse sentido, é necessária a presença constante do direito fundamental de solidariedade nas relações privadas, pois imperioso frente à nova sistemática de direito constitucionalizado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, mesmo que de forma sucinta, vez que o tema é amplo e demanda constante estudo e aprofundamento, pode-se verificar o novo contexto do Direito Civil Brasileiro, a partir da superação dos predicados patrimonialistas e individualistas

do Código Civil de 1916 para um momento marcado pela Constitucionalização do Direito Civil, sendo o principal foco das relações o *ser*. Como consequência da constitucionalização do Direito e da pessoa humana como centro do estudo, mostra-se necessário a aplicação da eficácia dos direitos e garantias fundamentais, de forma direta, no âmbito das relações privadas.

Nesse sentido, um dos direitos fundamentais mais importantes na atualidade encontra-se esquecido, devendo ser reavivado e utilizado nas relações jurídicas, já que busca a concretização da cooperação, da boa-fé, da ética nas relações. Trata-se do direito fundamental à solidariedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARONNE, Ricardo Aronne. **Razão e caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **20 anos da Constituição cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Brasil: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACCHININETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GUASTINI, Ricardo. La Constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: NEOCONSTITUCIONALISMO. Trotta. 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. O Princípio Constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, M.; PINHEIRO, R. F. (Coord.). **Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PÉREZ NUÑO, Antonio Enrique. **Delimitación conceptual de los derechos humanos: Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; Leal, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. Tomo 7.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo

Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Recebido em: 16 de março de 2013

Aceito em: 09 de outubro de 2014