



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

LAYER LEORNE MENDES NETO

**CONTROLE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS PRIVADAS À LUZ DA EFICÁCIA
HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA HUMANIZAÇÃO DO
DIREITO CIVIL**

**FORTALEZA-CE
2014**

LAYER LEORNE MENDES NETO

**CONTROLE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS PRIVADAS À LUZ DA EFICÁCIA
HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA HUMANIZAÇÃO DO
DIREITO CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.

**FORTALEZA-CE
2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- M538c Mendes Neto, Layer Leorne.
 Controle de cláusulas contratuais privadas à luz de eficácia horizontal dos direitos
fundamentais e da humanização do direito civil / Layer Leone Mendes Neto. – 2014.
 61 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2014.
 Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Civil.
 Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.
1. Direitos fundamentais - Brasil. 2. Cláusulas (Direito) - Brasil. 3. Direito civil - Brasil. 4.
Contratos – Brasil. 5. Relações humanas. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II.
Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

LAYER LEORNE MENDES NETO

**CONTROLE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS PRIVADAS À LUZ DA EFICÁCIA
HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA HUMANIZAÇÃO DO
DIREITO CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para a obtenção do título de bacharel em
direito.

.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Yuri Cavalcante Magalhães
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Leorne Júnior e Marleide Maciel e minha irmã, Lara.

Aos meus avós, Pedro Paulo (*in memorian*), Dona Senhorinha, Leorne e Vera.

A Fernandinha.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de início, a todos que compõe a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará por proporcionarem educação superior, pública e de qualidade a quem se dispuser.

Aos membros da banca examinadora, Prof. Me. William Paiva Marques Júnior, Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra e Prof. Me. Yuri Cavalcante Magalhães, pela consideração e disposição em analisar, sugerir e avaliar este trabalho.

Em especial, ao Prof. Me. William Paiva Marques Júnior, Vice Coordenador de Graduação da Faculdade de Direito, o qual sem a sua orientação e ensinamentos, durante todo o curso de Direito, esta monografia não poderia ser concretizada.

Ao professor Carlos César Sousa Cintra pela oportunidade de ter o início à docência sob a sua orientação.

A minha família, a qual sempre me apoiou, em todo decorrer do Curso, prestando ensinamentos jurídicos a todo o momento que precisei, notadamente me tutelando na linha moral e retilínea que o Bacharel em Direito precisa adotar em toda sua trajetória.

À Maria Marleide Maciel, minha mãe, que sempre caminhou ao meu lado, em toda vida. Minha admiração não decorre somente pelo fato de ser, ao mesmo, tempo pai e mãe, mas por ser uma eterna guerreira. Faço minhas as palavras da Des^a Sêrgia Miranda, em palestra acadêmica, de que se trata da magistrada mais respeitada no Estado do Ceará.

A minha irmã, Lara Mendes, que, mesmo a distância nos separando, é minha melhor amiga, além de ser a melhor médica que conheço.

Aos meus padrinhos, Marcus Vinicius Moreno dos Santos (*in memorian*) e Maria Medice Moreno dos Santos por tudo que representaram e representam em minha vida. Aos meus tios Wagner e Rejane e, ao meu primo, João Bosco e minha pequena afilhada Ana Giulia.

Ao Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães e toda sua equipe pelos inestimáveis ensinamentos jurídicos recebidos ao longo do programa de estágio no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

“A fé na vitória tem que ser inabalável.”
O Rappa

RESUMO

Analisa-se o controle de cláusulas contratuais privadas com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a da humanização do Direito Civil. O objetivo consiste, basicamente, em demonstrar que o Direito Privado passou por um grande processo evolutivo, e que o maior resultado desta evolução consiste, com o neoconstitucionalismo, na constitucionalização das relações entre particulares e no denominado efeito horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung der grundrechte*). Partindo da premissa de que os direitos fundamentais tem incidência imediata, especialmente nas relações entre particulares, é nosso propósito evidenciar que as cláusulas contratuais podem ser perfeitamente controladas em relação à violação de um preceito fundamental. Ao analisar as nulidades contratuais, iremos comprovar que a eficácia na esfera privada não somente é possível, como necessária, na ordem constitucional brasileira. A máxima “contrato é contrato” fica esvaziada quando ocorre violação a um direito fundamental. Este trabalho também examina casos concretos na Alemanha e Brasil.

Palavras-chave: Cláusulas contratuais. Eficácia horizontal. Direitos fundamentais. Humanização. Direito civil.

ABSTRACT

Examines the control of private contractual arrangements based on horizontal effect of fundamental rights in relations between individuals and the humanization of Civil Law. The goal is basically to demonstrate that the private law underwent a major evolutionary process, and that the major result of this evolution is with neoconstitutionalism, the constitutionalization of relations between individuals and the so-called horizontal effect of fundamental rights (*Drittwirkung der Grundrechte*). Assuming that fundamental rights have an immediate impact, especially in relationships between individuals, it is our purpose to show that the contractual clauses can be perfectly controlled in relation to infringement of a fundamental precept. By analyzing the contractual nonentities, we prove that the efficiency in the private sphere is not only possible, but necessary, in the Brazilian constitutional order. The maxim "Contract agreement" is emptied when a violation occurs a fundamental right. This paper also examines specific cases in Germany and Brazil.

Keywords: Contract terms. Effectiveness horizontal. Fundamental rights. Humanization. Civil law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	NEOCONSTITUCIONALISMO E PARTICULARES	15
2.1	Incidência da Constituição sobre o Direito Privado	20
2.2	Evolução da Constitucionalização do Direito Civil	23
2.3	Normatividade dos princípios	26
2.4	Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais	29
3	INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS PRIVADOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
3.1	O contrato e a autonomia da vontade	36
3.2	Perspectiva civil-constitucional do contrato	39
3.3	Humanização do Direito Civil	42
4	CONTROLE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS	45
4.1	Análise das teorias de eficácia dos Direitos Fundamentais e as nulidades contratuais	45
4.2	Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão anulando contratos	47
4.2.1	<i>O caso do contrato de fiança</i>	47
4.2.2	<i>O casamento forçado</i>	49
4.3	Um modelo a ser seguido no Brasil	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
	REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O tema a que nos propusermos a escrever versa sobre o controle de cláusulas contratuais por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nem os maiores defensores da teoria clássica do Direito Civil podem negar que, há tempos, é inconcebível refletir sobre as relações privadas sem, mesmo que de uma forma mínima, observar a eficácia normativa dos Direitos Fundamentais. É assente o deslocamento do velho diploma civilista do centro do sistema jurídico.

Em todos os ramos da ciência jurídica, a supremacia da constituição, antes formal, passou a ser material, de alta carga valorativa, maximizada pela abertura do macrossistema do direito e pela normatividade dos princípios, materializada na irradiação dos Direitos Fundamentais. É o que a doutrina costuma denominar de neoconstitucionalismo.

Em face da mudança de paradigma ocorrida no século XX, em relação aos princípios, até os mais conservadores, indubitavelmente, se curvaram à nova interpretação do Direito Privado. Nas nações de tardia redemocratização, por exemplo, Espanha, Portugal e, enfaticamente, o Brasil, a impregnação dos mandamentos constitucionais no direito, embora recente, é um processo intenso.

Antes do neoconstitucionalismo, a Carta Magna era concebida como apenas uma Carta Política, a qual era referencial pragmático de regência entre o contato do particular com o Estado. Nessa fase, a Constituição, sem força normativa própria, era apenas um direcionamento a ser seguido pelo legislador ordinário.

Nesse caminhar, a constitucionalização das relações privadas possui grande importância, pois está umbilicalmente ligada à incidência direta da Constituição, classicamente norma de Direito público, no ambiente privado, principalmente nas relações entre indivíduo-indivíduo, a qual o Estado não faz parte.

A temática ganhou importante relevo a partir do momento que os estudiosos não se limitaram a pesquisar somente sobre a nova roupagem dos princípios, mas adentram em um complexo debate sobre até que ponto os Direitos Fundamentais incidiam nas relações tipicamente privadas, rompendo a tradicional barreira imposta pelo Direito privado positivo, o qual, de um modo clássico, é regido pela autonomia da vontade.

Demonstra-se-á, outrossim, que, com o crescimento das conquistas sociais e a massificação do consumo, albergado na globalização pós União Soviética, que não só o Estado pode desrespeitar os direitos fundamentais. Os particulares, formalmente iguais entre si, podem, do mesmo modo, abusar de suas liberdades e desrespeitar os direitos de outro

indivíduo. O grande problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas é saber até que ponto e, até mesmo, quando se aplicam.

É sobre essa realidade que surgiram, em suma, três teorias para aceitar ou rejeitar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. As consequências práticas desses pensamentos se relacionam diretamente com o direito contratual na medida em que possibilitam uma eventual nulidade do negócio jurídico.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a doutrina nacional, seguindo o contexto internacional, curvou-se aos novos paradigmas sobre a interpretação constitucional transformadora. Essa doutrina mostrou-se adepta ao texto constitucional, uma vez que conservou a ideia da normatividade integral da Carta Magna.

Em síntese, a mudança consiste em romper com o exclusivismo do Direito privado, no que concerne à regulação estrita das relações privadas, e o surgimento de novos parâmetros reguladores das relações individuais, nas quais o Estado não está presente. A questão deve ser estudada à luz da nova concepção dos direitos fundamentais, os quais poderão incidir como uma norma de sobredireito nas relações privadas.

O trabalho apresentado encontra-se dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, abordar-se-á a temática referente ao neoconstitucionalismo e a sua influência nas relações entre os particulares, inclusive rememorando as teorias de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, o contrato será relacionado com os direitos fundamentais.

No terceiro capítulo, será estudado a incidência direta dos direitos fundamentais nos contratos e a aplicação em alguns casos práticos. Abordar-se-á também a humanização do Direito Civil e a sua relação com a nova visão das normas privadas.

No quarto capítulo, expor-se-á o modo de controle de cláusulas contratuais sob a ótica dos direitos fundamentais, abordando cada teoria de incidência e as suas respectivas consequências. Por fim, em um estudo de direito comparado, citamos a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a qual será ilustrativa com os casos concretos, corroborando com o pensamento de que o controle das cláusulas contratuais é amplo sob o prisma dos direitos fundamentais.

Por derradeiro, a conclusão da presente pesquisa monográfica, na qual realizamos um arremate dos principais pontos expostos e concluímos qual o melhor sistema teórico para aplicação dos direitos fundamentais na realidade vivida pelo Brasil.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E PARTICULARES

No intuito de facilitar a compreensão da evolução do constitucionalismo, possuindo como marco inicial as ideias iluministas do final do século XVII, até o momento em que se encontra, é imperioso traçar a evolução histórica que modificou a concepção do conceito de constituição.

O constitucionalismo pós-moderno surgiu com a queda dos estados absolutistas, incorporando o jus naturalismo do século XVII. A Revolução Francesa de 1789 e a independência dos Estados Unidos da América em 1776 foram às sementes para a formação do Estado Constitucional de Direito.

O poder do estado passou a ser limitado pelas próprias leis que ele criava, não sendo absoluta a vontade de um governante. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, em 1789, positivou os Direitos Humanos, criando verdadeiros direitos dos indivíduos em face do Estado, o que, posteriormente, seriam denominados de Direitos Fundamentais.

Na doutrina de Georg Jellinek¹:

... a literatura jurídico-política conhecia somente os direitos dos chefes de estado, dos privilégios de classe, dos particulares e de algumas corporações, sendo que os direitos gerais dos cidadãos manifestavam-se mais como deveres para com o Estado do que títulos jurídicos caracterizados. Graças à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 formou-se em toda a sua amplitude no direito positivo, a noção, até então somente conhecida no direito natural, dos direitos subjetivos do membro do Estado frente ao Estado como um todo.

As duas grandes guerras mundiais (1914-1918 e 1939-1945), contudo, foram obstáculo à concretização do novo direito constitucional, pois, aparentemente, ignorou-se os Direitos Humanos, em busca de interesses patrimoniais e territoriais.

No intervalo da primeira guerra para a segunda guerra, surgiram, na Europa, os regimes totalitários: nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália. Imbuídos de um forte espírito nacionalista, guiado pelo conceito de “raça”, imperialistas por natureza, os governos autoritários violaram os direitos humanos de forma cabal, causando um retrocesso quando comparados aos direitos angariados pela Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos da América.

Nesse sentido, Hannah Arendt² esclarece que a raça, quer sob forma de conceito ideológico gerado na Europa, ou como explicação de emergência para experiências chocantes

¹ JELLINEK, Georg. **La Declaracion de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**, trad. Adolfo Posada, Madrid, Libreria General de Victoriano Suárez, 1908 p.91.

e sangrentas, sempre atraiu os piores elementos da civilização ocidental. A autora reverbera que solidão, o fundamento para o terror, a essência do governo totalitário, e, para a ideologia ou a lógica, a preparação de seus carrascos e vitimar, tem íntima ligação com o desarraigamento e a superfluidade que atormentavam as massas modernas desde o começo da Revolução Industrial e se tornaram cruciais com o surgimento do imperialismo no fim do século passado e o colapso das instituições políticas e tradições sociais do nosso tempo.

Com o final da segunda guerra mundial e o declínio dos regimes totalitários, a Organização das Nações Unidas publica, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos³. Novamente, os direitos fundamentais saem do plano abstrato para o caminho da positivação.

No magistério de Luís Roberto Barroso⁴, o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.

Como exemplos do neoconstitucionalismo apresentam-se as constituições da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978), na superação de regimes autocráticos e na construção das bases de um arcabouço jurídico- institucional fundado nos direitos humanos fundamentais e na dignidade da pessoa humana que lhe subjaz⁵.

Para fins meramente terminológicos, é assente que a locução “direitos fundamentais” é empregada principalmente pelos escritores germânicos, com substrato na Lei Fundamental de Bonn, que dedicava o primeiro capítulo aos *Grundrechte* [Direitos Fundamentais].

Destarte, de uma maneira explicativa, entendemos que a expressão “direito (s) fundamental (ais)” é oriunda de um procedimento legislativo afetado a uma nação específica, a qual apenas positiva, sendo, assim, um direito escrito, elevado a positivação.

² ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Título original: The origins of totalitarianism p. 528. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf>. Acesso em 27/03/2014.

³ ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 27/03/2014.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo:Saraiva, 2011, p.267.

⁵ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.328.

Por seu turno, os direitos humanos possuem definição eminentemente supralegal, desvinculados a qualquer código ou legislação específica, uma vez que inerente à própria existência do ser humano e precedente a qualquer direito que venha a ser positivado.

Não há que se cogitar em confundir direitos fundamentais com princípios gerais de direitos, pois estes são baseados em uma mera técnica legislativa, conquanto aqueles têm origem nos Direitos Humanos, positivados na ordem jurídica interna. Nesse sentido, é a lição de Wilson Steinmetz⁶:

Do ângulo da segurança jurídica, qual é o ganho real ao afastar a aplicação imediata de normas de direitos fundamentais em favor da aplicação de cláusulas gerais “preenchidas” pelo conteúdo valorativo-objetivo dos direitos fundamentais? Ora, se, de um lado, os enunciados linguísticos que veiculam normas de direitos são imprecisos, de outro, as cláusulas gerais, por definição, também são enunciados legislativos ou parte deles, com elevado grau de indeterminação. A rigor, dos pontos de vista linguístico, estrutural e dogmático, as cláusulas gerais são tão vagas quanto as disposições de direitos fundamentais. Assim, tarefas complexas de interpretação e aplicação existem tanto no âmbito dos textos de direitos fundamentais como o das cláusulas gerais.

A partir do século XX, então, o neoconstitucionalismo surge com o intuito de concretização dos direitos fundamentais, sendo uma ferramenta para a implantação do Estado Democrático Social de Direito. A constituição é concebida como um valor em si, possuindo força normativa própria e independente.

No escólio de Konrad Hesse⁷ o fato de o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente à divisão de poderes políticos, cujas forças movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas”. Observa o autor que “esse pensamento não pertence ao passado”, que “a coincidência de realidade e norma constitui apenas um limite hipotético extremo” e sustenta a necessidade de uma ficção – uma força normativa da Constituição – como força determinante para assegurar a eficácia da Constituição jurídica, uma vez que no âmbito da Constituição “inexiste, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos.

Luís Roberto Barroso⁸, em harmonia com esse entendimento, vaticina que, efetivamente, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi à atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Ficou, portanto, superado o

⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 156.

⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991, p. 10-12.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.284.

modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

E continua:

Com a reconstitucionalização que sobreveio à Segunda Guerra mundial, esse quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha e, com maior retardo, na Itália. E, bem mais à frente, em Portugal e na Espanha. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua observância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formaram entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.

Outrossim, é de grande importância mencionar que a palavra “neoconstitucionalismo”, na linguagem jurídica, não é unívoca, isto é, não apresenta somente um único significado, podendo expressar outro sentido a depender do contexto em que será usada.

No atinente à delimitação conceitual, observa-se que não existe um modelo padronizado de neoconstitucionalismo uma vez que existem várias facetas de entendimento e compreensão do aludido movimento que apresenta como contexto epistemológico o pós-positivismo⁹.

Em uma primeira acepção, tal expressão destaca alguns elementos estruturais dos sistemas jurídico-constitucionais típicos do período histórico posterior ao término da segunda grande guerra, que são descritos pelo neoconstitucionalismo enquanto uma nova teoria geral atenta para as transformações empíricas decorrentes do fato da constitucionalização do ordenamento jurídico¹⁰.

⁹ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. [on line]. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.329. Disponível na internet: < <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/109>> ISSN 2317-2940

¹⁰ DA SILVA, Alexandre Garrido. **Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo**. 2011, p. 3342. CONPEDI. Disponível na internet: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva.pdf>. Acesso em: 27/03.2014;

No entanto, em um caso ou em outro, há uma convergência de que a palavra neoconstitucionalismo sempre vai reverberar em mutações significativas em uma ordem normativa conduzida pela supremacia e pela eficácia irradiante das normas da constituição, as quais impuseram, por sua vez, o caminho de um paradigma jurídico centrado no conceito legalista de Estado de Direito para um novo horizonte articulado em torno da noção de um Estado constitucional de Direito.

Nesse caminhar, a evolução da constitucionalização do direito acarretou em grandes mudanças no ordenamento como todo, dando-lhe ordenação e praticidade. Por óbvio, os dispositivos constitucionais se tornaram fundamento das normas ordinárias, o que, conseqüentemente, ocasionou na atenuação da antiga separação existente entre direito público e direito privado.

Nesse sentido, é o ensinamento de William Marques Paiva Júnior¹¹:

Na contemporaneidade, a ausência de identidade do Direito Civil com os tradicionais paradigmas positivistas, delineados pelo racionalismo dogmático-cartesiano (herança da cultura eurocêntrica) dos séculos passados, não é uma recusa para com a cientificidade do Direito, em verdade implica em um giro hermenêutico na medida em que rompe com a ideologia conservadora da civilística tradicional (manutenção do *status quo* através da propriedade e do contrato numa visão eminentemente liberal) na percepção da interpretação constitucionalizada do Direito Civil.

Dessa forma, ante os parâmetros do neoconstitucionalismo, a Constituição é o centro do sistema, sendo concebida como norma jurídica, possuindo carga valorativa e ampla possibilidade de concretização dos valores constitucionalizados, de um modo a garantir condições dignas aos indivíduos, reconhecendo a eficácia irradiante em relação aos Poderes e, até mesmo, aos particulares.

Vale mencionar que existem divergências entre os autores sobre a autoafirmação do neoconstitucionalismo. Nesse sentido, Lênio Streck¹² afirma que se afastou do neoconstitucionalismo tendo em vista que o fenômeno aposta em elementos não democráticos, como, por exemplo, a ponderação e a discricionariedade judicial. Ou seja, explica o autor, que a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, quem escolhe os princípios a

¹¹ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.316.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**, p. 17. Disponível na internet: < <http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 27/03.2014;

serem ponderados? E quais os pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra de ponderação? Mais ainda: a subsunção – admitida para os casos fáceis – tem lugar no plano de um paradigma filosófico que ultrapassou o esquema sujeito-objeto? E por que a regra de direito fundamental adscripta (resultado da ponderação) se transforma em uma subsunção de segundo grau ou uma “meta-subsunção”?

Em face dos objetivos da presente monografia, o presente estudo funda-se somente na análise do neoconstitucionalismo sob o prisma da eficácia irradiante dos Direitos Fundamentais nas relações entre os particulares, sem, contudo, possuir a intenção de, neste trabalho monográfico, menoscar as outras vertentes que reverberam esse fenômeno jurídico.

2.1 Incidência da Constituição sobre o Direito Privado

Não é recentemente que se afirma que o Direito está hoje nas constituições como ontem esteve nos códigos¹³. Assim, de uma maneira geral, é inviável a compreensão de qualquer matéria jurídica, sem antes harmonizá-la com os preceitos oriundos da Carta Magna. Não há mais espaço para expressões como, por exemplo, “o Direito público passa, e o Direito Privado permanece”¹⁴.

Toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição¹⁵.

A doutrina de Riccardo Guastini¹⁶ tem o mesmo entendimento, vejamos:

Por constitucionalización del ordenamiento jurídico propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar

¹³ BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Revista direitos fundamentais e justiça. [on line]. Ano 2, nº 3, abr/jun. Rio Grande do Sul; HS Editora, 2008, p.87. Disponível na internet: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em 20/03/2014. A frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998.

¹⁴ BÖHMER, Gustav. *Apud*: NEUNER, Jörg. **O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental**. Revista Jurídica, ano 52, n. 326 (dez. 2004). Porto Alegre: Nota Dez, p. 08.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.387.

¹⁶ GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In: Neoconstitucionalismo (s). Trotta, 2003. p. 49. [Por constitucionalização do ordenamento jurídico, proponho entender um processo de transformação de um ordenamento que, ao fim, resulta impregnado pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, os políticos e as relações sociais] Tradução livre.

tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.

No âmbito do Direito Civil, não é diferente. Se anteriormente a preocupação era com este ou aquele impedimento legal, atualmente, o que se persegue, além disso, é que a atuação particular esteja em conformidade com as normas constitucionais.

Nesse sentido, William Paiva Marques Júnior¹⁷ vaticina:

No Estado de Direito Liberal a Pandectista, a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Conceitos e a Escola da Exegese formaram a base metodológica do Direito Civil clássico, consoante o qual Código Civil ocupava a posição central no sistema jurídico, ao mesmo tempo em que o constitucionalismo tradicional (de cunho liberal e absenteísta) verificava a Constituição como sendo o documento responsável pela organização estatal e proteção dos cidadãos ante os arbítrios estatais. A hermenêutica deste período menoscabava a função do intérprete à tarefa comezinha de subsunção formal do fato social à norma jurídica. Trata-se de um prisma reducionista uma vez que ignora a Constituição e transforma o Código Civil em centro irradiador exclusivo das soluções no âmbito jurídico-privado, acarretando a supervalorização de sua utilização na solução das relações travadas entre particulares.

O legislador civilista brasileiro de 2002, com pensamento diametralmente oposto àquele de 1916, editou um diploma normativo em que, claramente, se busca respeitar os direitos fundamentais, com o objetivo de preservar, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a reparação de dano moral, a inviolabilidade da vida privada, a função social da propriedade, entre tantos outros, albergados pelo Código Civil.

A propósito, Carlos Alberto Bittar¹⁸ afirma que as ideias de dignidade, liberdade, segurança, igualdade e justiça social, dentre outras, conduzirão a sociedade brasileira na busca de seus destinos e influenciarão, juridicamente, as reformas que se farão no plano da legislação ordinária, podendo ora se destacar a edição da nova codificação civil.

Corroborando com o entendimento esposado, é a lição de William Paiva Marques Júnior¹⁹:

O Código Civil de 2002 está permeado de uma estrutura principiológica oriunda da constitucionalização das relações privadas. Neste jaez, tem-se: (a) uma hermenêutica civilista contemporânea amalgamada pelo princípio da sociabilidade das relações privadas em seus mais diversos matizes; (b) a força cogente dos contratos apresenta uma liberdade contratual mitigada por matérias de ordem pública; (c) a propriedade

¹⁷ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. [on line]. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.314.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.26.

¹⁹ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. [on line]. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.318.

e seus consectários (contrato e empresa) denotam o seu viés eminentemente permeado pela função social; (d) adoção dos postulados gerais da cooperação, solidariedade e boa-fé; (e) reconhecimento dos direitos da personalidade e a sua repercussão na responsabilização civil; (f) objetivação da responsabilização civil em situações cada vez mais numerosas; (g) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No entanto, inobstante aparentemente o diploma civilista ter-se amoldado a nova sistemática constitucional do Direito, a tradicional supremacia privada estava ficando sem espaço, ante sua fragmentação em várias leis específicas.

Oportuno transcrever as palavras de Luís Roberto Barroso²⁰:

Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures - o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, à medida que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que passou na Itália, também entre nós deu-se a descodificação do direito civil, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação do Código Civil de 2002, com vigência a partir de 2003.

Nessa perspectiva, uma das causas que, aparentemente, foi responsável pelo “declínio” do Direito Civil puro foi o surgimento de novos microsistemas, os quais efraqueceram a tradicional dogmática civilista, além de iniciar a descodificação no âmbito privado.

É assente que a reconstrução da civilista à luz dos aportes emanados do neoconstitucionalismo faz-se presente na medida em que se verifica a inoperância do instrumental clássico, incompatível com a abertura oriunda do reconhecimento da humanização e dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas²¹.

Nesse desiderato, construi-se a ideia de que o negócio jurídico elaborado sobre as normas do diploma civilista deve, necessariamente, estar em conformidade com os ditames constitucionais, pois, caso o contrário, a sua eficácia poderá ser questionada.

Assim sendo, a título de exemplo, a validade do negócio jurídico não fica condicionada exclusivamente aos comandos prescritivos do artigo 104²² do Código Civil,

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.386.

²¹ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. [on line]. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.317. Disponível na internet: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/109>> ISSN 2317-2940.

²² Art. 104/ CCB/02. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

devendo, também, almoldar-se à carga principiológica extraída do ordenamento, possuindo como base positivada a Constituição Federal.

Ainda que essa submissão soe trivial para o jurista contemporâneo, nem sempre foi assim, especialmente por causa da milenar tradição do direito privado como área do direito reservada à autonomia privada, não submetida às previsões do direito público²³.

2.2 Evolução da constitucionalização do Direito Civil

É de grande valia referenciar os marcos históricos pelo qual perpassou o Direito Civil em sua relação com o Direito Constitucional. Para os objetivos desta monografia, somente ir-se-á analisar o relacionamento dos últimos dois séculos, possuindo como marco inicial a Revolução Francesa de 1789.

Inicialmente, o Direito Civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal²⁴.

No magistério de Paulo Luís Netto Lôbo²⁵:

O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos nomeadamente no campo econômico (codificação). Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Nesse sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não-impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.

Assim, a Revolução Francesa foi fundamental para dar objetos cognoscentes ao Direito Constitucional e ao Direito Civil. Ao primeiro, ela resultou na Constituição de 1791; ao segundo, o Código Civil Napoleônico de 1804. Inicialmente, ambos eram totalmente independentes entre si e sequer cogitou-se em uma relação, pois o próprio Digesto Romano

²³ SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais entre particulares**. 1ª edição, 3ª triagem-São Paulo: Malheiros, 2011, p.41.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação legislativa, v. 36, n. 141, 1999, p.99.

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação legislativa, v. 36, n. 141, 1999, p.101.

realizava, com adequação, aos desejos burgueses da época de proteção à propriedade e à liberdade de contratar.

Sob a batuta do Estado Social, no século XX, inicia-se o dogma de que os indivíduos não são iguais entre si. A isonomia material abstrata prevista na autonomia de contratar era discrepante com a realidade social vivida.

Luís Roberto Barroso²⁶ enfatiza que o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Para o autor, tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado.

Desse modo, inicia-se a fase constitucional do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente.

William Paiva Marques Júnior²⁷ completa o raciocínio esposado vaticinando que diante do contexto do constitucionalismo em sua fase mais recente observa-se que o universo do Direito Civil deixa de suprir as expectativas das novas demandas sociais, substituindo-se o paradigma da codificação pela descodificação o que implica em uma eclosão de microssistemas normativos, como reflexo da constitucionalização das relações jurídico-privadas. A ideologia da normatização que representa a descodificação é a proteção das partes hipossuficientes das relações jurídico-privadas (o empregado, o consumidor, o menor, o agricultor dentre outras).

É importante ressaltar o destaque que o princípio da dignidade da pessoa humana possuiu nessa transição, o qual promoveu uma despatrimonialização e uma repersonalização do Direito Civil. Os valores constitucionais são expressos na forma de princípios para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, mormente o brinado princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.391.

²⁷ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. [on line]. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.326.

Nesse sentido, é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet²⁸:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Outro fator de extrema relevância para a nova leitura do diploma privado foi o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os direitos fundamentais podem ser diretamente chamados nas relações privadas precisamente pelo fato de que a ameaça ou violação dos direitos fundamentais não são causadas apenas pelo Estado, mas também pelos poderes sociais e de particulares em geral.

Em suma, nas palavras de Luís Roberto Barroso²⁹:

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive a civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.

Consoante vaticina Jane Reis Gonçalves Pereira³⁰ já não é novidade afirmar que a força normativa da Constituição projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico. Um dos traços fundamentais do constitucionalismo contemporâneo é a transformação de uma miríade de assuntos que eram tratados pelo direito civil em matéria constitucional, tornando tênues as fronteiras entre o direito público e o privado. Se no século XIX o Código Civil desempenhara, em caráter exclusivo, a função de normatizar as relações entre os indivíduos- ocupando, assim, posição central no sistema de fontes-, a partir do pós-guerra a Constituição passa a ser o elemento que confere unidade ao ordenamento jurídico, continente de valores e princípios que condicionam todos os ramos do Direito. A ordem constitucional é hoje fonte reguladora tanto do poder político como da sociedade civil.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.395.

³⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 432.

Pode-se afirmar, portanto, que vivemos hoje a “quarta fundação do direito civil”, pois a primeira fundação coincide com Roma e seu *jus civile*; a segunda com o direito comum do medievo; a terceira fundação ocorre quando da implementação da sociedade burguesa, na modernidade ocidental. Por fim, a quarta fundação é uma fundação ainda *in itinere*, à qual todos somos chamados a colaborar e fazer, sob pena de não se realizar³¹.

Nesse desiderato, percebe-se que, com a evolução da constitucionalização do Direito Civil, as normas constitucionais foram irradiadas de uma forma intensa para dentro das disposições civis, estando, atualmente, impregnadas, sem dúvida alguma, na lógica civil.

2.3 Normatividade dos Princípios

A concepção sobre os princípios mudou em comparação ao século XIX. Nesta época, os princípios não possuíam força vinculante e eram concebidos, apenas, como normas integrativas do ordenamento jurídico, isto é, fontes subsidiárias. Verifica-se ainda que no século XIX, o Estado Liberal de Direito considerava os direitos fundamentais apenas na qualidade de direitos públicos subjetivos, o que veio a se tornar um fator impeditivo à aplicabilidade dos direitos fundamentais também às relações privadas.

A partir do século XX, notadamente com os estudos desenvolvidos por Ronald Dworkin³² e Robert Alexy³³, os princípios passam a possuir força vinculativa sendo concebidos como mandamentos de otimização. Ademais, devem ser efetivados na maior medida possível.

No desenrolar dos anos, algumas teorias desenvolvidas no exterior foram sendo assimiladas ao debate. A partir de um certo momento, passou a ser quase obrigatória a menção da contraposição entre regras e princípios, principalmente na versão desenvolvida por Robert Alexy³⁴.

³¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 45 (2006). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, p. 99.

³² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **A virtude e a soberba: A teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 2001.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais entre particulares**. 1ª edição, 3ª triagem-São Paulo: Malheiros, 2011, p.30.

Assim, os direitos fundamentais não mais podem ser postos como “mandamentos nucleares”³⁵ ou “núcleo de condensações”³⁶, pois, se assim fosse, não haveria sentido em se tratar de força vinculante ou, até mesmo, no processo de sopesamento no caso de colisão de princípios.

Reportando-se sobre a normatividade dos princípios, Marcelo Lima Guerra³⁷ entende que:

Se há casos em que não é possível, em razão de limites da própria capacidade humana de discernir a única solução correta, nem mesmo a melhor entre várias, quando há mais de uma qualificável como “correta, então não se pode considerar que “tudo esteja contido nos princípios, nada restando a fazer senão concretizá-los através do sopesamento”. Aliás, é possível ir mais longe: a possibilidade de “empate” como resultado do sopesamento é o que assegura todas as outras modalidades de competência normativa, diversas daquela exercida pelo Constituinte originário, nomeadamente a discricionariedade (administrativa e legislativa) e a autonomia privada. Ambos os fenômenos, na perspectiva da teoria das normas jurídicas, não passam de modalidades do gênero competência normativa, do qual aquela do legislador e a do judiciário também seriam apenas outras espécies.

José Ricardo Cunha³⁸ abordando a nova visão sobre o tema vaticina que a grande virtude, pois, dos princípios é esta capacidade de condensar numa unidade operacional os aspectos axiológicos e deontológicos da normatividade jurídica, revelando que o dever ser das imperatividades do direito não pode ser dissociado de um núcleo ontológico que resguarde uma eticidade necessária à consecução dos fins do direito. Assim, o comando (dever ser) não pode ser separado do valor que lhe justifica, impedindo que o direito seja reduzido à pura força ou violência institucional, muito embora não prescindia dela.

Dessa forma, para o autor, os princípios jurídicos parecem ter uma extraordinária capacidade de aglutinar as dimensões constitutivas da própria teoria do direito: dever ser (deontologia), valor (axiologia) e finalidade (teleologia) se reúnem numa tecitura ontológica que forma identidade e validade do direito.

Prudente é mencionar que existe uma diferença doutrinária entre as normas princípios e as normas regras. Tradicionalmente, tem-se compreendido que as normas princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. P. 841-842.

³⁶ CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Editora Coimbra, 1991, p.49.

³⁷ GUERRA, Marcelo Lima. **A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações**. REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. V. Nº 31, nº 65. Jan/Jun de 2007, p. 38.

³⁸ CUNHA, José Ricardo. **Sistema aberto e princípios na ordem jurídica e na metódica constitucional**. In: Os princípios da Constituição de 1988. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006, p. 34.

fáticas e jurídicas existentes. As normas regras, por outro lado, devem ser sempre realizadas por completo. É a regra do tudo ou nada.

No magistério de Willis Santiago Guerra Filho³⁹:

As regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais - prossegue o jurista cearense -, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, in abstracto, antinômicos entre si.

No mesmo sentido, é a doutrina de Luís Roberto Barroso⁴⁰, afirmando que a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Dessa forma, as normas princípios são entendidas como mandamentos de otimização. Em caso de conflito, a técnica do sopesamento é utilizada para resolver a situação concreta. As normas regras, contudo, não seguem os parâmetros dos princípios, pois, em caso de conflitos, aplica-se a pensamento do tudo ou nada, isto é, alguma tem que ser extirpada da aplicação em todos os casos, pois incompatível com outra regra existente.

Nesse compasso, surge a noção objetiva dos direitos fundamentais, pregando a irradiação de toda a carga valorativa principiológica a todos os ramos do direito, inclusive nas relações entre particulares.

Nas palavras de Daniel Sarmento⁴¹, observa-se à ideia de “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”:

Com o advento do Estado Social, a concepção de direitos fundamentais, até então visualizados numa perspectiva subjetiva pelo então Estado Liberal, cuidando-se

³⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais.** Coord. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 17.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Lumen Juris, 2006. p. 105/107.

apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. (...) A dimensão objetiva do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade. Neste sentido, é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção aos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda a sociedade. A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária de direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, de atuação de ONG's e outras entidades do exercício responsável do direito de voto...

Gilmar Ferreira Mendes⁴² aponta que os direitos fundamentais têm o revés objetivo e o aspecto subjetivo. No que concerne ao sentido objetivo ensina o autor que na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Nessa conjectura, foi-se desenvolvendo a teoria de que os direitos fundamentais não são aplicados somente nas relações entre o indivíduo e o estado, mas, igualmente, nas relações privadas em que as partes limitam-se apenas a particulares.

Os direitos fundamentais, então, saíram de uma relação verticalizada (Estado – indivíduo) para o plano horizontal (particular - particular). O problema repousa, ante a aparente incompatibilidade entre algumas normas de direito público e outras de direito privado, o que ocasionou em diferentes teorias⁴³ sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por questões organizacionais abordar-se-á cada uma das quatro teorias, posto que o objeto do presente trabalho não é o estudo dos pensamentos, o que, por si só, já ensejaria na elaboração de outra monografia autônoma.

2.4 Eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, julho/agosto/setembro de 2010, p. 3. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>>. Acesso em: 10 de março de 2014.

⁴³ Pelo menos quatro pensamentos distintos colaciona-se: Os que negam a aplicação; a aceitação indireta ou reflexa; a eficácia imediata e a *State Action*.

Tradicionalmente, entendia-se que a constituição determinava os limites da atuação do poder do Estado, pois este deve estar a serviço do homem e não o inverso. Nessa visão, os Direitos Fundamentais, apenas, serviam como objeto de proteção dos particulares perante o Estado, inexistindo garantia alguma a incidência dos princípios nas relações entre os indivíduos.

Sem dúvida alguma, o debate sobre a aplicação ou não dos direitos fundamentais às relações privadas remonta ao século XX, na Alemanha, mais precisamente à decisão, em 15 de janeiro de 1958, do caso Lüth, considerado o marco, o qual superou a fixidez das normas de direito privado e flexibilizou a incidência da aplicação da Constituição em relações regidas, antes, com exclusividade pelo Código Civil.

Na república alemã, a constituição prevê, em seu artigo 1º, nº3, que “os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”⁴⁴.

Alguns doutrinadores germânicos, como Uwe Diederichsen⁴⁵, negam a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, pois alegam que, à época da promulgação da Lei fundamental em 1949, os direitos fundamentais eram apenas normas programáticas e não representavam imperativos de tutela. Ademais, afirmam que as normas de direito privado não tem potencial para ser tão ofensivas quanto as de direito público⁴⁶.

No entanto, o Tribunal Constitucional Alemão, reformando a decisão, de um Tribunal Ordinário, baseada no Direito Civil, garantiu a Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, em defesa ao direito fundamental à liberdade de expressão, o direito de boicotar o filme dirigido por Veit Harlan, cineasta ligado ao regime nazista.

Com essa postura, o Tribunal Constitucional Alemão firmou entendimento que, inicialmente, os direitos fundamentais são, realmente, instrumentos de proteção do cidadão contra o Estado. Além disso, a supremacia dos direitos fundamentais vale para todos os ramos do direito, não só o do direito público.

⁴⁴ Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

⁴⁵ DIEDERICHSEN, Uwe. **Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht** [O Tribunal Constitucional Federal como o Supremo Tribunal Civil]. *Archiv für die civilistische Praxis*. Vol 198. 1998, p. 171-260. ISSN 0003-8997.

⁴⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra:Ed. Almedina, 2006, p.22 e 23.

Dessa maneira, uma vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado não se verifica de modo direto, mas apenas na medida em que a lei fundamental, simultaneamente, erigiu uma ordem objetiva, devendo valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim, também o direito privado⁴⁷. Essa tese ficou conhecida como a eficácia indireta dos Direitos Fundamentais.

Além do modelo alemão, nos Estados Unidos da América, é adotada a teoria da *State Action*. Em suma, nesse modelo as condutas dos particulares podem ser vinculadas pelos direitos fundamentais se poderem ser equiparadas a condutas públicas. A justificação para esse modelo é que a Constituição americana é, nos dizeres de Wilson Steinmetz⁴⁸, a mais genuína expressão do paradigma constitucional liberal.

No mesmo sentido, é o entendimento de Daniel Sarmento⁴⁹:

Enfim, parece-nos que a doutrina da state action, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir standards minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral do Estados Unidos [...]

Na prática essa teoria, acaba vinculando entidades não estatais aos direitos fundamentais, pois confere ao particular a possibilidade, se não respeitados os direitos fundamentais, de recorrer ao Poder Judiciário. Assim, a partir do momento que o juiz examina o caso, há uma vinculação dos direitos fundamentais, tendo em vista já se tratar de um processo que o Estado participa.

Desse modo, a *prima facie*, a teoria da *State Action* confere aos particulares a possibilidade da não vinculação dos direitos fundamentais nas suas relações, no entanto, na prática, o particular ofendido pode provocar o Estado para que sejam aplicados os direitos fundamentais.

No Brasil, a matéria não é pacífica. Daniel Sarmento⁵⁰, esclarece que antes da Constituição de 1988, o STF não tinha uma posição clara acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, todavia era possível deduzir de seus julgados o

⁴⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra:Ed. Almedina, 2006, p. 43 e 44.

⁴⁸ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004,p. 156.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Lúmen Juris, 2006, p.196/197.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, p. 257-260.

alinhamento à premissa tradicional de limitação dos direitos à esfera das relações públicas. Após o advento da Constituição de 1988, mormente no ano de 1996, ressurgiu a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na relação jurídica privada.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, de forma difusa, no Recurso Extraordinário nº158.215/RS⁵¹, no ano de 1996, conferiu o direito aos cooperados de uma cooperativa, regida pelas leis do direito privado, de serem submetido ao devido processo legal para que as expulsões fossem consumada.

O caso concreto, certamente, poderia ser resolvido por uma argumentação infraconstitucional. Os recorrentes, no entanto, preferiram fundamentar o seu recurso com base em uma violação do direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa o que foi aceito pela 2ª Turma.

O relator asseverou que o contraditório e a ampla defesa eram normas de ordem pública e que, por isso, deveriam ser respeitadas em todas as instâncias. Então, deu provimento ao recurso extraordinário fulminando a assembleia geral e, por conseguinte, os cooperados retornaram à cooperativa.

Outro precedente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, agora de maneira direta, é o RE 201.819⁵², Dje 27/10/2006, de relatoria originária da Min. Ellen Gracie, relator

⁵¹ DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. STF. 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996.

⁵² 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. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras

para acórdão o Min. Gilmar Mendes. Nesse caso, um músico foi excluído da União Brasileira de Compositores (UBC)- pessoa jurídica de direito privado- sem o exercício dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório (art. 5^a, LV da CF/88)⁵³.

O processo foi distribuído à Min. Ellen Gracie que entendeu não ser aplicável o contraditório e a ampla defesa ao caso, em consonância com o entendimento esposado pelas instâncias ordinárias, pois a UBC era uma associação privada, possuindo liberdade organizacional. Ademais, salientou a Ministra, que o sócio excluído conhecia as disposições estatutárias e, por isso, deveria obedecê-las.

O Min. Gilmar Mendes, apresentou posição contrária, a qual saiu vencedora, salientando que não só o Estado pode ferir os direitos fundamentais como também os particulares. Salientou que a UBC é entidade com grande importância, em face da problemática dos direitos autorais, caracterizando um serviço público por delegação legislativa.

Dessa forma, o STF afirmou que normas de direitos fundamentais incidem diretamente sobre relações entre particulares. 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.

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. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO

⁵³ Até poderia cogitar-se que ocorreu o julgamento com base na teoria da *state action*, pois o relator para o acórdão pontuou que “entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal”. Isto é, exerce atividade pública ou, “serviço público por delegação legislativa”, como asseverou o Min. Gilmar Mendes. No entanto, houve a aplicação direta dos direitos fundamentais pelo STF, conferir os votos proferidos pelos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello no RE 201.819-8/RJ.

É evidente, assim, que os particulares, em uma relação privada, formalmente iguais entre si, podem abusar de suas liberdades e desrespeitar os direitos fundamentais de outro indivíduo.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado na realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta elementos do caso concreto. Para essa específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério adotado (e.g, escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g, ninguém pode sujeitar-se a sanções corporais).

Dessa forma, no entendimento ainda recente do Supremo Tribunal Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme redação do artigo 5º, §1º da CF/88, inclusive entre os particulares, os quais devem submeter-se ao regime dos direitos fundamentais.

Importante mencionar, que, em alguns casos, o próprio constituinte originário fez algumas normas fundamentais dependerem de legislação para a sua aplicabilidade, isto é a Constituição faz algumas ressalvas para aplicabilidade de suas normas, no âmbito do Direito Público, quiçá na seara privada.

Nas palavras de Robert Alexy⁵⁴:

Atualmente a ideia de que as normas de direitos fundamentais produzam efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão de expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão.

Assim, ao menos no Brasil, o posicionamento inicial do Supremo Tribunal Federal é de que os direitos fundamentais se aplicam de maneira direta entre os particulares. O entendimento é deveras relevante, pois, de certo modo, o direito civil, por essa vertente, acaba se desvinculando exclusivamente do patrimônio e passa a ter outras prioridades, em especial, o respeito a pessoa humana e a sua dignidade.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.528.

3. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS PRIVADOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um dos fatores que contribuiu para a constitucionalização do Direito Civil foi a reforma legislativa. Por exemplo, na Alemanha, ante o entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional Federal, ocorreu uma grande mudança de paradigmas no sentido de integrar, rompendo com a antiga dicotomia, o direito público e o direito privado.

De fato, ao longo dos anos, a corte invalidou dispositivos do BGB, impôs interpretação de suas normas de acordo com a constituição e determinou a elaboração de novas leis⁵⁵.

William Paiva Marques Júnior leciona⁵⁶:

O sistema alemão é emblemático dos influxos do neoconstitucionalismo nas relações privadas uma vez que, apresentava como desiderato a atribuição de legitimidade a uma lei fundamental que não fora democraticamente aprovada pelo povo alemão, mas imposta pelos aliados vencedores da Segunda Guerra. O caso Lüth é bastante representativo da mutação que construiu as bases do novo pensamento constitucional e de sua aplicabilidade nas relações jurídico-privadas. Nele, pela primeira vez, se fez referência à Constituição como uma ordem objetiva de valores a guiar a atividade interpretativa, estabeleceu também, um aumento da força jurídico-hermenêutica dos direitos fundamentais, que tem como ponto central a dignidade da pessoa humana. Desta forma, ele influencia o repensar dos fundamentos norteadores do Direito Civil clássico. A partir do caso Lüth estabeleceu-se a ideia consoante a qual nenhuma norma do Direito Civil pode contradizer o sistema de valores esposado pelos direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana que campeia nas relações jurídicas. No aludido julgamento, é possível constatar as três características fundamentais do constitucionalismo contemporâneo: o compromisso moral, ao tomar o capítulo dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores; a constitucionalização do Direito, ao propor a interpretação jurídica em cotejo com tais valores constitucionais, mesmo nas relações jurídico-privadas regidas pelo Direito Civil; e a força normativa da Constituição, que vincula a todos (Estado e particulares) por meio das disposições de direitos fundamentais.

Por exemplo, o Tribunal Constitucional Alemão, declarou nulo um contrato de fiança prestado pela filha, em favor do pai, pois a quantia objeto do contrato era muito superior à sua capacidade financeira⁵⁷. Em outro caso, um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou aos alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.380.

⁵⁶ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.334.

⁵⁷ *BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 90

nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra⁵⁸.

Observa-se, nesse compasso, uma mudança humanista no Direito Civil na medida em que deixa o seu papel principal de garantidor da propriedade, e a colocação da dignidade da pessoa humana como base axiológica da interpretação civil-constitucional, incidindo diretamente, inclusive, na forma de contratar entre os indivíduos.

3.1 O contrato e a autonomia da vontade

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, ao definirem contrato, vaticinam que é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia de suas próprias vontades⁵⁹.

O contrato, nesse sentido, é concebido como mecanismo de circulação de bens, transmitindo riquezas e gerando obrigações. Além disso, o pacto tem a função de pacificação social, pois, na medida em que as partes convergem para um denominador comum, o aparente conflito de interesses que existia entre elas desaparece.

É um negócio jurídico por excelência onde por um consenso de vontade dirige-se para um determinado fim. É ato jurídico vinculante, que criará ou modificará direitos e obrigações para as partes contraentes, sendo tanto o ato como os seus efeitos permitidos e, em princípio, protegidos pelo direito⁶⁰.

Oportuna é a transcrição da doutrina de Clóvis Beviláqua⁶¹:

Pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses, collidentes, como um pacificador dos egoísmos em luta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E, para avaliar-se de sua importância, basta dizer que debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitui a lei no campo restrito do negócio por ele regulado. Ninguém dirá que seja o contracto o único factor da pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal delles, o mas geral e o mais forte, mas impossível será desconhecer também que também lhe cabe essa nobre função socializadora. Vêde uma creança em terna terna idade. Appetece um objeto, com que outra se diverte; seu primeiro impulso é arrebata-lo, num ímpeto de insofrido egoísmo, das mãos frágeis que o detêm. A experiência, porém, pouco e pouco, lhe ensina que encontrará resistência, sempre que assim proceder. Seu proceder vae amoldando-se

⁵⁸ 1BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, disponível em: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010206_1bvr001292.html, acesso em 02 abril. 2014.

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos, tomo 1. 7ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011, p.47.

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 50-51.

⁶¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Campinas: RED livros, 2000, p.211.

às circunstâncias e, em vez de apoderar-se à força, pede, solicita, propõe trocas, seduz com promessas capitosas e, esgotados os meos brandos, passará, então, à violência, ou aos gritos, último recurso dos fracos. Assim foi o homem primitivo, assim seria o homem civilizado, se não o contivessem os freios do direito, da religião, da opinião pública, de todas as disciplinas sociaes empenhadas na tarefa de trazer bem enjaulada a fera, que casa homem traz dentro de si.

Sob os auspícios do Direito Privado, para que um contrato tenha plena validade basta que atenda aos requisitos previstos na legislação. No Brasil, o Código Civil de 2002, no artigo 104, determina que o negócio jurídico terá validade se contiver agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Na vigência do diploma de 1916, não havia que se cogitar em limitações à autonomia da contratual. No mencionado código, no qual a prioridade era a proteção do patrimônio, a manifestação exarada tinha presunção de amplitude, ante ser concebido que os contratantes estavam em igualdade, absolutamente lúcidos dos compromissos firmados por meio de um pacto, presumivelmente justo e pleno, regendo aquela relação, sendo lei entre as partes.

Dessa forma, a princípio, se os particulares pactuarem, consoante a sua autonomia, e o contrato não encontrar nenhum óbice na legislação em vigor, o que foi acordado deve ser cumprido, tendo em vista ser a lei entre as partes. A justificativa usada pela tradicional doutrina civilista baseava-se na segurança jurídica que o contrato acarretava, não podendo ser violada, consoante os ditames da *pacta sunt servanda*.

No escólio de Elsita Collor Elesbão⁶², há um velho aforisma jurídico que se constitui em um dos fundamentos do direito: *pacta sunt servanda*. Essa regra emana da própria essência da relação contratual e justifica o próprio liberalismo do século XX, pois, se as partes optaram por se vincularem livremente, devem honrar o que pactuaram. Ou seja, a força vinculante do contrato tem seu cerne em duas importantes combinações: na expressão da liberdade de os indivíduos regularem seus próprios interesses e na boa fé que impõe o cumprimento do acordo de vontades.

Em relação à cláusula *pacta sunt servanda*, Silvio Rodrigues⁶³ anota que a obrigatoriedade do cumprimento das avenças, mais do que atender ao desiderato, expresso pelas partes contratantes, assume conotação social, interessando que se oferte segurança às relações negociais, no sentido do atendimento das expectativas, perante a sociedade, que a relação jurídica deu origem.

⁶² ELESBÃO, Elsita Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 155

⁶³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 3. ed. rev.e aum. São Paulo: Max Limonad, 1967.v.3, p. 17.

A liberdade contratual, nessa perspectiva, foi baseada na doutrina da autonomia ampla da vontade dos contratantes, pois as partes, ao expressarem consentimento, em relação ao que pactuam, não encontram limites extralegais. No pensamento clássico, então, são restritas, apenas, a obediência quanto aos requisitos extrínsecos e intrínsecos do ato jurídico ou do negócio jurídico para que se tenha algo como plenamente válido.

Em outras palavras, aparentemente, não importava se o que estava em vias de ser acordado fosse algo extremamente oneroso para uma das partes ou, até mesmo, violador de um direito fundamental, bastando que a sua forma e um superficial conteúdo estivesse de acordo com os requisitos taxativos para a validade do negócio jurídico.

Nesse sentido, Cássio Penteado Júnior⁶⁴ aponta que os pressupostos da autonomia da vontade, caracterizando a liberdade de contratar, deveriam se denotar, em última análise, na presença dos elementos de validade intrínsecos à expressão da vontade das partes (capacidade das partes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei); e na ausência de vícios ou de defeitos, quanto ao que foi clausulado (v.g. a previsão de avenças em sentido potestativo).

Assim foi durante muito tempo, tendo em vista que sem o reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos, a palavra dos homens careceria de força jurídica, em franco prejuízo à segurança das relações negociais⁶⁵.

No entanto, com a regular queda do liberalismo e, por consequência, do individualismo, foi sendo observado que as partes não são materialmente iguais, podendo haver por demais abismos entre si. A opressão do desprotegido e fraco economicamente era visível.

A necessidade de existência de algum mecanismo que impedisse que escabrosos abismos contratuais se perpetuassem restringindo a autonomia privada foi necessária, pois era preciso garantir a proteção daqueles que se mostram desiguais, em face do outro contratante.

Em relação à boa-fé, consoante ensina Aldemiro Rezende Dantas Júnior⁶⁶, como hipóteses mais frequentes no caso de descumprimento desse princípio, têm-se a declaração de invalidade de uma cláusula contratual específica, pois, em algumas situações concretas, o que

⁶⁴ PENTEADO JUNIOR, Cassio M. C. **O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos**. R. CEJ, Brasília, n. 23, p. 66-72, out./dez. 2003, disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/579/759>>. Acesso em: 18 de abril de 2014.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos, tomo 1. 7ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011, p.74.

⁶⁶ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 237.

se verifica é que uma das cláusulas negociais confere a uma das partes um poder tão grande, em relação ao negócio jurídico, que esse sujeito adquire a possibilidade de impor livremente a sua vontade ao outro, o que pode transformar em abusiva a mencionada cláusula

Sem embargo de que tais posturas esbarram de alguma maneira na autonomia da vontade, o Ministro Moreira Alves, na ADIn n. 493/0 – DF⁶⁷, denota que, todavia, a interferência estatal nos contratos, não descaracteriza o perfil e a natureza privada dos ajustes, celebrados entre os particulares, por mais extensa que seja a particularização derivada da lei.

Nasceu, assim, apoiado nos ideias do neoconstitucionalismo, a noção de que os particulares eram altamente desiguais entre si, inclusive podendo, no contrato, violar os direitos fundamentais da outra parte. A ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais nasce a partir do momento que se percebe a necessidade de aplicação direta dos princípios às relações entre particulares, tendo em vista a grande possibilidade de os indivíduos cercearem direitos.

O neoconstitucionalismo refletiu, na realidade infraconstitucional, na medida em que a codificação cedeu espaço à descodificação, à micronormatização e à consequente humanização, fruto dos reclamos de grupos sociais minoritários que pressionam no sentido da formulação de leis particulares que lhes são favoráveis⁶⁸.

O contrato, nessa perspectiva, poderia ser utilizado por particulares inescrupulosos para dominar os demais que estivessem em desigualdade, oprimindo-os e violando direitos fundamentais.

3.2 Perspectiva civil-constitucional do contrato

Não há dúvidas de que o contrato é a espécie mais importante de negócio jurídico, o qual se afirmou, ao longo do tempo, como um instrumento de fusão de vontades entre as partes, objetivando o progresso econômico ou, até mesmo, a paz entre os contratantes.

Ocorre que, em várias situações, um dos pactuantes, certamente, poderá usar o seu poderio para contratar com excessiva desvantagem em relação à outra parte, podendo, inclusive, violar direitos fundamentais do particular.

⁶⁷ Publicado no Diário da Justiça do Supremo Tribunal Federal em 04-09-1992, p. 14089.

⁶⁸ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.337.

Nesse sentido, com o desenvolvimento dos ideais neoconstitucionalistas, o direito privado, como um todo, passa a ser interpretado em consonância com os ditames constitucionais, adequando-se a forte carga principiológica que emana dos direitos fundamentais.

Assim, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana culmina por descortinar a nova vocação do Direito Privado, qual seja a de redirecionar o alcance de suas normas para a proteção da pessoa, sem prejuízo dos mecanismos reguladores da proteção ao patrimônio⁶⁹.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin⁷⁰ defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Cuida-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores. A tese do autor se baseia no princípio constitucional da dignidade humana e parte da hermenêutica crítica e construtiva do Código Civil brasileiro, passando pela legislação esparsa que aponta nessa mesma direção.

Trata-se, em verdade, de uma releitura dos princípios contratuais, não mais com base nos dogmas privados, mas na carga normativa emanada da constituição. Dessa forma, o contrato não pode ser mais visto somente com base no que prescreve o direito das gentes, obrigando o interprete a ir além, ter olhos igualmente para a carta constitucional.

Como asseverou Vieira de Andrade⁷¹, não há impedimento legal, na legislação privada, de um indivíduo assumir a obrigação de casar ou não-casar segundo a vontade de outrem ou, até mesmo, o marido pactuar em seguir a religião da esposa. Estes tipos de contrato, à luz do Direito Civil clássico, tem total validade, pois não há nenhum impedimento legal para a sua celebração.

No entanto, em uma roupagem moderna, esses pactos em espécie ferem direitos fundamentais do possível nubente ou do marido, pois vão de encontro aos postulados da dignidade da pessoa humana e da liberdade de credo.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos, tomo 1. 7ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011, p.65.

⁷⁰ FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11/12.

⁷¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 278.

Efetivamente, em uma ordem constitucional baseada na função social do contrato, os direitos fundamentais atuam, nas relações cada vez mais complexas, como um escudo protegendo os particulares dos abusos que a autonomia da vontade pode acarretar.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona vaticinam que, na medida em que o processo de constitucionalização do Direito Civil conduziu a repensar a função social da propriedade, toda ideologia assentada acerca do contrato passou a ser revista, segundo um panorama de respeito à dignidade da pessoa humana. Em arremate, os mencionados autores afirmam que, em um Estado Democrático de Direito, o contrato somente exercerá à sua função social, sem prejuízo ao livre exercício da autonomia privada, se respeitar a dignidade da pessoa humana, abarcada pelos direitos fundamentais, bem como que seja admitida a relativização do princípio da igualdade das partes contratantes, além do respeito ao meio ambiente, com cláusula implícita de boa-fé, inclusive protegendo o valor social do trabalho ⁷².

Nessa toada, parece-nos que a interpretação contratual deve estar voltada no patrimônio, mas não de maneira exclusiva. O ser humano também deve ocupar posição central nesse caminho do interprete.

É que, tradicionalmente, o Direito Civil foi voltado e pensado somente para fins patrimoniais, estando o estudo dessa área jurídica restrito, ao fim e ao cabo, aos bens do indivíduo. Até mesmo o Direito de Família regula o regime matrimonial, pensão alimentícia, etc...

Contudo, com a evolução da sociedade, o surgimento da globalização e os ideais neoconstitucionistas, é inconcebível se pensar no direito privado isoladamente. O conjunto normativo (normas de Direito Público e Privado) devem ser interpretadas em harmonia.

Desse modo, tanto o intérprete como os contratantes devem, ao firmarem seus pactos, respeitarem a legislação ordinária e, certamente, não violarem nenhum direito fundamental.

Não se trata de acabar com a autonomia privada ou pretender substituí-la pelos direitos fundamentais, mas tentar construir um sistema em que, no mesmo contexto, convivam a vontade das partes e a carga normativa dos princípios sem, necessariamente, um violar o campo de incidência do outro. É o estabelecimento de uma relação dialógica e não destrutiva.

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos, tomo 1. 7ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011, p.49.

3.3 Humanização do Direito Civil

William Paiva Marques Júnior⁷³ menciona que, no momento histórico do pós-Segunda Guerra Mundial, os horrores perpetrados pelos regimes nazifascistas implicaram na ascensão dos direitos humanos. No plano jurídico-normativo, a passagem do constitucionalismo clássico (Estado Liberal) para o neoconstitucionalismo contemporâneo (reconhecimento do Estado Social e Democrático de Direito) implicou na transformação do papel do Código Civil que até então definia os institutos básicos aplicáveis aos outros ramos jurídicos e assumia um papel de destaque que veio depois a ser ocupado pelas constituições.

Fátima Nancy Andrigli⁷⁴ assevera que, da cristalização dos direitos fundamentais de primeira geração – as chamadas liberdades públicas – até as mais recentes manifestações deste sempre crescente universo jurídico, denominadas por alguns autores de direitos fundamentais de quarta geração, houve considerável migração da posição centrada no individualismo patrimonial para uma visão tendente a superar esta orientação e buscar por meio da aplicação, mesmo que direta dos direitos fundamentais, o reconhecimento de valores meta-individuais.

Nesse desiderato, o núcleo do Direito Privado deixa de ser exclusivamente patrimonial e passa a dividir espaço com os valores humanos. A pessoa humana passa a ocupar, assim, o centro do sistema privado.

É nesse contexto de normatividade principiológica que a autonomia privada é (re)vista ante a Constituição Federal de 1988. O constituinte originário procurou repensar alguns conceitos do direito privado, notadamente para a superação do patrimonialismo acentuado.

A Carta Magna, então, não limita a autonomia privada, pelo contrário, amplia-a ao consagrar a livre iniciativa e a propriedade privada. Sua plenitude, portanto, ficou intangível, podendo ser expressa de maneira potencial com, apenas, outra razão de ser o seu objetivo. O direito fundamental à liberdade consagrado constitucionalmente representa em uma das facetas que assume a autonomia privada.

⁷³ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.338.

⁷⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O STJ e os direitos fundamentais**. Palestra proferida em Maceió-Alagoas no Congresso Brasileiro de Direitos Fundamentais no dia 08 de dezembro de 2004. Disponível na internet .<http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001118/texto%20ministra%20selecionado%207%20-%20Os%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20e%20o%20STJ.doc> Acesso no dia 23/02/2014 às 23h27min.

O que aconteceu não foi uma redução da autonomia privada, e sim ocorreu uma mudança no próprio paradigma das relações privadas. O que era antes essencialmente ou excessivamente patrimonialista, agora, é, sobretudo, voltado à preservação da dignidade da pessoa humana.

Para Maria Celina de Bodin Moraes⁷⁵ a autonomia da vontade individual, como sustentava Kant, manifesta-se juridicamente através da liberdade contratual, que, de um lado, se configurava como a única forma de realizar o bem estar coletivo, através da livre concorrência, e, de outro, era a representação mais bem acabada da igualdade formal, isto é, da formulação então vigente de justiça.

Oportuno se faz recorrer novamente ao magistério de William Paiva Marques Júnior⁷⁶, que preleciona o fato de diversos fatos sociais tais como: a emancipação feminina; o reconhecimento das relações homoafetivas; decadência dos valores religiosos; globalização cultural, econômica e social; as novas relações familiares; cultura hedonista; declínio do patriarcado; reconhecimento dos direitos das minorias étnico-raciais; sociedade sujeita aos riscos decorrentes dos danos ambientais; alterações na estrutura etária e o envelhecimento das sociedades; individualismo exacerbado imanente ao capitalismo e a valorização dos direitos humanos; crise econômica nos países europeus e Estados Unidos que implicou no desmonte dos pilares sobre os quais se assenta o Estado do Bem Estar Social (Welfare State), típico da visão eurocêntrica contemporânea, dentre vários outros são fatores sociais e jurídicos que contextualizam a necessidade de uma abordagem inovadora no campo das relações jurídico-privadas.

Nesse sentido, transcrevemos o pensamento de Wilson Steinmetz⁷⁷:

Ora, em regra, o que pauta os poderes privados é a realização do auto-interesse, a máxima otimização de vantagens. Na sociedade brasileira, uma das campeãs mundiais em desigualdade sociais e em outros tipos de mazelas sociais-, a lógica privada é predominantemente uma lógica de exclusão. De fato, os poderes privados, se não limitados e controlados, são uma ameaça real à realização do projeto de sociedade delineado pela dignidade da pessoa humana.

⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura constitucional dos danos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.196/197.

⁷⁶ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil**. Revista da Faculdade de Direito. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013, p.314.

⁷⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91.

Isso significa que a autonomia privada não está mitigada pela dignidade da pessoa humana, mas integralizada. A dignidade da pessoa humana e a propriedade, agora, constituem facetas da autonomia privada.

A dignidade da pessoa humana, então, funciona como um maestro que tanto rege como toca conjuntamente com a orquestra, no caso, a autonomia privada. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva⁷⁸, o que muda, no entanto, se se comparar com a autonomia privada do século XIX, é o fato de que as normas desse ramo do direito devem ser interpretadas com base nos princípios de direitos fundamentais.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é ponto primordial na autonomia privada, e, no magistério de Gustavo Tepedino⁷⁹ trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações patrimoniais

Desse modo, para que uma manifestação de vontade seja válida, deve, além dos requisitos tradicionais, respeitar os direitos fundamentais, pois o direito privado caminha, agora, no mesmo norte dos direitos fundamentais.

Certamente, não pode haver generalizações e desvinculações do caso concreto, sob pena de incorrer em várias ilogicidades. Portanto, não é possível resolver todos os problemas de desrespeitos aos direitos fundamentais com afirmações abstratas e desvinculadas das particularidades de cada relação privada, como, por exemplo, afirmar que ferir a igualdade é diferenciar baseado em critérios de sexo, raça, nacionalidade ou credo religioso⁸⁰.

Se assim fosse, o princípio básico de nosso direito privado, a autonomia da vontade, seria colocado em perigo se as pessoas não pudessem, em suas relações entre si, contornar as disposições de direitos fundamentais⁸¹.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais entre particulares**. 1ª edição, 3ª triagem-São Paulo: Malheiros, 2011, p.27.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. Temas de Direito Civil**. 4ª edição- Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p.23.

⁸⁰ AgRE 161.243. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 19/12/1997- STF

⁸¹ HESSE, Konrad. **Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 19. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 1993, p.25.

4. CONTROLE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS

Partindo da premissa de que, no Brasil, foi adotada a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, é de se concluir que todas as relações privadas estão submetidas ao caráter instrumental dos princípios. Não será somente o Estado, todavia, que pode vir a desrespeitar os direitos fundamentais. Os próprios cidadãos ameaçam a efetividade desses direitos com frequência. Quer dizer que os direitos fundamentais são instrumentos de defesa tanto contra o Estado como contra os demais cidadãos.

Para que uma cláusula contratual seja declarada nula, no que concerne à violação de direitos fundamentais, é necessário ter um paradigma base. Deve-se adotar somente uma teoria, pois não é plausível, nesse caso, analisar uma cláusula levando em conta, praticamente, os três modelos existentes.

Então, uma cláusula contratual deve ser analisada somente sob o prisma de um dos modelos existentes, o da eficácia imediata, o da mediata ou o que nega a eficácia.

Evidentemente que, nos casos a seguir, não há que se falar em nulidade, segundo as regras do Direito Civil, pois o pacto será legalmente perfeito, mas, sob a ótica do Direito Constitucional, nulas são essas cláusulas, uma vez que violadoras de direitos fundamentais.

Antes disso, prudente é expor, de uma maneira apenas exemplificativa, as teorias de eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado e as suas respectivas consequências.

4.1 Análise das teorias de eficácia dos Direitos Fundamentais e as nulidades contratuais

Na doutrina Alemã, Hans Carl Nipperdey⁸² é o mentor da teoria imediata, sustentando a eficácia normativa de mandamentos de direitos fundamentais às relações entre particulares. Nesse caso, não importa se existem ou não normas infralegais que regulam a matéria, pois, em um caso concreto, as normas constitucionais devem ser imediatamente aplicadas como a razão de ser da situação.

A título de exemplo, uma ofensa aos direitos fundamentais gera, em regra, uma nulidade do negócio jurídico, pois, em algumas situações, como na possibilidade de o locador visitar, eventualmente, o apartamento em que o locatário está, não gerará vício da manifestação de vontade. É evidente que sempre caberá ao intérprete ter uma sensibilidade ao

⁸² HECK, Luís Afonso (organizador) e LUDWIG, José Roberto (tradutor). **Direitos Fundamentais e direito privado: texto clássicos**. 1ª edição-Porto Alegre:SergioAntonio Fabris Editor, 2012, p.92.

se apreciar uma cláusula contratual, verificando se, naquele caso, o que está posto possui ou não um vício insanável ao contrato.

Em algumas situações, no entanto, a nulidade é clara. Quaisquer cláusulas negociais que implicassem o dever de agir ou não agir em situações em que a decisão tem de pertencer somente ao indivíduo. É uma decisão subjetiva, nenhuma outra norma ou pessoa pode ter gerência o pactuar para influir na decisão pessoal. No exemplo de Vieira de Andrade⁸³, é nula a obrigação de casar ou não-casar, de abraçar ou deixar certa religião, segundo a vontade de outrem ou a obrigação assumida pelo marido de nunca viajar sozinho.

Por outro lado, Günter Dürig⁸⁴ assevera que os direitos fundamentais somente possuem eficácia sobre os conceitos e cláusulas gerais de direito privado que sejam capazes e carentes de crescimento valorativo. Em outras palavras, significa que os direitos fundamentais não têm por função essencial dar uma resposta definitiva aos conflitos de direito privado, devendo ser aplicados mediante a própria disposição do sistema jurídico.

Cabe, nesse sentido, ao legislador infraconstitucional, normatizar as relações jurídico-privadas e, na ausência destas normas, haveria a interpretação do magistrado em conformidade com os direitos fundamentais. É a chamada teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Dessa maneira, para que uma cláusula contratual seja declarada nula, a abrangência da esfera jurídica contratual não pode colidir com um direito fundamental de um modo que apenas a disposição contratual ou o direito fundamental venham a vigor.

Com outra visão, Jürgen Schwabe defende a tese de que a ordem da prestação, apoiada sobre o contrato, para o devedor, não advém de autonomia privada, mas somente pode ser uma ordem jurídica, repousando a eficácia vinculante do contrato sobre uma norma de direito positivo⁸⁵.

Assim, não há diferença substancial entre prejuízos no âmbito extracontratual e no contratual, na medida em que sempre se trata de intervenções que derivam, ao fim e ao cabo, do poder jurídico estatal⁸⁶.

Em outras palavras, o que o autor defende é a tese de que o contrato não é nada mais do que uma declaração de vontade derivada da lei. O contrato, então, só seria anulado se

⁸³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 278.

⁸⁴ **Direitos Fundamentais e direito privado:** texto clássicos. Luís Afonso Heck (organizador) e José Roberto Ludwig (tradutor). 1ª edição-Porto Alegre:SergioAntonio Fabris Editor, 2012, p.94

⁸⁵ **Direitos Fundamentais e direito privado:** texto clássicos. Luís Afonso Heck (organizador) e José Roberto Ludwig (tradutor). 1ª edição-Porto Alegre:SergioAntonio Fabris Editor, 2012, p.94

⁸⁶ Op. cit. p. 106.

não for possível a declaração de inconstitucionalidade da lei ou a interpretação conforme, isto é, aquela que acautele o âmbito de proteção do direito ameaçado.

4.2 Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão anulando contratos

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, devem ser mencionadas algumas decisões que espelham claramente a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Inicialmente, é interessante reportar a situação fática do caso e a sua solução nos tribunais infraconstitucionais. Somente após, abordar-se-á a solução conferida pela corte constitucional.

Logicamente, são meramente exemplificativos os casos a seguir apresentados, somente servido para fins de uma melhor apresentação do tema, ante, no Brasil, não se encontrar, com fartura, uma vasta análise jurisprudencial sobre o tema, devendo a questão ser observada em sua totalidade, inclusive com os demais exemplos mencionados.

4.2.1 O caso do contrato de fiança⁸⁷

Na Alemanha, os tribunais ordinários, durante muitos anos, debateram uma questão composta exclusivamente do fato de jovens que afiançavam dívidas contraídas por seus companheiros ou genitores sem, contudo, não possuírem a mínima condição financeira para garantirem o crédito, isto é, não tinham dinheiro nem bens suficientes para adimplirem o montante devido.

Algumas cortes estaduais como, por exemplo, Düsseldorf, Köln e Hamburg, priorizavam a questão da inexperiência das pessoas que contraíam as dívidas. O tribunal da localidade de Lübeck chegou a decidir que é contrário aos bons costumes o pagamento de um valor mensal superior aos rendimentos do devedor.

As decisões possuíam como base legal o § 138, alínea 1, do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), o qual definia que um negócio jurídico que infringe aos bons costumes é nulo⁸⁸. A ideia do BGB era de que a obrigação contratual seria nula, pois iria conduzir ao excesso de dívidas sem saída.

Outras cortes estaduais fundamentavam seu posicionamento no § 242 do BGB, o qual prescreve que o devedor é obrigado a efetuar a prestação, assim como a boa-fé no que for

⁸⁷ Cf. BverfGE t. 89, p.214, de 19 out 1993, unânime, disponível em: (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089214.html#Rn002>), acesso em 19 abril. 2014.

⁸⁸ Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

comum⁸⁹. Isto é, justificavam suas decisões com base na boa-fé contratual, pois os bancos sabiam que aquelas pessoas não teriam condições de pagar as dívidas.

Os juízos de Celle e Hamm, por seu turno, indeferiam ações de cobrança contra membros familiares corresponsáveis com o fundamento de que os bancos proponentes não eliminaram mal-entendidos na forma indicada e, por isso, violaram seus deveres de advertência e se tornaram obrigados a uma indenização.

Os recursos atacando as decisões foram encaminhados ao Tribunal Constitucional Federal e possuíam como fundamentação o fato de que contratos de fiança não poderiam ser vistos como contrários aos bons costumes, pois o simples fato de conduzir presumivelmente a um excesso de dívidas em nada ataca a moral.

Ademais, alegou-se que a liberdade de formação de contratos compreende a capacidade jurídica de assumir obrigações, as quais devem ser cumpridas, não podendo a inexperiência comercial de um cidadão ser empecilho para tanto, inclusive sendo de conhecimento geral que prestar fiança é um negócio extremamente arriscado.

No entanto, o ponto principal do recurso apresentado era saber até que ponto os tribunais estão obrigados, em virtude dos princípios constitucionais, a tecer juízos de valores sobre os conteúdos contratuais na medida em que inexistia ilegalidade em tais documentos e a autonomia privada deveria prevalecer.

A decisão da corte constitucional alemã, praticamente, causou um espanto no mundo jurídico alemão, pois anulou os contratos com base no princípio da moral. Essa fundamentação compreende o significado dos direitos fundamentais para a concretização de cláusulas gerais jurídico-cíveis.

A corte constitucional pontuou que a Lei Fundamental contém em seu título de direitos fundamentais decisões básicas jurídico-constitucionais para todos os setores do direito. Os mandamentos básicos, no entender do Tribunal, desdobram-se por meio das prescrições que dominam diretamente o campo jurídico e têm, sobretudo, significado na interpretação de cláusulas gerais jurídico-cíveis.

Quando os §§ 138 e 242 remetem, em geral, aos bons costumes, aos costumes de tráfego, assim como à boa-fé, eles pedem dos tribunais uma concretização pelo critério de concepções de valores que são, em primeiro lugar, determinadas pelas decisões de princípio da constituição.

⁸⁹ Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Por isso, os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da constituição, a considerar, na interpretação e emprego das cláusulas gerais, os direitos fundamentais como “linhas diretivas”. Se eles desconhecem isto e decidem, por conseguinte, em prejuízo de uma parte processual, então eles a violam em seus direitos fundamentais.

Abriu-se assim, a possibilidade de justificativa de cláusulas contratuais privadas com base nos princípios constitucionais. A autonomia do Direito Civil, a partir daí, não era mais absoluta. O controle das cláusulas contratuais não estava mais restrito ao sistema civilista, mas deveria estar de acordo com dos ditames constitucionais.

Ora, de acordo com a fundamentação do tribunal constitucional alemão, se o conteúdo do contrato para uma parte é exageradamente desfavorável e, como compensação de interesses, manifestamente inadequado, então os tribunais cíveis não devem satisfazer-se com a afirmação: “contrato é contrato”. Eles, ao contrário, antes, devem clarificar se a regulação é uma consequência de poder de negociação estruturalmente desigual e, dado o caso, intervir corretivamente no quadro das cláusulas gerais do direito civil vigente⁹⁰.

4.2.2 O casamento forçado⁹¹

Existia um pacto sucessório que obrigava ao filho mais velho do Imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições impostas pelo documento.

O acordo de sucessão estabelecia, em síntese, que, para herdar os bens, no caso a Casa Real da Família, uma das várias exigências era que o herdeiro deveria casar-se com uma mulher do mesmo padrão. Caso o contrário, não herdaria. A justificativa para tanto era a manutenção do patrimônio dentro de uma linhagem real com o intuito de não haver dissipação.

Os tribunais ordinários concluíram que o pacto era totalmente válido, tendo em vista estar de acordo com as regras de sucessão da monarquia hereditária, a qual, no entendimento dos tribunais, possuía força de lei ordinária.

⁹⁰ Cf. HECK, Luís Afonso. **Direitos fundamentais e sua influência no direito civil**. Revista Direito em Debate, v. 9, n. 14, 2013.

⁹¹ Cf. 1 BvR 2248/01, de 22 mar 2004, unânime, disponível em (https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20040322_1bvr224801.html) acesso em 19 abril. 2014.

Ao julgar o caso, o Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou ilegal e arbitrária a prevalência desta cláusula, pois viola o direito fundamental da liberdade de casar, inserido no artigo 6, § 1º da Lei fundamental de Bonn.

Mais uma vez, a corte constitucional da Alemanha demonstrou que é totalmente possível realizar o controle de cláusulas contratuais elaboradas com esteio da autonomia da vontade. No caso em análise, tratou-se de disposição de ultima vontade, o que, para o Direito Civil, é considerada como suprema, praticamente impossível de ser controlada.

No entanto, segundo entendimento da corte, até os testamentos se submetem ao controle da Constituição, sofrendo, portanto, controle dos direitos fundamentais.

4.3 Um modelo a ser seguido no Brasil

Em nosso País, infelizmente, ainda não tem-se uma posição concreta do Supremo Tribunal Federal no que concerne à aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares, inobstante tudo indicar que caminhamos para usar, em nosso ordenamento, a teoria eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

É sobremaneira importante que a nossa jurisprudência desenvolva-se e inicie um maior controle sobre cláusulas contratuais privadas à luz dos direitos fundamentais.

Já estamos caminhando, certamente, para a aceitação da aplicação das normas constitucionais no Direito Privado. As vozes, antes muitas e fortes, hoje não mais bravejam o posicionamento de que existe uma total independência entre o Direito Civil e o Direito Constitucional. São poucos os que ainda tentam negar essa inseparável relação.

Algumas perguntas não mais podem ficar sem resposta, por exemplo; pode um time de futebol impedir que um jornalista ingresse em seu estádio somente porque ele fez críticas à equipe?; uma escola pode não aceitar crianças com base na religião?; o locador pode fazer constar no contrato de locação que terá acesso irrestrito ao bem locado sempre que bem entender?; um pacto antenupcial pode estabelecer uma obrigação de não trabalhar para a mulher?

Luís Roberto Barroso⁹² assevera que o ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira, inclusive prevalecendo na doutrina e na jurisprudência. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para essa específica ponderação entre a autonomia da vontade versus outro direito fundamental, merecem relevo

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo:Saraiva, 2011, p.395.

os seguintes fatores: a) igualdade ou desigualdade material entre as partes; b) a manifestação injusta ou falta de razoabilidade do critério adotado; c) preferência para valores existenciais sobre patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana.

Pedro Lenza⁹³, no mesmo sentido, entende que, nessa linha, poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (arts. 1º, IV, e 170 *caput*) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro. Diante dessa “colisão”, indispensável será a “ponderação de interesses” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por exemplo, tem decisões conflitantes em relação à matéria^{94 95}. A insegurança jurídica que essa divergência de posicionamentos traz é tamanha, pois é inviável negar a influência da Constituição no Direito Civil.

A constitucionalização do Direito Civil expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. A jurisdição constitucional é a responsável pela difusão de tais princípios, abrangendo uma aplicação direta da constituição. Todos os juízes tem o

⁹³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17ª- edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1038/1039.

⁹⁴ PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR CONDOMÍNIO EM DESFAVOR DE CONDÔMINO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DAS NORMAS INTERNAS. IMPOSIÇÃO DE MULTA SEM ABERTURA DE PRAZO PARA DEFESA. NULIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. RECONHECIMENTO PELA DOUTRINA E PELO STF. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...]. 1. A IMPOSIÇÃO DE MULTA DE FORMA UNILATERAL A CONDÔMINO, SEM ABERTURA DE PRAZO PARA DEFESA, VIOLA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. AINDA QUE NÃO PREVISTO EM CONVENÇÃO CONDOMINIAL, DEVEM SER OBSERVADOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, OS QUAIS NÃO SÃO Oponíveis APENAS AO ESTADO, MAS TAMBÉM A P ARTICULARES, CONFORME ENTENDIMENTO DA BOA DOUTRINA E DO STF. [...](TJ-DF - APL: 80777720108070001 DF 0008077-77.2010.807.0001, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 06/04/2011, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 11/04/2011, DJ-e Pág. 63)

⁹⁵ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. [...]. CONDOMÍNIO. MULTA APLICADA AO CONDÔMINO POR PERTURBAÇÃO AO SOSSEGO DOS VIZINHOS. PREVISÃO NO REGIMENTO INTERNO. DELIBERAÇÃO EM ASSEMBLEIA. LEGITIMIDADE. "TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS". NÃO APLICAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE NÃO SE SOBREPÕEM. SENTENÇA MANTIDA. [...] 2. ESTANDO EXPRESSAMENTE PREVISTO NO REGIMENTO INTERNO QUE, SE TRÊS OU MAIS CONDÔMINOS SE SENTIREM PREJUDICADOS PELOS RUÍDOS EXCESSIVOS CAUSADOS POR OUTRO CONDÔMINO, PODERÁ O SÍNDICO CONVOCAR ASSEMBLEIA, PARA O FIM DE DELIBERAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NA MESMA NORMA CONDOMINIAL, NÃO HÁ QUALQUER ILEGALIDADE NA ASSEMBLEIA ASSIM REALIZADA. 3. O DIREITO DE PROPRIEDADE NÃO SE SOBREPÕE AO DIREITO À VIDA PRIVADA DAS PESSOAS, COM SEDE IGUALMENTE CONSTITUCIONAL, NÃO SE APLICANDO, ASSIM, A CHAMADA "TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS", À HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DE MULTA, POR INFRINGÊNCIA ÀS NORMAS CONDOMINIAIS. [...] (TJ-DF - APL: 287985520078070001 DF 0028798-55.2007.8.07.0001, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Data de Julgamento: 06/02/2012, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 27/03/2012, DJ-e Pág. 105)

podem/dever de aplicar os mandamentos da Carta da República, inclusive realizando o controle das cláusulas contratuais.

Não se pode mais aceitar interpretações que negam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Observa-se, na grande maioria dos tribunais, que ainda não houve uma uniformização do entendimento que o Direito Civil evoluiu.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que a constitucionalização do Direito Civil é um fato praticamente incontroverso. Se no passado eram muitas as vozes que se manifestavam com veemência em relação à impossibilidade de tal acontecimento, hoje não se escuta, com a mesma altivez, os mesmos posicionamentos.

No Brasil, o processo de constitucionalização avançou, ainda havendo quem apresente alguma objeção, mas é fato de que os resistentes, apoiados em uma visão tradicional do Direito Privado, dissiparam-se em seu maior número. A negação aberta dos efeitos constitucionais no Direito Civil já não apresenta a força de outrora.

É evidente a superação da percepção do Direito Privado apenas com o viés patrimonialista. A pessoa humana, com base normativa na Constituição, assume, assim, o papel de eixo central ou de elemento harmonizador do ordenamento juntamente com a autonomia privada. Antes, dessa forma, prevalecia a vontade absoluta do pacto, hoje, contudo, a valoração à dignidade humana é o enfoque principal.

Do mesmo modo, no Código Civil de 2002, foram inserido elementos da constitucionalização do direito privado, como, por exemplo, os direitos da personalidade, a boa-fé contratual e a função social do contrato.

Assim sendo, nos contratos, não poderia ser diferente de todo o sistema de relações privadas, a incidência da Constituição é evidente. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais surge como um mecanismo para que sejam efetivados os valores normativos irradiados pela Carta Magna.

Nesse sentido, é, praticamente, incontroverso que os particulares também podem violar os direitos fundamentais em suas relações privadas. Dessa forma, tutelar os direitos fundamentais apenas quando eles são violados pelo ente estatal é realizar uma proteção incompleta, pois são assentes os mais variados abusos cometidos na esfera privada, regida, tradicionalmente, pela autonomia da vontade.

Nessa tessitura, surge a noção da teoria da incidência imediata dos direitos fundamentais aplicada às relações privadas, a qual prescreve a aplicação direta dos princípios fundamentais nas relações entre particulares em geral.

A despeito disso, o contrato é o ápice da materialização da autonomia da vontade. Nele as partes pactuam e decidem o destino de seu patrimônio, criando direitos e obrigações.

É bem verdade que os indivíduos podem violar os direitos fundamentais dos outros, mas, no entanto, não é correto banalizar o contrato e concebê-lo como um mecanismo

de opressão, violador dos direitos fundamentais. Na verdade, o pacto deve ser visto como um pacificador das relações sociais e garantidor da dignidade da pessoa humana.

Caso ocorra alguma violação aos direitos fundamentais, portanto, a cláusula contratual será declarada inválida. Assim, não mais se deve analisar as relações privadas sob o prisma eminentemente legalista, mas interpretá-las de acordo com os princípios emanados da Constituição Federal.

O Juiz, ao verificar que a autonomia da vontade colide com algum outro princípio do ordenamento, deve ponderar, à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, e proceder com a invalidação da disposição contratual, notadamente se se trata de violação à dignidade da pessoa humana.

O ideal é que os particulares, em suas relações entre si, respeitem os direitos fundamentais, não sendo concebível o argumento de que contrato é absoluto. Entretanto, não se pode chegar ao ponto de que seja invocado qualquer fato para difundir o inadimplemento contratual.

Dessa maneira, para que uma cláusula seja declarada nula, ela deve violar frontalmente um direito fundamental, ocasião em que a autonomia da vontade não terá força o suficiente para mantê-la viva e com força cogente na relação contratual.

REFERÊNCIAS

1BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, disponível em: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010206_1bvr001292.html, acesso em 02 abril. 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira. Os **direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O STJ e os direitos fundamentais**. Palestra proferida em Maceió-Alagoas no Congresso Brasileiro de Direitos Fundamentais no dia 08 de dezembro de 2004. Disponível na internet. <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001118/texto%20ministra%20selecionado%207%20%20Os%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20e%20o%20STJ.doc> Acesso no dia 23/02/2014 às 23h27min.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 2001.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Título original: The origins of totalitarianism. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf>. Acesso em 27/03/2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Campinas: RED livros, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Revista direitos fundamentais e justiça. [on line]. Ano 2, nº 3, abr/jun. Rio Grande do Sul; HS Editora, 2008. Disponível na internet: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em 20/03/2014

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **Novo Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. 2ª Turma. RE 201.819/RJ, Relator: Min. Ellen Gracie. Relator p/acordão: Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento 10/10/2005. DJe 27/10/2006, p.64.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. 2ª Turma. RE 158.215/RS, Relator: Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 30/04/1996. DJ 07-06-1996, p.619830.

BÖHMER, Gustav. *Apud*: NEUNER, Jörg. **O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental**. Revista Jurídica, ano 52, n. 326 (dez. 2004). Porto Alegre: Nota Dez. BverfGE t. 89, p.214, de 19 out 1993, unânime, disponível em: (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089214.html#Rn002>), acesso em 19 abril. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra:Ed. Almedina, 2006.

CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 45 (2006). Curitiba: Universidade Federal do Paraná.

CUNHA, José Ricardo. **Sistema aberto e princípios na ordem jurídica e na metódica constitucional**. In: Os princípios da Constituição de 1988. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2006.

DA SILVA, Alexandre Garrido. **Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo**. 2011. CONPEDI. Disponível na internet: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva.pdf>. Acesso em: 27/03.2014.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008.

DIEDERICHSEN, Uwe. **Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht** [O Tribunal Constitucional Federal como o Supremo Tribunal Civil]. *Archiv für die civilistische Praxis*. Vol 198. 1998.

DISTRITO FEDERAL. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL**. 1ª Câmara Cível Apelação Cível nº 8077-77.2010.8.07.0001. Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA. Data de Julgamento: 06/04/2011. Data de Publicação: 11/04/2011. DJ-e Pág. 63.

DISTRITO FEDERAL. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL**. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0028798-55.2007.8.07.0001, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Data de Julgamento: 06/02/2012. Data de Publicação: 27/03/2012, DJ-e Pág. 105.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A virtude e a soberba: A teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos, tomo 1. 7ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011.

GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In: Neoconstitucionalismo (s). Trotta, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. **A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações**. REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. V. Nº 31, nº 65. Jan/Jun de 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. In: **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Coord. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el Estado Constitucional**. Trad. Jürgen Saligmann, César Landa, Carlos Ramos e Antonio Luya. San Miguel, Peru: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional**. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Minima Trotta, 1998.

HECK, Luís Afonso (organizador) e LUDWIG, José Roberto (tradutor). **Direitos Fundamentais e direito privado: texto clássicos**. 1ª edição-Porto Alegre:SergioAntonio Fabris Editor, 2012.

HECK, Luís Afonso. **Direitos fundamentais e sua influência no direito civil**. Revista Direito em Debate, v. 9, n. 14, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 19. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 1993.

JELLINEK, Georg. **La Declaracion de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**, trad.Adolfo Posada, Madrid, Libreria General de VictorianoSuárez, 1908.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17ª- edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação legislativa, v. 36, n. 141, 1999.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil.** Revista da Faculdade de Direito. Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional.** Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR_MENDES.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2014.

MORAES, Ed da Silva. **O princípio constitucional da eficiência da administração pública: indicadores possíveis.** 94 p. 2007. Dissertação de Mestrado em Direito - Universidade de Caixias do Sul. Caixias do Sul, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura constitucional dos danos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 27/03/2014.

PENTEADO JUNIOR, Cassio M. C. **O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos.** R. CEJ, Brasília, n. 23, p. 66-72, out./dez. 2003, disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/579/759>>. Acesso em: 18 de abril de 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** 1ª- edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 3. ed. rev.e aum. São Paulo: Max Limonad, 1967.v.3.

RODRIGUEZ RUIZ, Bianca. Resenha do livro de NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los límites de los derechos y fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe.**

Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. In: Teoría y realidad constitucional, n. 10-11, p. 792-798, 2003. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/10/rec/rec35.pdf>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais entre particulares.** 1ª edição, 3ª triagem-São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** SÃO PAULO: MALHEIROS, 2004.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo.** Disponível na internet: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 27/03.2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. Temas de Direito Civil.** 4ª edição- Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.