

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

NEILIANE CRISTINA GOMES ESTANISLAU

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FACE ÀS RELAÇÕES PRIVADAS
CONTRATUAIS

SOUSA – PB

2016

NEILIANE CRISTINA GOMES ESTANISLAU

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FACE ÀS RELAÇÕES PRIVADAS
CONTRATUAIS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof^a. Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA – PB

2016

NEILIANE CRISTINA GOMES ESTANISLAU

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FACE ÀS RELAÇÕES PRIVADAS
CONTRATUAIS

Data de aprovação: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Especialista Monnizia Pereira Nóbrega
Professora Orientadora

Banca Examinadora

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, pelo seu amor infinito, sem Ele nada sou. Gratidão por me ajudar a vencer cada batalha, por não permitir que meus pés vacilem e por renovar minhas forças todos os dias. Senhor, tu és a minha esperança e razão da minha existência, a ti, toda honra, toda glória e todo louvor.

À minha grande família, pelo amor e apoio de sempre. Agradeço a minha mãe, mulher forte e guerreira, que nunca mediu esforços para tornar meus sonhos realidades, que sempre esteve perto mesmo a quilômetros de distância, que foi luz e força nas horas difíceis, a ti mãezinha, todo o meu amor e admiração, você é minha inspiração diária, sem você eu nunca teria conseguido chegar até aqui.

Ao meu pai, pela confiança em mim depositada, por todo cuidado e zelo com minha educação. Aos meus irmãos, fonte de um amor imensurável, agradeço por cada gesto de carinho, pela companhia agradável de todas as horas e pelo incentivo, vocês são o motivo de toda minha luta. E aos meus sobrinhos, Yuri e Arthur, por alegrarem essa caminhada e trazerem luz aos meus dias; e a Heitor e Davi que ainda nem chegaram, mas já nos deram grandes emoções.

Aos meus avós maternos, vovô Lucas (em memória), que sempre foi exemplo de bondade e de amor. E a minha vó Neuza, por cada incentivo e orientação, pelas orações em meu favor e pela preocupação para que eu estivesse sempre andando pelo caminho correto.

Durante estes três últimos anos muitas pessoas participaram da minha vida, algumas já de longas datas, outras mais recentemente. Dentre estas pessoas tem as que se tornaram muito especiais, cada uma ao seu modo, seja academicamente ou pessoalmente e seria difícil não mencioná-las.

Às minhas amigas Ana Márcia e Yasmin, por dividirem comigo não só o curso, mas toda uma vida. Obrigada por serem família, por estarem presentes em todos os momentos, tornando toda essa caminhada mais leve. À vocês, todo o meu amor e gratidão. A Débora, Edna, Hérica, Maria Cecília, Maynara e Thaís, por dividirem comigo momentos de alegria que levarei por toda a vida, vocês sem dúvidas tornaram esse percurso especial.

À minha orientadora Monnizia, que dedicou muito do seu tempo me orientando, embora tivesse outros interesses a resolver. Obrigada pelos ensinamentos, atenção, amizade e dedicação ao longo deste período.

Gratidão a todos que, mesmo não estando citados aqui, tanto contribuíram para a conclusão desta etapa.

“Que todo o meu ser louve ao Senhor,
e que eu não esqueça nenhuma
das suas bênçãos”.

(Salmos 103:2)

RESUMO

Os direitos fundamentais são considerados pela doutrina como essenciais a existência digna do indivíduo. Todavia, sabe-se que uma de suas características é a sua limitabilidade, ou seja, não possuem caráter absoluto. O presente trabalho tem como objetivo analisar a eficácia dos referidos direitos face às relações privadas contratuais, a partir da compreensão da evolução do constitucionalismo liberal para o social, pois como se sabe a moderna hermenêutica constitucional promoveu uma nova interpretação das normas civis, assim as questões existenciais do homem passam a ter prioridade sobre as questões patrimoniais, o que culminou com o surgimento da Teoria da Eficácia Horizontal. Ao mesmo tempo em que se prega a garantia e a proteção dos direitos públicos subjetivos nas relações estabelecidas entre particulares, eleva-se a questão da autonomia privada, também constitucionalmente protegida. Dessa forma, havendo colisão entre princípios, um deles prevalecerá em relação ao outro. Assim, a resposta para essa questão fica a cargo da jurisprudência, que deve adotar como técnica de solução o uso da ponderação, onde o intérprete, analisando o caso concreto, determina qual o interesse deve prevalecer, na busca de garantir a máxima proteção dos bens conflitantes, restringindo-os minimamente. Diante disso, questiona-se qual mecanismo deve ser adotado para se chegar a esse equilíbrio, considerando o uso do princípio da proporcionalidade como meio essencial para a resolução do embate, uma vez que é necessário que nenhum dos direitos sejam completamente inobservados. Para se alcançar os objetivos dessa pesquisa, utiliza-se como método de abordagem o dedutivo, e como método de procedimento a pesquisa documental. E como técnica de pesquisa, a bibliográfica, através do uso da legislação, da doutrina e demais documentos disponíveis nos meios eletrônicos acerca do tema. Ante o exposto, embora o ordenamento jurídico brasileiro atribua aos direitos fundamentais o *status* de cláusula pétrea, diante de determinadas situações específicas em que ocorra confronto entre princípios, um deverá ser mitigado em detrimento do outro. No entanto, é necessário sopesar os direitos em questão, de forma a adequar e preservar os bens jurídicos protegidos, para que a solução da colisão seja alcançada com a máxima efetivação dos direitos em tensão e mínima restrição dos mesmos.

Palavras-chave: Relações Privadas. Direitos Fundamentais. Ponderação.

ABSTRACT

Fundamental rights are considered by the doctrine as essential worthy of individual existence. However, it is known that one of its features is its the existence of limit, in other words, do not absolute character. This study aims to analyze the effectiveness of such rights against the contractual private relations, from the understanding of the liberal evolution constitutionalism to the social, because as we know the modern constitutional hermeneutics promoted a new interpretation of civil standards, so the existential human issues take priority over property issues, which led to the emergence of the Horizontal Effectiveness theory. In the same time, while preaches the guarantee and protection of public subjective rights in relations between individuals, it raises the question of autonomy, also constitutionally protected. Thus, there is a collision between principles, one of them prevail over the other. So the answer to this question is left to the case law, that it must adopt as a solution technique using the weighting, where the interpreter, analyzing the case, determines which interest should prevail, seeking to ensure maximum protection of goods conflicting, restricting them minimally. Therefore, it questions what mechanism should be adopted to reach this balance, considering the use of the principle of proportionality as na essential mean to the resolution of the clash, since it is necessary that none of the rights are completely unobserved. To achieve the goals of this research, the deductive method of approach is used, and as methods of procedure the historical-evolutionary and comparative. And as technique of research, literature, through the use of legislation, the doctrinal and jurisprudence, and other documents available in electronic media on the subject. Based on the foregoing, although Brazilian legal system confers to fundamental rights the status of entrenchment clause, before certain specific situations in which there is confrontation between principles, one should be mitigated over the other. However, it is required to weigh the rights in question, in order to adapt and preser the legal interests protected, so that the solution of the collision is achieved with the maximum realization of the rights in tension and minimal restriction of those.

Keywords: Private relations. Fundamental rights. Weighting.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACOES

a.C. – Antes de Cristo

Art. – Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

N. – Número

RJ – Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1. Conceito e Historicidade	14
2.2. Tratamento Constitucional	19
2.3. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: Teorias Informadoras.....	23
3. RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS CONTRATUAIS.....	28
3.1. Conceitos e Noções Gerais.....	28
3.2. Princípios Informadores das Relações Privadas Contratuais.. ..	34
3.3. Constitucionalização do Direito Civil.....	40
4. DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA DIREITA E IMEDIATA: A PONDERAÇÃO COMO MECANISMO.....	43
4.1. Dos Princípios e das Regras.....	43
4.2. Da Colisão de Princípios	46
4.3. A Ponderação como meio de solução da Colisão de Princípios.	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	57

1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, os direitos fundamentais só se aplicavam as relações entre Estado e particular, pois, acreditava-se que o Estado era o único a violar esses direitos e que, nas relações privadas esses direitos não estariam ameaçados, pois preponderava a autonomia de vontade das partes.

Com o progresso da sociedade e o aparecimento de grandes grupos econômicos, observou-se que muitas vezes a vontade da parte hipossuficiente era manipulada, originando assim uma grande desigualdade entre as partes contratantes. Com isso, iniciou-se um estudo sobre a aplicabilidade dos direitos sensíveis nas relações entre particulares.

A Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais foi desenvolvida na Alemanha, a partir da segunda metade do século XX, possibilitando a incidência de valores constitucionais nas relações privadas. De acordo com esse preceito as normas definidoras de direitos públicos subjetivos vinculam tanto o Estado como os particulares. A autonomia privada, embora possua um *status* constitucional, não é um valor absoluto podendo sofrer limitações, quando sua aplicação colidir com outros bens igualmente protegidos pela Lei Maior.

A citada aderência do poder privado às regras constitucionais é um assunto de grande relevância para a conjuntura jurídica nacional contemporânea, pois, com o distanciamento do Estado das relações civis e o posterior crescimento do poder social, constata-se que as agressões aos direitos individuais são frutos de uma multiplicidade de setores privados. As ofensas aos direitos individuais estão sendo encaminhadas para análise pelo Poder Judiciário, no entanto, não se tem um entendimento uniforme, na doutrina e na Jurisprudência, sobre de que forma e em que medida essa vinculação ocorre.

A pesquisa se pautará na importância da matéria, uma vez que o assunto ainda não foi desenvolvido com profundidade. Ademais, em uma sociedade tão consumista e impregnada de desigualdades como a brasileira, uma das partes contratantes acaba sendo lesionada por não conhecer os direitos que a protegem. Não se tem aqui a aspiração de trazer uma resposta concludente, o trabalho busca contribuir com o aperfeiçoamento de debates acerca do critério mais adequado para a solução de problemas envolvendo uma aparente colisão de direitos fundamentais.

Assim, observa-se que as relações privadas contratuais são indiscutivelmente caracterizadas pelo princípio da autonomia privada, no entanto, a aplicação dos direitos fundamentais se faz cada dia mais imprescindível, uma vez que, na maioria das vezes as partes contratantes estão em situação de visível desigualdade.

Sendo o princípio da autonomia privada também protegido pela Carta Magna, fica-se diante de um conflito entre dois bens constitucionalmente protegidos. Diante disso surge um embate sobre qual princípio deve prevalecer. Contudo, para se chegar à solução de tal impasse, é necessário ponderar e sopesar os valores envolvidos.

Desta forma, questiona-se: Como conciliar esses princípios, para que nenhum deles seja anulado? Para tanto, o estudo em questão considerará o princípio da proporcionalidade como meio essencial para a resolução dessa celeuma. Pois é necessário que os direitos envolvidos sejam preservados, sendo restringidos minimamente, a fim de que se alcance a solução mais harmoniosa, conservando sempre a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, a presente pesquisa pretende analisar o novo aspecto conferido ao Direito Contratual contemporâneo, confirmando que a sua nova estrutura viabilizou a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Bem como, identificar as Teorias existentes no Direito Comparado que versem sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas; demonstrar a relativização desses direitos, uma vez que, eles não são absolutos; e especificar critérios de ponderação para que a autonomia privada não venha a ser suprimida pelos comandos constitucionais.

Como forma de se alcançar os objetivos em questão, esse estudo adotará como método de abordagem o dedutivo, para que se chegue a uma conclusão lógica científica, partindo de uma constatação geral, qual seja: a proteção aos direitos fundamentais do ser humano por meio do ordenamento jurídico brasileiro para se chegar à premissa menor, a eficácia da aplicação dos mesmos às relações privadas contratuais.

E enquanto método de procedimento, se fará uso da pesquisa documental, voltada ao estudo das decisões judiciais relacionadas a temática. E como técnica de pesquisa, será utilizada a bibliográfica, através da análise

legislativa, doutrinária e demais documentos bibliográficos disponibilizados nos meios eletrônicos relacionados ao tema.

No âmbito desta pesquisa, serão abordadas em um primeiro momento breves considerações sobre os direitos fundamentais, bem como se fará uma análise sobre as Teorias informadoras da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Posteriormente, serão feitas algumas explicações sobre a origem e evolução das relações jurídicas privadas contratuais, e por último, se discutirá o uso da ponderação como solução eleita como a mais favorável até o momento presente para resolver o problema da colisão entre princípios.

O tema sob exame, merece significativa análise e reflexão, principalmente quando voltado para uma situação econômica e patrimonial, em que é importante que o indivíduo não perca a autonomia de determinar-se conforme suas vontades e escolhas e ao mesmo tempo não crie situações de desigualdades extremas que violem a dignidade da pessoa humana. Questões como essas não podem ser negligenciadas.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Constitucional consolidou os direitos do homem e do cidadão, estabelecendo assim, diversos direitos e garantias fundamentais ao ordenamento jurídico como forma de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana. Com isso, constata-se, que as primeiras Constituições traziam em seu núcleo a ideia de limitação do Poder Estatal por meio da garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação de poderes. Como bem aduz Stern (1988, *apud* SARLET, 2012, p. 58), ao afirmar que:

As ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.

Dessa forma, é possível observar que os direitos fundamentais é o instrumento utilizado para defender a dignidade humana, inerente a cada cidadão. É indiscutível que para se garantir a efetivação desses direitos não se devem impor limites apenas ao Estado, é necessário também, que os indivíduos tenham uma parcela das suas liberdades individuais sacrificadas, em nome do bem comum.

Pois a exclusão das relações privadas da aplicação dos direitos fundamentais importa em lacerar esses direitos, limitando a capacidade de proteger a dignidade da pessoa humana. Barroso (2012, p. 272), ensina que:

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do *respeito ao próximo*. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o *imperativo categórico* kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima de sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. (grifos do autor).

Logo, verifica-se que a evolução que o Direito Constitucional alcançou foi decorrência, em grande parte, da anuência dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa. Nesta senda, assevera Sarlet (2012, p. 79):

Como bem o lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a constituição, a despeito do seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Sendo assim torna-se inconcebível falar em Estado Democrático de Direito sem se garantir esses direitos, pois sem eles a vida em sociedade restaria comprometida.

2.1. Conceito e Historicidade

Dispõe Sarlet (2012), que a ausência de um consenso na conceituação do que sejam os direitos fundamentais tem gerado grandes discussões entre diversos doutrinadores. Essa é uma questão bastante delicada, uma vez que, tais prerrogativas foram sendo reconhecidas de acordo com a evolução da humanidade, o que importa afirmar que novos direitos ainda possam ser conquistados.

Outra questão importante é a variedade semântica utilizada pela Constituição Pátria para referir-se aos direitos fundamentais. É pertinente que se faça distinção ao menos quanto aos direitos fundamentais e quanto aos direitos humanos, já que são usados como similares, mas muitas vezes se reportam a significados distintos.

Apesar de vários doutrinadores tratarem esses dois vocábulos como termos semelhantes, majoritariamente a doutrina identifica diferenças entre os dois. Os direitos fundamentais sempre serão direitos humanos, uma vez que sempre terá como possuidor o ser humano. A grande diferença está no plano da positivação como bem explica Sarlet (2012, p. 29):

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem institucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Dessa forma, é possível concluir que os direitos públicos subjetivos são aqueles direitos inerentes a cada ser humano, que estão positivados no ordenamento jurídico de cada Estado. E são eles, de acordo com Sarlet (2012, p. 77):

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

A análise da origem e da evolução dos direitos fundamentais é tema de grande relevo, pois conforme ensina Stern (1988, *apud* SARLET, 2012, p. 36):

[...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

Os direitos fundamentais foram resultados de constantes lutas que culminaram com uma revolução histórica e social. A sociedade se deparou com a urgência de proteger alguns direitos, para então poder desfrutar de uma vida digna. Esclarece Mendes e Branco (2014), que até o momento da constitucionalização desses direitos, é difícil precisar quando se deu o seu nascimento, suas origens são

longínquas não se sabendo ao certo precisar uma data específica, no entanto é possível observar a presença desses direitos em vários momentos da história.

Os primeiros despontar desses direitos ocorreram no Egito e na Mesopotâmia, durante a primeira dinastia babilônica, no século XVIII a.C., com a criação do Código de Hamurabi que representou um dos primeiros mecanismos de proteção individual, pois defendia direitos comuns a todos os homens, como a vida, a propriedade, a dignidade, a honra, a família.

Na Idade Média, tem-se que os primeiros regulamentos desses direitos se encontram na Inglaterra, onde se buscava a contenção do poder e a proteção dos indivíduos, como se observa na Magna Carta em 1215, na *Petition of Rights em 1628*, no *Habeas Corpus Amendment Act em 1679* e o *Bill of Rights de 1688*. Esses documentos fazem parte dos antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais. Já na Idade Moderna, a independência dos Estados Unidos deu origem a um importante documento de direitos humanos, que foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia em 1776, que certificava o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Foi com a Revolução Francesa que se deu a consagração normativa de um conjunto de direitos naturais inalienáveis do homem, sendo então promulgada em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que apontava os direitos inatos de toda pessoa humana, promulgando princípios de igualdade, liberdade, prosperidade, legalidade, e demais garantias individuais. Nas palavras de Bonavides (2013, p. 580):

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Nesse sentido universalizado, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, que retomou os ideais da Revolução Francesa, buscando de forma progressiva a concretização dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade. Tal declaração reconheceu, desde logo, a dignidade da pessoa humana como inerente a todos os indivíduos.

Os direitos fundamentais tal como se conhece hoje, surgiu a partir de todas as transformações e lutas pela qual passou a sociedade, dando ensejo a valores que buscam não só a limitação do poder do Estado, mas também a proteção dos direitos de cada indivíduo. A respeito, aduz Mascarenhas (2008, p. 44) que:

Embora se atribua ao cristianismo e ao jusnaturalismo as principais fontes de inspiração das declarações de direitos, é bem de ver que elas surgiram mesmo a partir de reivindicações e lutas do povo, no decorrer de muitos anos. Vale dizer, o fator histórico foi de fundamental importância porque estabeleceu as condições materiais objetivas, as quais, aliadas às condições subjetivas introduzidas pelo pensamento cristão e pelo jusnaturalismo, conjugaram-se para a sua formulação.

Desde que os direitos fundamentais passaram a integrar as primeiras Constituições escritas, eles sofrem grandes transformações, o que se faz remeter a classificação dos mesmos em três gerações de direitos, tendo quem defenda até uma quarta geração. É necessário destacar que o termo “gerações” sofre bastante crítica por parte da maioria da doutrina, a citar Sarlet (2012), uma vez que essa expressão pode designar a falsa ideia de substituição de uma geração por outra, sendo então preferido o termo “dimensão” que traduz de forma mais adequada à noção de processo cumulativo.

Dessa forma, sabendo que o corpo social continua em constante evolução e que os direitos evoluem junto com a coletividade, pode-se afirmar que os direitos fundamentais transladam a dimensão em que se encontram e migram para outra mais evoluída.

Em que pese às críticas e a sugestão de uma nova terminologia, a expressão “geração” continua sendo amplamente utilizada, devendo ser entendida como uma extensão dos direitos fundamentais da anterior e não uma substituição. Assim, ensina Bonavides (2013, p. 581) que:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem duvidas um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.

Essas três citadas gerações possuem uma sequência histórica que consagrou ao longo da sua evolução os ideais da Revolução Francesa de 1789, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade. Para o citado autor (2013, p. 580), “o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais”.

Os direitos de primeira geração são aqueles que limitam a atuação do Estado na liberdade individual. São de cunho materialista e consagram os direitos civis e políticos, buscando a proteção do direito à vida, à liberdade e à propriedade. Segundo Bonavides (2013, p. 581):

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Já os direitos de segunda geração tiveram como marco a Revolução Francesa, e influenciaram as Constituições do pós-guerra. São os direitos da coletividade, de cunho social, cultural e econômico, eles se apresentam como uma extensão do direito de igualdade. Para Bulos (2015, p. 529), esses direitos:

[...] visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma *prestação positiva*, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do Homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice. (grifos do autor).

Por sua vez, os direitos da terceira geração, são também denominados de direitos de solidariedade, apresentam uma preocupação global não tendo como titular apenas o homem-indivíduo. Voltam-se à humanidade como um todo, buscando garantir direitos como à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a qualidade de vida. A respeito, aduz Paulo e Alexandrino (2014, p. 104):

Os direitos de **terceira geração** consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade. São atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa. São exemplos de direitos fundamentais de terceira dimensão, que assistem a todo gênero humano, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à defesa do consumidor, à

paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade, ao progresso e desenvolvimento, entre outros. (grifos do autor).

Como citado anteriormente, há quem defenda a existência de uma quarta geração, que teria sido fruto dos avanços tecnológicos da humanidade, resultando assim na globalização dos direitos fundamentais. Para Bonavides (2013, p. 590), “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito a informação e o direito ao pluralismo”.

Contudo, ainda adverte Sarlet (2012, p. 51), que:

[...] a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que aliás, se depreende das palavras do próprio autor citado, para quem os direitos de quarta dimensão “compreendiam o futuro da cidadania e o povir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”.

Assim, é possível constatar que os direitos fundamentais não surgiram paralelamente, foram sendo conquistados e integrados às Constituições após muitas lutas e revoluções, remetendo a humanidade até o momento atual. E não compõem um rol taxativo, pois estão em constante complementação, conforme a própria evolução social e humana.

2.2. Tratamento Constitucional

Após vários acontecimentos ao longo da História Brasileira, a Carta Magna de 1988 consagrou um rol especial de direitos fundamentais, não sendo por acaso que a mesma ficou conhecida como “Constituição Cidadã”. Em que pese as Constituições anteriores trazerem no seu texto uma declaração de direitos, Sarlet (2012), acrescenta que foi a primeira vez que na História do constitucionalismo pátrio que a matéria foi tratada com a devida importância.

Esses direitos estabelecem a base da Constituição, que tem como eixo principal a defesa dos seus preceitos básicos, a saber: à vida, à igualdade e à fraternidade, sempre buscando alcançar a dignidade humana.

De acordo com o preceituado por Sarlet (2012), a grande relevância atribuída a esses direitos se dá em parte pelo fato de ter sido ela elaborada após um período de ditadura militar que durou vinte e um anos. Ela foi pensada como uma reação do constituinte a toda essa fase de restrição total dos direitos fundamentais.

A importância desses direitos é inquestionável, afirma o citado autor (2012, p. 66), que:

Dentre as inovações, assume papel de destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais.

A Lei Maior ainda consagra, em seu Título I, os princípios fundamentais, preceitos que alicerçam o ordenamento jurídico pátrio e devem ser tomados como perspectiva de modelo de uma ordem constitucional justa, configuram a escolha de valores éticos e sociais como instituidores da ideia de Estado e Sociedade. Bonavides (2013, p. 299), atesta que:

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhe examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

E no seu Título II, estabelece os direitos e garantias fundamentais, que estão divididos nos seguintes grupos: Dos direitos e deveres individuais e coletivos; Dos direitos sociais; Da nacionalidade; Dos direitos políticos; Dos partidos políticos. Assim, esclarece Moraes (2014), que o legislador constituinte atribuiu cinco espécies ao gênero dos direitos e garantias fundamentais.

Não restam dúvidas que os direitos fundamentais constituem parte elementar de toda Constituição insertada em um Estado Democrático de Direito, da qual a Carta Magna Brasileira também faz parte. No entendimento de Sarlet (2012, p. 70):

A ideia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no entendimento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental.

Vale ressaltar, que a esses direitos atribui-se um *status* jurídico diferenciado. O legislador se preocupou em garantir a impossibilidade de abolição desses direitos, evitando a todo a custo a possibilidade de reforma constitucional, assim preceitua o art. 60, § 4º, da CF/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Manifestam assim dupla perspectiva, são classificados como direitos subjetivos, uma vez que outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor seus interesses em face dos órgãos obrigados a satisfazê-los. Como também objetivos, já que os direitos acima citados formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Na visão de Masson (2015, p. 197), “a perspectiva objetiva vai além da subjetiva, afinal identifica nos direitos fundamentais o verdadeiro “norte” de “eficácia irradiante” que sustenta todo o ordenamento jurídico”. Tal entendimento se dá porque tais direitos, enquanto princípios são considerados no todo como componentes estruturais básicos da ordem jurídica.

O reconhecimento desse aspecto objetivo trouxe consideráveis consequências para os direitos fundamentais, uma vez que deixam de ser visto apenas sob o prisma individualista, e os bens por eles protegidos passam a ser

consagrados como valores da sociedade que devem ser defendidos por todo o ordenamento jurídico.

É importante salientar ainda, que apesar de ocuparem posição de destaque, existem vários outros direitos fundamentais disseminados pelo Texto Constitucional tanto de forma implícita como explícita, sem esquecer-se dos decorrentes de Tratados Internacionais.

Assim discorre Sarlet (2012, p. 71):

Em primeiro lugar, cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrados pelo art. 5º, § 2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas de catálogo, bem como decorrentes do regime e princípios da Constituição.

Em conformidade com o que dispõe o art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Não obstante, é preciso esclarecer que esse dispositivo alcança todos os direitos fundamentais constantes tanto no Texto Constitucional, como em Tratados Internacionais.

A análise do significado e alcance do art. 5º, § 1º, da CF/88 é tema que suscita grandes dificuldades, gerando bastantes controvérsias no meio da doutrina. Há os que adotam uma posição mais tímida e defendem que a aplicação imediata do citado artigo está condicionada a uma complementação legislativa, a exemplo de Ferreira Filho (1988, *apud* SARLET, 2012). No polo oposto estão os que defendem que todas as normas (até mesmo as normas de cunho programático), em decorrência de sua aplicabilidade imediata, independem de complementação legislativa, a citar Grau (1993, *apud* SARLET, 2012).

Sarlet (2012), adotando um posicionamento intermediário assevera que a melhor interpretação da norma do referido artigo é a que, em se tratando de norma de natureza principiológica, é dever do Estado maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. E prossegue afirmando (2012, p. 272) que:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental,

pode afirma-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem-jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicação imediata independentemente de qualquer medida concretizadora.

Assim, o Estado, regulado pelo princípio da máxima efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, deve buscar, sempre que possível, a absoluta efetivação dos ensinamentos constitucionais, a fim de que cada indivíduo tenha uma vida mais digna.

2.3. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: Teorias Informadoras

A discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é tema de grande importância. É necessário compreender de que forma, na atualidade, tais direitos influem nas relações jurídico-privadas, uma vez que existem divergências sobre como e em que proporção se dá o alcance dessa incidência.

Dessa forma, desde que se admitiu que esses direitos vinculam não só o Estado, mas também os particulares, surgiram algumas teorias que estimulam a discussão dessa matéria, na busca de compatibilizar a proteção dos direitos fundamentais e a autonomia privada.

A Teoria da Ineficácia Horizontal, também conhecida como “*state action*”, surgiu nos Estados Unidos. Para essa Teoria, os direitos fundamentais que integram a Constituição não produzem efeitos nas relações jurídicas formadas por particulares, como bem assevera Novelino (2012). No cenário norte-americano prevalece a ideia de que esses direitos limitam apenas a atuação dos Poderes

Públicos, ressaltando a exceção da 13ª Emenda que proíbe a escravidão. As relações interpessoais são totalmente excluídas desse alcance para que não se interfira na liberdade individual.

Essa posição contrária, por completo, a horizontalização dos direitos fundamentais e para tanto se justificam na literalidade do Texto Constitucional já que ele só faz menção ao Poder Público. Outra justificativa aludida é o Federalismo, pois a competência para legislar sobre Direito Privado é dos Estados e não da União, com exceção das situações que envolvem o comércio interestadual ou internacional.

Aduz Sarmiento (2011), que a partir da década de 40 do século XX, a Suprema Corte Americana começou a fazer alguns temperamentos à aludida Teoria. Para a Corte haverá incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas sempre que o particular estiver desempenhando uma função tipicamente estatal.

Vale ressaltar que a Teoria em análise é alvo de muitas críticas, pois mesmo com esse temperamento, os direitos fundamentais positivados na Constituição não recebem o tratamento devido, pois como bem preceituou o supracitado autor (2011), a maioria desses direitos só protege o indivíduo contra as ações do Estado, ignorando o fato de que muitas das ameaças sofridas advêm não só do Estado, mas de pessoas e organizações privadas.

Por sua vez, a Teoria Indireta ou Mediata, foi desenvolvida na Alemanha por Günter Dürig, em meados de 1950, tornou-se a concepção dominante no Direito Germânico. Segundo Sarmiento (2011), trata-se de uma Teoria Intermediária entre a que nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a que defende a incidência direta desses direitos.

Para Dürig (2000, *apud* SARMENTO, 2011), é possível ao indivíduo, no âmbito das relações privadas, renunciar aos direitos fundamentais. Não sendo o mesmo possível no tocante as relações públicas. Dessa forma nega a aplicação direta desses direitos nas relações entre particulares como forma de proteger a autonomia da vontade e evitar uma impregnação de valores constitucionais às normas de direito privado

Para os adeptos da Teoria em análise, a citar Dürig (2000, *apud* SARMENTO, 2011), a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas se daria através de “pontes” criadas pelo próprio direito privado, através da mediação legislativa, pois representam apenas valores que devem nortear as relações privadas.

Os direitos fundamentais não têm por função precípua solver os conflitos de Direito Privado. Assim, os direitos fundamentais alcançariam o Direito Privado somente quando não houvesse normas jurídico-privadas sobre o tema, acontecendo sua operacionalização através da interpretação das cláusulas gerais com base nos direitos fundamentais.

Explica Novelino (2012, p. 408) que:

Para este modelo os direitos fundamentais não podem ser invocados a partir da Constituição por não ingressarem no cenário privado como direitos subjetivos. A incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares aniquilaria a autonomia da vontade, causando uma desconfiguração do direito privado. Por esta razão, caberia ao legislador a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, por meio de uma regulamentação compatível com os valores constitucionais.

Dessa forma, a adoção da Teoria em questão seria o mecanismo adequado para preservar a autonomia da vontade, uma vez que o emprego dos direitos fundamentais nas relações entre particulares poderia ser relativizado.

No que se refere à Teoria da Eficácia Direta ou Imediata, surgida na Alemanha e defendida por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 1950. Sarmiento (2011), explica que para Nipperdey as violações aos direitos fundamentais não provêm apenas do Estado, mas também de terceiros. Assim, esses direitos são oponíveis tanto ao Estado quanto aos particulares, pois possuem natureza de direito subjetivo.

Assim, os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nas relações privadas, não carecendo de qualquer mediação por parte do legislador ou do juiz, busca-se preservar a ordem jurídica constitucional que está alicerçada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É importante ressaltar que, os adeptos da Teoria em questão, a citar Daniel Sarmiento (2011), reconhecem que essa eficácia não é absoluta e irrestrita, ou seja, que cada situação de conflito entre esses direitos deve ser analisada individualmente, observando a existência de especificidades em cada caso concreto, não se esquecendo dos princípios da proporcionalidade e da autonomia privada.

Ainda de acordo com o supramencionado autor, vale ressaltar que, embora essa Teoria tenha surgido na Alemanha, não foi a que prevaleceu nesse país, sendo adotada a Teoria Mediata. Todavia, foi adotada por vários outros países,

incluído o Brasil. A doutrina brasileira, a citar Barroso (2012), tem se posicionado pela aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Esse tem sido o entendimento adotado tanto pelo Supremo Tribunal Federal (2006), como de outros Tribunais brasileiros, conforme se depreende da decisão do Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ:

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 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. (STF - RE: 201819 RJ, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006).

Apesar dessa Teoria ser adotada no Brasil e ter apoio de autores como Sarlet (2012), Tepedino (1999, *apud* SARMENTO, 2011), Barroso (2012), Steinmetz (2004), ela não é isenta de críticas. Como elucidado nas palavras de Novelino (2012, p. 409), para o qual:

Dentre as principais **críticas** feitas a este modelo, podem ser destacadas: I) a desconfiguração e a perda de clareza conceitual do direito privado; II) a ameaça à sobrevivência da autonomia privada, conceito chave do direito civil; e III) a incompatibilidade com princípios democrático, da separação dos poderes e da segurança jurídica. (grifo do autor).

Embora a Teoria em análise seja alvo de algumas críticas, no Brasil a Aplicação Direta tem apoio da maioria dos doutrinadores que se dedicam ao tema, que sustentam que pelas características da Constituição Pátria, alicerçada no combate às desigualdades, a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada deve se dar de forma direta.

3. RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS CONTRATUAIS

Nas sociedades mais antigas, os usos e costumes das cidades estabeleciam as regras das relações contratuais, as quais eram realizadas informalmente. Com o incremento dessas sociedades, verificou-se a necessidade de regulamentar tais relações à proporção que as necessidades socioeconômicas se intensificavam.

As transformações dos fatores sociais e econômicos e as variedades de atividades comerciais que foram surgindo no decorrer dos anos mudaram o significado e o alcance do contrato, sendo imprescindível uma melhor compreensão sobre a formação dos novos contratos, a constitucionalização do Direito Contratual e os princípios individuais e sociais.

É necessário compreender as transformações ocorridas na esfera das relações privadas contratuais e nos princípios que regem essas relações, especialmente com a mitigação da autonomia da vontade e a extensão do emprego da função social do contrato.

3.1. Conceitos e Noções Gerais

A construção do conceito de relação jurídica é fruto da Pandectista Alemã, tal conceito não existia no Direito Romano. Esse instituto foi introduzido por Savigny e consiste em um considerável elemento do sistema jurídico.

A relação jurídica é tida como espécie de relação social e possui como pressuposto o fato e a norma jurídica. Betioli (2014, p. 331), assevera que “de fato, há certas relações sociais que, pela sua ressonância no equilíbrio social, não podem ficar dependendo e sob o comando das preferências individuais. Elas devem, então, ser reguladas pelo direito, passando a ser jurídicas”.

Toda relação jurídica se origina a partir de um fato jurídico, que de acordo com os ensinamentos do citado autor (2014, p. 324), pode ser definido como sendo “todo o acontecimento, natural ou humano, que por corresponder ao modelo

configurado pela norma jurídica implica consequências de direito, a atribuição de direitos e deveres”.

Dessa forma, Lisboa (2013, p. 187), conceitua relação jurídica como sendo “o vínculo entre sujeitos de direito estabelecido por lei ou pela vontade humana, para a consecução dos seus respectivos interesses”. E, são formadas por três elementos: os sujeitos (ativo e passivo), o vínculo de atributividade e o objeto da relação. As pessoas que compõe a relação são sempre portadoras de direitos e obrigações, dessa forma o sujeito ativo é o credor da prestação principal e poderá exigir o seu cumprimento. Enquanto o sujeito passivo é aquele responsável por quitar a obrigação principal, é quem possui o dever jurídico.

O vínculo de atributividade é o elo que liga duas ou mais pessoas, concedendo a cada um dos integrantes da relação o poder de pretender e reivindicar algo. Já o objeto é o item sobre o qual incide o direito do sujeito ativo, e o dever do sujeito passivo. Quanto ao objeto às relações jurídicas podem ser classificadas como pessoais, que tem como objeto o modo de ser da pessoa, obrigacionais, em que o objeto é uma prestação e por fim podem ser reais, são aquelas que têm como objeto uma coisa. É importante destacar que em embora o objeto seja uma coisa, a relação não acontece entre a pessoa e a coisa. Somente pessoas podem ser titulares da relação jurídica.

As relações jurídicas podem ser de Direito Público ou de Direito Privado, ao fazer essa divisão é necessário avaliar alguns parâmetros, para que se possa compreender a relação em questão, é o que ensina Betioli (2014). Assim, quanto ao conteúdo, é preciso analisar qual o interesse que prepondera na relação jurídica, se o interesse protegido reporta-se ao particular a especialidade será do Direito Privado, se o interesse for público é competência do Direito Público.

Quanto à forma, será de Direito Privado quando os particulares se encontrarem em uma situação de igualdade, ou seja, em uma situação de coordenação. Caso ocorra o inverso, ou seja, seja uma situação de subordinação em que o Estado impõe sua vontade, a relação será de Direito Público.

Acerca de tal divisão entre Público e Privado, preleciona o citado autor (2014, p. 335) que:

A relação jurídica pode ser de “direito público” ou de “subordinação”: ocorre quando o Estado participa da relação como sujeito ativo,

impondo-se com o seu poder de mando. De “direito privado” ou de “coordenação”, quando é integrada por particulares em um plano de igualdade, podendo nela o Estado participar desde que não investido de sua autoridade.

Ensina Lisboa (2013, p. 192), que “as relações jurídicas podem ser de várias espécies: relações obrigacionais, relações negociais, relações de posse e propriedade de um bem, relações familiares e relações sucessórias”. Dentre elas, merece especial atenção as relações obrigacionais. A fonte das obrigações é o fato jurídico, uma vez que, é dele que se originam os direitos subjetivos, sobretudo os obrigacionais, que fomenta a formação da relação jurídica e efetivam as normas de Direito.

De acordo com Código Civil, as fontes das obrigações se dividem em três: os contratos, os atos unilaterais e os atos ilícitos, Gonçalves (2014), ainda acrescenta uma quarta fonte: a lei. Dessa forma, são através desses mecanismos que se originam as relações concretas entre particulares, que se tem por objeto uma determinada prestação.

Preleciona Diniz (2010, p. 04) que:

Desse modo, sempre há um fato humano, isto é, um *contrato*, uma *declaração unilateral de vontade* ou de um *ato ilícito*, que dá vida às obrigações, desde que decorrentes de lei, que o disciplina, reconhece, sanciona e garante. Logo, as obrigações que forem originárias exclusivamente de lei, como a de prestar alimentos, a de ser eleitor, a de pagar tributos, a dos tutores de prestar conta, a de guardar segredo profissional etc., não são obrigações em sentido técnico, mas dos deveres fundados em lei. A obrigação propriamente dita é oriunda do fato humano e da lei, fatores que estão presentes em sua gênese, pois é a vontade estatal que, regulando o comportamento humano, permite que certo fato jurídico crie uma prestação economicamente apreciável. Assim sendo, a *fonte mediata* do liame obrigacional é a vontade humana e o fato humano, e a fonte imediata é a lei, porque só ela empresta eficácia ao fato humano ou a qualquer manifestação volitiva. (grifos da autora).

A Teoria das Obrigações contratuais é a responsável por determinar o contrato, incluindo nessa definição todos os negócios jurídicos oriundos de acordo de vontades. A manifestação de vontade poderá ser unilateral, quando para o aperfeiçoamento do negócio for exigida apenas uma manifestação de vontade. Ou bilateral, quando composto por duas ou mais declarações de vontades coincidentes.

De acordo com os ensinamentos de Diniz (2010, p. 10):

Os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais é que constituem objeto de estudo da teoria das obrigações contratuais. Tal doutrina, além de caracterizar o contrato, terá de verificar se o vínculo obrigacional dele decorrente é resultante de lei, porque é ela que disciplina o contrato, sancionando-o e garantindo-o.

Após a análise dessas informações, compreende-se que o contrato é uma espécie de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que exige para a sua constituição, o consentimento do acordo de vontades das partes, por ser ato que disciplina os interesses privados.

Nas lições da autora (2010, p. 12) pode-se conceituar o contrato como sendo:

[...] o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Vale destacar, de acordo com os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2012), que o contrato é retratado de acordo com a época e o ambiente social em que é celebrado, dessa forma seu conceito jurídico foi sendo construído ao longo dos anos e está relacionado a diversos acontecimentos ocorridos no decorrer da história, assim, é imprescindível averiguar como esses pactos foram empregados nos diferentes períodos históricos.

O contrato originou-se a partir da necessidade que o homem tem de conviver em sociedade, de relacionar-se socialmente para a obtenção e circulação de bens e serviços indispensáveis a sua sobrevivência e satisfação dos seus interesses. Conforme ensina os supracitados autores (2012), não se conhece uma data que precise o nascimento do contrato, mas de acordo com Tartuce (2014, p. 18), “a feição atual do instituto vem sendo moldada desde a época romana sempre baseada na realidade social”.

Essas relações negociais foram transformadas ao longo do tempo, pois a cada a nova época eram necessárias algumas adaptações, tendo em vista as mudanças sociais que iam surgindo, o que posteriormente contribuiu para o seu aperfeiçoamento com o passar dos anos.

Para Lôbo (2012, p. 25):

O contrato é, pois, fenômeno cada vez mais onipresente na vida de cada um. No entanto, não é nem pode ser categoria abstrata e universalizante, de características inalteradas em face das vicissitudes históricas. Seu significado e seu conteúdo conceptual modificaram-se profundamente sempre acompanhando as mudanças e valores da humanidade, notadamente da sociedade brasileira.

No Direito Obrigacional Romano era defendido um rigor formalista, o simples acordo de vontade não bastava para criar obrigações. Existia uma maior preocupação com o rito, em detrimento do conteúdo. A vontade do agente não era o elemento central. O que importava para a validade do contrato era a observância de um ato solene. No entanto, na fase final da codificação, o que irá se observar é o inverso, a validade estará pautada no acordo de vontades e não nas formalidades.

De acordo com o preceituado por Gonçalves (2012), o Código Napoleônico é reputado como a primeira grande codificação da Modernidade, e é considerado um grande marco da sistematização do Direito Civil, no entanto foi incapaz de prever os impactos da futura Revolução Industrial.

Antes da mudança ocorrida pela introdução das máquinas, o contrato tinha como pressuposto o consensualismo, bastava o acordo de vontades das partes, vontade esta, que deveria ser declarada de forma verdadeira e com liberdade. Os contratantes eram livres para decidirem o que contratar, como contratar e com quem contratar.

A Revolução Francesa e a Revolução Industrial foram responsáveis pelas grandes mudanças sociais que refletiram no modelo de pacto adotado. Foi nesse período que surgiram à massificação do contrato e o contrato de adesão. Esses negócios jurídicos não possuíam regras próprias aplicáveis, e dadas as grandes dificuldades surgidas, essas relações negociais ganharam uma nova interpretação.

Nesse diapasão, dispõe Lôbo (2012, p. 22):

A revolução industrial e a revolução da informática, o desenvolvimento tecnológico, a explosão demográfica, a urbanização dominante, forjando uma sociedade de massas, na qual a cidade é apenas um espaço territorial, levaram o contrato a estado de crise. Mas essa crise não é do contrato, e sim de um modelo de contrato, que não mais corresponde às necessidades da sociedade contemporânea.

A invenção das máquinas e o crescimento fabril promoveu uma grande atração de mão de obra do campo, tendo em vista a oferta de melhores salários, o

que provocou o êxodo rural. Posteriormente, com a grande procura e com a diminuição da oferta, houve um barateamento do custo da mão de obra.

Como consequência, tem-se o surgimento de um novo período marcado pelo surgimento do atendimento em massa. Iniciou-se uma facilitação nas vendas para empregados e consumidores, que passaram a ter acesso a produtos ofertados pelos fabricantes de forma despersonalizada. Dessa forma, os contratos de adesão tiveram grande importância na agilização dos negócios.

Segundo o citado autor (2012, p. 120):

A sociedade de massas multiplicou a imputação de efeitos negociais a um sem-número de condutas, independentemente da manifestação de vontade dos obrigados. Não há como negar que o modelo paradigmático do liberalismo, de liberdades de escolhas para a autocomposição de interesses, em igualdade de condições, teve seu espaço reduzido substancialmente em razão da massificação contratual e da crescente concentração de capital. Esse fenômeno real, mais que a intervenção legislativa, foi a causa efetiva da crise da autonomia privada contratual.

Todo esse cenário provocou um desequilíbrio entre as partes contratantes, uma visível situação de desigualdade. A partir desse cenário desfavorável, a sociedade constrangeu o Poder Público, para que o mesmo adotasse medidas de proteção aos grupos de empregados e consumidores.

O Estado, então, passou a interferir na ordem jurídica econômica para reconstituir a igualdade nas relações contratuais, por meio da fixação de normas jurídicas obrigatórias, que os contratantes devem indispensavelmente cumprir. Originou-se assim, o dirigismo contratual como meio de resguardar a parte economicamente mais vulnerável, bem como promover a conservação da ordem pública e do interesse coletivo.

Ressalta-se, entretanto, que o progresso dos interesses juridicamente protegidos e das deliberações contratuais sempre ocorreu de forma contínua na humanidade, suportando as influências das mudanças sociais ocasionadas pela industrialização, aumento das relações comerciais e por último da globalização. É notório o declínio do individualismo jurídico, sucedido pelo interesse social, havendo predominância dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Nesse contexto, ensina Lôbo (2012, p. 16) que:

Os interesses exclusivamente individuais passaram a compartilhar a tutela jurídica com os interesses sociais públicos, compondo o núcleo complexo e ambivalente da contemporânea concepção do contrato. As premissas do individualismo, com a sua aversão ao social, demonstraram inadequação para o enfrentamento da profunda transformação que se operou no contrato, em decorrência da intensa modificação social e econômica de nossa sociedade. O contrato teve de sair do isolamento a que foi destinado pelo liberalismo individualista, como instrumento de autocomposição de interesses privados formalmente iguais, para abranger outras relações jurídicas contratuais que se desenvolveram à margem desse modelo voluntarista e marcadas pela necessidade de regulação social ou pública, pela relevância da conduta negocial típica, pela abstração da vontade e pela consideração do poder negocial. Nessas relações, hoje prevaletentes, não mais importa o indivíduo agindo isoladamente em face do outro.

No momento atual, verifica-se que o contrato não é mais o instrumento jurídico de interesse unicamente privado, a sua essência deve estar voltada para os fins da justiça e para uma maior importância do princípio da função social. A ideia de que o contrato gera consequência apenas aos seus destinatários foi extinta. Ainda de acordo com o referido autor (2012, p. 18), “o conteúdo conceptual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-los às exigências de realização da justiça social, que não é só dele, mas sim de todo o direito”.

Por sua vez, é visível a mudança sofrida na esfera contratual que estabeleceu ao contrato uma nova roupagem, possibilitando assim, uma adaptação às mudanças ocorridas na sociedade, e dessa forma contribuir para a construção de uma vida mais digna.

3.2. Princípios Informadores das Relações Privadas Contratuais

Os princípios jurídicos são preceitos elementares de um sistema. São orientações jurídicas que regulam a aplicação do Direito, existentes em leis, doutrinas, decisões judiciais e demais feitos dos operadores da Ciência Jurídica. Assim, no que tange ao Direito Contratual, o mesmo é regido por princípios que podem ser divididos em duas categorias estabelecidas em momentos históricos distintos, a saber, os princípios individuais do contrato, consolidados durante o

predomínio do Estado Liberal, e os princípios sociais do contrato, alicerçado durante o Estado Social.

O primeiro princípio a ser abordado é o da autonomia privada contratual, que é reputado como um dos preceitos fundamentais do Direito Privado, e é através dele que o ordenamento jurídico garante aos particulares a possibilidade de regularem seus próprios interesses. Dessa forma, tem-se que a autonomia privada consiste em um dos elementos essenciais da liberdade.

E, de acordo com Lôbo (2012, p. 57), o referido princípio:

[...] é o poder jurídico conferido pelo direito aos particulares para a autorregulamentação dos seus interesses, nos limites estabelecidos. O instrumento mediante o qual se concretiza é o negócio jurídico, especialmente o contrato.

A citada premissa tem suas bases no Estado Liberal, onde o Estado intervia minimamente nas relações entre particulares e o homem era livre para realizar seus negócios jurídicos. Segundo Gonçalves (2012, p. 257), “essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato”.

Apesar de permanecer como fundamento do negócio jurídico, a autonomia privada não é absoluta e passa por um processo de limitação devido à intervenção crescente do Estado. Nesta senda, afirma Lôbo (2012, p. 61), que “à medida que o Estado legislador atribui maior dimensão social às relações privadas, reduz-se o espaço da autonomia”.

Com o surgimento do Estado Social, a liberdade de contratação não é mais concebida de forma tão ampla, foram impostas algumas restrições derivadas do dirigismo contratual praticado pelo Estado.

Para Diniz (2010, p. 25):

A expressão *dirigismo contratual* é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e da sociedade. (grifos da autora).

Cumpra salientar que, de acordo com os ensinamentos de Amaral (2014), atualmente o princípio da autonomia privada não mais se confunde com o princípio da autonomia da vontade, uma vez que este se conecta ao agir do homem, estando intimamente ligado a sua vontade interior, enquanto aquele consiste no poder de produzir normas para si, sem ultrapassar os limites permitidos pelo ordenamento jurídico.

Por sua vez, o princípio da força obrigatória, também conhecido como *pacta sunt servanda*, estabelece a regra de que o contrato faz lei entre as partes. A partir do momento em que o acordo é celebrado com a observância de todos os requisitos de validade e eficácia, deve ser cumprido como dispositivo legal imperativo.

Afirma Tartuce (2014, p. 82), que:

Decorrente do princípio da autonomia privada, a força obrigatória dos contratos prevê que tem força de lei o estipulado pelas partes na avença, constringendo os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do negócio jurídico.

Depreende-se, então, que a obrigatoriedade dos contratos se fundamenta na compreensão de que as partes assumiram o acordo livremente, e dessa forma, devem cumprir com o que foi ajustado, pois se os contratantes não forem capazes de cumprir com o que prometeram isto criaria uma situação de confusão e desordem, bem como uma total insegurança nos negócios jurídicos.

Desta forma, é possível constatar que a principal finalidade desse fundamento é assegurar a estabilidade e a previsibilidade do contrato. A estabilidade é endossada, conforme o que foi ajustado seja cumprido, sem que o acordo esteja sujeito ao alvedrio de nenhuma das partes, ou de possíveis mudanças externas. A previsibilidade consiste na ideia de que as cláusulas contratuais regulam as atuações dos contratantes, certificando que elas se mantenham previsíveis.

Atualmente, esse princípio vem sofrendo algumas limitações. Pois embora o contrato seja formado pela livre disposição de vontade das partes, devendo então ser cumprido, a observância de qualquer alteração da realidade fática que não tenha sido prevista pelos contratantes, de forma que possa prejudicar o que foi ajustado entre eles, possibilita a revisão dos contratos.

Ainda no que tange as premissas informadoras das relações privadas contratuais, tem-se a da relatividade dos efeitos do contrato. Constitui-se tal princípio no entendimento de que as consequências jurídicas do contrato só atingem as partes que o celebraram, não atingem terceiros e nem o seu patrimônio. Nos dizeres de Gonçalves (2012, p. 47), “mostra-se ele coerente com o modelo clássico de contrato, que objetivava exclusivamente a satisfação das necessidades individuais e que, portanto, só produzia efeitos entre aqueles que o haviam celebrado, mediante acordo de vontade”.

No entanto, esse princípio também vem sofrendo mitigação diante do novo paradigma do Direito Contratual Brasileiro, grandemente influenciado pela ocorrência da Constitucionalização do Direito Privado. Nas lições de Lôbo (2012, p. 64):

A função social do contrato, explicitada no art. 421 do Código Civil brasileiro, criou profunda contenção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, porque os terceiros integram necessariamente o âmbito social do contrato, que não apenas têm o dever de respeitá-lo, mas também de não serem por ele prejudicados. Nesse caso, emergem os deveres de proteção dos terceiros, oponíveis às partes contratantes.

Nesta senda, é possível perceber que a sistematização trazida pelo Código Civil de 2002 atribui ao contrato uma função social, que de acordo com Gonçalves (2012), permite que terceiros ainda que estranhos à relação contratual possam nele atuar, em razão de por ele serem atingidos, direta ou indiretamente.

Os princípios da autonomia privada negocial, da força obrigatória e da relatividade dos seus efeitos não são os únicos a orientar o Direito Contratual. O Código Civil em vigência trouxe a compreensão da existência de princípios sociais que são consequência da evolução das relações negociais, entre eles se encontra o princípio da função social.

A função social teve sua existência marcada com a introdução do Estado Social, no momento em que o Estado passou a interferir nas relações privadas para aplicar normas de direitos fundamentais e de interesse público. No atual Código Civil, o referido princípio está estabelecido no art. 421, e representa uma das maiores inovações do Direito Contratual.

Como os demais princípios, a função social não é empregada de forma complementar ou incomum. Ela integra o contrato e deve ser respeitada independentemente da vontade das partes. Esse preceito estabelece que os interesses de cada particular contratante devem estar sempre em compatibilidade com os interesses sociais, eliminando qualquer divergência entre eles, pois os mesmos são preponderantes.

Lôbo (2012, p. 68), afirma que:

O princípio da função social do contrato importa a especialização, no âmbito das relações negociais, do princípio constitucional da justiça social. O contrato pode ser expressão da liberdade e pode ser também da desigualdade e exploração de vulneráveis. A justiça social não se satisfaz sem a consideração das circunstâncias existentes, pois é justiça promocional, no sentido de promover as reduções das desigualdades materiais na sociedade.

Observa-se então, que a atividade econômica é livre, o interesse individual das partes na elaboração do contrato não está anulado, todavia, eles devem ser estabelecidos em conformidade com a função social, para que de acordo com o que estar disciplinado no art. 170, da Constituição Federal, possa se alcançar a justiça social.

Merece destaque o princípio da equivalência material que relativizou o princípio da força obrigatória do contrato, o qual aduz que os acordos estipulados devem ser cumpridos a qualquer custo, independentemente da alteração da realidade fática no momento da execução. Conforme as explanações de Lôbo (2012, p. 70):

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para a outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária e da razoabilidade.

Ainda nas lições do citado autor (2012), compreende-se que para a boa aplicação desse princípio devem ser observados três requisitos. O primeiro deles é a existência de uma desigualdade evidente entre os direitos e deveres das partes. Em seguida, deve-se verificar se existe uma disparidade de poderes negociais, e por fim, deve-se ater se as situações de vulnerabilidade das partes são admitidas pelo direito.

Ressalta-se ainda, que a não observância dessa regra gera como consequências, a nulidade total ou parcial do negócio jurídico, ou a interpretação do contrato em compatibilidade com o princípio, desde que seja possível a eliminação da fonte geradora do desequilíbrio.

Tem-se ainda a boa-fé objetiva, característica das relações obrigacionais, possui previsão expressa no ordenamento jurídico, ela estar consagrado no art. 422 do Código Civil, o qual proclama que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

De acordo com os ensinamentos de Lôbo (2012, p. 73):

A boa-fé objetiva é regra de conduta de indivíduos nas relações jurídicas contratuais. Interessam as repercussões de comportamentos na confiança que as pessoas normalmente nelas depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento.

Faz-se necessário esclarecer que a premissa em análise não se confunde com a boa-fé subjetiva, a primeira diz respeito à exigência de um comportamento do agente em determinada relação jurídica; enquanto a segunda relaciona-se ao estado mental e subjetivo do agente, está ligada ao seu íntimo.

A boa-fé é um princípio que institui uma regra de comportamento, a fim de que se estabeleça uma gestão das cláusulas e práticas abusivas, comumente averiguadas na sociedade. O que conduz a uma atenuação do princípio da autonomia da vontade, pois a boa-fé passou a exigir das partes uma conduta ética, pautada nos ditames da justiça. Permitindo assim que os contratos sejam elaborados em consonância com os ideais de uma sociedade mais justa e mais harmônica.

3.3. Constitucionalização do Direito Civil

Como já abordado anteriormente, observou-se que com as transformações do Estado Liberal para o Estado Social, houve uma mudança de paradigma que ficou caracterizado pela implantação de princípios constitucionais no ordenamento jurídico. A dicotomia existente entre Direito Público e Direito Privado foi progressivamente sendo superada, e ambos, passaram a buscar a efetivação desses princípios.

Nesse contexto, ensina Lenza (2014, p. 64):

[...] em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma forte influência do **direito constitucional sobre o direito privado**. (grifos do autor).

A constitucionalização do Direito Civil deve ser entendida no sentido de que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal. Barroso (2005), divide essa constitucionalização em três fases. A primeira é marcada pelas Revoluções Liberais ocorridas nos séculos XVII e XVIII, em que a preocupação dominante era livrar-se da intervenção do Estado nas relações privadas. Nesta fase existia uma nítida separação entre o Direito Público e o Direito Privado. Cabia a Constituição, regulamentar as relações entre o Estado e os indivíduos e ao Código Civil cabia orientar as relações entre os particulares.

A segunda fase teve início com a derrocada do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social. Esse é o período do Constitucionalismo Moderno, o Estado começa a interferir nas relações privadas, as constituições ganham um caráter mais dirigista, passando a ter uma maior efetivação dos princípios constitucionais no ordenamento privado.

E com o fim da Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo adentra na sua terceira fase. A partir desse momento emergem os direitos fundamentais, tidos como valores extremados da ordem constitucional, bem como se tem a consagração da dignidade da pessoa humana como princípio supremo a ser respeitado por todos

os ramos do direito. Para Barroso (2005, p. 32), “a fase atual é marcada pela passagem da constituição para o centro do sistema jurídico”.

Assim, a constitucionalização resulta da superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, e é caracterizada pela exaltação do ser humano, onde as normas constitucionais são projetadas sobre o Direito Privado.

No Brasil, esse fenômeno iniciou-se com a promulgação da Carta Política de 1988, que passou a nortear os demais ramos do Direito, com destaque para o Direito Civil, e, especialmente nas particularidades inerentes as relações contratuais.

Para Barroso (2009, p. 399):

A ideia de constitucionalização do direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar os demais ramos do Direito. A constitucionalização do Direito se realiza, sobretudo, pela interpretação conforme a Constituição, nas suas múltiplas expressões. No âmbito do Direito Civil, a constitucionalização teve como uma de suas consequências a elevação dos valores existências, em detrimento dos elementos puramente patrimoniais.

E complementa o autor (2005, p. 17), afirmando que esse fenômeno repercute na atuação dos particulares da seguinte forma: “para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais”.

É de fácil constatação a crise enfrentada pelo Direito Privado na solução de conflitos causados pelas desigualdades decorrentes das relações patrimoniais. Diante dessa realidade é preciso uma mudança na releitura do ordenamento infraconstitucional a fim de estabelecer relações negociais mais justa.

Canotilho (1991 *apud* BARROSO, 2005, p. 27), aduz que “a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional”.

O objetivo desejado pela constitucionalização do Direito Civil está fundamentado na oportunidade de estabelecer o equilíbrio das relações, pois se

deixa de lado a visão individualista e passa a buscar uma visão mais solidária, pautada na dignidade da pessoa humana.

Portanto, a formação e a interpretação dos contratos conforme as diretrizes constitucionais permitem que as partes realizem negócios de acordo com suas vontades, contanto que não maculem o princípio da dignidade da pessoa humana. Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 51), asseveram que:

Em nosso sentir, na medida em que o processo de constitucionalização do Direito Civil conduziu-nos a um repensar da *função social da propriedade*, toda a ideologia assentada acerca do contrato passou a ser revista, segundo um panorama de respeito à dignidade da pessoa humana. (grifo do autor).

A Lei Magna passou a ser a lei máxima, deixou de ser vista apenas como uma Carta Política, e passou a orientar a aplicação de todos os ramos do direito conforme os seus preceitos. Efetua-se assim, uma grande mudança no cerne do Direito Privado, o objeto central deixa de ser especialmente os bens patrimoniais para buscar a proteção do homem.

O princípio da autonomia privada sofreu atenuações e o indivíduo abstrato, tratado nas codificações do século XIX, foi substituído pelo indivíduo percebido em sua concretude, analisado nas suas singularidades, o qual passa a ter tratamento jurídico adequado para amenizar as desigualdades decorrentes do desequilíbrio econômico. Percebe-se assim que, o Direito Privado contemporâneo busca o equilíbrio das relações e a equivalência material das obrigações, bem como, luta pela garantia de uma vida mais digna em sociedade.

4. DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA: A PONDERAÇÃO COMO MECANISMO

A grande discussão acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, especialmente no Brasil que adota a Teoria da Eficácia Direta e Imediata, é no sentido de que a incidência desses direitos não é absoluta, comportando assim, relativizações conforme as especificidades de cada caso.

O desafio é conciliar a autonomia privada com os direitos individuais, pois como se trata de bens constitucionalmente protegidos poderá ocorrer uma colisão entre os princípios, devendo a solução ser extraída através do método da ponderação de interesses.

Ressalte-se que, a autonomia privada não está prevista expressamente na Constituição Federal, no entanto, é garantido a este princípio um *status* constitucional, uma vez que no Direito Brasileiro se reconhece a existência de direitos sensíveis implícitos, deduzidos pela interpretação literal da Carta Magna.

Dessa forma, é necessário compreender os critérios utilizados no uso da ponderação para a solução da colisão de direitos fundamentais no caso concreto e averiguar em que medida e com que peso cada princípio deverá ser aplicado.

4.1. Dos Princípios e das Regras

Assevera Barroso (2012), que após um período de evolução estabeleceu-se na Teoria do Direito o entendimento de que as normas jurídicas são um gênero que abarcam duas importantes espécies: as regras e os princípios. Essa diferenciação é muito importante no tocante às normas constitucionais. Essa distinção qualitativa entre esses dois grupos e a concessão de normatividade aos princípios são componentes fundamentais que integram o pensamento jurídico atual.

A distinção entre regras e princípios se tornou muito importante para a Teoria dos Direitos Fundamentais, uma vez que essa diferenciação reflete na interpretação constitucional, tornando-se o ponto de partida para a solução de problemas no âmbito dos referidos direitos. Para Alexy (2011, p. 105):

Existem duas construções de direitos fundamentais, fundamentalmente distintas: uma estreita e rigorosa e uma larga e ampla. A primeira pode ser denominada “construção de regras”, a segunda, “construção de princípios”. Ambas essas construções em parte alguma estão realizadas puramente. Elas representam, contudo, tendências fundamentais diferentes e a questão, qual delas é a melhor, é uma questão central de interpretação de cada constituição, que conhece direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional.

Segundo o citado autor (2011), a distinção entre regras e princípios não é nova e existem diversos critérios utilizados para fazer essa diferenciação. Nas suas palavras, princípios podem ser definidos como mandamentos de otimização, e as regras como normas que sempre ou são satisfeitas ou não o são, estabelecendo assim uma divisão qualitativa.

Ensina Alexy (2011, p. 90) que:

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (grifos do autor).

Assim, tem-se que os princípios são normas que possuem uma natureza aberta, isto é, mandados de otimização, que pretendem se realizar da forma mais ampla possível e são limitados pelos princípios divergentes o que exige o uso da ponderação para a solução de conflitos.

As regras, a seu turno, são compostas por uma estrutura fechada, em que uma conduta específica é designada como obrigatória, proibida e permitida. Elas podem ser satisfeitas ou não, pois se uma regra é válida, deverá ser feito exatamente aquilo que ela ordena. Quando surgirem conflitos entre as regras, a solução deverá ser proporcionada através dos critérios designados pelo próprio sistema, como o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

Nas lições de Ávila (2011, p. 194):

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como contribuem para a decisão. Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões.

A Carta Magna é formada tanto por princípios como por regras. Os primeiros asseguram a aplicação dos valores existentes na sociedade, enquanto estas garantem uma maior segurança jurídica. Assim aduz Novellino (2012, p. 121):

A Constituição é um “sistema normativo aberto de princípios e regras” que, assim como os demais estatutos jurídicos, necessita das duas espécies normativas para exteriorizar os seus comandos. Isso porque um sistema baseado apenas em princípios poderia conduzir a um sistema falho em segurança jurídica. Por seu turno, um sistema constituído exclusivamente por regras exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa (legalismo, “sistema de segurança”), não permitindo a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses de uma sociedade plural e aberta.

A importância de se distinguir essas duas espécies de normas, consiste no fato de que, havendo conflito de regras ou colisões de princípios, ambos, são solucionados de formas diferentes. Enquanto duas regras conflitantes não podem existir juntas, dois princípios contraditórios podem existir conjuntamente sem que um invalide o outro.

Alexy (2011) ensina que, quando duas regras se conflitam a solução será dada através da introdução de cláusula de exceção em uma das regras ou se pelo menos uma delas for declarada inválida. No entanto, quando dois princípios colidem não é necessário à introdução de uma cláusula de exceção, tampouco, a invalidação de um deles, a solução deverá ser aferida através do método da ponderação, em que no caso concreto, um princípio terá prevalência sobre o outro.

Nesse mesmo sentido, preleciona Ávila (2011, p. 52):

Costuma-se afirmar que quando duas regras entram em conflito, de duas, uma: ou se declara a invalidade de uma das regras, ou se abre uma exceção a uma das regras de modo a contornar a incompatibilidade entre elas. Em razão disso, sustenta-se que as regras entram em conflito no plano abstrato, e a solução desse conflito insere-se na problemática da validade das normas. Já quando dois princípios entram em conflito deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação.

Dessa forma tem-se que, a discriminação entre regras e princípios é de grande relevância na solução dos casos mais difíceis surgidos no âmbito dos direitos fundamentais, pois de acordo com Alexy (2011, p. 85), “sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”.

Essa diferença é a chave para a solução dos casos concretos em que surjam conflitos ou colisões, pois essas duas espécies de norma exigirão diferentes comportamentos na análise de cada caso. Assim, percebe-se que as regras estabelecem previamente um meio para resolver o caso concreto, enquanto os princípios oferecem apenas uma direção, sem fixar um resultado preciso.

4.2. Da Colisão de Princípios

Os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal apresentam várias formas, pois possuem conteúdos nucleares repletos de aberturas e variabilidades que são percebidos no caso concreto ou quando em contato com outros valores elucidados no Texto Constitucional. São, portanto, normas que possuem alto grau de dinamicidade e que podem se chocar em uma determinada situação.

A eficácia de tais direitos nas relações entre particulares origina uma situação de conflito entre bens protegidos constitucionalmente, uma vez que, a autonomia privada possui *status* constitucional. E mesmo não havendo previsão expressa na Carta Magna, o ordenamento jurídico pátrio legitimou a existência de direitos fundamentais não escritos, deduzidos por via interpretativa.

Assim, é possível o surgimento de uma colisão entre princípios quando os direitos fundamentais são removidos para o plano horizontal, pois esses direitos não vinculam de modo absoluto o particular. O confronto entre essas premissas constitucionais não ocasiona a invalidação das mesmas, sendo necessário buscar por uma ponderação entre os bens conflitantes, uma vez que ambos são possuidores de direitos.

Nessa lógica, é o entendimento de Sarmiento e Gomes (2011, p. 320):

Ademais, a existência de conflitos entre princípios constitucionais, reclamando a necessidade de ponderações, não é particularidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. A mesma problemática se apresenta em diversos outros campos, e isto nunca excluiu a possibilidade de resolução judicial de litígios.

Neste sentido, assevera Paulo e Alexandrino (2014, p. 110) que “ocorre conflito (ou colisão) entre direitos fundamentais quando, em um caso concreto, uma das partes invoca um direito fundamental em sua proteção, enquanto a outra se vê amparada por outro direito fundamental”.

Para Novelino (2012, p. 142):

A antinomia jurídica imprópria, denominada de **colisão**, só ocorre diante de um determinado caso concreto e apenas entre princípios (antinomia entre princípios). Na análise da solução para o caso concreto, eles permitem o balanceamento de seu peso relativo de acordo com as circunstâncias, podendo ser “objeto de ponderação e concordância prática”. (grifo do autor).

A Constituição Federal, tanto no Preâmbulo como no seu artigo 1º, adota de forma expressa o Estado Democrático de Direito, protegendo assim os direitos fundamentais. Como mencionado anteriormente a autonomia privada não está expressamente prevista na Carta Magna, no entanto, a sua tutela constitucional decorre do fato de a livre iniciativa ser estabelecida como princípio fundamental tanto da ordem econômica como da própria República Federativa do Brasil, bem como pela proteção constitucional dada ao direito de propriedade que se manifesta através da liberdade de contratar.

É importante ressaltar que na Lei Maior não pode existir normas que se contrariem, e de fato não existe. Todavia, nos casos dos direitos jusfundamentais, poderá ocorrer uma aparente contradição entre normas, que deverá ser solucionada

através do princípio da proporcionalidade na análise do caso concreto, o que consistirá numa aplicação mais segura e harmoniosa da norma constitucional.

Dessa forma, observa-se que a colisão sempre se dá no plano concreto, pois no plano abstrato as normas são harmoniosas, no entanto, diante de uma situação fática específica elas se contrariam, resultando na redução proporcional da esfera de alcance de cada uma. Quando o conflito for entre regras, normas dotadas de critérios hierárquicos e suscetíveis de serem declarados ilegais, apenas uma norma será aplicada.

Alexy (2011, p. 139), ensina que:

Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca dos pesos dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relação de preferência.

Observa-se que não existe hierarquia entre os direitos sensíveis, o que impede a aplicação integral de um deles, pois existindo colisão de princípios, a solução será aferida na dimensão do peso. Pelo seu alto grau de abstração, os princípios não podem ser considerados como regras absolutas. Eles possuem uma maior elasticidade o que permite uma concordância entre normas que divergem no caso concreto. Preleciona Alexy (2011, p. 62) que:

O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais trouxe à luz conjunturas extremamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer. Na resposta a essa questão devem ser tomadas decisões fundamentais sobre a estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.

Eleger os critérios que serão utilizados no uso ponderação não é uma questão das mais simples. Considerando os possíveis conflitos no campo das relações privadas entre a autonomia privada e os demais direitos fundamentais, tem-se que é necessária uma investigação dos interesses em “jogo”, sempre em consonância com o caso concreto, de forma a aferir o nível de desigualdade material entre os envolvidos, e em seguida ponderar os direitos divergentes.

Ensina Alexy (2011, p. 68), que:

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem, ainda, uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais a ser tomados em consideração aqui, tem grande importância. Ela possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”. Com isso a teoria dos princípios oferece não só uma solução dos problemas de colisão, mas também uma do problema de vinculação.

A resposta para resolver essa questão será dada através do método ponderação dos princípios, que aliado ao princípio da proporcionalidade irá oferecer a solução adequada aos conflitos entre direitos fundamentais. Assim, o intérprete terá que harmonizar os valores conflitantes para se chegar a um resultado justo, pois deve-se evitar a total inobservância de qualquer um dos direitos envolvidos no caso.

4.3. A Ponderação como meio de Solução da Colisão de Princípios

Os direitos fundamentais não são absolutos, dessa forma, eles encontram limites em outros direitos fundamentais, sendo assim, a técnica da ponderação será abordada como meio de solução da colisão de princípios constitucionalmente protegidos.

De acordo com Barcellos (2005, p. 23), a ponderação pode ser conceituada como “a técnica jurídica de soluções de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas constitucionais”.

Nos dizeres de Ávila (2011, p. 155):

A *ponderação de bens* consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. (grifos do autor).

É importante que se faça um estudo acerca dos critérios que devem ser utilizados no balanceamento de bens em conflitos, a fim de que sejam evitadas decisões equivocadas de subjetivismos e arbitrariedade, uma vez que a ponderação permite que o interprete goze de uma ampla discricionariedade no momento de decidir.

A respeito, assevera Bandeira (2013, p. 27), que:

[...] o caminho para se obter a solução das situações conflituosas entre direitos, igualmente consagrados constitucionalmente como fundamentais, decorre da relatividade de tais direitos, aplicando-se para isso os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na ponderação dos bens jurídicos envolvidos, buscando-se, sempre e primordialmente, a sua máxima efetivação.

O uso desse método não torna um direito mais fundamental do que outro. O que se verifica é que quando se está diante de uma situação singular e específica, um poderá ser privilegiado em relação ao outro, conforme sua relevância naquela ocasião.

Ensina Barcellos (2005), que a ponderação é abordada na doutrina brasileira pelos menos de três formas diferentes: a primeira, é que a ponderação pode ser tida como forma de aplicação dos princípios, inclusive, foi desta forma que a mesma ingressou no cenário jurídico brasileiro; a segunda forma a compreende como meio de solução de conflito entre normas, podendo estar relacionada ou não com a aplicação de princípios; por fim, a última forma consiste em um sentido mais amplo, em que a mesma é concebida como elemento imprescindível as manifestações e decisões racionais.

Ainda em consonância com a citada autora, o problema da colisão normativa não surgiu recentemente, sempre esteve presente e a hermenêutica jurídica já havia desenvolvido recursos para resolvê-lo antes mesmo de se falar em ponderação. Assim, o grande desafio é diferenciar a ponderação dos demais métodos hermenêuticos, para tanto, a mesma apresenta duas distinções.

A primeira distinção refere-se ao fato de que os meios tradicionais de solução de conflitos estão ligados à subsunção, enquanto que a ponderação é uma alternativa a ela. A segunda, diz respeito à natureza das antinomias normativas apenas solucionadas pelas técnicas tradicionais em contraposição àquelas que persistem e requerem o uso da ponderação.

Dessa forma, tem-se que, quando os conflitos são frutos de valores ou opções políticas decorrente da própria Constituição Federal, a hermenêutica tradicional não é eficaz para resolver o problema, devendo o sopesamento de bens ser o meio mais adequado para a resolução do impasse.

Conforme aduz Novelino (2012, p. 143):

As regras tradicionais de hermenêutica tem se revelado insuficientes para a solução de colisões entre princípios, cuja superação impõe restrições e sacrifícios a um ou a ambos os lados. A ponderação se apresenta como uma técnica de decisão a ser utilizada para solucionar tais conflitos, sobretudo nos casos difíceis (*hard cases*). Por meio da ponderação de interesses opostos é estabelecida uma *relação ou precedência condicionada* que diz sob quais condições um princípio precede o outro. (grifos do autor).

Para que este método atinja o fim a que se destina, Barcellos (2005) afirma que o intérprete deve observar algumas etapas. A primeira delas consiste em identificar os enunciados normativos que, teoricamente, estão em tensão, buscando organiza-los em razão da solução normativa apontada para o caso concreto. Posteriormente, na segunda etapa, devem-se averiguar as circunstâncias do caso concreto e seus efeitos sobre os elementos normativos. Na última etapa, definem-se se os elementos normativos opostos são conciliáveis ou se algum deles prevalecerá sobre o outro, é o momento da decisão.

Nesse mesmo viés é o entendimento de Novelino (2012, p. 143):

O procedimento utilizado na ponderação pode ser estruturado em três etapas, sendo as duas primeiras de preparação para a ponderação propriamente dita. A primeira consiste na (a) *identificação das normas* e seu *argumento* conforme a direção para a qual apontam. Em seguida, devem ser analisadas as (b) *circunstâncias do caso concreto* e suas repercussões. Após essas duas etapas preparatórias, deve-se atribuir (c) *peso relativo* aos elementos e estabelecer a *intensidade da preferência* de cada grupo de normas (“ponderação propriamente dita”). (grifos do autor).

É através do princípio da proporcionalidade, decorrente do Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil, que é feito o uso da ponderação nos casos de embates e limitações dos direitos fundamentais. Essa regra apenas se aplica aos casos de colisão entre princípios. Neste diapasão, ensina Alexy (2011, p. 117), que:

Princípios são mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas e fáticas. A em *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. (grifos do autor).

Uma das funções dessa premissa é a preservação dos direitos fundamentais, e compreende a busca de harmonia para resolver os casos de embates entre esses direitos, sendo usada como solução de justa medida. E assim se chega a uma forma adequada, entre o fim pretendido e o meio utilizado para solucionar a colisão dos direitos fundamentais. Para Alexy (2011, p. 67):

O princípio da proporcionalidade em sentido restrito ou da proporcionalidade, deixa formula-se como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais diz: quanto mais intensiva é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justifiquem.

Conforme ensina a melhor doutrina, esse princípio compreende outros três princípios parciais: o da adequação, o da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação dispõe que a medida escolhida deve ser idônea para alcançar a finalidade pretendida, ou seja, nas palavras de Ávila (2011, p. 174), “os meios devem ser adequados para atingir o fim”. E prossegue o referido autor (2011, p. 178), expondo que:

Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais um fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio. Isso significa que a comparação entre os meios que o legislador ou administrador terá de

escolher nem sempre se mantém em um mesmo nível (quantitativo, qualitativo e probabilístico), como ocorre na comparação entre um meio mais fraco e outro mais forte, entre um meio pior e outro melhor, ou entre um meio menos certo e outro mais certo para a promoção do fim.

Por sua vez, o princípio da necessidade ordena que o critério restritivo adotado seja indispensável para a preservação dos direitos fundamentais, não podendo ser trocado por outro de igual eficácia, isto é, o meio eleito deverá afetar com menos intensidade os direitos abrangidos no caso concreto. Por último, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito aduz que o meio selecionado deve manter-se justo com o fim almejado. Nas lições de Ávila (2011, p. 195):

Um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.

Dispõe ainda o mencionado jurista (2011, p. 173) que:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Dessa forma, tem-se que é a partir da análise e compreensão desses três preceitos que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado, ou seja, faz-se uma avaliação da adequação do meio eleito, para que este alcance o fim perseguido, em seguida, escolhe-se um critério que interfira minimamente nos direitos fundamentais, e por fim, verifica-se a relação de custo-benefício entre os danos causados e a solução pretendida.

É importante ressaltar, que é devido a grande carga axiológica presente nos direitos fundamentais que eles estão em constante colisão, portanto, não é

possível considerar a existência de um sistema constitucional democrático formado por direitos fundamentais absolutos, ou seja, direitos que sempre predominam sobre outros.

Assim, é nesta dimensão que o princípio da proporcionalidade é apreciado, como um instrumento que irá restringir esses direitos, ponderando-os na situação em questão, sempre que se estiver diante de um conflito.

Observa-se que, diferentemente do que ocorre nas relações verticais, os direitos fundamentais não vinculam de forma absoluta os particulares, devendo imperar o princípio da proporcionalidade.

Desta forma, o ordenamento jurídico deve tratar de forma equilibrada tanto os direitos essenciais do homem como a autonomia privada. É importante que não se anule e nem se restrinja de forma excessiva a liberdade de contratar, discernindo que é perfeitamente possível a vinculação desses direitos às relações interprivadas, contribuindo assim com a construção de uma sociedade mais igualitária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu âmago a essência dos direitos humanos fundamentais como forma de efetivar a justiça social, colocando um fim nos resquícios decorrente do patrimonialismo praticado anteriormente. Dessa forma, a proclamação da Lei Maior foi responsável por significativas alterações no ordenamento jurídico, pois além da função de regular as ações do Estado, contraiu a responsabilidade de coordenar a ordem econômica e as relações privadas, passando a refletir em todas as áreas do Direito.

Perante essa nova conjuntura, o Direito infraconstitucional apresentou-se ultrapassado diante dos novos princípios estabelecidos, pois os diplomas disciplinadores da vida civil foram constituídos com base no individualismo característico do Estado Absoluto, sendo necessária uma reforma que o compatibilizasse com os preceitos da Carta Magna.

Assim, é possível constatar que a ideia de contrato proveniente do Liberalismo, sofreu alterações após o surgimento do Estado Social que motivou a criação da Teoria Moderna Contratual, onde os contratos passam a ter uma leitura constitucional.

Dessa forma, os institutos da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*, que antes não sofriam nenhum tipo limitação, agora já não são mais princípios absolutos, pois hoje, a sua aplicação está condicionada ao cumprimento do contrato com observância da sua função social.

Conseqüentemente, devido à constitucionalização do Direito Civil, as relações contratuais passaram a ser regidas por ideais de igualdade, justiça social e proteção à parte hipossuficiente, contribuindo assim para que a dignidade da pessoa humana se estabelecesse como núcleo das relações obrigacionais, extinguindo a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, consolidando assim a supremacia do interesse coletivo sobre o individual.

Igualmente, partindo da ideia de que os direitos fundamentais transportam na sua essência os anseios mais nobres de um Estado Democrático de Direito, incidindo sobre todos os ramos jurídicos, tem-se que, não só o Estado é destinatário desses direitos, uma vez que essas violações não são exclusivas do ente estatal, os particulares também são capazes de restringir e ameaçar esses direitos.

Assim, a aplicação dos referidos direitos nas relações entre particulares se faz imperiosa, pois para que se alcance uma sociedade harmônica e justa, é necessária a atuação do Estado na seara privada, como forma de diluir as desigualdades muitas vezes originadas por desequilíbrio de forças entre as partes.

Ao serem analisadas as principais Teorias existentes sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem-se que a maioria da doutrina inclina-se a favor da admissão da Teoria da Eficácia Direta e Mediata. Portanto, os direitos públicos subjetivos vinculariam de forma direta os particulares, não sendo necessária nenhuma intermediação legislativa. Ressalte-se que a aplicação dessa Teoria não ocorre de forma total e irrestrita, pois comportará relativização conforme as singularidades aferidas casuisticamente.

Observou-se que o contrato se transformou em um ponto de encontro entre bens constitucionalmente protegidos, de um lado a autonomia privada e de outro os demais direitos fundamentais, originando assim uma colisão de princípios. Dessa forma, diferentemente do que ocorre no plano vertical, os citados direitos não vinculam de forma absoluta os particulares, pois é importante que não se suprima por completo a autonomia privada, devendo então o conflito ser solucionado pelo uso da ponderação.

Desse modo, os efeitos da eficácia deveriam ser verificados de acordo com as especificidades do caso concreto, preponderando o princípio de maior relevância na situação em questão, sendo imperioso o equilíbrio entre a autonomia privada e os direitos fundamentais.

Destacou-se que a solução é obtida através do sopesamento de valores realizado pelo operador do Direito que, de acordo com as características do caso em análise e averiguando o grau de desigualdade fática entre as partes, a natureza jurídica dos bens e acima de tudo a dignidade da pessoa humana, escolherá qual direito irá prevalecer.

Portanto, com base no que foi exposto, constatou-se que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas pode contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária conforme objetiva a Carta Magna, uma vez que a sua incidência permite dirimir, na maioria dos acordos contratuais, a situação de desigualdade existente entre as partes contratantes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Alemã. Suhrkamp Verlag, 1986. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Luís Afonso Heck (trad.). 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA, Even Monalisa de Oliveira. **A colisão dos direitos fundamentais na recusa a tratamento médico por convicções religiosas**. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em 23 de mar. de 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade Mecum. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Código Civil de 2002**. Vade Mecum. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n.º 201819 – RJ**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 11/10/2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj>>. Acesso em 21 de mar. de 2016.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil:** Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil. Contratos:** Teoria Geral. 8. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria geral das obrigações. 11. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Contratos e Atos Unilaterais. 9. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil:** Teoria geral do Direito Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional.** Disponível em: <http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 26 de mar. de 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 3. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais:** O debate teórico e a jurisprudência do STF. In: LEITE, G.S. (Orgs.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais.* Bahia: Editora Juspodivm, 2011.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:** O caso das relações de trabalho. Revista TST, Brasília, vol. 77, nº 4, out/dez 2011.

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

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** 9. ed. v. 3. São Paulo: Editora Método, 2014.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** 12. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.