

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS  
CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO**

**Adriana Prazeres Salgueiro Reis Vidal**

**Brasília – DF**

**2011**

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS  
CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO**

Dissertação apresentada como exigência para obtenção do grau de Mestre no curso de Mestrado Acadêmico em Direito – Área de Concentração “Constituição e Sociedade” – Linha de Pesquisa “Constituição: articulações e relações constitucionais”, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Prof. Orientador: Doutor Inocêncio  
Mártires Coelho

**Adriana Prazeres Salgueiro Reis Vidal**

**Brasília – DF**

**2011**

**Adriana Prazeres Salgueiro Reis Vidal**

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS  
CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO**

Dissertação submetida à Comissão Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração “Constituição e Sociedade”, Linha de Pesquisa “Constituição: articulações e relações constitucionais”, do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em 29/11/2011, com menção \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

**BANCA EXAMINADORA**

Presidente: Prof. Dra. Júlia Maurmann Ximenes

Instituição: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Assinatura:

Integrante: Prof. Dra. Liziane Angelotti Meira

Instituição: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Assinatura:

Integrante: Prof. Dr. Gustavo Ribeiro

Instituição: UNICEUB

Assinatura:

Aos meus amados filhos, Heitor e Lorenzo.

Ao Aroldo, compreensão e amor incondicionais.

Este estudo é para vocês e por vocês!

## AGRADECIMENTOS

Depois da maternidade, a jornada do Mestrado foi uma das maiores aventuras que vivi. Dois bebês em casa, um de dois anos e um de nove meses; mais um projeto de dissertação na pasta; o edital do mestrado do IDP na tela do computador (último dia de inscrição para o processo seletivo); e muitos sonhos acadêmicos a serem realizados. Nesse contexto, é notório que muitos foram os que me ajudaram nessa jornada.

Primeiramente, agradeço a Deus e a Santo Antônio. Obrigada! Obrigada! Obrigada, por mais essa benção!

Agradeço aos meus pais, Jurandir e Anamélia, e a Franfran, que assumiram o papel materno e as tarefas do cotidiano quando precisei me ausentar para estudar. Sem vocês, não teria sido sequer aprovada no processo seletivo. Muitíssimo obrigada pelo apoio e incentivo!

Alguns Professores ficarão em minha memória, por terem sido mais do que mestres, mas, em verdade, exemplo da importância do aprofundamento no estudo do Direito. Dúvidas superficiais já eram suficientes. Era preciso ir além. Baixar a cabeça nos livros e compreender que conhecimento e respostas (se é que existem) se adquirem com esforço e dedicação. Destaco, com muito respeito, Júlia Ximenes, Paulo Gustavo Gonet Branco, Mônica Sifuentes e Luiz Moreira.

Devo admitir que especial agradecimento é destinado ao meu orientador, Professor Doutor Inocêncio Mártires Coelho, que verdadeiramente me ensinou que não se deve subestimar um tema jurídico. Maior exemplo de simplicidade e de generosidade no convívio intenso que mantém com os seus alunos, acolheu-me, com todo entusiasmo que lhe é inerente, como orientanda. De fato, Professor, aprendi e estou aprendendo! Muito obrigada! E desculpe-me pelos meus “dez dias” nunca corresponderem efetivamente a “dez dias”...

Substancial foi o apoio de Fernando, exemplar secretário acadêmico do Mestrado, e de Luís Fernandes, astuto colega de sala, por não terem me deixado desistir no meio do caminho.

Ao gabinete do Exmo. Desembargador Waldir Leôncio C. Lopes Júnior e, em especial, a Jackie, minha “consultora” para assuntos bibliográficos nacionais e internacionais.

Agradeço a minha grande amiga Patrícia Ramos, que me acompanhou corajosamente em várias noites de estudo na biblioteca da Universidade de Brasília e no tribunal. Pela compreensão e pelos momentos de desabafo em horas de cansaço... Sempre atenta ao “Diário de uma dissertação”. Colega, nós vamos conseguir...

Saúdo a família Reis Vidal, que jamais contestou a minha ausência nos eventos familiares ou a minha incessante vontade de estudar.

O apoio que recebi por parte da família Prazeres também foi fundamental. A começar pela Tia Márcia, agora doutoranda, de quem nos momentos mais tensos tomei emprestado um pouco daquela impressionante serenidade.

A minha querida irmã, Renata, os meus sinceros agradecimentos. Nossas pequenas viagens e os seus telefonemas foram fundamentais para recarregar as forças e prosseguir na jornada acadêmica, que – diga-se de passagem – quero que dure por muitos e muitos anos.

Superação!

“De tudo, ficaram três coisas: a certeza de que ele estava sempre começando, a certeza de que era preciso continuar e a certeza de que seria interrompido antes de terminar. Fazer da interrupção um caminho novo. Fazer da queda um passo de dança, do medo uma escada, do sono uma ponte, da procura um encontro.”

Fernando Sabino

“O homem, por suas qualidades essenciais, e não propriamente pelo dado econômico, torna-se o centro da ordem jurídica.”

Josaphat Marinho

## RESUMO

Atualmente, a atividade bancária tornou-se essencial e, por consequência, massificaram-se os contratos bancários. Paralela a essa intensificação das operações bancárias, sobrevieram os abusos perpetrados pelos bancos. Nos contratos bancários entre partes de desigual força, é comum verem reduzidas unilateralmente as obrigações do contratante mais forte e agravadas, por outro lado, as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas. Leis como o Código de Defesa do Consumidor foram editadas com o intento de colmatar a lacuna existente no sistema legislativo nacional, que havia sido concebido ao tempo do Estado Liberal, para ajustá-lo à nova realidade econômico-social. É dentro dessa preocupação com finalidade social dos contratos bancários de adesão que, num posicionamento característico da sociedade de massas atual, se procura proteger, em nome da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, os chamados hipossuficientes. Exige-se que a autonomia privada, entendida como liberdade negocial, atenda aos ditames da justiça social e dos direitos fundamentais.

Palavras-chaves: 1. Direitos fundamentais – 2. Eficácia – 3. Atividade bancária – 4. Contratos de Adesão.

## **ABSTRACT**

Currently, banking has become essential and, therefore, mass contracts have flourished. In parallel, there came abuses perpetrated by the banks. In banking agreements between parties of unequal strength, is common to see reduced unilaterally the obligations of the contractor stronger and worse, on the other hand, the weaker, creating a situation of serious imbalance between them. Laws such as the Consumer Protection Code were enacted with the intent to bridge the gap in the national law system, which had been conceived at the time of the liberal state, to fit the new economic and social reality. It is under the the concern of social purpose of banking contracts that, in a position characteristic of mass society today, vulnerable people are protected, on behalf of human dignity and free development of personality. Individual autonomy, understood as freedom of negotiation, shall meet social justice and fundamental rights.

Keywords: 1. Fundamental rights - 2. Effectiveness - 3. Banking – 4. Adhesion Contract.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>CAPÍTULO 1. A FORMAÇÃO E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DAS RELAÇÕES PRIVADAS</b> .....	18
1.1. Antecedentes .....	18
1.2. Os direitos fundamentais no Estado Liberal.....	20
1.3. Os direitos fundamentais no Estado Social.....	30
1.4. Os direitos fundamentais na pós-modernidade.....	38
1.5. A evolução do conceito de autonomia privada e de contrato: a intervenção pública no domínio privado.....	52
1.6. Primeiras conclusões a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da perspectiva histórica .....	65
<b>CAPÍTULO 2. A DUPLA DIMENSÃO NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA, SEUS LIMITES E OS LIMITES AOS SEUS LIMITES</b> .....	72
2.1. Antecedentes .....	72
2.2. A dupla dimensão dos direitos fundamentais.....	73
2.3. Direitos fundamentais: a distinção entre regras e princípios.....	85
2.4. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais .....	93
2.5. O âmbito de proteção, os limites e os limites aos limites da autonomia privada .....	101
2.5.1. Considerações preliminares .....	101
2.5.2. O âmbito de proteção dos direitos fundamentais.....	104
2.5.3. Limites dos direitos fundamentais.....	112
2.5.4. Os limites dos limites.....	116
2.5.5. O princípio da proporcionalidade.....	124
2.5.6. Ponderação (sopesamento) .....	132
2.5.7. A autonomia privada.....	134
<b>CAPÍTULO 3. TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES</b> .....	145
3.1. Antecedentes .....	145
3.2. Por que não mais eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais nas relações entre particulares? Uma questão meramente terminológica? .....	150
3.3. A eficácia mediata ou indireta .....	156
3.4. A teoria mediata e os direitos de proteção de Claus-Wilhelm Canaris.....	166
3.5. A eficácia imediata ou direta .....	175

3.6. O fundamento constitucional da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no Direito brasileiro: o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988? .....	180
3.7. Tomada de posição: por uma eficácia <i>prima facie</i> dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.....	186
<b>CAPÍTULO 4. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO .....</b>	<b>199</b>
4.1. Antecedentes .....	199
4.2. Os contratos bancários .....	202
4.3. Os contratos bancários de adesão e a livre iniciativa.....	212
4.4. O caráter de adesão dos contratos bancários <i>versus</i> a renúncia ao exercício de direitos fundamentais.....	221
4.5. A ADIN n. 2591-1/DF: os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor .....	237
4.5.1. O voto do Ministro Carlos Velloso (relator) .....	241
4.5.2. O voto do Ministro Nelson Jobim (vogal) .....	242
4.5.3. O voto do Ministro Eros Grau (relator para o acórdão).....	246
4.5.4. O voto do Ministro Celso de Mello (vogal) .....	248
4.6. Parâmetros para a ponderação de interesses nos contratos bancários....	251
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>272</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>279</b>

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, enquanto concretização do valor da dignidade humana, são o fundamento do constitucionalismo. Não há falar em Estado de Direito ou em Estado Constitucional, em cuja centralidade não esteja o homem e a sua dignidade, e sem que esse Estado assuma uma firme postura de respeito e de obediência aos direitos essenciais do cidadão<sup>1</sup>.

Abandonada a tradição liberal, a qual atribuía aos direitos fundamentais uma dimensão meramente negativa, já não basta ao Estado de Direito Contemporâneo, nomeadamente, ao Estado brasileiro, a perspectiva inerte e respeitosa dos aludidos direitos. Em verdade, erigida a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem constitucional vigente, não se espera e nem se admite uma postura de mero acatamento e abstenção frente aos direitos fundamentais. Impõem-se prestações estatais positivas no sentido de tornarem efetiva tal dignidade com a promoção do bem-estar coletivo e, principalmente, da igualdade legítima e real entre os cidadãos.

Não é coisa singela, outrossim, o fato de que as relações sociais têm se mostrado extremamente dinâmicas e multifacetadas, nas quais é premente a prevalência de forças privadas, que reforçam as desigualdades sociais em detrimento da própria dignidade humana.

---

<sup>1</sup> Ingo Wolfgang Sarlet enfatiza: “(...) a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 41-42.

Em se tratando de matéria constitucional da maior relevância, necessário se faz um lineamento sobre o assunto, pois os direitos fundamentais não podem apenas traduzir expectativas de direito ou, ainda, ter seu corpo reduzido a disposições sem aplicabilidade imediata, em manifesta afronta ao disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, de Estado que afirma ser seu objetivo principal a concretização da dignidade humana, questão importante que se apresenta é a de saber *se e até onde* o Estado pode ou mesmo deve levar a cabo essa tarefa árdua e delicada de garantir a realização concreta dos direitos fundamentais.

Embora haja profundas controvérsias sobre a extensão dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, é incontroverso que boa parte dos doutrinadores que se dedicaram ao assunto chegou à conclusão de que, de alguma forma, têm aqueles direitos influência nas relações havidas entre particulares, em especial, nas relações contratuais. Ademais, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, nos tribunais, tem se manifestado de diferentes maneiras.

A título de ilustração, em consulta descompromissada ao repositório de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, pode-se, com facilidade, verificar que, desde idos de 2007 até hoje, várias foram as ações de conhecimento ajuizadas por consumidores, os quais atraídos por promessas de juros baixos, mas, passada a fase de euforia, sufocados por empréstimos consignados em folha de pagamento e em conta salário, nas quais viam quase a integralidade de sua renda mensal comprometida com o pagamento dos financiamentos, visam a limitar todos os descontos realizados pelas instituições bancárias a trinta por cento de seus rendimentos mensais<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Confirmam-se, por exemplo: 20090020066550AGI, Relator Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, julgado em 15/07/2009, DJ 05/08/2009 p. 97; 20090020064740AGI, Relator NATANAEL CAETANO, 1ª Turma Cível, julgado em 22/07/2009, DJ 03/08/2009 p. 126; .20090020072709AGI, Relator LÉCIO RESENDE, 1ª Turma Cível, julgado em 08/07/2009, DJ 20/07/2009 p. 34; 20060111042210APC, Relator FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, julgado em 04/07/2007, DJ 19/07/2007 p. 101. O tema não é estranho ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A propósito, a Nona Câmara Cível daquele Tribunal decidiu por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n. 2009.002.26170, Relator Desembargador Carlos Santos de Oliveira: "AGRAVO DE

Basicamente são dois os argumentos utilizados para fundamentar e/ou justificar o acolhimento da novel *tese dos 30%*, quais sejam, a dignidade da pessoa humana ante o evidente comprometimento total ou quase total da renda do consumidor, e o que dispõe o art. 45, parágrafo único, da Lei n. 8.112/90, regulamentado pelo art. 8º do Decreto n. 6.386/2008, com redação dada pelo Decreto n. 6.574/2008<sup>3</sup>.

---

INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PLEITEADA PARA O FIM DE CESSAR OU LIMITAR DESCONTOS REALIZADOS NA CONTA CORRENTE DA AUTORA COM VISTAS A IMPEDIR O CONFISCO DE SEU SALÁRIO. DESCONTOS QUE AFRONTAM O ART. 1º, III DA CRFB E 649, IV DO CPC. SUPERENDIVIDAMENTO. ABUSO DO DIREITO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO. VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DE LEALDADE, PROTEÇÃO E COOPERAÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 6º, § 5º DA LEI 10.820/2003, QUE REGULA OS DESCONTOS DE PRESTAÇÕES EM FOLHA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ DESCONTADOS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO PARA LIMITAR OS DESCONTOS EFETUADOS A, NO MÁXIMO, 30% (TRINTA POR CENTO) DE SEU SALÁRIO, SOB PENA DE MULTA.- Ainda que a autora tenha consentido que o réu efetuasse o desconto automático das parcelas do empréstimo em sua conta corrente, não pode o banco se apropriar da integralidade do salário do correntista, na medida em que constitui verba necessária à sobrevivência do mesmo e de sua família, sob pena de contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana.- Devem as instituições financeiras restringir a concessão de crédito a uma avaliação prévia da capacidade de endividamento de seu cliente, de maneira que apenas seja conferido crédito naquilo que se mostrar compatível com sua capacidade econômica, com sua renda mensal. Tal dever constitui corolário lógico do princípio da boa-fé objetiva, na figura dos deveres anexos de proteção, lealdade e cooperação, que preconizam que as partes se abstenham de causar dano uma à outra, ou de atuar de forma desonesta ou desleal, devendo velar para que o objeto do contrato seja cumprido de forma adequada. - Há prova inequívoca da verossimilhança das alegações autorais no sentido do comprometimento de quantia indispensável à subsistência da agravada em razão dos descontos efetuados pelo agravante, assim como do perigo em aguardar a decisão final de mérito na ação declaratória de nulidade de cláusula contratual diante do caráter alimentar da importância sobre a qual incidem os descontos. Decisão que deve ser reformada para o fim de deferir, em parte, a limitação pleiteada, com base no art. 6º, § 5º da Lei nº 10.820/2003, que regula os descontos efetuados em folha de pagamento, aplicável ao caso por analogia. - Não se pode compactuar com o confisco da remuneração da correntista, entretanto, também não é curial inviabilizar, por completo, o direito do banco de receber a contraprestação devida em razão da celebração do contrato de empréstimo, devendo o julgador se valer do princípio da razoabilidade para restringir os descontos até o montante que se mostrar necessário a assegurar a sobrevivência da parte.- Provimento parcial do agravo, monocraticamente, para o fim de determinar que o réu se abstenha de proceder a descontos que excedam a 30% (trinta por cento) do valor depositado a título de salário na conta da agravante, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais)". Quanto aos descontos em folha, a jurisprudência da Segunda Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que "é válida a cláusula que autoriza o desconto, na folha de pagamento do empregado ou do servidor, da prestação do empréstimo contratado, a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que da essência da avença celebrada em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário" (REsp nº 728.563, RS, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 22.08.2005).

<sup>3</sup> Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.

Parágrafo único. Mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento.

Art. 8º A soma mensal das consignações facultativas de cada consignado não excederá a trinta por cento da respectiva remuneração, excluído do cálculo o valor pago a título de contribuição para

Na realidade, o que se nota é o manifesto superendividamento dos contratantes que, malgrado a crise econômica, têm encontrado facilidade na obtenção do crédito, seja nas financeiras que montam, propositadamente, postos de atendimento em seus locais de trabalho para atraí-los com propostas duvidosas de juros remuneratórios baixos, seja nas instituições bancárias em que mantêm conta corrente para recebimento de salário. Veja-se que os contratantes, movidos pelo consumismo, captam dinheiro, ao mesmo tempo e por diversos meios, em vários bancos, o que dá causa ao comprometimento integral de sua renda mensal.

É importante destacar, de plano, que não há qualquer ilegalidade na concessão de empréstimos. Ocorre que a oferta simultânea de crédito está inviabilizando a sobrevivência dos consumidores. Além disso, não se está a sustentar, sob pena de incorrer em notório desconhecimento da natureza humana e da realidade social, que não é o consumidor o responsável pelo seu superendividamento. De fato, há a liberdade de contratar; todavia não pode ser esta ilimitada ou insuscetível de controle estatal a ponto de infligir a penúria ou o trabalho sem remuneração.

Ultrapassada está a ideia de que a liberdade de contratar, ou melhor, a autonomia privada, está desvinculada dos direitos fundamentais inerentes aos próprios contratantes. A liberdade de contratar, propriamente dita, não é e jamais foi ilimitada. Ao contrário, está confinada à ordem pública, aos bons costumes, aos direitos fundamentais<sup>4</sup>.

Como visto, é evidente que milhares de consumidores ajuizaram e ajuízam todos os dias ações revisionais de contratos bancários, objetivando a exclusão de seus dados do rol de maus pagadores e a adequação das cláusulas contratadas, manifestamente de adesão, ao que dispõe o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Não é menos certo, no entanto, que a matéria tem sido primordialmente examinada sob o prisma da legislação infraconstitucional e, de

---

serviços de saúde patrocinados por órgãos ou entidades públicas, na forma prevista nos incisos I e II do art. 4º (Redação dada pelo Decreto n. 6.574, de 2008).

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. - Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 27.

modo especial, sob o novo enfoque dado pelo Superior Tribunal de Justiça aos recursos repetitivos que versam sobre os contratos bancários de adesão.

Em momento algum, está sendo questionado: em que medida a eficácia dos direitos fundamentais nos contratos bancários de adesão não afeta o núcleo essencial da autonomia privada, também tida como direito fundamental, e traduz, por consequência, a função social do contrato?

A presente pesquisa tem por objetivo responder a essa indagação e trazer à tona elementos que possam contribuir para o debate jurídico a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nos contratos, sem pretensões, por certo, de conceber respostas definitivas a todas as questões polêmicas.

Não se trata, pois, de trabalho fulcrado em discussão desprovida de caráter prático; de cunho puramente acadêmico. É tema atual e instigante principalmente porque o Poder Judiciário é provocado rotineiramente a decidir sobre conflitos que envolvam contratos bancários de adesão.

Assumir o desafio não é tarefa fácil porque diferentemente do que muitos pensam a problemática a respeito da constitucionalização do Direito Privado e da influência dos direitos fundamentais nas relações contratuais não se encontra esgotada.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o tema ventilado pressupõe a análise do próprio funcionamento do Estado frente aos conceitos de autonomia privada, entendida, para os fins da presente pesquisa, como liberdade negocial, de função social do contrato e de valor social da livre iniciativa.

Esta será uma pesquisa jurídica que terá como ponto de partida o estudo da projeção direta e topicamente sopesada dos direitos fundamentais nas relações contratuais celebradas entre particulares. Utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica, embasando-se em livros, periódicos, artigos de *internet* e legislação existente sobre o assunto. Nesse ponto, será possível perceber ainda a explícita

predileção pelo recurso ao direito constitucional comparado, para (re)avaliar algumas posições pátrias habituais a respeito do assunto.

A dissertação que ora se apresenta encontra-se dividida em quatro partes.

A primeira parte destina-se a estudar os direitos fundamentais como fatos históricos em processo de maturação desde a modernidade até o que se convencionou chamar de pós-modernidade. Traz à tona, ainda, a evolução e o estágio atual da teoria relativa à autonomia privada e ao contrato. Antecipa, por fim, algumas conclusões a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da perspectiva histórica delineada.

A segunda parte visa a apresentar a dupla dimensão dos direitos fundamentais e, por consequência, o âmbito de proteção da autonomia privada, os seus limites e os limites aos seus limites, tendo em conta a distinção entre regras e princípios e a problemática a respeito da dignidade da pessoa humana como conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais.

No terceiro capítulo, explicitam-se as principais teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Toma-se, ao final, uma posição sobre a eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações jusprivatísticas, em especial, nos contratos.

No quarto e último capítulo, após termos estabelecido as premissas lógicas e propedêuticas da normatividade dos direitos fundamentais, da possibilidade de eficácia nas relações jurídico-privadas, e do conceito de autonomia privada que se acredita adequado, passa-se a estudar o porquê e o modo por intermédio do qual se dá a incidência dos aludidos direitos nos contratos bancários de adesão. Dá-se, ainda, enfoque à posição do Supremo Tribunal Federal no que tange à ADIn n. 2.591-1/DF, a “ADIn dos bancos”, e aos parâmetros desenhados pela doutrina nacional para justificar a incidência dos direitos fundamentais nos contratos.

# CAPÍTULO 1

## A FORMAÇÃO E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DAS RELAÇÕES PRIVADAS

### 1.1. Antecedentes

Virgílio Afonso da Silva adverte que um trabalho científico qualquer que seja necessariamente implica uma contribuição original ao ramo do conhecimento a que se refere. Por certo, dificilmente há contribuição original sem que alguma tese anterior seja reprisada ou colocada em debate. “Todo o desenvolvimento de qualquer ramo da ciência baseia-se nessa premissa”<sup>5</sup>.

Nesse passo, em um trabalho no qual se pretenda fazer uma análise a respeito da extensão dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, mais especificamente, sobre os contratos bancários de adesão, não é possível iniciar o estudo sem antes trazer à tona – ainda que de forma sucinta e sem querer fatigar o leitor – uma abordagem em torno da evolução histórica dos aludidos direitos, da autonomia privada e do contrato<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia**. 2.ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 28. No mais, Maria Celina Bodin de Moraes reconhece que “o Jurista, tanto mais o civilista, sabe que a noção [dos institutos jurídicos] se explica melhor através da história das instituições do que mediante uma discriminação racional de conteúdo”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil constitucional**. Disponível em: << [http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional - Maria\\_Celina\\_B\\_Moraes.pdf](http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional - Maria_Celina_B_Moraes.pdf) >>. Acesso em: 29 out. 2010.

<sup>6</sup> Cumpre assinalar que a abordagem histórica dos direitos fundamentais a ser feita na presente dissertação se limita ao surgimento do Estado constitucional de matriz europeia e americana no final do século XVIII. Para mais detalhes a respeito da pré-história dos direitos fundamentais, ver Ingo Wolfgang Sarlet, in **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 37-40; Antonio E. Perez Luño, in **Los derechos fundamentales**. 8.ed. – Madrid: Editorial Tecnos, 2005, pp. 29-43; José Carlos Vieira de Andrade, in **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina S.A., 2006, pp. 15-50. Noutro passo, sobre a importância de trazer à tona aspectos históricos e sociais para melhor compreensão dos institutos jurídicos, Pietro Perlingieri afirma: “O estudo do direito – e portanto também do direito tradicionalmente definido ‘privado’ – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer

A concepção de uma teoria a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares perpassa necessariamente pelo modo como o Estado, em especial, em suas facetas liberal, social e pós-moderna, viabilizou e viabiliza a proteção dos direitos fundamentais. A incidência valorativa dos direitos fundamentais, entendidos como realidades históricas em mutação, nas relações entre particulares, é processo de construção permanente. Ademais, como prefere André Rufino do Vale, a atual ideia de eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua a ser, de certo modo, o projeto da modernidade<sup>7</sup>.

Sustenta Antonio E. Perez Luño: “La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo del organizar y ejercer las funciones estatales”. Mais: “Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho)”<sup>8</sup>.

Esses aspectos são importantes para contextualizar a problemática da eficácia dos direitos fundamentais e da limitação da autonomia privada como expressão da função social dos contratos bancários<sup>9</sup>.

---

modificação da realidade entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, ‘existencial’, que se torna história na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como ‘coexistência’”. In: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco, 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 01.

<sup>7</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 31.

<sup>8</sup> LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8.ed. – Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 20.

<sup>9</sup> No exame da evolução histórica dos direitos fundamentais, vê-se, de forma nítida, a influência da Economia no Direito. Sem pretensão de realizar uma análise econômica a respeito da temática, é evidente que a Economia gera impactos imediatos e mediatos sobre o Direito e vice-versa, seja numa perspectiva *inter pars*, seja numa perspectiva coletiva. Sob este último enfoque, inclusive, isso faz do Direito um importante instrumento para algumas políticas públicas, em especial, para aquelas que

## 1.2. Os direitos fundamentais no Estado Liberal

Os direitos fundamentais não nasceram em determinado dia e em determinado local<sup>10</sup>. São realidades históricas mutantes, imperativos éticos, que, embora possam ser compreendidos sob várias perspectivas, derivam, em especial, das lutas econômicas, sociais, culturais e políticas da civilização ocidental contra o Estado em prol da dignidade da pessoa humana<sup>11</sup><sup>12</sup>. Nesse contexto, lembra

---

dependam de seu cumprimento para serem eficazes ou, ainda, por meio dos mecanismos que garantam certa segurança e estabilidade ao sistema. O jurista, hoje, não pode desprezar o imenso ferramental das outras ciências, com o qual é possível melhor compreender a conduta humana. O Direito é um indutor de condutas; assim a intersecção entre os fenômenos econômicos e jurídicos deve promover a justiça e a equidade social. Daí ser válida a incorporação de conceitos eminentemente econômicos pelos juristas com o fito de melhor concretizar este objetivo (Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saggi, *in* **Direito, economia e mercados**. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 2ª reimpressão, p. 17). Nessa esteira, François Ost sustenta: “(...) mais que proibições e sanções como se pensava anteriormente; ou cálculos e gestão como se crê muito frequentemente na atualidade, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade. Instituir significa, aqui, atar o laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para sua identidade e sua autonomia. É sob o ângulo de sua contribuição para a extração do estado natural e sua violência sempre ameaçadora, sob o ângulo de sua capacidade de instituição, que o direito será, então, interrogado” (In: OST, François. **O tempo do direito**; tradução Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. – Bauru, SP: Edusc, 2005). Por último, não custa trazer a lume a lição de Perlingieri: “A afirmação, ao contrário, da autonomia da ciência jurídica e as conseqüentes tentativas de definir a chamada ‘realidade jurídica’ como alguma coisa que possa viver separadamente da realidade social, econômica ou política é herança que ainda pesa muito sobre os juristas e sobre o ensino do Direito. Isso levou à criação de uma cultura formalista, matriz de uma ‘teoria geral do direito’ sem (explícitas) ‘infiltrações’ de caráter político, econômico, sociológico: como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia. Estabelecida, ao contrário, a recíproca influência entre os aspectos sociais, econômicos, políticos e aqueles normativo-jurídicos, a transformação de um aspecto econômico, político, ético, incide – às vezes profundamente – sobre a ordem normativa e vice-versa”. In: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco, 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 02.

<sup>10</sup> Confirmando esta afirmação, Paulo Gustavo Gonet Branco destaca: “Se os direitos fundamentais não são, em princípio, absolutos, não podem pretender valia unívoca de conteúdo a todo tempo e em todo lugar. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico”. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 317.

<sup>11</sup> Não se desconhece a polêmica a respeito da universalidade dos direitos humanos *versus* multiculturalismo. Há quem defenda que não podem ser impostos às civilizações que não comungam da tradição cultural do Ocidente, sob pena de malferir a autodeterminação dos povos. Nesse passo, ressalta Boaventura de Sousa Santos, embora não tratando especificamente da questão ventilada, que a compreensão de mundo excede em muito a compreensão ocidental do mundo (In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **O estado do mundo segundo três interrogações**, publicado no Inquérito Jornal de Letras, de 30 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/183pt.php>. Acesso em: 17 set. 2009. Em outro enfoque, Amartya Sen, *in* **Desenvolvimento como liberdade**, tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 282, afirma: “Reconhecer a diversidade encontrada em diferentes culturas é muito importante no mundo contemporâneo. Nossa compreensão da presença da diversidade tende a ser um tanto prejudicada por um constante bombardeio de generalizações excessivamente simplificadas sobre a ‘civilização ocidental’, os ‘valores asiáticos’, as ‘culturas africanas’ etc. Muitas dessas interpretações da história e da civilização não só são intelectualmente superficiais, como

Norberto Bobbio que não existem direitos fundamentais por natureza. Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. Em suas palavras:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacré et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados como grandes ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar arma contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.<sup>13</sup>

De qualquer modo, a evolução conceitual dos direitos fundamentais deita suas raízes primordialmente no Iluminismo, amparado pelo direito natural laicizado, e se desenvolve precipuamente nos Estados Unidos da

---

também agravam as tendências divisoras do mundo em que vivemos”. Nesse rumo, ver ainda Hidemberg Alves da Frota. In: FROTA, Hidemberg Alves da. **A universalidade dos direitos humanos no mundo mulçumano**. Anuário mexicano de Derecho Internacional. Sem indicação de tradutor. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/6/art/art2.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

<sup>12</sup> Ingo Wolfgang Sarlet entende que a história dos direitos fundamentais, de certa forma, é também a história da limitação do poder, uma vez que a gênese daqueles desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência reside justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 36.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 10ª impressão, pp. 17-18. No mesmo sentido, Tatiana Malta Vieira, citando a lição de Cristina Queiroz, afirma: “Cristina Queiroz ressalta que os direitos fundamentais se relacionam com a noção de ‘perigo’, sendo variáveis ao longo do tempo e do espaço, à medida que surgem novas ameaças ao homem e ao cidadão. Os direitos fundamentais variam no espaço, isto é, segundo o ‘Estado Constitucional’ e, no tempo, ou seja, de acordo com o período histórico no que concerne à distribuição de papéis do Estado no desenvolvimento jurídico. Não existe *numerus clausus* de direitos fundamentais, assim como não existe *numerus clausus* dos perigos, daí a origem da expressão ‘proteção dinâmica dos direitos fundamentais’, utilizados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o que corresponde a uma tutela flexível, móvel e aberta de tais garantias. Assim, o caráter relativo dos direitos fundamentais desponta como uma medida essencial à ‘realização corporativa desses preceitos, isto é, necessária à conformação dessas garantias, segundo as exigências da sociedade em observância às novas ameaças que surgirem”. In: VIEIRA, Tatiana Malta. **Direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 77.

América e na Europa. Nessa esteira, é possível dividir a trajetória histórica dos direitos fundamentais na Modernidade em duas grandes fases, as quais correspondem ao Estado Liberal e ao Estado Social<sup>1415</sup>.

O surgimento do Estado Liberal<sup>16</sup> e do liberalismo tem como pano de fundo a ascensão da burguesia e alcançou seu ápice com a Revolução Francesa<sup>17</sup>. Com o desenvolvimento das relações comerciais, a burguesia erigiu-se a classe social dominante, de sorte que o modo de produção feudal fragilizado e estagnado acabou cedendo ao modo de produção burguês. Na mesma trilha, a

---

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2. ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 5.

<sup>15</sup> O estudo das características básicas do Estado Liberal e do Estado Social permite que se identifique a maior ou menor extensão do âmbito de proteção de determinados direitos fundamentais, bem como a diversidade de mecanismos criados para maximizar a aplicação destes. Nesse sentido, ver Thiago Luís Sombra, *in* **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

<sup>16</sup> Jorge Miranda anota: “Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras de ordem liberal: a postura individualista abstracta de (no dizer de Radbruch) um << indivíduo sem individualidade >>; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão”. In: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**, Tomo IV, 3. ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 22.

<sup>17</sup> À guisa de ilustração, colhe-se o seguinte excerto de Ferdinand Lassalle: “(...) a indústria e o comércio desenvolvem-se progressivamente e, ao mesmo tempo, acompanhando esse surto de prosperidade, cresce a população e melhora o gênero de vida da mesma. Há de parecer que esse progresso seja proveitoso ao *príncipe* porque cresce também seu exército e o seu poder; mas o desenvolvimento da sociedade burguesa chega a alcançar proporções imensas, tão gigantescas, que o *príncipe* não pode, nem auxiliado pelos seus exércitos, acompanhar na mesma proporção o aumento formidável do poder da burguesia. O exército não consegue acompanhar o surto maravilhoso da população civil. Ao desenvolver-se em proporções tão extraordinárias, a burguesia começa a compreender que também é uma potência política independente. Paralelamente, com este incremento da população, aumenta e divide-se a riqueza social em proporções incalculáveis, progredindo, ao mesmo tempo, vertiginosamente, as indústrias, as ciências, a cultura geral e a consciência coletiva; outro dos fragmentos da Constituição. Então a população burguesa grita: Não posso continuar a ser uma massa submetida e governada sem contarem com a minha vontade; quero governar também e que o *príncipe* reine limitando-se a seguir a minha vontade e regendo meus assuntos e interesses”. In: LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, pp. 31-32. Sob outro enfoque, a pretexto de lealdade jurídica, importante destacar que Nicola Matteucci sustenta categoricamente que caracteriza grave erro metodológico afirmar que o Liberalismo é mero subproduto da burguesia. Em linhas gerais, primeiro, porque o termo “burguesia”, por ser vago e amplo, pode significar os habitantes de uma cidade, os que desempenham determinadas funções, os proprietários, as classes mercantis, os capitalistas, a classe média de profissionais liberais, os engravatados, as classes dominantes etc. Segundo, porque a burguesia capitalista nem sempre foi liberal e nem sempre os liberais foram defensores desta burguesia. In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; tradução Carmen C. Varriale... [et al.]; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 5 ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 699.

aristocracia e o absolutismo monárquico ruíram frente a ideais que pregavam o fim do despotismo estatal<sup>18</sup>.

Sob esses ditames, a limitação da autoridade do Estado devia corresponder à ausência de limites no âmbito das liberdades individuais. Era assente no Estado Liberal a premissa de que não deveria imiscuir-se na autodeterminação dos indivíduos. Deveria, sim, garantir uma convivência social harmônica, sem com isso frustrar as expectativas individuais em relação ao que não estava vedado pela lei<sup>19</sup>. Em outros termos, os cidadãos não reclamavam prestações positivas do Estado, mas a sua abstenção em assuntos inerentes à ordem privada<sup>20</sup>.

Conforme J. J. Gomes Canotilho, era “(...) um grito da modernidade a favor das energias individuais, que apenas pedem aos poderes públicos a criação e garantia do mínimo de ordem, necessária ao máximo de liberdade”<sup>21</sup>.

Norberto Bobbio, ao referir-se a Kant, destaca que a meta do Estado Liberal puro era permitir que a liberdade de cada pessoa pudesse se expressar com base numa lei universal racional. O Estado não tinha mais o dever de fazer os seus súditos felizes (concepção eudemonista). A sua verdadeira finalidade

---

<sup>18</sup> Celso Lafer assinala: “(...) num primeiro momento, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político”. In: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. – São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 126.

<sup>19</sup> SOMBRA, Thiago Luís. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 33.

<sup>20</sup> Para Ana Prata, o interesse público “(...) é entendido como consistindo apenas no assegurar das melhores condições de exercício e expansão dos interesses privados. Isto é, o interesse público não é concebido enquanto portador de um conteúdo de natureza diversa e contraditória com os interesses privados; ao contrário, consiste e esgota-se no assegurar das melhores condições de exercício e realização daqueles interesses privados”. In: PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 28.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 30.

era apenas dar aos seus súditos tanta liberdade que lhes permitisse buscar, cada um deles, a seu modo, a sua própria felicidade<sup>22</sup>.

Era imperioso abolir os privilégios estamentais desfrutados pela nobreza e pelo clero<sup>23</sup>. Nesse contexto, invertia-se completamente a relação tradicional entre direitos dos governantes e obrigações dos súditos<sup>24</sup>.

A concepção iluminista de que o homem era titular de direitos inatos que preexistiam ao Estado e à própria sociedade e que deveriam ser observados pelo Poder Público encontrou sua expressão mais significativa, ainda que de forma não linear, no Constitucionalismo. Como dito alhures, era preciso proteger o homem dos abusos do poder estatal (direitos de primeira geração<sup>25</sup>; direitos de defesa ou de omissão<sup>26</sup>). A liberdade, nesse momento da história, vale insistir, pressupunha o asseguramento dos direitos individuais como anteparos à atuação estatal<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 10ª impressão, p. 83.

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 7.

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 10ª impressão, p. 94. A propósito, afirma Celso Lafer, *in A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. – São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 125: “Na análise dos processos de asserção e mudança dos direitos do homem na História, creio que é útil recorrer à distinção entre a perspectiva *ex parte populi* – a dos que estão submetidos ao poder – e a perspectiva *ex parte principis* – a dos que detêm o poder e buscam conservá-lo. Esta distinção que permeia a história do pensamento político não há de ser entendida como dicotomia do tipo dualista, ou seja, como cisão taxativa, graças à qual uma perspectiva exclui a outra. Trata-se, na verdade, de uma dicotomia do tipo pluralista que procura classificar, combinando, uma realidade complexa e em permanente transformação”.

<sup>25</sup> Não é estranha à autora a celeuma a respeito do uso do termo “geração” como forma de apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos fundamentais. Malgrado possa o aludido termo dar guarida à falsa ideia de sucessão de categorias de direitos, a ele não se opõe porque, ao fim e ao cabo, é certo que os direitos vindos de certo período recebem o influxo de novos direitos. Grosso modo, uns não substituem os outros; uns não se contrapõem aos outros.

<sup>26</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 33.

<sup>27</sup> Jorge Reis Novais, no debate à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pondera que não é possível confundir liberdade individual com direitos fundamentais. Para o doutrinador, a liberdade individual é o que se pretende garantir por meio dos direitos fundamentais, que são um “(...) tipo particular de garantias jurídicas destinadas a salvaguardar a liberdade e a autonomia individuais”. Significa, ainda, dizer: “(...) enquanto garantias jurídicas, os direitos fundamentais têm uma origem, uma história e um desenvolvimento dogmático estabelecidos ao longo de dois séculos e essa consolidação que, com ritmos e gradações diferenciados consonante as diversas comunidades políticas que os consagraram, lhes confere a força jurídica de que hoje dispõem. Mas direitos fundamentais são garantias com uma configuração precisa. Direitos fundamentais não são a mesma coisa que liberdade, não são a mesma coisa que direitos do homem ou direitos humanos, não são a mesma coisa que direitos subjectivos. Confundir estes diferentes planos e garantias e amalgamar tudo numa vaga referência à liberdade ou à dignidade da pessoa

Ana Prata destaca:

A Constituição traduzia, por um lado, a forma de organização do poder político, definindo os limites à actividade do Estado, e garantia, por outro, aos cidadãos um conjunto de direitos contra aquele, isto é, constituía o estatuto da defesa da sua esfera de liberdade perante o Estado. “Daí que a Constituição fosse, não a lei fundamental da ordem jurídica de uma colectividade politicamente organizada, mas sim e apenas o estatuto da organização política da sociedade”<sup>28</sup>.

Para a formação dessa concepção, na qual o indivíduo, considerado um a um, era tido como fundamento da sociedade, contribuíram as ideias de contrato social (Locke<sup>29</sup>, Hobbes e Rousseau), de direito de resistência, de *homo oeconomicus*, de homem como pessoa moral, enquanto criatura de Deus<sup>30</sup>. O indivíduo era o ponto de partida do liberalismo<sup>31</sup>. O certo, todos estes aspectos, é que o homem deveria ter sua esfera de liberdade privada salvaguardada contra os abusos estatais. Por esta razão, inclusive, a necessidade de limitação do exercício do poder político<sup>32</sup>.

---

humana só pode conduzir a uma indiferenciação operada em termos de menor denominador comum que, sem qualquer utilidade sensível, degrada os direitos fundamentais enquanto garantias jurídicas *fortes* e os priva do sentido, alcance e eficácia que lhes conferiram identidade que hoje têm. Contra o Estado, os direitos fundamentais provaram como instrumentos adequados de garantia jurídico-constitucional da liberdade individual (...)”. In: NOVAIS, Jorge Reis. **Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, in A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 363-364.

<sup>28</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. – Coimbra: Livraria Almedina, 1982, pp. 32-33.

<sup>29</sup> Embora não seja possível, dadas as dimensões e o enfoque deste trabalho, proceder-se a uma análise exaustiva sobre as teorias de Locke, Hobbes e Rousseau, quanto ao primeiro pensador, é possível afirmar, por importante, que identificou a propriedade como elemento central da esfera privada. Pensamento este que conferiu alicerce ao patrimonialismo característico do Direito de matriz liberal. A propriedade é a extensão da personalidade do sujeito. Aquilo que o homem constrói ou retira da natureza por meio do seu trabalho passa a integrar sua propriedade. Ao Estado, nesse contexto, cabe primordialmente assegurá-la. Pondera Antonio E. Perez Luño, in **Los derechos fundamentales**. 8.ed. – Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 31: “*Con Locke, la defensa de los derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad se convierte en el fin prioritario de sociedad civil y en el principio legitimador básico del gobierno*”.

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 10ª impressão, p. 84.

<sup>31</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina S.A., 2006, p. 51.

<sup>32</sup> De suma importância a teoria da separação dos poderes de Montesquieu para a contenção do poderio estatal. Sobre o tema, Nicola Matteucci afirma: “O primeiro desafio (do Liberalismo) é caracterizado pela transformação da monarquia constitucional medieval em monarquia absoluta burocrática. A luta do Liberalismo contra o absolutismo tem seu ponto de partida na reivindicação dos direitos naturais do indivíduo e na afirmação do princípio da separação dos poderes. Este princípio visa assegurar (*sic*) a independência do poder judiciário, mero aplicador do direito (quer seja uma lei, quer seja um costume) e, ao mesmo tempo, deixar com o monarca a titularidade do poder executivo,

Diante da separação entre o Estado e a sociedade, postulado básico do liberalismo, aquele renunciou aos seus poderes frente às relações sociais e econômicas privadas. Conseqüentemente, houve o favorecimento da classe burguesa, economicamente forte, em detrimento dos menos favorecidos<sup>33</sup>. A igualdade era apenas formal, e a lei ostentava uma pseudoneutralidade, legitimando, assim, a dominação econômica dos burgueses. Protegia-se a qualquer custo a liberdade de contratar, mas oprimia-se, *v.g.*, a liberdade de associar-se em sindicatos<sup>34</sup>. Nas palavras de André Rufino do Vale:

(...) o Estado e a sociedade eram imaginados como dois sistemas distintos, cada um com limites bem definidos, com regulações autônomas e com mínimas relações entre si. A principal fonte de regulação das relações jurídico-privadas era a autonomia privada, uma fonte não estatal, limitando-se o Estado, praticamente, a prestar seu aparato jurisdicional para que os acordos cujo conteúdo era fixado livremente pelos particulares, fossem respeitados<sup>35</sup>.

A liberdade e a igualdade distanciavam-se do ideal primitivo do Estado Liberal porquanto interessava apenas à burguesia ver os direitos fundamentais exercidos em conformidade com a manutenção do seu poderio econômico. A autonomia privada estava agora a serviço da ideologia da classe dominante, antes tida por dominada<sup>36</sup>.

---

enquanto os representantes do povo recebem a tarefa de definir, mediante a lei, a vontade comum da nação (Locke, Montesquieu, Kant, Humboldt, Constant). In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; tradução Carmen C. Varriale... [et al.]; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 5 ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 702.

<sup>33</sup> A instituição do voto censitário foi expressão da supremacia burguesa.

<sup>34</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 9.

<sup>35</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 35.

<sup>36</sup> Nesse particular, amplamente conhecida a lição de Leo Huberman, *in A história da riqueza do homem*. – Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962, pp. 172-173: “Embora seja verdade que todos os membros do Terceiro Estado, artesãos, camponeses e burguesia, estivessem tentando ‘ser alguma coisa’, foi principalmente o último grupo que conseguiu o que queria. A burguesia forneceu a liderança, enquanto os outros grupos realmente lutaram. E foi a burguesia quem mais lucrou. Durante o curso da revolução, teve várias oportunidades para enriquecer e fortalecer-se. Especulou nas terras tomadas da Igreja e da nobreza e amontoou fortunas imensas através de contratos fraudulentos com o exército. (...) Depois que a Revolução acabou, foi a burguesia quem ficou com o poder político na França. O privilégio do nascimento foi realmente derrubado, mas o privilégio do dinheiro tomou seu

Nada obstante essas constatações, o Iluminismo rendeu ensejo a dois grandes momentos históricos no final do século XVIII, que foram os principais responsáveis pela consolidação dos direitos do homem: a Revolução Francesa e a independência e a formação dos Estados Unidos da América<sup>37</sup>.

Sem querer adentrar a discussão sobre qual das duas revoluções foi ética e politicamente superior<sup>38</sup> e sobre a comparação entre a Constituição Americana de 1787 e a Declaração de 1789, não remanesce dúvida de que os princípios da Revolução Francesa de 1789 – liberdade, igualdade e fraternidade – constituíram e ainda constituem ponto de referência obrigatório para a consolidação e a juridicização dos direitos fundamentais<sup>39</sup>. De profunda inspiração jusnaturalista, a Declaração de 1789 conferiu a todo homem direitos naturais, invioláveis, imprescritíveis e inalienáveis. Proclamou, ao fim e ao cabo, a igualdade dos homens, o direito de resistência, a liberdade individual, o direito de propriedade, a separação dos poderes, a dignidade da pessoa humana<sup>40</sup>.

---

lugar. ‘Liberdade, igualdade, fraternidade’ foi uma frase popular, gritada por todos os revolucionários, mas que coube principalmente à burguesia desfrutar”.

<sup>37</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 9.

<sup>38</sup> Para detalhes a respeito da temática, consultar Norberto Bobbio, *in* **A Era dos Direitos**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 10ª impressão, pp. 84-85.

<sup>39</sup> Aqui vale referir a posição de Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que a paternidade dos direitos fundamentais deve ser conferida à Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776, e não à Declaração Francesa de 1789. Isso porque a primeira marcou a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. Em suas palavras: “As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos”. De qualquer modo, ao final, conclui o autor que, malgrado haja diferenças relevantes entre as declarações americana e francesa, há entre elas inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne à influência de uma sobre a outra, sendo desnecessária qualquer análise que tenha como objeto a mensuração da graduação da intensidade desta influência mútua, se é que tal aferição se afigure viável, segundo sustenta. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 43.

<sup>40</sup> Sobre a separação de poderes, Wilson Steinmetz comenta: “O Estado Liberal de Direito, o Estado burguês de Direito, é o Estado que reconhece e garante o exercício de direitos básicos de liberdade: direito à liberdade pessoal, à liberdade religiosa, à liberdade econômica, de propriedade, de resistência e à segurança, entre outros direitos. A separação de poderes constitui-se em limite interno ao poder do Estado. Ela está intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais, porque a separação de poderes é a garantia orgânica dos direitos fundamentais. Onde não há separação de poderes, não há garantia de que o exercício dos direitos fundamentais será respeitado e protegido pelo Estado”. In: **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 68-69.

A Declaração de 1789, para os revolucionários franceses, teve por escopo lembrar-lhes permanentemente os seus direitos e deveres e fundar a nova Constituição francesa. Rompia-se com o antigo regime e incorporavam-se finalmente os direitos fundamentais ao patrimônio jurídico dos homens.

Na mesma toada liberal, o constitucionalismo norte-americano contribuiu para a teoria moderna dos direitos fundamentais, na medida em que compreendeu tais direitos como limites impostos ao legislador, cuja não observância poderia ser fiscalizada pelo Poder Judiciário.

A partir de então, os direitos fundamentais, acompanhando o desenvolvimento do constitucionalismo, foram gradativamente positivados nas “Constituições Modernas” como direitos dotados de valor jurídico, vinculantes dos Poderes Públicos e protegidos pela tutela jurisdicional<sup>41</sup>. Não são mais entendidos como apelos morais ou meras proclamações constritivas, mas efetivas garantias limitadoras do poder político. Tais direitos refletem, portanto, os interesses liberais contra o poderio estatal, e a Constituição, por sua vez, transforma-se em diretriz material e fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico<sup>42</sup>.

É certo, na linha do exposto, que, como as “Constituições Modernas” tinham por objetivo principal limitar o poder do Estado, desenvolveu-se paralelamente a codificação civil para regular as atividades sociais e econômicas dos particulares e, assim, fomentar o surgimento do capitalismo. Consolida-se a dicotomia Direito Público e Direito Privado.

Na realidade, a segurança jurídica era fundamental ao desenvolvimento do capitalismo, haja vista que não era garantida pelo Estado Absoluto, dadas as freqüentes intervenções do soberano na esfera jurídico-patrimonial de seus súditos e na esfera legislativa com a revogação e a alteração de

---

<sup>41</sup> O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 rezava: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

<sup>42</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 37.

leis. A construção jurídica liberal tinha como norte a certeza do direito porquanto visava, em última análise, a garantir a liberdade codificada do direito privado e o mercado<sup>43</sup>.

Daniel Sarmento destaca que não era pretensão da concepção contratualista, que deu origem às teorias sobre os direitos fundamentais no bojo da doutrina liberal, estabelecer a proteção dos indivíduos apenas contra o Estado. Preconizava a validade *erga omnes* dos direitos naturais, entendidos estes como direitos de defesa do homem em face do Estado e também em face de outros indivíduos<sup>44</sup>.

A doutrina liberal, por certo, ganhou outro sentido<sup>45</sup>.

A separação entre o Estado e a sociedade traduziu-se em garantia da liberdade individual. O Estado não deveria interferir nos assuntos da ordem privada, mas tão somente garantir a aplicação da lei, a proteção da propriedade, a manutenção da ordem pública, a segurança nacional e as relações exteriores (liberdades negativas; direitos de defesa; direitos fundamentais de primeira geração). De igual modo, nas relações entre particulares, deveria prevalecer a autonomia da vontade. Os direitos fundamentais, portanto, vigoravam primordialmente no âmbito da relação indivíduo/Estado<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 109.

<sup>44</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 12.

<sup>45</sup> Nessa esteira, ver Wilson Steinmetz, *in* **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 72-78.

<sup>46</sup> Em linha semelhante, afirma J. J. Gomes Canotilho, *in* **Estudos sobre direitos fundamentais**, 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, pp. 24-25: “De Benjamin Constant a Alexis de Tocqueville, de Kant a W. V. Humboldt a Stuart Mill, o Estado Liberal configura-se como um <<Estado de limites>>, ao qual não se atribui qualquer fim de promoção da <<felicidade dos cidadãos>>, o que, entre outras coisas, corria o risco de reeditar ou o iluminismo asfíxiante da <<polícia>> setecentista ou a fúnebre imposição de uma política estadual em nome da virtude cívica e política. A atribuir-se algum fim ao Estado, esse só poderia ser o de garantia da segurança e das liberdades individuais. O esvaziamento dos fins do Estado, considerados como indissociavelmente ligados ao Estado do despotismo ou à <<virtu>> <<robepierriana>>, implicaria, como corolário lógico, a acentuação do livre desenvolvimento do sujeito e da independência privada. Nesta perspectiva, os direitos naturais racionalmente convertidos em direitos fundamentais do homem equivalem a <<direitos dos particulares>> - propriedade, liberdade, segurança – e, a ser-lhes reconhecida alguma dimensão funcionalística, essa só poderia ser a de tornarem possível <<o desfrute pacífico da independência individual>>. No plano, da práxis política, a conversão do direito natural em direito garantidor da autonomia dos particulares foi acompanhada, como realça Ph.

Segundo André Rufino do Vale, a configuração jurídica da era liberal poderia ser descrita da seguinte forma: de um lado, a Constituição, encarregada de assegurar as liberdades individuais e de organizar e limitar o poder do Estado; de outro, o Código Civil, com a incumbência de regular as atividades econômicas e sociais dos particulares. “O interesse privado tinha no indivíduo sua afetação jurídica natural, e o interesse público tinha como seu titular e executante, o Estado”<sup>47</sup>.

Na esfera econômica, o Estado deveria se abster de interferir nos interesses da burguesia ascendente. Tinha papel secundário e agiria somente em momentos de crise. Caberia ao direito privado a garantia dos interesses particulares, a estabilização e a manutenção da nova ordem econômica, social e política.

A tradição liberal prevaleceu até metade do século XIX, quando, especialmente em razão da escassez material fomentada pelo liberalismo capitalista, que alimentava a desigualdade e promovia a concentração de renda, iniciaram-se os movimentos ideológicos que ansiavam por igualdade material e não mais pela igualdade formal idealizada pelos liberais burgueses.

### 1.3. Os direitos fundamentais no Estado Social

O liberalismo foi superado não apenas pela política, mas também pela própria sociedade liberal<sup>48</sup>. A industrialização, a produção em larga escala, a

---

Raynaud, por uma congênita desconfiança relativamente à participação activa do indivíduo no poder soberano. Daí, a sua hostilidade às ideias rousseauianas da vontade geral, ideias estas julgadas abstracta e virtualmente despóticas. Em certo sentido, o paradigma liberal é radicalmente antagónico do da isonomia grega”.

<sup>47</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 39.

<sup>48</sup> Quando se afirma que o Estado Social superou o Estado Liberal não se quer dizer que este desapareceu frente às transformações estruturais derivadas do surgimento daquele. De fato, algumas características ideológicas importantes do Estado Liberal podem e são identificadas no Estado Social, malgrado seja sabido, ao final, que a principal diferença entre eles reside na mudança do papel do Estado que passa da posição de ausente para a posição de interventor e de mediador das relações jurídicas entabuladas entre os particulares. Apenas para referir, interessante a abordagem feita por Daniel Sarmiento, *in* **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 3-6, à luz da doutrina de Thomas Khun, quanto aos paradigmas liberal, social e pós-social. Na linha do que foi afirmado, explica o autor que não há modelos teóricos fechados de

concentração de riquezas e o progresso técnico frente ao Estado Liberal absentéista, que permitia a exploração do homem pelo próprio homem, revelaram as diferenças mal escondidas, em que, uns contra os outros, os homens saíam desordenadamente à procura de um lugar melhor na sociedade fragmentada, antagônica e desigual<sup>49</sup>.

Sob a ótica do liberalismo, a liberdade individual e a auto-regulação mercadológica conduziram a sociedade a um mundo de injustiças flagrantes. Os direitos fundamentais não tinham o mesmo valor de outrora. As estruturas sociais, por si só, não mais conseguiam resolver problemas de desemprego, pobreza, doença, velhice, má distribuição de renda, condições desumanas de trabalho.

Consoante expõe Thiago Luís Santos Sombra, a excessiva distância entre o Estado e a sociedade, decorrente da não intervenção daquele na autonomia privada, deu início a um processo de esmaecimento da liberdade individual, uma vez que as relações jurídicas travadas entre os particulares passaram a sofrer com a prevalência do poderio econômico. Os indivíduos foram abandonados à própria sorte no jogo do poder econômico patrocinado pela classe burguesa.

A liberdade social e a igualdade preconizadas pelo Estado Liberal e por sua respectiva ideologia nasceram fadadas ao insucesso a partir do momento em que a burguesia avocou para si a legitimidade para promover o combate às ingerências praticadas pela monarquia absolutista, uma vez que os seus interesses destoavam nitidamente das reivindicações sociais e eram inoperantes para promover o combate à desigualdade social<sup>50</sup>.

---

Estados liberal, social e pós-social. Mais: "Eles constituem, na verdade, exteriorizações no mundo jurídico de mundividências distintas, mas estas decorreram, em regra, de rupturas revolucionárias, e sim de evoluções gradualistas, que não tiveram o mesmo ritmo ou a mesma intensidade em todos os lugares".

<sup>49</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina S.A., 2006, p. 51.

Nesse contexto de insatisfação, o Estado que antes realizava as suas funções alheio aos problemas da ordem privada passou a ser cada vez mais solicitado a intervir nas esferas social e econômica para, assim, garantir o bem-estar. Os menos favorecidos, revoltados com a ordem injusta que se instalara com o consentimento daquele, pretendiam ou, ao menos, reivindicavam uma intervenção efetiva, uma transformação radical das estruturas sociais. Percebeu-se, nesse quadro, que, para a fruição dos direitos fundamentais, imperioso era garantir condições mínimas de existência para cada ser humano<sup>51</sup>.

Várias foram as doutrinas que surgiram para fomentar a ácida crítica ao liberalismo econômico (socialismo utópico, marxismo e doutrina social da Igreja)<sup>52</sup>. Marcadas primordialmente pelas concepções de intervencionismo, interdependência e de solidariedade e, ainda, pela repulsa ao individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal, alteraram profundamente o sistema dos direitos fundamentais.

O Estado Liberal transmuta-se substancialmente e assume o feitiço de Estado Social, conceito aqui empregado na sua acepção genérica, um novo Constitucionalismo<sup>53</sup>, no qual se positiva inédita categoria de direitos (direitos fundamentais de segunda geração)<sup>54</sup>, que distinta das liberdades e dos direitos de

<sup>50</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 34.

<sup>51</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 12.

<sup>52</sup> Para uma visão sintética sobre o socialismo utópico, o marxismo e a doutrina social da Igreja, vide Daniel Sarmento, *in* **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 16.

<sup>53</sup> O Estado Social pode ser identificado historicamente nas Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, vindo em resposta ao novo delineamento da questão social.

<sup>54</sup> Os direitos de segunda geração foram proclamados solenemente nas Constituições marxistas e de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia, acabando por dominar as constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, veja Paulo Bonavides, *in* **Curso de direito constitucional**. 14 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 564. Sob outro olhar, Celso Lafer, *in* **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. – São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 128, assevera que, no plano do Direito positivo, o reconhecimento da importância dos direitos de segunda geração já se encontra na Constituição francesa de 1791, que, em seu título 1º, previa a instituição do *secours publics* para cuidar de crianças abandonadas e de pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos. Na Constituição francesa de 1848, o tema aparece no item I do preâmbulo, no seguinte trecho: “*assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des avantages de la société*”. Na experiência brasileira, o reconhecimento dos direitos de segunda geração data da Constituição de 1934.

participação democrática, exige dos poderes públicos um comportamento positivo. Embora não tenham desaparecido os direitos *contra* o Estado, postulavam-se direitos *por meio* do Estado, tais como, direito à saúde, à moradia, à habitação, à segurança social, à proteção do trabalhador, à cultura, ao ensino etc.<sup>55</sup>.

O Constitucionalismo social traz, portanto, em seu bojo o reconhecimento da questão social que advém das profundas transformações sociais e econômicas havidas nos séculos XIX e XX (novo modo de produção fabril, revolução industrial e surgimento das classes operárias). A questão constitucional vem agora apresentada sob a forma dos direitos sociais, os quais em tudo diferem dos direitos de primeira geração. São o fruto da reflexão antiliberal e do aprofundamento do ideal democrático<sup>56</sup>. Surgem abraçados com o princípio da igualdade, que tem nítidas pretensões materiais, e não apenas formais, do qual não se podem separar<sup>57</sup>. Não se minimizou a liberdade, enquanto base do pensamento liberal, mas foi-lhe proporcionado um novo olhar mais condizente com o valor igualdade<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Há uma imbricação inevitável entre os direitos de abstenção e os de prestação. Não era mais possível, por exemplo, ser livre passando fome, tampouco ter assegurada a liberdade de expressão sem acesso ao ensino. Essa constatação, sob outro ponto de vista, é alcançada por Moisés Naim quando critica o Consenso de Washington.

<sup>56</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 43.

<sup>57</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 564.

<sup>58</sup> Sobre o caráter complementar dos direitos de primeira e segunda gerações, ensina Celso Lafer: “A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do ‘bem-estar social’, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito do trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementariedade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos do pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho”. In: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. – São Paulo: Companhia das Letras, 2009, pp. 127-128.

É óbvio, outrossim, que o surgimento desta nova categoria de direitos teve ao final, o papel de preservar o sistema capitalista. Mais à frente, diante das duas guerras mundiais e da crise da bolsa de Nova Iorque em 1929, percebeu-se que era preciso disciplinar e impor limites ao mercado e, por fim, garantir a livre concorrência, a observância da lei na formação dos contratos, bem como reduzir os níveis de desemprego.

Paralelamente à imposição de limites na ordem econômica, na qual não faltaram contradições e retrocessos, implementou-se uma maior proteção dos mais fracos nas relações sociais. A exemplo do que sustenta Daniel Sarmiento, o Direito do Trabalho dissociou-se do Direito Civil e passou a ser um novo ramo da ordem jurídica, o qual visava a uma maior proteção do trabalhador diante do seu empregador. O Direito Civil, por sua vez, tornou-se mais presente na limitação da autonomia da vontade em prol dos interesses da coletividade<sup>59</sup>.

A concretização da igualdade não poderia mais se restringir ao plano formal (igualdade perante a lei). Ao Estado, pois, cabia promovê-la, uma vez que premente era a necessidade de implementação de condições materiais mínimas para que as liberdades individuais pudessem ser fruídas por seus titulares. O Estado era agora o promotor dos direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, pondera José Carlos Vieira de Andrade que há neste momento histórico uma objetivação dos direitos fundamentais, na medida em que o homem não é mais visto como um portador abstrato e isolado de interesses primários, preexistentes à sociedade, que esgrime a sua autonomia como regra e condição da concepção contratualista. É parte de um conjunto, está situado e inserido no corpo social, em uma linguagem organicista. É um “homem aposteriorístico”<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 19.

<sup>60</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina S.A., 2006, p. 61.

Sob esse enfoque, segundo André Rufino do Vale, há o ponto de mutação mais importante ao longo da história de afirmação dos direitos fundamentais porquanto surge a necessidade de observância destes direitos no âmbito das relações privadas. A gradual desconstrução do modelo liberal de dicotomia entre a sociedade e o Estado impõe uma nova estrutura à relação jurídica fundamental: ao lado do modelo liberal clássico indivíduo/Estado, passa-se a considerar a relação indivíduo/indivíduo<sup>61</sup>.

Significa dizer, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento último de todos os demais direitos fundamentais, também possui dupla dimensão: negativa e prestacional. Negativa, porque o Estado e os particulares possuem o dever de se eximir de ofensa à dignidade da pessoa humana. Prestacional, porque há o dever de promoção deste valor. Ambas as dimensões se dirigem às relações entre Estado/indivíduo e entre particulares<sup>62</sup>.

Como dito alhures, esse novo *status* do constitucionalismo, que compreende o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, não tende a absorver ou a anular a liberdade individual, ao contrário, tenciona garantir o pleno desenvolvimento do ser humano, que exige a conjugação, por um lado, da sua dimensão individual, por outro, da sua dimensão coletiva<sup>63</sup>. Por esta razão, tais

---

<sup>61</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 49. Confira-se, ainda, a lição de Jorge Reis Novais: “As verdadeiras diferenças e alterações na passagem do Estado liberal para o Estado social e democrático de Direito no domínio das relações entre particulares não são as que respeitam à pretensa tomada de consciência das ameaças sociais sobre a liberdade, mas antes as mudanças no núcleo das concepções sobre os direitos fundamentais e as tarefas do Estado. O que aí muda, e decisivamente, é a perda da posição relativa da propriedade privada no sistema de direitos fundamentais, a valorização da igual liberdade individual em fundação da igual dignidade da pessoa humana e a inclusão das preocupações com a existência de condições fácticas para o exercício dos direitos fundamentais. O mundo dos direitos fundamentais emancipou-se da concepção de liberdade e autonomia individuais construídas à luz da sua marca originária burguesa, e particularmente da dependência hegemônica do direito de propriedade, e absorveu sucessivas vagas ou gerações de novos direitos”. In: NOVAIS, Jorge Reis. **Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares in A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 367.

<sup>62</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Constituição e relações privadas: questões de efetividade no tríplice vértice entre o texto e o contexto, in Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição** / organização de Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto... [et al.]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais ; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 249.

<sup>63</sup> LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8 ed. – Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 25.

direitos integram a categoria dos direitos fundamentais, para cuja consolidação contribuem de forma efetiva, de modo, inclusive, a não ser crível falar em hierarquia entre direitos de primeira e segunda gerações<sup>64</sup>.

O que houve, em verdade, foi um ciclo de eficácia duvidosa e de baixa normatividade dos direitos de segunda geração, mormente no que toca às prestações materiais exigidas do Estado, que nem sempre as instrumentaliza (e, ainda hoje, no Brasil, não as disponibiliza totalmente), seja por razões políticas, seja por carência ou limitação de meios e recursos<sup>65 66</sup>. Os direitos de segunda geração, por este motivo, foram relegados à esfera programática.

Esta última orientação, hoje, encontra-se superada, haja vista a proteção do mínimo existencial<sup>67</sup>; no entanto pode ser objeto de acirrado debate a problemática a respeito do custo das políticas públicas para concretização dos direitos de segunda geração<sup>68</sup>. De qualquer modo e por ser não ser objeto do

---

<sup>64</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 20-21.

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 564.

<sup>66</sup> A propósito, sobre a reserva do possível e a eficácia dos direitos sociais no âmbito de sua possível dimensão programática, Ingo Wolfgang Sarlet, *in* **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, pp. 280 e ss.

<sup>67</sup> No contexto brasileiro, não há como deixar de consignar que o art. 5º, § 1º, da CF/88 estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse passo, as normas que definem direitos fundamentais têm caráter preceptivo, e não meramente programático. Os direitos fundamentais não dependem de comando legislativo para serem reconhecidos e para regularem diretamente relações jurídicas. Conforme, Paulo Gustavo Gonet Branco, *in* **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 328. Por outro lado, quanto à garantia do mínimo existencial, à guisa de exemplo ver o art. 201, § 5º, da CF/88, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286 – RS, Rel. Ministro Celso de Mello, como norma de caráter auto-aplicável. Disponível em: <<

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2E+O+U+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> >>. Acesso em: 19 nov 2010.

<sup>68</sup> Sem desconhecer que, em algumas situações, é possível invocar o princípio da reserva do possível, não é menos certo que o que tem ocorrido, na realidade brasileira atual, é o descabimento da alegação de impossibilidade porque apresentada artificialmente como forma de impedir uma melhor observância dos direitos sociais. Normalmente, aqui, a celeuma não diz respeito à impossibilidade estatal, mas se trata de uma opção de governo. O Poder Judiciário, não há menor dúvida, que, para garantir o Direito e o próprio Estado Democrático de Direito, pode interferir na implementação de políticas públicas. Conforme, Paulo de Tarso Brandão, no artigo “**Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento**”. In: **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição** / organização de Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto... [et al.]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 310.

presente estudo, não se controverte, na trilha do que defende Daniel Sarmento<sup>69</sup>, que não é possível retirar dos direitos sociais toda a sua eficácia jurídica, tampouco é possível atribuir ao legislador e ao administrador público a prerrogativa exclusiva de fazer valê-los.

Nesse sentido, J. J. Gomes Canotilho sustenta que não há mais falar em normas programáticas porque todas as normas jurídicas têm força normativa independente de ato de transformação legislativa. É conferir:

(...) pode e deve falar-se da 'morte' das **normas constitucionais programáticas**. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que <<impõem uma actividade>> e <<dirigem>> materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: <<simples programas>>, <<exportações morais>>, <<declarações>>, <<sentenças políticas>>, <<aforismos políticos>>, <<promessas>>, <<apelos aos legislador>>, <<programas futuros>>, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às <<normas programáticas>> é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva) porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder público (Crisafulli)<sup>70</sup>.

Sem embargo desta constatação, não se desconhece o posterior inchaço legislativo provocado pela mudança do papel estatal, especialmente, quando visto como garante dos direitos sociais. Se sob a perspectiva liberal a Constituição tinha por ocupação primordial traçar as estruturas básicas do Estado e garantir as liberdades individuais, sob o perfil social, ampliou o seu espectro de atuação, passando a regular, muitas vezes de forma precária e não efetiva, as ordens social e econômica (Constituição dirigente). Há uma progressiva publicização do Direito Privado, na qual se insere, a exemplo do que fora antes enfatizado, a incidência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.

---

<sup>69</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 23.

<sup>70</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, pp. 1.176/1.177 (destaque no original). Por oportuno, sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ver Ingo Wolfgang Sarlet, *in* **Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas**, *in* **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro, 2007, pp. 321-354.

#### 1.4. Os direitos fundamentais na pós-modernidade<sup>71</sup>

O Estado Social passou por significativas transformações movidas, principalmente, pela mudança do paradigma social e pelo desenvolvimento econômico, científico e tecnológico. Em um primeiro momento, de cunho ascendente, houve um aprofundamento dos mecanismos estatais de intervenção e o alargamento do seu conteúdo. Em um segundo momento, contudo, a partir da década de setenta<sup>72</sup>, de cunho descendente, o Estado Social viu-se envolto em tensões, nas quais o seu sucesso já não era tão marcante e somavam-se debates a respeito do significado e da eficácia das normas constitucionais<sup>73</sup>.

O *Welfare State* não mais conseguiu se desvencilhar das dificuldades, principalmente financeiras, que o impediam de dar vazão às demandas sociais internas que vinham à tona com o processo de democratização política<sup>74</sup>. Além disso, com a globalização econômica e com o surgimento da sociedade de

---

<sup>71</sup> A expressão “pós-modernidade” foi retirada da obra “Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas” de André Rufino do Vale, para quem, segundo a lição de Jean François Lyotard, a referida expressão dialoga com a mudança do paradigma cultural da modernidade, cuja cronologia é incerta e debatida. Remonta a um período de ambiguidades e imprecisões, no qual há a irrupção de um conjunto de sinais que apresentam uma ruptura de valores como racionalidade, universalidade, cosmopolitismo e igualdade. As instituições, os conceitos e os modelos jurídicos criados e desenvolvidos sob a égide dos Estados liberal e social são colocados em xeque, haja vista a complexidade dos novos problemas que emergem da multifacetada sociedade dos finais do século XX e início do século XXI. No mesmo diapasão, Daniel Sarmiento comenta que a Modernidade envolve um projeto civilizatório antropocêntrico, que valoriza a pessoa humana, considerada como agente moral dotado de autonomia e capaz de ações racionais. Nos planos político e jurídico, notadamente, embora os Estados Liberal e Social tenham feito leituras distintas dos valores liberdade, igualdade, solidariedade e democracia deles não se afastaram. “(...) os direitos humanos, a limitação do poder dos governantes e a legitimação deste poder pelo consentimento dos governados são noções típicas da modernidade”. Na pós-modernidade, no entanto, há a descrença na razão, tida como um instrumento de repressão, e intenta-se desconstruir as principais categorias conceituais da Modernidade, como as ideais de sujeito, progresso, de verdade e de justiça. Assim, embora não possa ser definida com precisão, “prefere o particular ao universal, o micro ao marco, o efêmero ao definitivo, o sentimento à razão”. Há, segundo Sarmiento, um processo de fragmentação das identidades, no qual desponta uma aversão às construções e valores jurídicos universais. Prefere-se o relativismo ao universalismo. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 36-47.

<sup>72</sup> Crise do petróleo, em meados da década de setenta.

<sup>73</sup> MORAIS, José Luís Bolzan. **O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade**. In: **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição** / organização de Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto... [et al.]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 179.

<sup>74</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina S.A., 2006, p. 63.

informação<sup>75</sup>, consumista e de risco, era incapaz de disciplinar e controlar as atividades mundiais e os seus respectivos efeitos que, em tempo real, ultrapassavam as suas fronteiras e acabavam por influenciar, de forma dramática, a vida cotidiana de seus cidadãos.

A globalização não era, pois, apenas um fenômeno associado à circulação de recursos financeiros, mas um fenômeno de dimensões políticas, culturais, tecnológicas, científicas, produtivas, sociais etc., que mitiga a noção tradicional de Estado nacional e de suas respectivas funções.

A economia sem rédeas, cujas decisões escapam dos governos nacionais e, agora, pertencem a conglomerados empresariais e a bancos globais, inviabiliza a formulação e a concretização das políticas públicas e, a reboque, a eficácia dos direitos sociais. O liberalismo econômico pugna pela implementação do Estado Mínimo que, alheio ao modelo então desenhado de bem-estar social, no qual prevalecia a crença profunda de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visa, a qualquer custo, à prevalência da *Lex Mercatoria*.

---

<sup>75</sup> Uma das faces negativas da sociedade tecnológica e de informação é marginalização da cultura e a setorização generalizada do saber. As escolas não se preocupam com a formação de hábitos críticos. As massas são objeto de manipulação política, econômica e cultural. Os *mass media*, quando controlados pelo Estado ou por conglomerados econômicos, manipulam a opinião pública e marginalizam os grupos minoritários de dissenso. Conforme, Nicola Matteucci, in **Dicionário de Política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; tradução Carmen C. Varriale... [et al.]; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 5 ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 704. Igual sentido, Paulo Bonavides: “A globalização é ainda um jogo sem regras; uma partida disputada sem arbitragem onde só os gigantes, os grandes quadros da economia mundial, auferem as maiores vantagens e padecem os menores sacrifícios. Nesse mundo sem fronteiras – a última geração anômica do capitalismo – os pequenos e médios Estados vêm já, tomados de apreensão e sobressalto, a rapidez com que se desintegram ou se fazem obsoletos seus instrumentos antevéspera de profundas transformações que, mais uma vez, a alternativa liberdade ou escravidão – por onde sempre passa e circula a história da Humanidade – assume a mais singular dimensão de todas as épocas, ou seja, já não envolve unicamente o indivíduo, a classe, o grupo social, a Nação ou a federação de Estados – senão os povos todos, conjuntamente, universalmente, sem distinções de poder e tamanho. Por isso, agora só é possível compreender o ser humano se projetado em sua concretude universal. A globalização econômica coloca o capitalismo outra vez na selva. Do estado de natureza ele sairá tão-somente pela artéria da globalização política se esta assumir feição democrática (...). A sociedade sem lei, onde já uma vez o capitalismo imperou, ao ensejo da chamada Revolução Industrial, se reproduz, por analogia, na sociedade global contemporânea, ou seja, com a globalização, conceito tão em voga no vocabulário da economia contemporânea”. In: BONAVIDES, Paulo. **A globalização do neoliberalismo**, in **A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 283.

Há muito, Nicola Matteucci destacou: “O pensamento político liberal, atualmente, tem consciência de que, para responder ao desafio do socialismo, tem que optar entre o Estado assistencial, forma modificada do velho ‘Estado policial’, que atribui a tarefa de concretizar o bem-estar ou as finalidades sociais a máquinas burocráticas, assumindo, de tal forma, em relação aos cidadãos, uma atitude paternalista, e o Estado reduzido, que responsabiliza os indivíduos – singular e coletivamente – mediante o livre mercado”.

E advertiu: “Em outras palavras, trata-se de ver, tendo presente as inquietações da mais recente literatura liberal, se a resposta que foi dada ao problema da eficiência econômica, com a aceitação da lógica técnica, ou ao da justiça social, com o reforço do Estado administrativo, é compatível com o exercício, pelo indivíduo, de uma efetiva liberdade política e social: em síntese, se o *Welfare State* é realmente um Estado liberal”.<sup>76</sup>

Especificamente, a formulação do Consenso de Washington<sup>77</sup> é expressão, dentre outras<sup>78</sup>, da derrocada do Estado Social e coincide com o fim da Guerra Fria no final da década de 80, também conhecida como a “década perdida”. O desencanto com as ideias socialistas e com o planejamento central, que teria permeado muitos países em desenvolvimento fora do bloco socialista, despertou em toda a parte uma necessidade urgente de reflexão sobre como organizar a economia e a política destes países<sup>79</sup>.

De outra banda, na América Latina, o fantasma do neoliberalismo assolava os fracassados modelos político-econômicos vigentes, os quais estavam

---

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; tradução Carmen C. Varriale... [et al.]; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 5 ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, pp. 703/704.

<sup>77</sup> Para mais informações sobre o Consenso de Washington acessar: <<http://www.iie.com/jwilliamson.htm>>.

<sup>78</sup> Na presente dissertação, a opção pelo enfoque detalhado do Consenso de Washington deu-se porque influenciou ele substancialmente o panorama econômico brasileiro e, por consequência, a leitura feita a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

<sup>79</sup> O Consenso de Washington foi elaborado no contexto da “Revolução Conservadora”, encabeçada por Ronald Reagan e Margaret Thatcher”, que, visando a dar uma resposta clara e sólida para a tentativa de reorganização, em escala mundial, do capitalismo, acabou por aumentar o abismo entre os ricos e os pobres.

marcados pela estagnação econômica, altas taxas de inflação, baixos níveis de produtividade, excessivo protecionismo estatal e inchaço do setor público. O livre comércio, a necessidade de abertura dos mercados domésticos latino-americanos notoriamente protegidos, a concorrência estrangeira, a necessidade de enxugamento do setor público, dentre outros fatores não menos importantes, pressionavam aqueles países a adotar providências no sentido de estabilizar suas relações políticas, bem como a promover o desenvolvimento econômico com ampla integração de mercados.

Em 1989, o economista John Williamson<sup>80</sup>, pesquisador sênior do Instituto de Economia Internacional em Washington, D.C., com o objetivo de dar vazão ao que pensava a maioria dos especialistas de instituições financeiras internacionais e de centros de estudos econômicos de Washington, elaborou uma lista de recomendações, as quais incluíam disciplina fiscal, reforma tributária, desregulamentação da economia, privatização, liberação das taxas de juros, taxas de câmbio competitivas, revisão de prioridades com gastos públicos, maior abertura ao investimento estrangeiro e fortalecimento do direito à propriedade. Tal rol ficou conhecido como Consenso de Washington, que – ao fim e ao cabo – teve por objetivo fazer com que a América Latina retomasse o seu crescimento econômico e superasse a pobreza, por meio da desregulamentação dos mercados, abertura comercial e financeira e redução do tamanho e do papel do Estado.

O caráter sintético e prescritivo da proposta de Williamson era atraente; afinal necessitavam as administrações pró-mercado recém-eleitas minimizar os gastos e maximizar os resultados das reformas econômicas que estavam sendo implementadas. Além disso, a origem da proposta, bem como o

---

<sup>80</sup> John Williamson nasceu na Inglaterra em 1937. Economista do Institute for International Economics desde 1981, foi diretor do projeto para o Seminário de Alto Nível sobre Financiamento para o Desenvolvimento da ONU (The Zedillo Report em 2001); economista principal para o Banco Mundial na Ásia Meridional durante 1996-1999; professor de economia na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1978-1981), na Universidade de Warwick (1970-1977), no Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) (em 1967 e em 1980), na Universidade de York (1963-1968), e na Universidade de Princeton (1962-1963). Foi conselheiro para o Fundo Monetário Internacional (1972-1974) e consultor econômico do Tesouro do Reino Unido (1968—1970). É autor, co-autor, editor e co-editor de numerosos estudos sobre finanças internacionais e problemas da dívida externa dos países em desenvolvimento.

termo “consenso”, fez com que a criatura se desvinculasse de seu criador e ganhasse espaço público, inclusive, com conceitos modificados<sup>81</sup>.

Emerge incontroverso que muitos dos países da América Latina, altamente endividados, incentivados (especialmente por promessas de empréstimos) pelo Fundo Monetário Internacional - FMI e pelo Banco Mundial, adotaram o Consenso de Washington com diferentes graus de entusiasmo e êxito. Eleições foram ganhas com base em promessas de estabilidade econômica; aberturas de mercado e privatizações foram realizadas com o propósito de encher os cofres públicos.

Passada a euforia e diante das mudanças que ocorreram no plano político e econômico internacional ao longo da década, os governos que adotaram as propostas do Consenso de Washington perceberam que novos problemas surgiram, os quais não haviam sido previstos pelos proponentes das reformas. Por outro lado, a cada crise que passava, via-se que a pauta de viés liberalizante não era a solução perfeita para a sede por desenvolvimento, mas apenas uma etapa para o sucesso. Novas metas haviam que ser estabelecidas para completar a agenda de Williamson; outras, talvez, deveriam contrariá-la para, assim, viabilizar a complexa retomada do crescimento.

De fato, em muitos países, as reformas de mercado mostraram resultados rápidos e satisfatórios em termos de estabilidade de preços e de queda inflacionária e, em alguns, inclusive, houve crescimento econômico. Tornou-se, contudo, evidente que o êxito macroeconômico encontrava limites, se avaliada em

---

<sup>81</sup> Em entrevista concedida à Revista *Veja*, em 06 de novembro de 2002, o economista inglês John Williamson, quando perguntado se foi a América Latina enganada pelo FMI e pelo Banco Mundial porque teriam vendido a falsa ideia de que o Consenso de Washington era a tábua de salvação para a derrocada econômica que assolava a região, respondeu: “Não há soluções mágicas e rápidas. Foi um erro vender esse pacote de ideias dessa forma. Quem promete tudo nunca consegue cumprir. Ninguém pode negar que as expectativas de crescimento que existiam não foram atendidas. A América Latina continua vulnerável, mas isso não significa que todas as ideias do Consenso de Washington estejam erradas. As taxas de desemprego não seriam menores caso a América Latina tivesse seguido outro caminho. O fechamento da economia não teria aumentado o crescimento. A lei de informática adotada no Brasil na década de 80, (*sic*) é um bom exemplo dos efeitos negativos do fechamento. Todo o mundo fazendo invenções e o Brasil sem poder usá-las”. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/061102/entrevista.html>. Acesso em: 17 set. 2009, p. 02.

sua capacidade de levar os países em transição a um crescimento sustentável e equitativo.

O Consenso de Washington – diante de sua derrocada - foi amplamente criticado em face do seu caráter insuficiente, ou melhor, ineficiente. Por outro lado, as críticas começaram a partir dos próprios países que a ele aderiram.

Como ressalta Moisés Naim<sup>82</sup>, o ápice da crise do Consenso de Washington deu-se em 1994, com o Tratado do Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e com o protesto liderado pelo Exército Zapatista da Libertação Nacional, em Chiapas, nos quais os países em transição perceberam que as reformas econômicas não eram suficientes para colocá-los na trilha do desenvolvimento. O crescimento econômico pouco importava se os hospitais continuavam sem remédios, se a corrupção paralisava os portos, se os impostos não pudessem ser eficientemente arrecadados, se o sistema judicial fosse ineficiente ou não confiável, se a mão-de-obra fosse desqualificada. Era preciso haver o fortalecimento urgente das instituições para complementar as mudanças nas políticas macroeconômicas<sup>83</sup>.

Ressalta, ainda, o observador das relações internacionais que não levou em conta o Consenso de Washington o fenômeno da globalização, na medida em que não ofereceu aos países em desenvolvimento um conjunto de políticas apto a possibilitar às economias recém-abertas lidarem com as conseqüências daquele fenômeno, principalmente na esfera financeira<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Moisés Naim é venezuelano, estudioso e observador privilegiado do que ocorre na política internacional. Dirige a revista *Foreign Policy*, publicação americana especializada em relações internacionais. Ministro da Indústria e do Comércio da Venezuela, no início da década de 90, diretor do Banco Mundial entre 1992 e 1995, colunista do Jornal inglês *Financial Times*, escreveu vários livros sobre política e economia internacionais.

<sup>83</sup> NAIM, Moisés. **Ascensão e queda do Consenso de Washington: o Consenso de Washington ou a Confusão de Washington?** – Reprodução autorizada pela *Foreign Policy* 118 (Spring 2000) à Revista Brasileira de Comércio Exterior da FUNCEX - Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior.

<sup>84</sup> Tércio Sampaio Ferraz alcança conclusão interessante a respeito da relação entre Estado de Direito, desenvolvimento e globalização, in **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. – São Paulo: Atlas, 2002, p. 284. Confirma-se: "(...) hoje é possível esclarecer que o desenvolvimento, em termos de inserção de uma sociedade num projeto de crescimento econômico e transformação estrutural, é mais bem servido pelo Estado de Direito que por qualquer forma de autoritarismo. Os autoritarismos perpetuam sociedades segmentárias, estamentais, pois politizam todos os conflitos, do que se livram os regimes pelo uso da violência contra os inconformados. O desenvolvimento como passagem de uma sociedade estamental para

Ademais, redescobriram aqueles países o subdesenvolvimento, quando perceberam o tamanho do impacto da desigualdade dos fatores estruturais na empreitada do desenvolvimento econômico. Imperiosa era uma transformação na esfera social – governos honestos, um Poder Judiciário imparcial, funcionários públicos bem preparados e bem remunerados, sistemas regulatórios transparentes. Não apenas pretensiosa se mostrou a proposta de Williamson, mas, em verdade, utópica e paradoxal.

Moisés Naim conclui – diante do que já se chama de Confusão de Washington – que qualquer pauta de políticas públicas que tenha por pretensão viabilizar o progresso econômico deve procurar responder cinco indagações, as quais tenham por objeto: instabilidade econômica internacional ante a volatilidade do sistema financeiro, captação de investimentos, desigualdades sociais, fortalecimento das instituições do setor público e, por fim, percepção de que, para que as reformas econômicas encontrem êxito, devem os países em desenvolvimento confiar em um compromisso ideológico compartilhado que emerge de dentro, não imposto de fora .

Na verdade, com razão Moisés Naim na sua crítica ao Consenso de Washington. Especialmente no contexto da América Latina, deixou de observar seu maior proponente, quando da elaboração das reformas de livre mercado, o fato de que a realidade daqueles países ainda estava longe das discussões pós *Welfare State* em relação ao capitalismo mundial<sup>85</sup>. A América Latina, retardatária na

---

uma sociedade funcional exige despolitização dos conflitos, isto é, exige que a dimensão política dos conflitos econômicos, sociais, religiosos etc. seja tratada numa sede própria, a da representação política, de consensos precários e discussões permanentes”. E prossegue: “Daí o drama do desenvolvimento, simultaneamente paradigmático e sem paradigmas. Paradigmático, porque exige do indivíduo, do cidadão, dos grupos sociais, dos Estados nacionais uma espécie de integração funcional, capaz de instaurar a comunidade global como uma estrutura funcional. Sem paradigmas, porque numa comunidade internacional segmentada pela lógica da inclusão/exclusão, a ordem mundial ‘funcional’ encobre aquela segmentação, fazendo do desenvolvimento uma acomodação conjunta, sem parâmetros ou instâncias individualizadoras”.

<sup>85</sup> Daniel Sarmento afirma que, no contexto brasileiro, jamais fomos modernos e, de repente, seríamos pós-modernos (“interessa a quem?”). In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, pp. 45-46. Noutra esteira, sustenta Cimon Hendrigo Burmann de Souza: “Desse modo, não há como negar que o verdadeiro modelo de Estado Social passou muito distante de nossa realidade, ficando restrito aos países desenvolvidos. Estes, por meio de instituições consolidadas e fortes, muito caminharam no reconhecimento das conquistas sociais. Para tanto, foi de fundamental importância a atuação dos órgãos de classes, como os sindicatos, por exemplo, que contribuíram decisivamente na efetivação

economia global, estava tentando se recuperar dos sucessivos períodos de ditadura, nos quais a configuração dos direitos sociais e da distribuição equitativa de renda era realidade distante. Assim, por óbvio, não viram (a América Latina) e, em especial, o Brasil – e nem poderiam ver – cumprirem-se as expectativas de crescimento econômico. O Estado “minimizado”, ainda hoje, está frágil, subordinado ao mercado e distante da agenda social<sup>86</sup>.

Por certo, o Consenso de Washington foi, após seu notório fracasso, revisitado por John Williamson que, juntamente com o ex-ministro da Fazenda do Peru, Pedro Pablo Kuczynski, organizaram o livro *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America*, no qual reuniram um grupo de economistas da América Latina e dos Estados Unidos para rever o que tinha sido feito desde então com base no rol de reformas liberalizantes e para trazer à tona novas ideias sobre o que deveria ser feito no futuro<sup>87</sup>.

Em resumo, segundo observa Daniel Sarmiento, a globalização econômica, promovida fundamentalmente pelo Consenso de Washington, ao fortalecer os agentes econômicos e a dependência dos Estados ao capital internacional, foi fator determinante do colapso das relações laborais, dos meios de produção e das tentativas de uma maior inclusão social<sup>88</sup>. Noutros termos, a

---

de vários desses direitos. Sendo assim, enquanto na Europa e Estados Unidos as intervenções estatais implicavam melhoria considerável na qualidade de vida, na América Latina, o Estado, ao interferir nas relações econômicas, o fazia de forma desastrosa, criando cabides de emprego e fontes intermináveis de corrupção. Tudo isso fez com que o Estado se agigantasse, deixando de lado as funções que são verdadeiramente essenciais, como saúde, educação e segurança, para interferir em outras não tão relevantes. (...) Por sua vez, grande parte da população permanecia vivendo em condições precárias, amontoadas em favelas e bicos, às voltas com ditaduras e golpes políticos, evidenciando uma democracia insipiente incapaz de assegurar um mínimo de bem-estar social”. In: **A autonomia privada na perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos n. 16, 2008, p. 125.

<sup>86</sup> Mais críticas ao Consenso de Washington vide Joseph Stiglitz, *in More Instruments and Broader Goals: Moving Toward the Post-Washington Consensus*. Disponível em: <<http://www.globalpolicy.org/component/content/article/209-bwi-wto/43245.html>>. Acesso em: 31 jan. 2010.

<sup>87</sup> WILLIAMSON, John. **Depois do Consenso de Washington: retomando o crescimento e a reforma na América Latina** / John Williamson e Pedro-Pablo Kuczynski, (org.); tradução Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira; revisão técnica Lígia Maria de Vasconcellos. – São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>88</sup> Boaventura de Sousa Santos, no artigo “**O Estado do mundo segundo três indagações**”, publicado no Inquérito Jornal de Letras, 30 de maio de 2007 (disponível em: <<<http://www.ces.uc.pt/opiniaio/bss/183pt.pht>>>. Acesso em: 17 set. 2009), ao responder a seguinte indagação “como mudar o mundo onde quinhentos indivíduos mais ricos têm tanto rendimento quanto o dos 40 países mais pobres ou o de 416 milhões de pessoas e onde o colapso ecológico é uma

globalização e o impacto de seus efeitos colaterais de cunho negativo aumentaram o processo de esfacelamento do Estado Social, na medida em que foram corroendo o seu poder de efetivamente subordinar, de modo soberano, os fatores econômicos e sociais condicionantes da vida de cada comunidade política. Para Sarmiento, “cada vez mais avulta a importância de variáveis exógenas sobre a economia nacional, sobre as quais o Estado-Nação não exerce nenhum poder”<sup>89</sup>.

No plano jurídico, houve a retomada da concepção sintética e procedimental da Constituição, que somente deve se ocupar da organização do Estado e de suas funções e de garantir a vida em comum. Nesse contexto, os direitos sociais ante as propostas neoliberais não mais ostentam o caráter de universalidade. Esta última concepção, aliás, não se adequa aos novos padrões de desigualdade, que não são apenas estruturais e verticais, mas também conjunturais e horizontais. Segundo José Carlos Vieira de Andrade, os direitos a prestações sociais, enquanto direitos fundamentais, tendem, tal como os direitos de determinadas categorias sociais, a constituir discriminações positivas e, cada vez menos, podem ser concebidos como “puros direitos universais de igualdade”<sup>90</sup>.

A experiência brasileira vivida no pós-1988, apesar de marcadamente intervencionista, preocupada com a justiça social e com a igualdade substantiva, bem retrata esse quadro débil e evidencia a constatação de que somente as previsões constitucionais não têm a capacidade de, por si só, solucionar

---

possibilidade cada vez menos remota?”, afirma que as respostas dominantes são o desenvolvimento, a ajuda ao desenvolvimento e o desenvolvimento sustentável. Defende que são elas variantes da resposta que reputa fraca, na medida em que preconizam que os problemas causados pelo capitalismo se resolvem com mais capitalismo. Pressupõe que a economia do altruísmo não é uma alternativa credível à economia do egoísmo e que a natureza não merece outra racionalidade senão à irracionalidade com que a tratamos e destruímos.

<sup>89</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 28-29. Idêntica conclusão pode ser encontrada em André Rufino do Vale. In: **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Frabis Editor, 2004, p. 51. É conferir: “O esgotamento das forças estatais pode ser observado desde um ponto de vista externo como interno. Na dimensão externa, o Estado, como entidade nacional soberana, diante dos fenômenos da mundialização e da globalização, em seus mais diversos aspectos, com a emergência das mais variadas forças e fatos transnacionais e multinacionais, torna-se impotente para disciplinar e controlar as atividades planetárias e seus efeitos, que ultrapassam fronteiras. Do ponto de vista interno, quer como forma de organização do poder, perante as dificuldades de representar cidadãos e grupos e dominar os poderes sociais em uma comunidade multicultural, quer como Estado-Providência, incapaz de responder às exigências múltiplas e contraditórias da sociedade globalizada”.

os problemas sociais. Nessa esteira, inclusive, surge a discussão a respeito da judicialização da política.

De outra banda, opera-se a fragmentação da produção de normas pelo Poder Público. Em decorrência da globalização, abre-se espaço para o pluralismo, por meio do reconhecimento de novas fontes não estatais de Direito, que alheias à ideia de ordenamento jurídico, formam inúmeras cadeias normativas<sup>91</sup> que se entrelaçam de forma complexa.

Além disso, nas palavras de Daniel Sarmiento: “O Direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o direito coercitivo e sancionatório, próprio da Modernidade. No novo modelo, ao invés de impor ou proibir condutas, o Estado prefere negociar, induzir, incitar ou proibir condutas, tornando-se mais ‘suave’ o seu direito (...)”. E ainda: “Fala-se em desregulamentação e deslegalização, partindo-se da premissa de que a intervenção normativa excessiva do Estado é perturbadora nos subsistemas sociais. Prefere-se auto-regulamentação e mercado à hetero-regulamentação estatal. Na resolução de conflitos avultam instrumentos substitutivos da Justiça, como a arbitragem e a mediação. A separação entre Estado e sociedade civil, neste contexto, torna-se mais tênue e nebulosa do que nunca”<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina S.A., 2006, p. 67.

<sup>91</sup> A propósito, a teoria do Direito de Niklas Luhmann.

<sup>92</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 41-42. André Rufino do Vale aborda esta temática a partir do fenômeno da desconstitucionalização. Partindo da lição de J. J. Gomes Canotilho, pondera o autor que com o crescimento da autorregulação social descentralizada, tanto no âmbito interno como no âmbito externo do Estado, a Constituição foi posta de frente com o problema da desregulação jurídica estatal. Nesse contexto, as constituições que até então tinham por objetivo construir um plano diretor de emancipação social, viram-se imersas no pluralismo jurídico, o que trouxe à tona a sua incapacidade de abranger e controlar os problemas sociais, econômicos e políticos por meio de suas normas. A solução para o problema seria a “eticização constitucional”. Assim, “(...) se a Constituição não pode ser hoje um documento condensador da regulação social, deve continuar reunindo as ‘exigências constitucionais mínimas’, representadas pelos direitos fundamentais. O catálogo de direitos fundamentais permanece como um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e a desestruturalização moral da Constituição através de desregulações e flexibilizações. Os direitos fundamentais continuam a ‘constituir a raiz antropológica essencial da legitimidade da Constituição e do Poder Público. (...) Se o Direito Constitucional é hoje um ‘direito de restos’, pode-se dizer que os direitos fundamentais representam estes restos, que ainda tentam restabelecer um mínimo de controle social em meio à auto-regulação privada e corporativa”. In: VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, pp. 58-65.

Marcelo Neves, tendo como ponto de partida o conceito de modernidade periférica como modernidade negativa, lança fortes críticas à tentativa de aplicação do pluralismo jurídico, baseado na tradição europeia e norte-americana, notadamente, à realidade sócio-jurídica da América Latina. Entende que se trata de um grave equívoco porque implica – em última análise – empecilho à própria construção da legalidade estatal. O pluralismo deixaria de ser, na forma como foi concebido, resposta ao legalismo (onipotência estatal), para se tornar fator de confirmação da falta de legalidade enquanto generalização incluyente do direito positivo<sup>93</sup>.

Nesse diapasão, Neves afirma que há uma confusão entre os códigos jurídicos construídos e aplicados difusamente, e entre estes e os códigos de poder, da economia, da família, das amizades e das “boas relações”. O que estaria a ocorrer, sob a ótica da resolução de conflitos e da relação marginalizados *versus* privilegiados, seria a construção/confirmação de uma insegurança jurídica generalizada.

Para esse autor, essa relação desequilibrada entre subintegração e sobreintegração traria graves implicações no campo constitucional, em especial, no que tange à concretização dos direitos fundamentais. Para os marginalizados, os dispositivos constitucionais serviriam apenas como fator de restrição da liberdade, até porque as violações a seus direitos fundamentais resultariam principalmente da atividade repressiva do aparato estatal. Já para os privilegiados, as normas constitucionais, com o apoio da burocracia estatal, serviriam apenas para manter os seus privilégios. Nessa esteira, a Constituição só seria invocada quando fosse favorável aos interesses da classe dominante ou para proteger a “ordem social” defendida por esta. Ou até mesmo rechaçada (a Constituição), quando impusesse limites à esfera de ação política e econômica. Em suma, o texto constitucional não

---

<sup>93</sup> NEVES, Marcelo. **Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina** (nova versão amplamente revista). In: Mauricio García Villegas / César A. Rodrigues (orgs.). **Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos**. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA / Universidad Nacional de Colômbia, 2003, p. 261-290.

atuaria como mecanismo de autonomia operacional do Direito, mas como instrumento garantidor dos interesses políticos e econômicos dos grupos privilegiados em detrimento dos interesses dos menos favorecidos.

Partindo da teoria sistêmica de Luhmann, Marcelo Neves sustenta ainda que, quando há o enfrentamento dos problemas jurídicos da modernidade periférica, o funcionalismo se transforma em mito porquanto se torna inarredável a conclusão de que a existência de estruturas normativas não implica reconhecer que estas estejam desempenhando suas funções correspondentes. Nesse passo, a realização da função específica do Direito, entendida esta como a generalização congruente de expectativas normativas, seria irrealizável em razão da amplitude das relações excludentes de sobreintegração e subintegração em suas estruturas normativas. É dizer, a influência bloqueadora e destrutiva do poder, do dinheiro, do meio familiar, da amizade e das “boas relações” impede o Direito de exercer sua função principal de congruência generalizada de expectativas normativas.

Destaca, por último, o problema da constitucionalização simbólica, no qual quanto maior for a ineficácia da Constituição sob o ponto de vista da sua função normativo-jurídica, mais intensa será sua função político-ideológica. Daí ser possível falar em “superexploração” do Direito pela Política.

No plano das relações entre particulares, há uma maior demanda pela intervenção estatal. A prevalência dos poderes econômicos privados coloca, uma vez mais, em pauta a superação da concepção clássica da relação jurídica indivíduo/Estado. Há nítida interpenetração entre as esferas pública e privada, na qual é imperiosa a interferência estatal no intuito de restabelecer o equilíbrio entre os particulares.

Com a superação do paradigma da modernidade, portanto, há uma multiplicação progressiva de centros de poder que colocam os mais fracos na condição de subordinados. Mitigam-se os direitos fundamentais em prol da supremacia privada e da prevalência do poderio econômico. Por um lado, deduz-se

---

a necessidade de procura de soluções diferenciadas que levem em consideração as especificidades do direito privado e, por outro, o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global<sup>94</sup>.

Em contrapartida, consoante André Rufino do Vale, desenvolve-se um novo tipo de direito, o direito de solidariedade ou de fraternidade (direito fundamental de terceira geração), que, ao contrário dos direitos de defesa e à prestação estatal, “são direitos circulares, possuidores de uma horizontalidade característica e uma fortíssima dimensão objetiva, pois protegem bens que, embora possam ser usufruídos de forma individual, são também bens comunitários, dos quais todos são titulares”<sup>95</sup>.

Os direitos de solidariedade, consagrados prioritariamente no âmbito do direito internacional, transcendem a figura do homem-indivíduo, como seu titular, para se caracterizarem como direitos de titularidade difusa ou coletiva. São, conforme o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, o resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências. Dentre eles, podem ser identificados os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao

---

<sup>94</sup> Como afirma J. J. Gomes Canotilho: “Os autores (Nipperdey, Leisner, Lombardi) salientam que a agressão aos direitos, liberdades e garantias, pode resultar não apenas dos poderes públicos mas também de << poderes sociais >> ou << privados >> (associações, empresas, igrejas, partidos). Trata-se, no fundo, de uma refracção da problemática geral do << domínio dos grupos >>, da << representação de interesses organizados >>, do << corporativismo >>, dos << complexos sociais de poder >>. No plano jurídico, alguns dos problemas << do poder dos grupos >> têm vindo a ser regulamentados por legislação específica como a legislação do trabalho em caso de despedimentos, legislação sobre concorrência, legislação sobre cláusulas gerais de contratos e obrigação de contratar, legislação sobre a estrutura interna das associações. Resta, porém, o tema de eficácia dos direitos, liberdades e garantias nestes << complexos sociais de poder >>. As categorias << poder privado >> ou << poder social >> não são juridicamente assimiláveis a << poderes públicos >> e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais no âmbito da problemática da *Drittwirkung*. Todavia: (1) os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, podem também ser perturbadas por forças ou domínios sociais (Bachof); (2) a função de protecção objectiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia destes direitos no âmbito de relações privadas caracterizadas pela *situação desigualitária* das partes; (3) conseqüentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de conduta e de decisão) que cumpram a função de protecção dos direitos, liberdades e garantias”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1.293.

<sup>95</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 53.

desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, ao patrimônio histórico e cultural, à comunicação<sup>96</sup>.

Celso Lafer identifica uma possível contradição entre os direitos de primeira e de segunda geração e os de terceira geração, não obstante seja, para o autor, notória a relação de complementaridade existente entre eles.

Para Lafer, os direitos de primeira e de segunda geração têm uma titularidade inequívoca: o indivíduo. Nos direitos de terceira geração, entretanto, nos quais há a passagem da titularidade individual para a coletiva, a complementaridade dá lugar à multiplicidade infinita de grupos que podem sobrepor-se uns aos outros, o que traz uma profunda e potencial imprecisão em matéria de titularidade coletiva. Bastaria pensar na criança, na família, na mulher, nos trabalhadores, nas minorias étnicas, sexuais etc.

Além disso, em especial no plano dos direitos humanos, a afirmação do primado da coletividade em relação ao indivíduo na sua singularidade pode levar à tese de que não tem direitos, mas apenas deveres em relação ao coletivo, pois a sua plenitude somente se dá com o desenvolvimento do todo, o que pode levar – e já levou – ao totalitarismo. A solução, *a priori*, portanto, é o controle e uma maior participação democrática dos governados na afirmação do valor da

---

<sup>96</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 48-49. No mesmo diapasão: Sílvio Dobrowolski: “Na segunda metade do século XX, surge a terceira dimensão, que compreende os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrado e ao patrimônio comum da humanidade. Com estes, são ultrapassadas as fronteiras estatais, pois o seu primeiro destinatário é o próprio gênero humano, sua titularidade é difusa e postulam uma atitude solidária, a fraternidade entre os povos. Perante as pungentes diferenças materiais entre os países e a degradação ambiental causadas pela desapiada exploração econômica dos seres humanos e da natureza (...) intenta-se criar ‘um novo pólo jurídico de alforria do homem’, a ser realizado universalmente (...). É suposta, ainda, a garantia dos direitos das futuras gerações de seres humanos, com a ideia de lhes transmitir um espaço físico em condições de servir efetivamente para manutenção e desenvolvimento da vida humana”. In: DOBROWOLSKI, Sílvio. **Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988**. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª região, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

pessoa humana enquanto “valor-fonte” da ordem jurídica interna e externa, com o que se concorda<sup>97</sup>.

Paulo Bonavides se orienta de modo favorável ao reconhecimento de uma quarta geração de direitos fundamentais, que - contrária à tentativa de dar uma nova roupagem às atuais reivindicações deduzidas, em maior escala, dos clássicos direitos de liberdade (direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc.)<sup>98</sup> - é o resultado da globalização. Compõem a quarta geração dos direitos fundamentais os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo<sup>99</sup>.

### 1.5. A evolução do conceito de autonomia privada e de contrato: a intervenção pública no domínio privado

Paralelo ao processo de sedimentação histórica dos direitos fundamentais é possível identificar, por outro lado, a evolução dos conceitos de autonomia privada e de contrato<sup>100</sup>, brevemente noticiada nos tópicos anteriores,

---

<sup>97</sup> Na contradição explicitada, Celso Lafer refere-se também aos direitos de quarta geração, que, na passagem, foram suprimidos pela ora autora propositalmente e sem querer desvirtuar a orientação do doutrinador porque serão tratados a seguir. In: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. – São Paulo: Companhia das Letras, 2009, pp. 132-133.

<sup>98</sup> A crítica à tentativa de dar nova roupagem aos direitos fundamentais inerentes à vida, à liberdade, à igualdade e à fraternidade, tendo na sua base, o princípio da dignidade da pessoa humana, pertence a Ingo Wolfgang Sarlet, para quem todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno daqueles tradicionais direitos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 50-51. Sem embargo da tentativa de dar novos contornos a antigos direitos, vale retomar a sempre atual lição de Norberto Bobbio, já referida, de que não existem direitos fundamentais por natureza. Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. Nesse passo, antes de se prender à polêmica a respeito da existência de uma, duas, três, quatro ou cinco gerações de direitos fundamentais, melhor ter em mente a ideia de que a formação dos direitos fundamentais se protraí no tempo.

<sup>99</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 570-572. Uadi Lammêgo Bulos refere-se também à existência de direitos de quarta geração relativos a: informática, *softwares*, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens. In: BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. – São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 104.

<sup>100</sup> É ampla a discussão a respeito do verdadeiro papel da vontade na formação dos contratos. Classicamente, os contratos podem ser definidos como o acordo de vontades tendentes a produção de efeitos jurídicos, os quais decorrem diretamente dessa vontade manifestada. Por esta razão, fala-se em autonomia da vontade, e não em autonomia privada, entendida aquela como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico à vontade exteriorizada, no intuito de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Nesse sentido, Cimon Hendrigo Burmann de Souza. In: SOUZA, Cimon Hendrigo

porquanto nítida a relação entre estes e as noções de liberdade e de igualdade erigidas ao longo dos Estados Liberal, Social e Pós-Moderno<sup>101</sup>.

No Estado Liberal, como visto, a noção de liberdade, assim como a de autonomia privada, estava associada à ideia de que o Poder Público não deveria interferir nas relações entre particulares<sup>102</sup>. O liberalismo significava um empenho pela liberdade máxima possível de cada indivíduo<sup>103</sup>. A riqueza e o bem-estar coletivos eram entendidos como o somatório da riqueza e do bem-estar individuais. Estes eram o resultado da atividade privada na qual o Estado não intervinha<sup>104</sup>. Diante da separação do Estado e da sociedade, o que prevalecia era a

Burmann de. **A autonomia privada na perspectiva do Estado Democrático de Direito**. - Nova Lima: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos n. 16, 2008, pp. 117-144.

<sup>101</sup> Ana Prata enfatiza que essa evolução vem caminhando a passos lentos, haja vista que, ao contrário do que ocorreu com a ampliação do papel do Estado no domínio das relações privadas, vale dizer, no domínio econômico, curiosamente não se aperfeiçoou a contendo a reformulação dos conceitos de autonomia privada e, por consequência, de contrato. Sob esse enfoque, portanto, a intervenção estatal, sob a designação de “limites à autonomia privada”, assumiu caráter excepcional e cessa tão logo se torne desnecessária, retomando a mencionada autonomia toda a sua aptidão de regulamentação jurídica da vida econômica. In: PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. – Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 35.

<sup>102</sup> É preciso advertir, desde já, o leitor de que o conceito de autonomia privada adotado na presente pesquisa está limitado à liberdade negocial ou liberdade de contratar e, por esta razão, não pode ser confundido com a noção de liberdade, embora desta seja decorrência. Para um conceito mais amplo sobre autonomia privada, ver Daniel Sarmiento, in **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 154-162. Por outro lado, cumpre destacar, ainda, que não se desconhece o fato de que os contratos tiveram origem muito antes do Estado Liberal; no entanto, tendo em vista o tema proposto, necessário se fez um corte na história, inclusive, para atrelar a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à problemática da limitação da autonomia privada. Mais detalhes sobre a evolução da ideia de contrato, consultar Paulo R. Roque A. Khouri, in **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**, 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Atlas, 2009, pp. 3-4.

<sup>103</sup> Karl Hermann Flach afirma que, para os teóricos liberais dos primórdios do capitalismo como Adam Smith e David Ricardo, o liberalismo não era uma teoria de privilégios mas sim uma teoria social. Partia-se da ideia de que o progresso da totalidade teria sua máxima eficácia quando cada indivíduo tentasse por si mesmo alcançar. O padrão idealizado por eles não consistia na felicidade de alguns indivíduos, mas na felicidade de todos como soma do êxito de indivíduos trabalhadores e assíduos. In: FLACH, Karl Hermann. **O futuro da liberdade**. São Paulo: Massao Ohno Editor, 1997, pp. 23 e 31/32. Noutro sentido, Fernando Noronha: “Em 1776, Adam Smith, com o livro *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*”, podia atribuir, em passagem que ficou famosa, a uma ‘mão invisível’ a harmonia que ele e os fisiocratas franceses, seus contemporâneos, acreditavam ser inerente a uma economia de mercado. Falando em especial do capitalista (*the provider of capital*), mas fazendo uma afirmação facilmente extensível a todos os agentes econômicos dizia: ‘Na verdade, ele em regra não visa promover o interesse público, nem sabe quanto o está promovendo... Visa unicamente o seu próprio ganho e nisto, como noutros casos, é conduzido por uma mão invisível (*led by an invisible hand*) a promover um fim que não era parte de sua intenção’”. In: NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. – São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 63.

<sup>104</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. – Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 27.

vontade individual, de matriz jusnaturalista, na regulamentação de seus próprios interesses<sup>105</sup>. A economia, por sua vez, se auto-regulava.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques, “a vontade representa não só a *gênesis*, como também a *legitimação* do contrato e de seu poder vinculante e obrigatório”<sup>106</sup>.

Nesse contexto, o contrato alcança o seu apogeu como instrumento jurídico por excelência da vida econômica. Ao mesmo tempo em que garantia a prevalência das escolhas privadas, conseguia compatibilizar interesses contrapostos. Colocava os contratantes em situação de igualdade e de liberdade, ainda que formal. Por esta razão, a sua obrigatoriedade era equiparada à própria lei<sup>107</sup>. Significa dizer, ainda, que a justiça nas relações obrigacionais decorria

---

<sup>105</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 7. Siegel, *apud* Caio Mário da Silva Pereira, no final do século XIX, sustentou que a vontade individual, independentemente do contrato, ou ao lado deste, constitui fonte de obrigações. A vontade livre liga-se a si mesma, e gera a obrigação sem a intervenção de outra vontade. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**, vol. III. – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15. Sobre o voluntarismo no Direito, ver a excelente Cláudia Lima Marques. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

<sup>106</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 54.

<sup>107</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, no artigo “**Direito contratual e Constituição**”, afirma: “Na fase do Estado liberal foram construídos os três grandes princípios que nos acostumamos a tratar, que aprendemos e ensinamos, equivocadamente, como se eles permanecessem prestantes a resolver as situações negociais que estamos vivenciando neste final de século. Esses princípios regulam a relação negocial clássica, que se dá pela manifestação de vontade livre de quem propõe e a manifestação livre de quem aceita. Portanto, o acordo, o consentimento, é o substrato a que se voltam esses princípios, que são: o princípio da autonomia da vontade, o princípio da relatividade subjetiva e o princípio da obrigatoriedade, ou seja, para celebrar contratos, as pessoas são livres, o que se acorda se torna obrigatório para as partes e não ultrapassa as pessoas das partes do negócio jurídico. Na época em que vivemos, esses princípios não mais conseguem ser respostas adequadas. O atual estágio de complexidade das relações negociais nos convida a repensar, a afirmar outros princípios, ao lado desses ou em contraposição a esses, que melhor possam explicar os fenômenos negociais do final do século XX”. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/44>>, acesso em 29.10.2010. Sob o mesmo enfoque, Caio Mário da Silva Pereira assinala que, ao se constituir o direito contratual moderno, os sistemas de direito positivo consignaram a preeminência da regra segundo a qual o contrato se forma pelo consenso das partes. Retornou a velha parêmia, *pacta sunt servanda*, não apenas para dizer que os contratos devem ser cumpridos (princípio da força obrigatória), mas para generalizar que qualquer ajuste, como expressão do acordo de vontades das partes, tem igual força cogente”. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**, vol. III. – Rio de Janeiro, 2004, p. 19.

exclusivamente da liberdade atribuída às partes para ajustarem, de forma livre, as cláusulas contratuais<sup>108</sup>.

Conforme pondera Arnaldo Rizzardo, o contrato supõe a liberdade e, dentro deste ideal, admitia-se a onipotência do cidadão na administração e na disponibilidade de todos os seus bens, garantindo amplamente o direito de propriedade e a faculdade de contratar com todas as pessoas, nas condições e de acordo com as cláusulas que as partes determinassem<sup>109</sup>.

A intervenção do Estado estava confinada à fiscalização e à garantia do cumprimento das cláusulas pactuadas, é dizer, a assegurar as melhores condições de exercício e de realização dos interesses privados; dos iguais perante a lei; assegurar que a vontade criadora do contrato fosse livre de vícios ou defeitos.

No plano jurídico, símbolo da supremacia do individualismo é o Código Civil Napoleônico que, refletindo as aspirações do ideal burguês e do liberalismo a ele imanente, erigiu o contrato à máxima expressão da autonomia privada, na medida em que a sua função era primordialmente inserir os bens no fenômeno de produção e de troca<sup>110</sup>. Mais a mais, como dito alhures, cristalizava-se

---

<sup>108</sup> SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. **A autonomia privada na perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos n. 16, 2008, pp. 120-121. Ainda nesse ponto, comenta Ricardo da Silva Bastos que o fundamento filosófico da aceitação da teoria da vontade no contrato como estabelecimento da justiça contratual se encontra em Kant, quando afirma que “quando alguém decide uma coisa em relação a outra pessoa, é sempre possível que lhe faça alguma injustiça, mas nenhuma injustiça é possível quando se decide para si próprio”. E acrescenta que, elegendo-se a vontade como princípio fundamental dos contratos, na realidade está-se admitindo, ou presumindo, que a justiça contratual está automaticamente alcançada, independentemente da posição das partes ou das conseqüências advindas. Da mesma forma, não caberá, *a priori*, perquirir sobre a igualdade dos contratantes, pois a autonomia das partes induz o intérprete à conclusão de que o estabelecimento da vontade supera o eventual desequilíbrio contratual, sendo, portanto, os efeitos criados fruto da liberdade contratual. In: BASTOS, Ricardo da Silva. **Uma nova visão dos contratos à autonomia privada**. Disponível em: << <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19811/Uma%20nova%20vis%C3%A3o%20dos%20contratos%20%20A%20autonomia%20privada.pdf?sequence=1> >>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>109</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6 ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 10.

<sup>110</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 41.

a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado<sup>111</sup>. Este se ocupava de regular a sociedade civil; aquele era o Direito regulador do Estado<sup>112</sup>.

Ana Prata assevera que as codificações civis derivaram da necessidade burguesa, detentora do domínio da produção legislativa após as revoluções liberais, de utilizar o contrato de trabalho como instrumento mediador dos meios de produção e, conseqüentemente, de atribuir personalidade jurídica e capacidade negocial a todos os indivíduos. Com a separação do trabalhador dos meios de produção, característica basilar do modo de produção capitalista, aquele é transformado em proprietário da sua força de trabalho, apartado dos meios de produção. Para que esta ligação possa ser refeita, imperioso que o trabalhador, agora dotado de personalidade jurídica e de capacidade negocial, firme um contrato com o proprietário dos meios de produção. Afirma-se, pois, a liberdade das pessoas e a sua libertação dos vínculos que as prendiam à terra e aos senhores<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Entre nós, o Código Civil de 1916, impregnado pela concepção liberal e voluntarista de contrato.

<sup>112</sup> No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Mores afirma: “Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat(3) – quem primeiro separou das leis civis as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no Code(4) e que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do Séc. XIX.(5) O direito civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias a permitir a convivência social. Emblemática, em propósito, é a concepção que no Code se tem da propriedade, seu instituto central, ali definida como o “direito de gozar e dispor dos bens na maneira mais absoluta”.(6) Neste universo jurídico, as relações do direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.(7)”. In: BONDIN, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil constitucional**. Disponível em: << [http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional -\\_Maria\\_Celina\\_B\\_Moraes.pdf](http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional_-_Maria_Celina_B_Moraes.pdf) >>. Acesso em 29.10.2010. O Código Napoleônico, em seu art. 1.134, rezava que as convenções legalmente formadas eram como lei para aqueles que as fizessem.

<sup>113</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. – Coimbra: Livraria Almedina, 1982, pp. 8-9. Noutro enfoque, Paulo R. Roque A. Khouri destaca: “Os burgueses alimentados pelos princípios revolucionários da igualdade, liberdade, fraternidade, ao ascenderem ao poder, afastando a aristocracia, queriam, desde logo, ver reconhecida também a todos os franceses uma liberdade que só era conhecida aos nobres, qual seja, a liberdade de contratar, conforme anota R. C. Van Canagem. Mas os pequenos burgueses, que estavam fartos do Estado Absoluto, todo-poderoso, precisavam de um Estado que não interviesse na atividade produtiva, econômica deles. Queriam, em outras palavras, liberdade para produzir e fazer circular os bens e serviços. E tal não seria possível se o Estado não lhes reconhecesse a liberdade de contratar”. In: KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**, 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 5.

Para a autora, é nesse momento que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autônomo e operativo; e é esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico. Em suas palavras: “a autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se (...) no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”<sup>114</sup>.

Não custa referir, uma vez mais, que as primeiras Constituições nada dispuseram sobre as relações privadas, observando a postura absenteísta do Estado, a quem cabia apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas de sujeitos de direito formalmente iguais<sup>115</sup>.

Com o avanço do capitalismo e com a conseqüente evolução das forças produtivas, no entanto, viu-se que a intervenção estatal, na forma antes delineada, não era suficiente. Diante das péssimas condições de trabalho, das grandes concentrações de capitais e da mitigação da concorrência, vieram à tona, por um lado, a situação de desigualdade real dos sujeitos econômicos e, por outro, a constatação de que o exercício da livre iniciativa privada, ao nível da produção, e da autonomia privada, ao nível da circulação de bens e mercadorias, não assegurava a satisfação de todas as necessidades humanas, isto é, a realização do bem-estar social<sup>116</sup>.

É possível, pois, ver com clareza que a propriedade privada dos meios de produção e o mercado livre conduziram a uma desigualdade cada vez maior que acabou por limitar a própria liberdade. A concentração de riqueza conduziu, mesmo diante de um crescente aumento do nível de vida e de segurança social das massas assalariadas, a uma tal disparidade que tirou a base de apoio que

---

<sup>114</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. – Coimbra: Livraria Almedina, 1982, pp.10-11.

<sup>115</sup> LOBÔ, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<<http://jusvi.com/artigos/43>>>. Acesso em 29.10.2010.

<sup>116</sup> FLACH, Karl Hermann Flach. **O futuro da liberdade**. São Paulo: Massao Ohno Editor, 1997, p. 32.

justificava as relações contratuais e de propriedade, evocando-se o conceito de liberdade pessoal<sup>117</sup>.

Na realidade, conforme linhas volvidas, notou-se que, para a fruição dos direitos fundamentais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano. Era preciso intervir nas relações privadas porquanto ruíra a falsa ideia de que toda a disposição contratual de viés liberal era, por natureza, justa e garantia a liberdade e a igualdade substantiva. Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, portanto, imperiosa se fez a instrumentalização de uma teoria dos direitos fundamentais que fosse apta a harmonizar as forças econômicas em conflito, em detrimento, inclusive, do princípio do *pacta sunt servanda*<sup>118</sup>.

André Osório Gondinho defende que a evolução que se observa no Direito das Obrigações, mormente nos contratos, embora tenha tido por finalidade, direta e objetivamente, superar e corrigir as distorções de uma dogmática jurídica individualista e dissociada das transformações sociais, acabou por atender aos reclamos do princípio da dignidade da pessoa humana. O sujeito abstrato de

---

<sup>117</sup> FLACH, Karl Hermann Flach. **O futuro da liberdade**. São Paulo: Massao Ohno Editor, 1997, p. 32. No mesmo sentido, Thiago Luís Santos Sombra adverte: “Com o transcorrer dos anos sob a influência do liberalismo, a ideia de liberdade, que até então havia sido empregada exclusivamente para impulsionar as massas na Revolução Francesa, fora sofrendo substanciais abalos. Em razão da esfera de liberdade existente em face do Estado – e, por conseguinte, sua não intervenção –, as relações entre particulares começaram a se formar em inobservância a este preceito, visto que o poder econômico e as condições de desigualdade passaram a ser fator preponderantes, em detrimento da igualdade e da efetiva liberdade. A vasta gama de alternativas concedidas aos indivíduos para estabelecerem suas relações contratuais fora gradativamente sendo restringida: por lado, o teor da relação contratual não mais podia ser definido por ambas as partes, mas apenas pelo contratante com maior poderio”. In: SOMBRA, Thiago Luís dos Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, pp. 39-40.

<sup>118</sup> É muito interessante a abordagem feita por Ana Prata a respeito do paradoxo vivido atualmente pelo Direito Civil. Ressalta a autora que o aludido ramo do Direito foi concebido como expressão jurídica da liberdade humana e, hoje, vê-se impregnado por normas de ordem pública, que trazem a lume a problemática de saber até que ponto continua ser legítimo considerar a autonomia individual como centro do sistema jurídico civil. E esta contradição tende a piorar porque constitui o reflexo do paradoxo existente entre a concepção de homem como entidade individual e a sua inserção real na sociedade. A resolução do problema, pois, para a jurista portuguesa, teria como pressuposto a reformulação da noção de liberdade jurídica, não alienada da realidade social, que tenha em conta o caráter instrumental da liberdade relativamente à realização da dignidade da pessoa humana, que não ignore o confronto entre o exercício da liberdade por uns e a liberdade de todos numa sociedade. In: PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. – Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 84.

direito da teoria clássica foi substituído por um sujeito concreto, diferente de seus pares, reconhecido e tutelado por suas carências e interesses específicos<sup>119</sup>.

À evidência, a autonomia da vontade, que – grosso modo - podia ser definida como a faculdade que tinham as pessoas de concluir livremente os seus contratos, definitivamente não era um princípio absoluto<sup>120</sup>. Por isso, hoje, não obstante a falta de consenso a respeito da matéria, fala-se em autonomia privada, e não mais em autonomia da vontade, como o poder de regulamentar os próprios interesses, de acordo com o ordenamento jurídico, entendido sempre de forma objetiva, mais voltado à realidade social, e não mais à manifestação de vontade em si<sup>121</sup>.

Noutro caminhar, Orlando Gomes afirma que “a suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio dos contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente, no contrato de trabalho, gerando a insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes”. Com efeito, “a interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação da *liberdade de contratar* e o

---

<sup>119</sup> GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, pp. 227-229.

<sup>120</sup> SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de Direito Civil: contratos**, vol. III. – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25. Assim também conclui Emílio Betti, citado por Cimon Hendrigo Burmann de Souza: “Na verdade, a ‘vontade’, como fator psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, e pertence, unicamente, ao foro íntimo da consciência individual. Só na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela passa a ser um fato social, susceptível de interpretação e de valoração por parte dos consorciados. Somente declarações ou comportamento são entidades socialmente reconhecíveis e, portanto, capazes de poder constituir objeto de interpretação, ou instrumento de autonomia privada”. Mais: “(...) declaração e comportamento são a realização ordenadora de uma linha de conduta, em confronto com outras disposições, por meio das quais o indivíduo regula as suas relações com outros, e que têm, portanto, uma relevância essencialmente social e uma eficácia operativa própria, que não é validade outra forma: eficácia que, primeiro se manifesta, logicamente no plano social, e depois, graças à sanção do direito, se destina a produzir-se também no plano jurídico”. In: SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. **A autonomia privada na perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos n. 16, 2008, pp. 127-128.

<sup>121</sup> Veja Ricardo da Silva Bastos, in **Uma nova visão dos contratos à autonomia privada**. Disponível em: << <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19811/Uma%20nova%20vis%C3%A3o%20dos%20contratos%20%20A%20autonomia%20privada.pdf?sequence=1> >>. Acesso em: 16 nov 2010. Cláudia Lima Marques fala em garantia da autonomia real da vontade do contratante mais fraco. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo**

encolhimento da esfera de *autonomia privada*, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, *a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual*<sup>122</sup>.

O Estado, ao passo que interveio na economia, adentrou a esfera contratual. Primeiro, a partir da edição de leis que visavam à proteção dos economicamente fracos na sociedade. Segundo, por meio do dirigismo contratual, que limitando o âmbito de concretização da autonomia privada, buscou a conformação do contrato à realidade social subjacente<sup>123</sup>, à sua função social e aos ditames de ordem pública<sup>124</sup>.

O contrato dos moldes clássicos, entendido como mera expressão da autonomia privada, perde a sua rigidez para admitir que, além da vontade das partes, outras fontes integram o seu conteúdo<sup>125</sup>. Noutros termos, o Direito Privado

**regime das relações contratuais**, 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 182.

<sup>122</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 7.

<sup>123</sup> Nesse ponto, importa lembrar a Teoria da Imprevisão, segundo a qual se tornou notória a possibilidade, ainda que em caráter excepcional, diante de um fato imprevisto, situado fora do campo de percepção da álea normal da contratação, de revisar ou até mesmo de extinguir um contrato. Em igual sentido, Cimon Hendrigo Burmann de Souza, in **A autonomia privada na perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos n. 16, 2008, p. 126.

<sup>124</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 64. Caio Mário da Silva Pereira refere-se a “dirigismo contratual” e à “intervenção do Estado na vida do contrato”. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**, vol. III. – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 28.

<sup>125</sup> Caio Mário da Silva Pereira adverte que não é fim do contrato, porém um capítulo novo de sua evolução, já que através de sua longa vida, tem ele passado por numerosas vicissitudes. “Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da *regulamentação legal* do contrato, a fim de coibir abusos advindos das desigualdades econômicas; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva de preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele”. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**, vol. III. – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 29. Merece destaque, outrossim, conclusão de Enzo Roppo a respeito do tema: “(...) se, em alguns aspectos, o contrato se mostra actualmente em declínio, noutros aspectos, o seu papel conhece uma expansão e um relançamento; o contrato não está << morto >>, mas está simplesmente << diferente >> de como era no passado; e mais que de um retorno << do contrário ao status>>, parece legítimo falar de uma passagem de um modelo de contrato a um novo modelo de contrato, adequado às exigências dos novos tempos. Os raciocínios a que se fez referência mostraram-se agora viciados: e esse vício consiste no facto de partirem de premissas metafísicas onde é necessário assumir um ponto de vista rigorosamente histórico. Dizer que o contrato << está morto >>, afirmar – quase subentendendo a ideia de um retrocesso histórico – que o seu papel tende a ser reocupado pelo << status >>, só tem, de facto, sentido se se postula a ideia de uma << essência >> do contrato, imutável e indiferente à história. Este, no entanto, um modo impreciso de enfrentar o problema, pois impede de apreender o sentido dos factos. Sabemos que qualquer instituto jurídico,

aproxima-se do Direito Público, diante do questionamento da dicotomia Estado/indivíduo e da concepção de que a Constituição representa – ao fim e ao cabo - o fundamento da ordem jurídica e da sociedade<sup>126</sup>.

Esse processo vai se acentuar principalmente após a 1ª Guerra Mundial. O Direito Civil, enfim, sofre um grande impacto porquanto passa a ter a tarefa de adaptar os seus pilares – família, propriedade e contrato – à nova realidade social, aos reclames da pessoa humana e aos institutos que antes pertenciam, de forma exclusiva, ao Direito Público. Abre-se, pois, a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas<sup>127</sup>.

Na pós-modernidade<sup>128</sup>, tendo em vista a globalização econômica e a massificação social, bem como a hipercomplexidade das relações sociais, refina-

longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma << essência >> do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjectivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase histórica condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo – o que é duvidoso – que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma << essência >> histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações”. In: ROPPO, Enzo. **O contrato**. – Coimbra, PT: Edições Almedina, 2009, pp. 347-348.

<sup>126</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 18.

<sup>127</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. In: **A caminho de um Direito Civil constitucional**. Disponível em: << [http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional - Maria\\_Celina\\_B\\_Moraes.pdf](http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional - Maria_Celina_B_Moraes.pdf) >>. Acesso em 29.10.2010.

<sup>128</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo é categoricamente avesso à ideia de um Estado Pós-Social. Confira-se: “Para alguns, impressionados com o fenômeno crescente da globalização econômica e com a crise do Estado social, a partir da década de oitenta do século passado, já se cogitaria de um Estado pós-social. Firmando posição na controvérsia, entendo que não há, rigorosamente, Estado pós-social, ao menos sob o ponto de vista jurídico. A crise do Estado social foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, sobretudo), ou do Estado providência. No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica que real, pois dirige-se à redução do Estado empreendedor ou empresário e do garantismo legal. Mas, na medida em que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece intacta a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional, ou a ‘mão invisível’ do Estado. O Estado regulador fortalece ainda mais o processo de intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades econômicas, máxime das empresas concessionárias de serviços públicos, que lidam com coletividades adquirentes e utentes. O paradoxo atual, que confunde tantos espíritos, pode ser assim esquematizados: a intervenção jurídica cresce na proporção da redução da atividade econômica estatal e do conseqüente aumento dos poderes privados nacionais e transnacionais”. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 16 nov. 2010. Em sentido contrário, Cláudia Lima Marques defende a seguinte posição: “Com a sociedade massificada e seu individualismo crescente nasce também um crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna. Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar resposta adequais e gerais aos problemas que perturbam a

se a ideia de intervenção do Estado na esfera contratual para garantir a defesa dos aderentes<sup>129</sup>, é dizer ainda, a defesa das categorias sociais antagônicas. A atividade convergente das partes há de observar a função social do contrato, e não a recalitrância dos detentores dos poderes sociais de fazer prevalecer o poderio econômico. Impõe o proveito coletivo em detrimento do proveito meramente individual. Em última análise, tem em conta a justiça distributiva<sup>130</sup>.

Como ensina Cláudia Lima Marques: “Hoje o contrato é o instrumento de circulação das riquezas da sociedade, hoje é também instrumento de

sociedade atual e se modificam a uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação, à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito, para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito. Este fenômeno aumenta a liberdade dos indivíduos, mas diminui o poder do racionalismo, da crítica em geral, da evolução histórica e da verdade, também em nossa ciência, o direito. Fenômeno contemporâneo à globalização e à perda da individualidade moderna, assegura novos direitos individuais à diferença, desta os direitos humanos, mas aumenta o radicalismo e o conservadorismo acrítico das linhas tradicionais. (...) Se a crise da pós-modernidade não é diretamente uma crise do direito, mas uma crise da razão, inegável, porém, que hoje alcança todas as ciências, em especial a nossa ciência”. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 167-168 e 172.

<sup>129</sup> Enzo Roppo destaca: “Existe, sem dúvida, na evolução da teoria e da disciplina dos contratos, uma tendência para a progressiva *redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual*: esta tendência, que podemos definir como << objectivação do contrato >>, leva a redimensionar, sensivelmente, a influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, quer em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação”. In: ROPPO, Enzo. **O contrato**. – Coimbra, PT: Edições Almedina, 2009, p. 297. Noutro passo, Paulo R. Roque A. Khouri enfatiza que na contramão do contrato paritário, entendido como “fruto mais puro da plena autonomia da vontade das partes contratantes”, no qual a sua vinculação é praticamente absoluta ante o equilíbrio existente, está o contrato de adesão. “Aquele em que o exercício da autonomia da vontade por parte do contratante, economicamente mais fraco, se limita à liberdade de contratar ou não, ou seja, à liberdade de aderir ou não às condições impostas pelo proponente, em regra, economicamente mais forte. Mesmo quando o aderente consegue, dentro das poucas opções do mercado, escolher com quem contratar, não consegue jamais definir o conteúdo do contrato. Neste sentido é que esses contratos, são vistos sempre com reservas pelos tribunais, que procuram interpretá-los da forma mais favorável ou (*sic*) aderente, eliminando aquelas chamadas condições potestativas. Entretanto, não se quer dizer que, por ser de adesão, referidos contratos não vinculem os contratantes ou sejam nulos. Pelo contrário, até que neles seja identificado qualquer vício, o seu conteúdo vincula plenamente as partes contratantes”. In: KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 7. Sobre o contrato de adesão, ver ainda o art. 54 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

<sup>130</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6 ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 21.

proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado”<sup>131</sup>.

Aos princípios contratuais clássicos da liberdade de contratar, da força obrigatória do vínculo contratual livremente assumido e da relatividade de seus efeitos perante terceiros, agregam-se três novos princípios, a saber, o princípio da boa-fé objetiva; princípio do equilíbrio econômico; e princípio da função social do contrato. Não se trata, pois, de substituição dos princípios antigos pelos novos, mas, insista-se, de uma conjugação harmônica entre eles, que devem ser ponderados *no* e *para* o caso concreto<sup>132</sup>.

Sob a perspectiva brasileira, desde a metade do século passado, o princípio da autonomia privada vem sofrendo atenuações. Com a Constituição Federal de 1988 e com a edição da Lei de Usura, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, da Lei de Locações, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e do Código de Civil de 2002<sup>133</sup>, privilegiam-se a dignidade da pessoa humana, a função social do contrato e a necessidade de harmonização dos contratos com os direitos fundamentais<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> MARQUES, Cláudia Lima Marques. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 180.

<sup>132</sup> Conforme Antônio Junqueira de Azevedo, citado por André Osório Gondinho. In: GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 230. Igual sentido, ver Paulo Luiz Netto Lobo. In: LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>133</sup> Cláudia Lima Marques pondera que o Código Civil de 2002, embora tenha trazido em seu bojo uma concepção mais social e intervencionista de contrato massificado e introduzido os mesmos princípios do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (função social dos contratos, boa-fé objetiva e outros) no sistema jurídico privado geral, mantém certos aspectos da linha voluntarista no que se refere às obrigações contratuais em geral, em especial, à proposta, à prescrição, à decadência, aos vícios de vontade e à nulidade relativa às obrigações. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 52-53.

<sup>134</sup> Conforme Paulo R. Roque A. Khouri. In: KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 9. Como ainda ensina Erik Jayme, amplamente citado por Cláudia Lima Marques: “Se os direitos humanos recebidos na Constituição são direitos fundamentais, serão esses direitos fundamentais (normas constitucionais pétreas e básicas) que permitirão a interpretação do direito do novo milênio, que terá justamente (e necessariamente) base constitucional”. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 178.

Tal argumento ganha reforço no fato de que a Constituição Federal de 1988 atribuiu nova tábua de valores para os institutos tradicionais do direito privado<sup>135</sup>. O valor social da livre iniciativa, a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade substancial passam a ser fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse novo contexto, todas as relações privadas ganham novo paradigma, agora redefinido pelo texto constitucional<sup>136</sup>.

A exemplo do que defende Perlingieri, uma coisa é “ler” os institutos do direito privado sob ótica produtivista, da propriedade, na qual “quem possui é”, outra é “relê-los” à luz da opção ideológico-jurídica constitucional, na qual a produção, a propriedade, a economia etc. encontram limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana<sup>137</sup>.

### **1.6. Primeiras conclusões a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da perspectiva histórica**

Ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX e no início deste milênio, não há dúvida de que o Estado percorreu uma trajetória pendular<sup>138</sup>. Na sua feição liberal, privilegiou a afirmação dos direitos políticos e individuais, os quais tinham como pressupostos o individualismo e a abstenção estatal da esfera privada. Em um segundo momento, veio à tona o Estado Social, que, com a árdua missão de garantir a igualdade, consagrou (ainda que sem êxito, uma vez que igualdade se

---

<sup>135</sup> Cimon Hendrigo Burmann de Souza assevera que há, aqui, o processo conhecido como repersonalização do Direito Privado, que tem como característica principal o fato de colocar a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, e não mais o patrimônio, como se inferia das codificações de viés eminentemente liberal. E acrescenta que todas essas mudanças deixam patente a necessidade de um novo modelo hermenêutico, no qual o texto da lei não basta a si mesmo. “Ao contrário, seu sentido deve ser continuamente construído, não sendo algo que uma disciplina metódica deva desentranhar, como se ali sempre estivesse”. In: SOUZA, Hendrigo Burmann de. **A autonomia privada na perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos n. 16, 2008, p. 135.

<sup>136</sup> TEPEDINO, Gustavo. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. Disponível em: << [http://www.advbr.info/textos/direito\\_civil/biblioteca6.pdf](http://www.advbr.info/textos/direito_civil/biblioteca6.pdf) >>. Acesso em: 16 nov 2010.

<sup>137</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 04.

<sup>138</sup> Conforme Luís Roberto Barroso, in **O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público**, prefácio do livro **Interesses Públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**, 2ª tiragem

esgotou na sua dimensão formal) os direitos sociais, em outros termos, os direitos à atuação promocional do Poder Público, inclusive, na esfera das relações entre particulares. Mais à frente, influenciado por conceitos neoliberais e pelo capitalismo, abdicou da intervenção econômica direta e pôs em xeque as conquistas sociais. Diante da globalização e da ruptura do paradigma da modernidade, viu-se incapaz de conciliar os fatores econômicos e sociais, que transcendem, em muito, os seus limites territoriais. Ao Estado contemporâneo ou da pós-modernidade, como preferem alguns, coube o papel indispensável de entrega de prestações positivas<sup>139</sup> e de proteção dos particulares frente à atuação abusiva de outros particulares. Nessa esteira, não é mais possível admitir a dualidade cunhada pela tradição liberal de viés burguês, contrapondo o Estado e a sociedade.

O processo histórico, portanto, mostra que, não obstante as idas e vindas, os direitos fundamentais tiveram o seu espectro e o seu campo de incidência alargados. Não são eles apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas também normas que devem ser observadas por todos<sup>140</sup>.

---

/ colaboradores Alexandre dos Santos de Aragão... [et al.]. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

<sup>139</sup> Na esteira da lição de Cristina Queiroz, a realização dos direitos sociais não depende unicamente da institucionalização de uma ordem jurídica, nem tampouco de uma mera decisão política dos órgãos governamentais, mas da conquista de uma ordem social, na qual impere uma justa distribuição de bens, que somente poderá ser alcançada de modo progressivo. In: QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** - Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 25-26.

<sup>140</sup> Jorge Reis Novais, na defesa da teoria dos deveres de proteção, afirma que os destinatários da Constituição devem continuar a ser somente as entidades públicas, e não os particulares. Em suas palavras: “Mas importante que essa diferença (Constituição como ordenamento-quadro *versus* Constituição como ordenamento fundamental) é uma outra, a que se refere à questão de saber a quem se dirigem os limites e imposições constitucionais, ao Estado (órgãos e titulares do poder e entidades públicas) ou aos particulares? A resposta histórica do Estado de Direito a essa pergunta parece ter sido incontroversa. O problema é saber se há, hoje, razões que devem conduzir à inflexão do sentido dessa resposta. Em nosso entender, e por estritas razões de defesa da liberdade individual, dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição, não há. Todas elas apontam, ao invés, para a manutenção do sentido da origem e evolução do Estado de Direito: para que os beneficiários possam continuar a ser os particulares (a sua liberdade e autonomia, os seus direitos fundamentais), os destinatários da Constituição devem continuar a ser as entidades públicas”. In: NOVAIS, Jorge Reis. **Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares in A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 389.

À evidência, na miscelânea do público com o privado<sup>141</sup>, tornou-se inegável a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares<sup>142</sup>. O homem não pode mais ser visto como um portador abstrato e isolado de interesses primários, que impõe a sua autonomia como regra. O valor dos direitos, liberdades e garantias individuais não pode ser desprezado por outros particulares a pretexto de utilização anormal da autonomia privada<sup>143</sup>.

Aliás, não há aqui uma tentativa escancarada de erradicação da autonomia privada. Há, em verdade, uma proposta de compatibilização dos interesses privados com a realização dos valores constitucionais. A autonomia privada não é imune à incidência axiológica da Constituição<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> Virgílio Afonso da Silva faz análise interessante a respeito da alegada superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Para o jurista, em verdade, essa superação ainda não ocorreu porque os conceitos que fazem parte desta dicotomia não são capazes de explicar, por completo e exclusivamente, toda e qualquer relação jurídica existente. Admite, no entanto, que a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado não segue a configuração estanque anterior e se aproxima mais do conceito de tipos ideais. “Nesse sentido, não há grandes riscos para a existência da dicotomia no fato de que algumas – ou diversas – relações reúnam elementos do direito público e de direito privado”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 172-174.

<sup>142</sup> Analisando a temática a respeito da influência recíproca entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, pondera Ingo Wolfgang Sarlet: “Já desde o advento do constitucionalismo, o modo pelo qual se estabelece o relacionamento entre o Direito Constitucional e o Direito Privado encontra-se sujeito a câmbios marcados por diferenças quantitativas e qualitativas, dependendo principalmente do lugar ocupado pelo direito constitucional e dos efeitos atribuídos às normas constitucionais e do papel desempenhado pelo que ainda se poderia chamar de um Direito Privado. Com efeito, assim como mudaram as funções da Constituição e as funções clássicas foram substancialmente – pelo menos em muitos lugares – reconstruídas, também mudou o tratamento outorgado às constituições como norma jurídica, com sensíveis reflexos também sobre a interpretação da ordem jurídica infraconstitucional. De outra parte, é preciso considerar que a própria Constituição em sentido material – ou aquilo que se tem chamado de identidade constitucional – encontra-se em constante processo de redefinição e reconstrução, influenciando, por sua vez, também sobre a produção e alteração da constituição formal e do direito positivado no plano legal”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas**, in **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro, 2007, p. 322.

<sup>143</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1.293.

<sup>144</sup> Precisa a lição de Pietro Perlingieri: “(...) se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser radicalmente alterada a natureza dos institutos

Noutros termos, o contrato, a posse, a empresa, a propriedade e a família, institutos típicos do Direito Civil, incluem, na contemporaneidade, a pauta da ordem pública e sofrem os efeitos da irradiação dos princípios constitucionais nos espaços que antes pertenciam exclusivamente à autonomia privada. Esta agora apresenta feições redesenhadas por valores não patrimoniais, que objetivam promover a igualdade substantiva, a justiça material e a dignidade da pessoa humana<sup>145</sup>.

Como adverte André Rufino do Vale, o esfacelamento das instituições modernas e o surgimento de novas estruturas hipercomplexas, donde se identifica o nascimento de uma nova ordem sócio-jurídica, têm mostrado que, ou se reconhece uma verdadeira dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tornando-os eficazes em todos os ramos da ordem jurídica, ou se dá guarida à desordem e ao “canibalismo social”, colocando uma pá de cal sobre as conquistas históricas inerentes aos direitos fundamentais<sup>146</sup>.

De outra banda, malgrado haja quem advogue a tese de que vige um processo de desconstitucionalização ou de enfraquecimento da noção substantiva de Constituição como reitora das relações jurídicas, o que se deve ter em mente é que – do início ao fim – é ela o alicerce do Estado e da sociedade.

Pietro Perlingieri, com razão, afirma que as normas expressas na Constituição ocupam o lugar mais alto na hierarquia das fontes, de modo que é obrigação dos juristas – não mais livre escolha – levar em consideração a sua

---

patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil de interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais”. In: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco, 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

<sup>145</sup> Conforme Gustavo Tepedino. In: TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento, in A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro, 2007, pp. 309-320.

<sup>146</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, pp. 55-56.

prioridade, sempre que se deva resolver um problema concreto. A solução para cada controvérsia não pode ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do todo o ordenamento jurídico, e, principalmente, de seus princípios fundamentais, considerados como opção de base que o caracterizam e o identificam<sup>147</sup>.

Em sentido semelhante, ensina Gustavo Tepedino que o ordenamento jurídico, composto por uma pluralidade de fontes normativas, de fato, apresenta-se, necessariamente, como sistema heterogêneo e aberto; daí a sua complexidade, que só alcançará a unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade. O problema não está na pluralidade de fontes normativas ou no tamanho que se pretende atribuir ao Estado, mas na ideia de que a Constituição confere unidade ao ordenamento jurídico<sup>148</sup>.

Nesse ponto, inclusive, avulta o papel da hermenêutica e do controle de constitucionalidade como fatores garantidores da primazia da Constituição e da ideia de unidade do ordenamento jurídico. É patente que todas as normas que integram a legislação ordinária só serão válidas se com ela – Constituição - se conformarem<sup>149</sup>.

Não se pode olvidar, ainda, a força normativa da Constituição, que lhe atribui efetividade e aplicabilidade.

Por oportuno, Konrad Hesse destaca que a Constituição não configura apenas a expressão do “ser”, mas também de um “dever ser”. Significa mais do que o reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente, as

---

<sup>147</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 05.

<sup>148</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento**, in **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro, 2007, p. 314.

<sup>149</sup> Norberto Bobbio, in **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 49, confirma a supremacia da Constituição quando afirma: “Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma”.

forças sociais e políticas. Graças à sua pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, de igual modo, determinante em relação a ela. Assim, em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada a parte necessariamente mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de conflito, permitem assegurar a sua força normativa. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, é que se dará a conversão dos problemas constitucionais em questões de poder<sup>150</sup>.

Para Hesse, portanto, a Constituição (jurídica) logra converter-se em força ativa quando existe a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e as reservas derivados dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. É o que ele chama de “vontade de Constituição”, a qual se baseia, insista-se, na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa “inquebrantável” que proteja o Estado contra o desequilíbrio desmedido e disforme. De igual modo, reside na ideia de que a Constituição é mais do que mero espelho da realidade fática e de que, para que a sua concretização ocorra, é imprescindível que haja o concurso da vontade humana. “(...) todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformidade à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas”<sup>151</sup>.

Em resumo, não mais vinga a premissa de que as relações entre particulares devem albergar a dominação e a apropriação desmedida da riqueza socialmente produzida, como entendeu outrora Ferdinand Lassalle, para quem as Constituições deveriam retratar os fatores reais de poder, como, por exemplo, o poderio econômico dos banqueiros<sup>152</sup>. Em face da afirmação da supremacia da

---

<sup>150</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. – São Paulo, 2009, pp. 128, 129 e 138.

<sup>151</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. – São Paulo, 2009, p. 133.

<sup>152</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, pp. 15-16.

Constituição como fundamento vinculante do ordenamento jurídico, torna-se incontornável a conclusão de que as relações privadas a ela se sujeitam.

Sob outra perspectiva, há aqui, como sustenta Daniel Sarmento, um movimento de retorno ao Direito, entendido como peça fundamental para que haja um mínimo de harmonia e justiça (neoconstitucionalismo). Ao invés da aversão à dogmática jurídica e da busca por justiça fora do direito positivado, mostra-se mais vantajosa e segura a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social, e não apenas de contenção do poder estatal<sup>153</sup>.

Por último, as relações privadas devem atender às necessidades que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal constatação assume ainda maior relevo quando se têm presentes as desigualdades econômicas<sup>154</sup> e o fortalecimento dos poderes privados. Em verdade, este princípio confere fundamentos de legitimidade ao valor social da livre iniciativa, molda a atividade econômica privada e, em última análise, os próprios princípios que regem as relações contratuais, de modo a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, concretamente considerada<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 55-57. Ver também Pietro Perlingieri, *in* **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34.

<sup>154</sup> É notório que o crescimento econômico é condição necessária para o desenvolvimento, mas não suficiente. Muito embora a adoção de boas práticas econômicas favoreça o progresso, não é a economia capaz de promover automaticamente a justiça social, por meio, por exemplo, da distribuição socialmente justa de renda.

<sup>155</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento**, *in* **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro, 2007, p. 317. É certo, aqui, que não se está predicando a tese de que todos os direitos fundamentais encontram fundamento direto na dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, um conteúdo certo em dignidade. Este tema, inclusive, será analisado em tópico apartado. No mais, nesse ponto, calha a lição de Pietro Perlingieri: “O respeito aos valores e aos princípios fundamentais (...) representa passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos”. *In*: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 06.

## CAPÍTULO 2

### A DUPLA DIMENSÃO NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA, SEUS LIMITES E OS LIMITES AOS SEUS LIMITES

#### 2.1. Antecedentes

A partir do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, surge necessariamente a seguinte indagação: como e em que medida são os direitos fundamentais aptos a legitimamente limitar a autonomia privada? Valendo-se da lição de Wilson Steinmetz<sup>156</sup>, o problema também pode ser assim equacionado: “(...) normas de direitos fundamentais são fundamentos ou razões suficientes para a anulação (invalidação), parcial ou total, de atos da autonomia privada (...)”, como, por exemplo, os contratos?<sup>157</sup>

Do exposto no capítulo anterior, emerge indubitável que o conceito de autonomia da vontade foi redimensionado, tanto que, hoje, fala-se em autonomia privada. O contrato não é mais reconduzido à pura vontade dos interessados. Seja na esfera do Direito Civil, seja na esfera do Direito do

---

<sup>156</sup> Wilson Steinmetz, além de bem equacionar o problema ora analisado, traz importante distinção a respeito de como estudar o princípio da autonomia privada frente aos direitos fundamentais. É conferir: “Preliminarmente, são necessárias duas distinções para delimitar com precisão os contornos do problema aqui objeto de análise: (i) no plano das relações entre direitos fundamentais e autonomia privada é necessário distinguir entre: (a) restrição legislativa da autonomia privada com fundamento em normas de direitos fundamentais e restrição legislativa de direitos fundamentais com fundamento na autonomia privada, ela também um bem constitucionalmente protegido (...) e (b) restrição, ou até mesmo renúncia, negocial a direito(s) fundamental(is) em uma relação entre particulares – relação fundada juridicamente na liberdade negocial, portanto, na autonomia privada. Aqui a análise recai sobre este segundo aspecto. O primeiro é um problema de desenvolvimento legislativo de direitos fundamentais e, por conseguinte, de vinculação imediata do Poder Legislativo, na condição de poder estatal, aos direitos fundamentais. (ii) A segunda distinção é entre o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais nas relações extracontratuais e o problema dessa mesma vinculação nas relações contratuais (negociais)”. Na trilha do que enfatiza Steinmetz, aqui, se investiga a eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais bancárias, de modo que não nos interessa – de igual modo – problemas de desenvolvimento legislativo, tampouco de eficácia dos direitos fundamentais nas relações extracontratuais. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 187.

Consumidor, é instrumento para a realização de finalidades individuais, mas positivamente valoradas do ponto de vista social<sup>158</sup>.

Nesse realizar de finalidades sociais é evidente que sofre o contrato limitações legislativas e, por outro lado, limitações advindas de direitos fundamentais, já que, como visto, estes vinculam os particulares nas relações que estabelecem entre si nos diferentes campos da vida social.

Nos contratos estão em jogo, de um lado, um ou mais direitos fundamentais e, de outro, a autonomia privada, exteriorizada como liberdade contratual. Nessa esteira, a partir da dogmática constitucional, é possível argumentar se não se estaria diante de uma colisão entre direitos fundamentais e, em caso positivo, como seria possível resolvê-la<sup>159</sup>.

Responder a esses questionamentos é o objetivo do presente capítulo. Para tanto, inicialmente, cuida-se da dupla dimensão dos direitos fundamentais. Depois, trabalha-se a distinção entre regras e princípios. Na sequência, analisa-se a problemática a respeito da dignidade da pessoa como conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais. Por fim, estuda-se o âmbito de proteção da autonomia privada, seus limites e os limites aos seus limites.

## 2.2. A dupla dimensão dos direitos fundamentais

No Estado Liberal, os direitos fundamentais, com notória pretensão universalista e de inspiração jusnaturalista/iluminista, eram entendidos como limites à atuação estatal, é dizer, direitos das pessoas singulares e de exercício individual, voltados para a salvaguarda da liberdade pessoal e, posteriormente, de participação política. Na trilha do que fora repisado no capítulo anterior, o Estado deveria se abster de interferir na esfera privada. O Direito Civil

---

<sup>157</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 186-187.

<sup>158</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 100.

<sup>159</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 188.

desenvolvia-se apartado do Direito Constitucional. A Constituição ocupava-se apenas da organização estatal e da relação Estado/indivíduo. A propriedade e o contrato exsurgiam como a expressão máxima da autonomia privada; este era a lei entre os contratantes. A igualdade esgotava-se na sua dimensão formal; iguais somente perante a lei.

Com o advento do Estado Social, os direitos fundamentais ganham uma nova concepção que, atenta aos reclames sociais, à industrialização e à economia sem rédeas, visa à garantia da igualdade material e à consecução do bem-estar comum. O Estado deveria agir. Positivam-se os direitos sociais não como uma tentativa de absorver ou anular a liberdade individual, mas sim como forma de garantir a justiça social e o pleno desenvolvimento do homem<sup>160</sup>.

Agrega-se, nesse contexto, à dimensão subjetiva dos direitos individuais de matriz liberal uma perspectiva objetiva de validade absoluta e universal, que prescreve deveres ao Estado e tem em conta o homem não só como titular do direito de exigir prestações estatais positivas, mas também como ator na promoção dos ideais humanitários que alicerçam a ordem jurídica democrática<sup>161</sup>. Daí a potencial eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e o consequente reconhecimento da possibilidade de limitação da autonomia privada<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> André Rufino do Vale alerta: “A mudança para a concepção dos direitos fundamentais no Estado Social deu-se pelo fato de que o sistema criado por esses direitos não pode ser garantido tendo como base uma sociedade emancipada, centrada na economia, que se reproduz espontaneamente pelas decisões autônomas de indivíduos privados. Esses direitos devem efetivar-se por ações garantidoras e por operação de um Estado que controle em termos reflexivos, dispondo das estruturas necessárias, prevendo riscos, regulando... Em sociedades complexas, sobretudo com subsistemas horizontalmente diferentes e interligados, o efeito protetor dos direitos fundamentais já não deve ser restrito aos poderes público, mas deve também considerar o poder social das organizações. É dizer, esse efeito protetor não se define somente em termos negativos, como defesa frente a intervenções públicas, mas em termos positivos, fundando-se também em pretensões, com garantias positivas”. In: VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 76.

<sup>161</sup> Nesse sentido, sustenta Jorge Miranda que o fenômeno hodierno da relevância dos direitos fundamentais no bojo do Estado Social decorre de duas causas: a) a passagem do homem isolado para o homem situado (Burdeau); b) o pluralismo de grupos no seio da sociedade civil. In: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**, Tomo IV, 3 ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 78.

<sup>162</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 78. Por oportuno, esclarece José Carlos Vieira de Andrade: “(...) partindo do postulado de que os direitos fundamentais, na sua dimensão subjectiva (interna), se referem exclusivamente às relações entre particulares e o Estado, conclui-se que será na sua dimensão objectiva, enquanto normas constitucionais e *valores comunitários*, que se justifica e exprime a respectiva eficácia *fora do âmbito dessas relações*, em especial nas relações dos

Em outros termos, pela perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais ostentam caráter negativo e positivo. Isso porque, por um lado, atribuem aos seus titulares o direito de exigir do Estado uma postura não intervencionista na sua esfera jurídica e, por outro, impõem a este o dever de criar condições fáticas e jurídicas para que os direitos fundamentais possam ser exercidos<sup>163</sup>.

---

particulares entre si". In: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3. ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2006, pp. 145-146. A respeito do caráter de complementaridade das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, assevera Konrad Hesse: "Como elementos da ordem objetiva, determinante de *status*, limitadora de *status* e asseguradora de *status*, que inserem o particular na coletividade, os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da coletividade. Nisso existe, para as camadas de significado individuais dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, uma relação de complemento e fortalecimento recíproco; esta exclui separar o significado dos direitos fundamentais, como princípios objetivos, do seu significado primitivo e fundamental, como direitos do homem e do cidadão. In: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 239. No mesmo sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco: "(...) os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos. Isso corrobora a assertiva de que a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais neste caso atribuindo-lhe reforço de efetividade. Observe-se que esse mesmo propósito de reforço de posições jurídicas fundamentais pode exigir a elaboração de regulamentação restritiva de liberdades". In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344. Por fim, Robert Alexy: "O caráter objetivo dos princípios não pode significar que os princípios de direitos fundamentais, enquanto princípios supremos do sistema jurídico, não tenha relações com posições individuais. Isso contradiria a orientação básica dos direitos fundamentais como direitos relativos aos indivíduos e seria também incompatível com a concepção do Tribunal Constitucional Federal tem de ordem objetiva de valores como a expressão de um 'fortalecimento básico da força de validade dos direitos fundamentais' e com o fato de que, a partir dela, ele fundamenta direitos individuais. Uma compreensão da natureza objetiva no sentido de 'meramente objetiva' está fora de questão". In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 525.

<sup>163</sup> Nesse prisma, desenvolve-se a Teoria Institucional dos Direitos Fundamentais que preconiza que estes direitos, para serem efetivos, precisam ser protegidos institucionalmente e enriquecidos por atos que lhes confirmam direção, segurança, conteúdo e função. As leis, nesse passo, servem não só para limitá-los, como também para concretizá-los. Segundo Ernst-Wolfgang Böckenförde e Tatiana Malta Vieira, in **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. – Baden-Baden: Nomos, 1993, pp. 53-54; **O direito à privacidade na sociedade de informação: a efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 83. Paulo Gustavo Gonet Branco, de outro turno, sustenta: "(...) os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem à competência – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas". In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 343.

Por meio de tais direitos, pois, resultados de processos e de lutas sociais, nos quais, em face do surgimento de novas necessidades ou da reinterpretção de outras, se vindicam posições jurídicas mais vantajosas, cujo critério comum é identificável na defesa da dignidade e da autonomia do ser humano e na luta contra qualquer tipo de opressão ou dominação<sup>164</sup>.

A dimensão objetiva<sup>165</sup>, por sua vez, atribui aos direitos fundamentais o papel de condensadores dos valores mais relevantes para determinada comunidade política<sup>166</sup>. Por esta razão, não podem ficar confinados à relação Estado/indivíduo. Devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando os Poderes Estatais e os particulares no âmbito de suas relações<sup>167</sup>. Como assevera Ingo Wolfgang Sarlet, é, nesse momento, que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além da sua função primária de instrumento de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico<sup>168</sup>.

Na linha do que sustenta Daniel Sarmento, têm-se, a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, os fenômenos da eficácia irradiante e

---

<sup>164</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. **Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988**. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª região, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

<sup>165</sup> Wilson Steinmetz ressalta que a teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais é a construção teórico-dogmática mais fértil e útil do Tribunal Constitucional alemão. É o “ovo de Colombo” da dogmática dos direitos fundamentais do segundo pós-guerra. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 105.

<sup>166</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privada**, 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 106.

<sup>167</sup> Em igual sentido, ver Cristina Queiroz, *in* **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Editora Coimbra, 2009, p. 366. Para maiores detalhes sobre as formas principais do processo de “constitucionalização do ordenamento jurídico”, ou seja, sobre a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do Direito, consultar ainda Virgílio Afonso da Silva, *in* **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 38-49.

<sup>168</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 60. De igual modo, conforme André Rufino do Vale, *in* **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 77.

da filtragem constitucional<sup>169</sup>. O que significa reconhecer que todos os valores que dão guarida aos direitos fundamentais devem permear o ordenamento jurídico, condicionando as atividades dos operadores do Direito e dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, por certo, a interpretação e a aplicação das normas infralegais, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados<sup>170</sup>.

Com efeito, desta noção resultam, dentre outras, as seguintes consequências: a) a proibição de que os atos normativos de qualquer dos ramos do Direito afrontem esse arcabouço axiológico, sob pena de serem considerados inconstitucionais; b) interpretação restritiva das leis que estabeleçam limites aos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade; c) vinculação do Poder

---

<sup>169</sup> Mais especificamente no Brasil, já se manifestou o Supremo Tribunal a favor da eficácia irradiante e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais quando do *Habeas Corpus* n. 82424/RS. Naquela oportunidade, salientou o Ministro Marco Aurélio Mello que os direitos fundamentais são verdadeiros princípios estruturantes da organização e do funcionamento do Estado, valores objetivos que servem como norte da atuação estatal em seus mais diferentes níveis. Para o julgador, no Poder Legislativo, formam um catálogo de princípios e garantias que informam e direcionam toda a atividade de criação de normas e de concretização de preceitos constitucionais; no Poder Executivo, mostram-se como verdadeiros limites ao exercício do poder administrativo, servindo como “trincheiras de proteção da liberdade do cidadão”; no Poder Judiciário, refletem a base o fundamento necessário para a compreensão e interpretação das normas – efeito interpretativo -, evitando que a atividade jurisdicional se transforme em medidas discricionárias ou providências ilegítimas de opções políticas em escolhas pessoais dos juízes. Sobre a filtragem constitucional, manifestou-se Paulo Gustavo Gonet Branco: “Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva de garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344. Por derradeiro, importa destacar que Robert Alexy assinala, a partir da orientação reiterada tomada pela Corte Constitucional alemã de que “(...) as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem jurídica objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência; a tese segundo a qual se devem associar às disposições de direitos fundamentais princípios supremos que se irradiam em todos os âmbitos do sistema jurídico não é nem certa nem errada; ela apenas diz muito pouco. “Permanecem as questões acerca de como a influência deve ocorrer e que conteúdo ela tem”. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 524-528.

<sup>170</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 124. Tratando da vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, Paulo Gustavo Gonet Branco pondera: “O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de delimitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativa e Judiciário, - passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos deve conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem”. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 321.

Judiciário aos direitos fundamentais na resolução de conflitos quando se constata lacuna na legislação<sup>171</sup>; d) eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares<sup>172</sup>; e) obrigação estatal de prover as condições mínimas para um efetivo exercício dos direitos fundamentais, mediante normas de organização e procedimento; e f) dever do Estado de proteger os particulares contra a violação de seus direitos fundamentais não só perante entes públicos, mas também de ameaças derivadas de outros particulares<sup>173</sup>.

Ademais, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade. É

---

<sup>171</sup> Nesse ponto, calha trazer a lume a interessante orientação de Paulo Gustavo Gonet Branco no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário indicar quais medidas devem ser adotadas pelos Órgãos Públicos para proteger os bens jurídicos abrigados pelas normas definidoras de direitos fundamentais. É conferir: “A dimensão objetiva cria um direito a prestação associado a direito de defesa, e esse direito a prestação há de se sujeitar à liberdade de conformação dos órgãos políticos e ao conhecimento da reserva do possível. Não há cogitar, portanto, de um dever específico de agir por parte do Estado, uma vez que os Poderes Públicos gozam de discricionariedade para escolher uma das diferentes opções de ação que se lhes abrem, levando em conta os meios que estejam disponíveis, as colisões de direitos e interesses envolvidos e a sua escala de prioridades políticas. (...) Se é possível enxergar um dever de agir do Estado, não é apropriado impor-lhe *como* agir. ‘Uma pretensão individual somente poderá ser acolhida nas hipóteses em que o espaço de discricionariedade estiver reduzido a zero’”. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345. Em igual sentido, José Carlos Vieira de Andrade: “Na realidade, é indispensável considerar os limites materiais e jurídicos da actividade estadual, incluindo, além das possibilidades financeiras, a garantia da liberdade geral e a ponderação dos direitos das outras pessoas, bem como a divisão de poderes que assegure uma certa liberdade constitutiva ao legislador – sob pena de, afinal, estarmos a metamorfosear o Estado-protector num Estado-totalitário ou a transformar os tribunais, em especial o Tribunal Constitucional, num << Guardiã da Constituição >> no mau sentido de proporcionar a consolidação de um desequilibrado << Estado Judicial >>”. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 157.

<sup>172</sup> Wilson Steinmetz sustenta que o postulado da unidade material do ordenamento jurídico como fundamento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é consequência do princípio da supremacia da Constituição. Isso porque uma das funções da Constituição, como norma fundamental, é servir de parâmetro para a unidade formal e material do ordenamento jurídico. Logo, os direitos fundamentais operam como elementos de unificação material do ordenamento jurídico, e a ordem jurídica privada é parte do ordenamento jurídico, razão pela qual a exclusão das relações entre particulares, a princípio regidas pelas normas de direito privado, da incidência de direitos fundamentais é incompatível com o postulado da unidade material do ordenamento jurídico. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 104.

<sup>173</sup> VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade de informação: a efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 110. De igual modo, conforme Paulo Gustavo Gonet Branco, *in* **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344.

preciso abandonar a ideia de que a proteção destes direitos constitui um problema apenas do Estado, e não igualmente de toda a sociedade<sup>174</sup>.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais ganhou impulso teórico, na Alemanha, após a 2ª Guerra Mundial, com a denominada Teoria dos Valores, que, como reação ao positivismo jurídico extremado, ao relativismo e ao formalismo, pregava que aqueles direitos constituíam valores objetivos que

---

<sup>174</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 106. Na mesma esteira, pontua Cristina Queiroz: “Os direitos fundamentais ostentam uma parte de *contra-poder* (...), necessário numa ‘democracia pluralista’ (...). São limitações ao poder e divisão de poder. O respeito pelas pessoas como agentes livres e independentes requer um *sistema de direitos e pretensões* a ser estabelecido na Constituição. O indivíduo não é mais o ‘súbdito’, despojado dos seus direitos, sem objectividade, verdade e estatuto *fora* do Estado. Pelo contrário, é visto hoje sob as vestes discursivas de uma ‘cidadania democrática’, como titular de direitos e deveres fundamentais, ponto de imputação autônomo do funcionamento do moderno Estado de Direito democrático e constitucional. Isso pressupõe, no limite, a fundação de uma ‘comunidade constitucional inclusiva’, defendida, se for preciso, como barreira última, pelo poder judicial”. In: QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Editora Coimbra, 2009, p. 367. Igual sentido, Pietro Perlingieri: “É necessário tomar posição contra a concepção que considera o indivíduo como valor pré-social, relevante também na ótica jurídica, prescindindo da relação com os outros. Desse modo, acentua-se o isolamento do indivíduo e dos seus problemas daqueles da sociedade na qual vive, inspirando-se em uma visão individualista não compatível com o sistema constitucional. A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas, antes, como instrumentos para construir uma comunidade, que se torna, assim, o meio para sua realização. Ao conceber a comunidade em função do homem, e não ao contrário, é possível encontrar, mesmo ao nível constitucional, uma hierarquia de valores e de interesses que as comunidades se propõem a alcançar e a realizar”. In: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 38. Mais especificamente quanto à Constituição Federal de 1988, Wilson Steinmetz adverte: “A CF delinea os traços gerais de uma sociedade ideal: livre, justa e solidária (art. 3º, I). Por óbvio, dada a multiplicidade e a complexidade dos problemas do mundo atual – do mundo globalizado – a realização dessa sociedade ideal não é tarefa exclusiva do Estado. Se for verdadeira a tese de que as relações de poder estão em todas as relações sociais, então a realização dessa sociedade ideal é uma tarefa de todos – poderes públicos e poderes privados. (...) Em enunciação concisa, a CF pode ser definida como a estrutura normativa básica ou fundamental do Estado e da sociedade brasileiros”. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 91 e 99. Em sentido diverso, Virgílio Afonso da Silva critica a concepção dirigente de constituição-fundamento ou de constituição-total, amplamente aceita na doutrina brasileira, de que é a constituição a lei fundamental, não somente de toda atividade estatal e das atividades relacionadas ao Estado, mas também a lei fundamental de toda a vida social. Posição última esta defendida por Peter Häberle quando afirma que todo aquele que vive o que é regulado pela norma constitucional é também um intérprete dela. Para Virgílio Afonso da Silva, essa noção deve ser abandonada porque se levada a sério, em especial, nos casos de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais, pouco ou nada restará de autônomo a outros campos do Direito e ao legislador infraconstitucional. Nesse diapasão, as normas constitucionais não somente irradiarão efeitos pelos outros ramos do Direito, como também determinarão o conteúdo deles por completo. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 112-115.

formavam um sistema unitário de princípios decorrentes da dignidade da pessoa humana. Constituíam – não só, mas também - premissas que deveriam ser observadas por todos e em todos os ramos do ordenamento jurídico por força da própria Constituição<sup>175</sup>. Rechaçava-se, pois, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal. Colocavam-se em reflexão o Direito, a sua função social, a sua interpretação.<sup>176</sup> Falava-se em “eterno retorno” do jusnaturalismo<sup>177</sup>.

Smend, *apud* Andreas J. Krell, defende que os direitos fundamentais representam um sistema concreto de valores de um contexto cultural que resume o sentido da vida estatal contido na Constituição. Do ponto de vista político, isso significa uma vontade de integração material; do ponto de vista jurídico, a legitimação da ordem legal positiva do Estado, que somente é válida enquanto representa este sistema de valores. Os valores assentados nos Direitos Fundamentais são capazes de impregnar toda a ordem jurídica, como o exercício da discricionariedade administrativa e o preenchimento de cláusulas gerais do direito privado, como “função social”, “boa-fé”, “bons costumes”<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> Para mais detalhes sobre a formação da Teoria dos Valores, ver Daniel Sarmento, *in* Direitos Fundamentais e relações privadas, 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 109-124. Por sua vez, para críticas à Teoria dos Valores, ver Wilson Steinmetz, *in* A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 107-108.

<sup>176</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 325. Transportando essa compreensão para o Direito Civil, destaca Gustavo Tepedino que, no Estado intervencionista do século XX, a atenção do legislador se desloca para a função social que os institutos privados devem cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais. “O legislador despe-se do papel de simples garante de uma ordem jurídica e social marcada pela igualdade formal (conquista inquestionável da Revolução Francesa), cujos riscos e resultados eram atribuídos à liberdade individual, para assumir um papel intervencionista, voltado para a consecução de finalidades sociais previamente estabelecidas e tutelando, para tanto, a atividade negocial”. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. Disponível em: << [http://www.advbr.info/textos/direito\\_civil/biblioteca6.pdf](http://www.advbr.info/textos/direito_civil/biblioteca6.pdf) >>. Acesso em: 16 nov 2010. Sobre o desenvolvimento e as críticas à teoria alemã sobre direitos fundamentais como valores, ver Pablo Marshall Barberán, *in* **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, n. 10, 2006/2007, pp. 207-228.

<sup>177</sup> KREEL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 79.

<sup>178</sup> KREEL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, pp. 78-79.

Esta compreensão jurídico-objetiva também é de fundamental importância para os deveres estatais, pois a vinculação de todos os poderes aos direitos fundamentais contém uma obrigatoriedade negativa do Estado de *não fazer* intervenções nas áreas protegidas pelos direitos fundamentais e, igualmente, uma obrigação positiva de *fazer* tudo para a sua realização, mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão<sup>179</sup>.

Segundo Luís Roberto Barroso, o constitucionalismo moderno promove, assim, uma reaproximação entre a ética e o Direito. Para que esses valores possam ser compartilhados por toda a comunidade jurídica, em dado momento e em dado lugar, materializam-se em princípios que passam a estar abrigados, explícita ou implicitamente, na Constituição. Em suas palavras:

Os princípios constitucionais, portanto, implícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete<sup>180</sup>.

O constitucionalismo contemporâneo se manifesta na teoria do “Direito por princípios”, atribuindo aos aspectos axiológicos um espaço

---

<sup>179</sup> Para Andreas J. Kreeel, as experiências brasileiras com o governo autoritário pós-1964, que se serviu de “medidas legais” para limitar a independência dos órgãos estatais e restringir direitos civis e políticos da população, não levaram a uma posição mais crítica de amplos segmentos da doutrina e da jurisprudência em relação às teorias positivistas. Ainda se defende a estrita separação entre argumentos jurídicos e argumentos metajurídicos, como valorativos, ético-morais e sociológicos. E esta ausência de uma concepção crítica e reflexiva frente à norma tem impedido que os juízes ponham em prática mais alternativas que permitam uma interpretação democrática dos enunciados normativos. Para o autor, as ideologias dominantes nos processos de formação dos juristas têm conformado alguns instrumentos da interpretação jurídica que restringem seu âmbito de eficácia. In: KREEL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 80.

<sup>180</sup> BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pp. 326-327.

importantíssimo na interpretação dos direitos fundamentais, bem como de outros conceitos constitucionais abertos, se irradiando para todo o ordenamento jurídico<sup>181</sup>.

Mais especificamente quanto a dar unidade ao sistema, Robert Alexy<sup>182</sup> destaca que o significado das normas de direitos fundamentais para o

---

<sup>181</sup> KREEL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 81. Sobre a trajetória histórica dos princípios jurídicos, Paulo Bonavides em pontual resumo afirma: “Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 294. Ver, ainda, sobre a evolução da juridicidade dos princípios gerais e dos princípios constitucionais André Osório Gondinho, *in* **Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, pp. 44-53. E Luís Roberto Barroso, *in* **Interpretação e aplicação da Constituição**, 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pp. 348-350.

<sup>182</sup> Wilson Steinmetz destaca que, em meados da década de 80, Robert Alexy apresenta a sua teoria estrutural dos direitos fundamentais, de cujo núcleo faz parte a teoria dos princípios, com o propósito de reabilitar a teoria axiológica dos direitos fundamentais. Na visão Steinmetz, segundo Alexy, a teoria dos valores e a teoria dos princípios são, do ponto de vista estrutural, equivalentes. A diferença entre valores e princípios é que estes dizem respeito ao que é *devido* e aqueles ao que é *melhor*. Os valores, portanto, estão no plano axiológico; os princípios, no plano deontológico. Alexy acaba por converter a teoria dos valores em teoria dos princípios, que está menos exposta a objeções de matriz filosófica, dogmática e metodológica. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 108-109. Em sentido contrário, Pablo Marshall Barberán destaca que Habermas rechaça a equiparação entre valores e princípios levada a efeito por Alexy porque entre eles seria possível tecer quatro notas distintivas: primeiro, os princípios fazem referência a uma ação deontológica e os valores a uma ação teleológica; segundo, os princípios codificam as suas pretensões de validade de maneira binária (válido e inválido) e os valores de maneira gradual (mais ou menos preferível); terceiro, os princípios têm caráter vinculante absoluto (obrigação incondicional e universal) e os valores, relativo (preferências de uma determinada cultura ou forma de vida); e, finalmente, o sistema dos princípios deve guardar relação de consistência, enquanto, no sistema dos valores, estes competem para serem preferidos e constituem configurações que, às vezes, são flexíveis e tensas. Para Habermas, portanto, a compreensão dos princípios constitucionais como valores não permite entender o específico sentido jurídico de Constituição: ““(…) *los derechos fundamentales están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción y no conforme al modelo de bienes apetecibles*”. Quer isto dizer, ainda, que, em razão do caráter teleológico dos valores, ou seja, de realização dos bens preferidos por uma dada comunidade, os princípios perderiam o seu caráter normativo, aumentando o perigo de juízos irracionais devido à importância que se daria a argumentos funcionalistas à custa de argumentos normativos. Assim, a jurisprudência da ordem objetiva de valores dá origem a vários problemas. Primeiramente, desestabiliza a relação entre Direito e moral, devido ao caráter material dos valores. Além disso, põe em xeque a legitimidade da atuação do tribunal constitucional. Para Habermas, o tribunal que pondera valores e com esse mecanismo determina as regras aplicáveis a um caso concreto, intervém no espaço de competência destinado à decisão legislativa. Isso significa que a soberania popular é violada por uma teoria auto-referencial do tribunal, que chancela a

sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial. A fundamentalidade formal decorre da posição das normas de direitos fundamentais no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico como direitos que vinculam diretamente os Poderes do Estado. A fundamentalidade substancial informa que as decisões tomadas sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade têm como ponto de partida as normas de direitos fundamentais<sup>183</sup>.

Em síntese, os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, albergam os valores jurídicos mais importantes da sociedade, que – ao fim e ao cabo – são a expressão da dignidade da pessoa humana<sup>184</sup>. Formam um sistema axiológico unitário, consagrado implícita ou explicitamente pela Constituição, a ser prestigiado tanto pelo Estado como pelos particulares em suas relações privadas. Constituem o alicerce do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito<sup>185</sup>.

---

“autoprerrogativa” de criar a norma aplicável, e não somente de determinar a aplicação de uma regra preexistente. Neste caso, o caráter definitivo da solução judicial, derrota a aspiração de equilíbrio entre os direitos fundamentais e a decisão democrática, sem a qual a legitimidade do próprio tribunal fica comprometida. In: BARBERÁN, Pablo Marshall. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**. n. 10, 2006/2007, pp. 213 e 215.

<sup>183</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 520-523. Ver, ainda, Wilson Steinmetz, *in* **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 104.

<sup>184</sup> Não se desconhece o fato de que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, à luz da doutrina, é tratada sobre outros enfoques, tais como, teoria dos deveres de proteção do Estado, garantias institucionais; no entanto, tendo em conta a proposta do presente trabalho, entendeu-se que as noções alinhavadas são suficientes para a compreensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. No mais, Karl Loewenstein, *apud* Sílvio Dobrowolski, assinala: “Na democracia constitucional, [os direitos] são a cristalização dos valores supremos do desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade”. In: DOBROWOLSKI, Sílvio. **Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988**. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª região, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

<sup>185</sup> VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade de informação: a efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 107. Imperioso fazer uma última observação a respeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, à luz do que ensina Paulo Gustavo Gonet Branco e Daniel Sarmento, não pode ela ser acentuada desmesuradamente a ponto de perturbar a sua função asseguradora das liberdades individuais, em face de interesses contrastantes da coletividade. “Direitos fundamentais sem fundamentalismo”. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privada** / Daniel Sarmento. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 138-140. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345.

Por derradeiro, nesse ponto, não há como deixar de referir que Virgílio Afonso da Silva, no caso específico do Brasil, não comunga do entendimento de que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais decorre exclusivamente da dimensão objetiva desses direitos. Para tanto, afirma que, antes de qualquer entendimento apressado sobre o tema, é preciso tomar cuidado com o chamado “empréstimo constitucional”, ou seja, com a adoção, no cenário nacional, de modelos constitucionais estrangeiros sem efetivamente compreendê-los. Para o jurista, inclusive, seria lugar comum (e equivocado) tentar justificar, no Brasil, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais a partir da noção de que esses direitos constituem uma ordem objetiva de valores, o que extrapolaria a clássica concepção de viés liberal-negativo prevista na carta constitucional alemã de que somente os poderes públicos estariam a eles vinculados<sup>186</sup>.

Silva defende que, além de exercerem a função de defesa contra o Estado, os direitos fundamentais, a partir da sua evolução histórica, passaram a ostentar a função de direito à segurança, máxime porque as suas violações não partem e não partiam somente do Estado, mas também de outros cidadãos. Essa constatação, portanto, seria apta a colocar uma pá de cal sob o argumento de que os direitos fundamentais devem ser aplicados somente nas relações entre Estado e indivíduos ou, quando muito, indiretamente nas relações entre particulares por meio da interpretação do Direito Privado, a partir dos valores constantes do texto constitucional<sup>187</sup>.

Não seria possível esquecer que a Constituição alemã (1949) adotava, ainda que formalmente, um modelo liberal de direitos fundamentais que previa expressamente a vinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a esses direitos, ao contrário do que já acontecia na seara brasileira, a partir da Constituição de 1934, que previa direitos os quais suplantavam as relações Estado/indivíduo<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1 ed., 2 tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 135-136.

<sup>187</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2 tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 137-138.

<sup>188</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2 tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 140.

Além disso, na Alemanha, diante de um rol de direitos fundamentais de defesa, de caráter meramente negativo, e de uma previsão expressa de que os Poderes Estatais eram os seus destinatários, outra não foi a solução senão recorrer à ideia de que esses direitos precisavam ter seu campo de atuação expandido para alcançar todas as faces da vida social. Era preciso elevá-los a condição de valores fundamentais<sup>189</sup>.

E volta a insistir o constitucionalista que a expressa nomeação dos Poderes Estatais como destinatários exclusivos dos direitos fundamentais não se repete na ordem constitucional brasileira, de modo que não há justificativa para ratificar o recurso a uma ordem de valores para superar uma limitação constitucional textual, como ocorreu no caso alemão<sup>190</sup>.

De fato, não está Virgílio Afonso da Silva, de todo, despido de razão, porquanto não deixa de ter o recurso à dimensão objetiva dos direitos fundamentais alto grau de abstração e um certo caráter de incompletude, o qual – adverte-se - não está em discussão na presente pesquisa. No entanto, não há como negar que, de alguma forma (se certa ou não), a invocação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem conseguido explicar de forma racional, entre nós, a influência destes nas relações entre particulares<sup>191</sup>.

### **2.3. Direitos fundamentais: a distinção entre regras e princípios**

Partindo da afirmação de que os direitos fundamentais exprimem valores que devem se irradiar por todo o ordenamento jurídico e de que se

---

<sup>189</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2 tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 140.

<sup>190</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2 tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 141.

<sup>191</sup> Em idêntico sentido, consultar Wilson Steinmetz, *in* **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 109-110.

materializam em princípios<sup>192</sup> que passam a ser albergados, explícita ou implicitamente, pela Constituição, importa neste primeiro momento compreender – ainda que em breves termos - a distinção entre regras e princípios. Essa diferença é essencial para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Além disso, o assunto se entrelaça com a busca da compreensão do conteúdo e dos limites dos multicitados direitos, mormente quando postos em conflito<sup>193</sup>.

É lição amplamente difundida no Direito Constitucional a de que as regras e os princípios são espécie do gênero norma jurídica porque são razões para juízos concretos de dever-ser. De outra banda, proceder à diferenciação entre estas espécies normativas não é tarefa fácil, muito embora seja de indispensável importância para a compreensão dos direitos fundamentais<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Vezio Crisafulli, citado por André Osório Gondinho, sustenta que “princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. In: GONDINHO, André Osório. **Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 44.

<sup>193</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 362. Em igual sentido, Robert Alexy afirma: “Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas (diferenciações teórico-estruturais) é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. 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 distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** / tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 86.

<sup>194</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** / tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 87. Nesse ponto, reconhece Ronald Dworkin a dificuldade em distinguir as regras dos princípios. É conferir: “A forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio. (...) Em muitos casos, a distinção é difícil de estabelecer – é possível que não se tenha estabelecido de que maneira o padrão deve funcionar; esse ponto pode ser por ele próprio o foco da controvérsia. (...) Às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e as diferenças entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** / tradução Nelson Boeira. 2 ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 43-44.

Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>195</sup> destacam-se como os grandes doutrinadores a respeito da temática, especialmente quando se tem em conta a moderna concepção de que o sistema jurídico é aberto, comportando regras e princípios, em oposição à ideia de que é hermético, de disciplina legislativa ininterrupta e exaustiva, formado exclusivamente por regras a serem aplicadas por meio de subsunção<sup>196</sup>.

Para Alexy, partindo de um critério qualitativo e estrutural, os princípios são *mandamentos de otimização*, os quais devem ser realizados da melhor forma possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As regras, por sua vez, contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Ou são válidas, ou não são, não se submetendo à ponderação, mas sim à subsunção. É dizer, ainda, um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que o elimine, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida (*lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali...*). Na aplicação das regras, não há graduação. Já os princípios observam a técnica da ponderação (sopesamento), de modo que se deve decidir em favor daquele que tem maior peso, sem que o princípio considerado de menor peso possa ser tido por expungido ou ignorado pelo ordenamento jurídico, como ocorreria se houvesse um conflito entre regras. Os

---

<sup>195</sup> Não é menos verdade que há inúmeros outros doutrinadores que abordam o tema; no entanto é notório que Ronald Dworkin e Robert Alexy acabaram por fazer escola na doutrina especializada sobre a matéria. De fato, não há trabalho acadêmico contemporâneo sobre a temática que não faça, mesmo que *an passant*, alusão a esses juristas. Por outro lado, não custa referir que Virgílio Afonso da Silva afirma que é comum classificar as teorias sobre a distinção entre princípios e regras em três grandes categorias: a) teorias que pregam a distinção forte, ou seja, princípios e regras têm estruturas lógicas diversas; b) teorias que propõem uma distinção débil; regras e princípios somente teriam uma diferença de grau; c) teorias que rejeitam a possibilidade de distinção, segundo as quais princípios e regras teriam as mesmas qualidades lógico-deonticas e, embora não fossem idênticos, o grau de semelhança seria tão grande que seria impossível diferenciá-los. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1 ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 31. É indubitável que as distinções levadas a efeito por Alexy e Dworkin enquadram-se nas “teorias fortes”.

<sup>196</sup> J. J. Gomes Canotilho assinala que “o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma << *living constitution* >>”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1.163. A respeito da subsunção, Carlos Maximiliano afirma: “A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete as prescrições da lei a uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado”. In: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 5.

princípios são cumpridos em graus variados, ou seja, podem ser mais ou menos satisfeitos, a depender das situações fáticas e jurídicas envolvidas. Há aqui uma relação de precedência entre princípios sob determinadas condições<sup>197</sup>.

Para Dworkin, a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, e não qualitativa como compreende Alexy. As regras descrevem situações e prescrevem resultados específicos. Ou são funcionalmente importantes ou desimportantes. De outra banda, os princípios têm textura aberta e não pretendem reger situações de aplicação. Possuem uma dimensão de peso ou de importância que as regras não têm. São abstratos, tanto que dispensam corporificação em dispositivos legais. No caso de tensão entre regras, a solução deve ser o abandono de uma delas ou o estabelecimento de uma regra de exceção, pois funcionam à base do *tudo-ou-nada* (*all or nothing*). No conflito entre princípios, ao contrário, mister observar a força relativa de cada um deles. Esta força não pode ser uma mensuração exata, e o julgamento que determina que um princípio deva prevalecer sobre outro será frequentemente objeto de controvérsia<sup>198</sup>.

J. J. Gomes Canotilho propõe alguns critérios para distinguir as regras dos princípios, quais sejam: grau de abstração, grau de determinabilidade na

---

<sup>197</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** / tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 90-91. Noutro enfoque, André Osório Gondinho destaca que a teoria formulada por Alexy poderia levar, *a priori*, a algumas contradições as quais precisariam ser levadas em consideração. A princípio, haveria situações em que as colisões entre princípios poderiam ser resolvidas mediante a declaração de invalidade de um deles, ou seja, sem recorrer à técnica da ponderação. Assinala o autor, no entanto, que Alexy considera que essas situações não podem ser consideradas como objeções à sua tese porque entende que, no tocante ao problema da invalidade dos princípios, trata-se de princípios extremamente fracos, a saber, princípios que em nenhum caso prevalecem sobre os demais. De outra banda, quanto à existência de princípios absolutos, que gozariam de preferência sobre quaisquer outros princípios, assinala Gondinho que Alexy não comunga dessa orientação porquanto, se assim o fosse, seria caso de modificar a definição de princípio. Se um princípio, em caso de colisão, precede todos os demais, e também de que uma regra estabelecida se há de seguir, significa que a sua realização não conheceria limites jurídicos. Haveria somente fronteiras fáticas. Não seria possível o teorema a colisão. In: GONDINHO, André Osório. **Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, pp. 58-59. Por derradeiro, sobre as respostas de Robert Alexy às críticas feitas por Habermas e Böckenförde, ver **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. – Madrid: Fundacion beneficentia et peritia iuris, 2004.

<sup>198</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** / tradução Nelson Boeira. 2 ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 35-46.

aplicação no caso concreto, caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes de Direito, proximidade da ideia de Direito e natureza normogenética<sup>199</sup>.

Para o constitucionalista português, os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado e, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras do legislador e do juiz. As regras, ao revés, possuem uma abstração relativamente reduzida e são suscetíveis de aplicação direta. Mais a mais, os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico. São *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na “ideia de Direito” (Larenz). Noutra passo, as regras podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional. Por último, os princípios são a razão de ser das regras, desempenhando, com efeito, uma forma normogenética.

Entre nós, Virgílio Afonso da Silva assinala que não há razão para perquirir sobre a prevalência de uma classificação em detrimento de outra. O principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. As regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos, ao passo que nos princípios são garantidos direitos ou impostos deveres *prima facie*. Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma com estrutura de regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto e ainda que seja sabido que possa comportar exceções. Nos princípios, por outro lado, não se pode falar em realização total daquilo que a norma exige. Em geral, essa realização é parcial porque há nos princípios uma diferença entre aquilo que é garantido ou imposto *prima facie* e aquilo que é imposto ou garantido definitivamente<sup>200</sup>.

Quando há conflitos normativos, ou seja, quando se identifica a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas

---

<sup>199</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, pp. 1.160-1.162.

<sup>200</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 45-46.

cujas consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis, Virgílio Afonso da Silva avaliza o pensamento de Robert Alexy. Defende que o conflito entre regras deve ser resolvido no plano da validade porque “sempre que há conflito entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade”. Já no conflito entre princípios, ou seja, quando prevêm consequências jurídicas incompatíveis para o mesmo ato, fato ou posição jurídica, estabelece-se uma relação de precedência entre princípios, que terá sempre como ponto de partida a situação concreta analisada<sup>201</sup>.

O diferencial entre os referidos doutrinadores é a forma como resolvem os conflitos entre regras e princípios.

Para Alexy, quando um princípio colide com uma regra, deve haver um sopesamento, não entre o princípio em colisão e a regra, mas entre aquele e o princípio que serve de inspiração para a regra.

De sua vez, Virgílio Afonso da Silva reputa essa solução problemática porque atribui à regra alto grau de insegurança jurídica, na medida em que se admite o seu afastamento pelo operador do Direito em homenagem a um princípio tido por mais importante. Em verdade, não se pode falar em colisão propriamente dita porque o que há é simplesmente o produto de um sopesamento já realizado pelo legislador entre dois princípios que garantem direitos fundamentais. Há aqui uma relação de restrição, e não de colisão. A regra, portanto, deve ser aplicada por mera subsunção, mormente quando considerada constitucional e ainda que haja a necessidade de sopesamento entre princípios para a criação de uma regra que institui exceção à regra proibitiva<sup>202</sup>.

Do exposto e sem embargo da multiplicidade de concepções sobre a matéria, pode-se afirmar que as regras são normas que estabelecem, de pronto, os efeitos que pretendem produzir no plano fático, ao passo que os

---

<sup>201</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 49.

<sup>202</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 51-56.

princípios indicam efeitos relativamente indeterminados porque, a partir de certo ponto, a sua definição depende de outras considerações<sup>203</sup>.

Outro ponto importante – e não pacífico na doutrina – é a existência, ou não, de hierarquia entre princípios e regras.

Luís Roberto Barroso sustenta que não há falar em hierarquia, por força do princípio da unidade da Constituição. A ordem jurídica é um sistema que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. As suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis porquanto cabe ao intérprete a busca da harmonização possível, em concreto, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Para o jurista, “conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição<sup>204</sup>.”

Em sentido contrário, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os princípios são, por definição, mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces dele, disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Segundo André Osório Gondinho, *in* **Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 60.

<sup>204</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 372. J. J. Gomes Canotilho alcança idêntica conclusão *in* **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1.183-1.184..

<sup>205</sup> Virgílio Afonso da Silva defende que a concepção de princípio idealizada por Celso Antônio Bandeira de Mello não se coaduna com o conceito de princípio construído por Alexy. “*Isso por o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão. (...) uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para sua classificação*”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 36 (original com destaque).

Ainda segundo o autor, violar um princípio é mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É conferir: “É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”<sup>206</sup>.

Roberto Freitas Filho afirma que, embora não haja, *a priori*, hierarquia entre princípios e regras do ponto de vista da validade de uma regra que não esteja em conformidade com o conteúdo de sentido normativo de um princípio, há, em alguma medida, hierarquia axiológica e teleológica entre as aludidas espécies normativas. E exemplifica: “(...) uma regra que seja interpretada em um sentido contrário ao de um determinado princípio constitucional pode ser, por esse motivo, declarada inválida pelos tribunais”<sup>207</sup>.

Das considerações precedentes, imperioso admitir que não há hierarquia entre os princípios e regras constitucionais porque não há normas constitucionais meramente formais, nem hierarquia de supra ou infra-ordenação na Constituição<sup>208</sup>.

Calha a observação de Inocêncio Mártires Coelho no sentido de que, no final das contas, acaba por ser estéril e frustrante a tarefa de procurar a diferença ontológica entre regras e princípios e, por que não, de uma suposta hierarquia. Para o jurista, quer se trate de regras ou de princípios, de valores ou de diretrizes políticas, o que há são pautas axiológicas cuja realização está a depender, em um primeiro momento, das grandes opções sociais e, afinal, para a sua efetiva

---

<sup>206</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. rev., atual. até as Emendas 41 e 42, de 2003. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 841-842.

<sup>207</sup> FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do *leasing***. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 215.

<sup>208</sup> Conforme George Marmelstein Lima. In: LIMA, George Marmelstein. **A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2625>>. Acesso em: 3 nov. 2010.

concretização da “clarividência” dos seus intérpretes/aplicadores, em dada situação hermenêutica<sup>209</sup>.

#### **2.4. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**

No item 2.1., consignou-se que “os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, albergam os valores jurídicos mais importantes da sociedade, que – ao fim e ao cabo – são a expressão da dignidade da pessoa humana. Formam um sistema axiológico unitário, consagrado implícita ou explicitamente pela Constituição, a ser prestigiado tanto pelo Estado como pelos particulares em suas relações privadas. Constituem o alicerce do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito”. Com efeito, a partir desta constatação, não podemos nos furtar, sob pena de omissão, do exame da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. De outra banda, é preciso saber se este princípio pode ser considerado como conteúdo essencial de todo e qualquer direito fundamental.

Como averba Paulo Gustavo Gonet Branco, o catálogo de direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. Mais, não é tarefa simples descobrir as características básicas dos direitos fundamentais, muito embora o esforço seja necessário para identificar direitos que não estejam expressos na Constituição. Não há homogeneidade. Aliás, como lembra Norberto Bobbio, antes referido, não há sequer direitos fundamentais por natureza<sup>210</sup>.

Definir o que é a dignidade humana não é, de igual modo, fácil, mormente porque é sabido que tal princípio tem natureza reconhecidamente

---

<sup>209</sup> COELHO, Inocência Mártires. **Apresentação**. In: VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. – São Paulo: Editora Saraiva, 2009, XIII/XV.

<sup>210</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

polissêmica, além de ser um conceito histórico e cultural<sup>211</sup>. No entanto, é possível afirmar que a noção de dignidade humana não é nova, tampouco é obra do ordenamento jurídico<sup>212</sup>. O seu reconhecimento constitui um dado prévio ao Direito porque é um bem intrínseco ao próprio homem. Em outras palavras, a dignidade humana não deriva de eventual previsão pelo ordenamento jurídico, muito embora a sua inserção neste seja de fundamental importância para a sua promoção e proteção<sup>213</sup>.

Desse modo, mister reconhecer que o princípio jurídico da dignidade humana não traz em seu bojo um direito do homem à sua própria dignidade, pois, como dito antes, é algo prévio e intrínseco à natureza humana. Na verdade, o que existe é um direito subjetivo à proteção da dignidade, o qual deve ser tutelado pelo Estado e respeitado por todos.

Wilson Steinmetz adverte que o princípio da dignidade da pessoa, além da dimensão individual, goza de uma dimensão social, intersubjetiva, na qual a lesão da dignidade de uma ou mais pessoas se projeta também sobre a dignidade ou sobre o sentimento de dignidade de outras pessoas integrantes da comunidade humana. Nessa esteira, a dignidade humana é um “bem individual” e também um “bem social”, que deve ser protegido e promovido por todos e no interesse de todos<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> Não há aqui pretensão de conceituar de modo definitivo e absoluto o princípio da dignidade da pessoa humana até porque acreditamos não ser isso possível. Aliás, não custa referir que há quem entenda que o significado de dignidade humana e o seu respectivo conteúdo somente podem ser evidenciados no plano da interpretação *in concreto*. O que se pretende, portanto, é demonstrar a relação notória entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. No mais, impende registrar que nem todas as ordens jurídicas tutelam a dignidade da pessoa humana de igual modo, não sendo absurdo afirmar que algumas legislações, inclusive, há chancela de agressões a este princípio. De todo o modo, parece-nos correto afirmar que onde não há proteção à vida e à integridade física e moral do ser humano e, conseqüentemente, limitação do poder, oferecimento de condições mínimas para uma existência digna e respeito aos direitos fundamentais, não haverá espaço para o princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>212</sup> É extremamente comum na literatura jurídica encontrar o imperativo categórico de Kant como a descrição do conteúdo da dignidade da pessoa humana. À guisa de exemplo, ver Wilson Steinmetz, *in A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 114-115.

<sup>213</sup> GONDINHO, André Osório. **Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Landin do Brasil, 2010, p. 125.

<sup>214</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 116.

Por meio do princípio da dignidade humana, protege-se, pois, a integridade física e psíquica das pessoas; garantem-se os pressupostos materiais mínimos para o exercício digno da vida; buscam-se condições mínimas de liberdade, de autodeterminação e de convivência social igualitária.

A dignidade da pessoa humana não se esgota na igualdade formal, no sentido de que todos são iguais perante a lei (homem como sujeito de direito, como um conceito abstrato formulado pelo liberalismo). Embora os homens sejam iguais em natureza, são diferentes em condições sociais e econômicas. Exemplo disso é o advento de legislações que visam a proteger as partes mais fracas, como, por exemplo, os trabalhadores, os consumidores, os idosos, as crianças, os adolescentes etc.

Nessa esteira, calha o escólio de Silvio Dobrowolski:

Os cidadãos só se podem reconhecer como tais e, por isso, integrados em uma comunidade (SMEND, R. 1985, 231) ao terem proclamadas essas posições jurídicas e, em seqüência, pela concreta realização das mesmas. O substrato antropológico de tais direitos [direitos fundamentais] é a dignidade da pessoa humana, a fim de que cada uma tenha a possibilidade de agir como sujeito, sem poder ser transformado em mero objeto para servir à consecução dos interesses dos outros. Nesse rumo, devem ser fixados, na Constituição, os elementos capazes de permitir a cada um o próprio senhorio, com o que resultará atendida a fundamental necessidade dos homens e mulheres contemporâneos de poderem desenvolver sua personalidade pelo exercício da autonomia individual (HELLER, A. 1996, P. 109), com a possibilidade de viverem livres, dentro de um sistema de convivência em condições de igualdade<sup>215</sup>.

Mais a mais, como assinala Franz Wieacker, “o *pathos* da sociedade de hoje é o da solidariedade: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros

---

<sup>215</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. **Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988**. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª região, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade)”<sup>216</sup>.

Nessa ordem de raciocínio, o princípio da dignidade da pessoa humana possui estreito relacionamento com os direitos fundamentais. Como sustenta Peter Häberle, “no podemos descender aquí en detalle al trasfondo de legitimación por los derechos fundamentales del Estado constitucional: es precisamente la dignidad humana la que en cuanto premisa antropológica constituye un garantía cultural del status quo, lo que haja (sic) establecido un punto de no-retorno. Y a partir de ella se infirió y desplegó la diversidad de derechos fundametales particulares hasta el mismo derecho fundamental político clásico a democracia! De ello se alimentan así mismo todas las expectativas de un futuro abierto gracias a las sociedades plurales: el progresivo desarrollo de los derechos fundamentales a partir del impulso de la dignidad humana”<sup>217</sup>.

José Carlos Vieira de Andrade assinala que é efetivamente possível definir o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de um critério tríplice. Em primeiro lugar, importa considerar que o núcleo estrutural da matéria dos direitos fundamentais é constituído por posições jurídicas subjetivas consideradas fundamentais e atribuídas a todos os indivíduos ou a categorias abertas de indivíduos. Em segundo lugar, a função de todos os preceitos relativos aos direitos fundamentais há de ser a proteção e a garantia de determinados bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo das suas posições ou relações na sociedade que sejam considerados essenciais ou primários. Os preceitos que atribuem posições jurídicas subjetivas só pertencem à matéria de direitos fundamentais se contiverem normas que se destinem diretamente e por via principal a assegurar essas posições. Por último, a consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem uma

---

<sup>216</sup> WIEACKER, Franz. *apud* André Osório Gondinho. In: **Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Landin do Brasil, 2010, p. 170. Nesse sentido, o art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988 estabelece ser meta prioritária da República Federal do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. Na mesma esteira, os direitos trabalhistas, assegurados pelo art. 7º, I a XXXIV, da Constituição de 1988, os direitos do consumidor, tutelados pelos arts. 5º, XXXII, e 170, V; a fundamentação da ordem econômica, por meio do *caput* do art. 170.

<sup>217</sup> HÄBERLE, Peter. *Apud* André Osório Gondinho. In: **Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Landin do Brasil, 2010, p.139.

intenção específica, que justifica a sua primariedade: “(...) explicitar uma ideia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na constituição de cada Estado concreto. Ideia de Homem que, no âmbito de nossa cultura, se manifesta juridicamente num princípio de valor (...): o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Para Vieira de Andrade, um direito pode ser tido por fundamental quando for reflexo da “autonomia ética” da pessoa, enquanto ser livre e responsável. Entendida a liberdade como irrecusável e limitada<sup>218</sup>.

Konrad Hesse afirma, por sua vez, que os direitos fundamentais, para além da sua dimensão objetiva, devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana<sup>219</sup>.

Entre nós, Paulo Bonavides compartilha da lição de Hesse quando sustenta: “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo”<sup>220</sup>.

Jorge Miranda assevera que não exclui o apelo ao Direito natural, à dignidade da pessoa humana, a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito para atribuir a um direito o caráter de fundamentalidade.

Para o jurista português, contudo, esse apelo não basta para elucidar a problemática constitucional dos direitos fundamentais porque o âmbito destes direitos vai além da fundamentação própria do Direito Natural. Hoje, os

---

<sup>218</sup> ANDRADE, Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2006, pp. 82-83.

<sup>219</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional** / Textos selecionados e traduzidos por Calores dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. – São Paulo, 2009, p. 33.

<sup>220</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 14 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 560.

direitos fundamentais são tão latos e numerosos que não seria possível entroncar todos na natureza e na dignidade da pessoa humana<sup>221</sup>.

J. J. Gomes Canotilho sustenta que atribuir à dignidade humana o *status* de conteúdo de todos os direitos fundamentais implica excluir do catálogo material desses direitos todos aqueles que não possuem um radical subjetivo. Lembra que a Constituição portuguesa, assim como a brasileira, consagra direitos fundamentais de pessoas coletivas, os quais não têm proximidade com a ideia de dignidade da pessoa humana.

Virgílio Afonso da Silva, nessa esteira, é ainda mais enfático quando afirma que o apelo à dignidade da pessoa humana como conteúdo comum de todos os direitos fundamentais tem, na realidade, um viés emotivo. Tal prática, além de implicar banalização do instituto, autoriza seja usado como verdadeiro “guarda chuva” para colocar embaixo diversas situações que poderiam perfeitamente ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais (hipertrofia da dignidade).

Suficiente não fosse, para Virgílio Afonso da Silva, caso o conteúdo essencial absoluto de todos os direitos fundamentais fosse a dignidade da pessoa humana, então, somente esta teria um conteúdo essencial absoluto. Todos os demais direitos fundamentais teriam um conteúdo relativo, restringível até mesmo por completo em alguns casos concretos<sup>222</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet diz que, ao menos de início, merece ser considerada com certa reserva a tese de que todos os direitos fundamentais encontram vertente no princípio da dignidade da pessoa humana e de que este – justamente por este motivo – pode ser tido como elemento comum à matéria dos direitos fundamentais. Tendo como norte a Constituição brasileira de 1988, não é possível qualificar o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado em si

---

<sup>221</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**, Tomo IV. 3 ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 10.

<sup>222</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 191-195.

mesmo, como um autêntico direito fundamental autônomo, em que pese a sua importante função, seja como elemento referencial para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais, seja na condição de fundamento para a dedução de direitos fundamentais decorrentes<sup>223</sup>.

De outro lado, bastaria examinar o rol de direitos fundamentais previsto na Constituição de 1988 para verificar que nem todos os direitos ali elencados possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado na dignidade humana. Afirmar o contrário, portanto, para Sarlet, seria, a princípio, desconhecer o significado e o conteúdo do mencionado princípio<sup>224</sup>.

Das orientações doutrinárias colacionadas, não é possível considerar a dignidade da pessoa humana como conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais porquanto, a exemplo do que defende Virgílio Afonso da Silva, incorreríamos no equívoco de atribuir-lhe o atributo de panaceia. Ocorre que, ainda assim, é nítida a sua relação com os direitos fundamentais, notadamente na sua dimensão objetiva<sup>225</sup>.

Partindo da lição de Ingo Wolfgang Sarlet e conforme linhas volvidas, é sabido que o princípio da dignidade da pessoa não pode ser considerado apenas como algo inerente à natureza humana, é dizer, elemento que qualifica o homem como tal, na medida em que também possui uma conotação cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo. Sob esse enfoque, portanto, o Estado assume a tarefa de guiar as suas ações no sentido de

---

<sup>223</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 95-96.

<sup>224</sup> Idem, pp. 95-96.

<sup>225</sup> Importa, nesse ponto, lembrar que o Tribunal Constitucional alemão, no caso *Lüth*, ao trazer à tona a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, deixou assentado que a Constituição como ordem objetiva de valores tem como ponto central o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Confira-se: “A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa (...) fortalecimento da validade (...) dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, *deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito*; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 42.

preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar as condições que garantam o seu pleno exercício, já que, como assevera Sarlet, é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, as suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do aparato estatal e da comunidade<sup>226</sup>.

Mas não é só. A dignidade da pessoa humana também é dotada de um sentido positivo que, segundo Pérez Luño, *apud* Ingo Wolfgang Sarlet, visa a garantir o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Destarte, "(...) agrega-se a noção de que a dignidade da pessoa humana integra a assim designada ordem pública dos Estados que a consagram [como é o caso brasileiro], cuidando-se (...) tanto de um fundamento para a limitação de direitos fundamentais (restringindo-se direitos em prol da garantia da dignidade) quanto de um limite dos limites, ou seja, de uma barreira contra limitações efetuadas em proveito de outros bens fundamentais"<sup>227</sup>.

É evidente que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana fórmulas de limitação do poder que previnem o arbítrio e a injustiça. Aliado a isso, não é menos verdade que os direitos fundamentais, como resultado de processo de maturação histórica, decorrem de lutas em prol da dignidade humana<sup>228</sup>.

No Constituição de 1988, há ainda um diferencial. O constituinte erigiu a dignidade humana a fundamento da República Federativa do Brasil. Logo, todo o ordenamento jurídico nacional perpassa pela preocupação com a tutela da pessoa humana, seja nas relações Estado/indivíduo, seja na relação entre particulares<sup>229</sup>. A pessoa é o fim, e o Estado apenas o meio para a garantia e a

---

<sup>226</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 102.

<sup>227</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 106.

<sup>228</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

<sup>229</sup> Nesse sentido, Wilson Steinmetz afirma: "A vinculação dos particulares a direitos fundamentais também encontra fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (...) Seja

promoção dos seus direitos fundamentais<sup>230</sup>. Nesse sentido, oportuna e eficaz a afirmação de Ingo Wolfgang Sarlet: “não é difícil (...) perceber que, com algum esforço argumentativo, tudo que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana”<sup>231</sup>.

## 2.5. O âmbito de proteção, os limites e os limites aos limites da autonomia privada

### 2.5.1. Considerações preliminares

A Constituição Federal de 1988, embora tenha tido a valiosa preocupação de pormenorizar os direitos fundamentais, os quais devem permear toda a ordem jurídica e ser observados por todos, e de definir os parâmetros a serem observados pelos sujeitos públicos e privados no exercício da atividade econômica, quedou-se silente quanto ao princípio da autonomia privada<sup>232</sup>. Outrossim, não há dúvida de que tal princípio, entendido – para os fins da presente pesquisa - como o poder de regulamentar os próprios interesses, de decidir acerca dos aspectos gerais de um contrato, de acordo com o ordenamento jurídico, decorre

---

como norma-princípio constitucional fundamental autônoma, seja como conteúdo que se concretiza nos direitos fundamentais, seja em sua dimensão individual, seja em sua dimensão social, a dignidade da pessoa vincula os poderes públicos. Mas não exclusivamente eles. Vincula também os particulares à medida que a CF normatiza, ao menos principiologicamente, âmbitos de vida nos quais o Estado não participa ou não participa diretamente, âmbito nos quais predomina a ação dos particulares (e.g., amplos setores da atividade econômica privada ou de âmbitos da vida privada em sentido estrito), e à medida que os particulares de modo especial, quando detentores de poderes econômicos, social e cultural – são potenciais violadores da dignidade da pessoa. Em suma, a otimização do respeito à e da promoção da dignidade da pessoa humana em todos os âmbitos da vida social exige a vinculação dos particulares a direitos fundamentais; direitos que, repita-se, são a expressão, em nível menos abstrato, da dignidade da pessoa”. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 112 e 117.

<sup>230</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 86-87. De igual modo, assevera Uadi Lammêgo Bulos: “A dignidade da pessoa humana é o valor *constitucional supremo* que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. (...) Seja como for, a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao Texto uma tônica especial, porque impregnou-lhe com a intensidade de sua força”. In: BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**, 8 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. – São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pp. 83-84.

<sup>231</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 106.

do princípio geral da liberdade, previsto no texto constitucional<sup>233</sup>. E, como direito fundamental<sup>234</sup>, possui um âmbito de proteção, o qual não é ilimitado, tampouco absoluto<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> O Código Civil de 2002, em seu art. 421, reza: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

<sup>233</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo pondera, partindo da análise do modelo social de Estado, que este delimitou o poder econômico e, conseqüentemente, regulou o contrato, máxime porque a atividade negocial está inserida na atividade econômica. As Constituições, portanto, passaram a assegurar a chamada livre iniciativa. E indaga: “Mas seria a livre iniciativa o fundamento da liberdade contratual?”. E responde que não porquanto se a Constituição afirmasse categoricamente a liberdade contratual, qualquer lei que limitasse essa liberdade seria inconstitucional. “Uma coisa é liberdade de empreendimento, outra coisa é a liberdade contratual”, compreendida aquela como liberdade de organização da atividade econômica. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito contratual e Constituição**. Disponível em: <<<http://jusvi.com/artigos/44>>>. Acesso em 29.10.2010. Noutra perspectiva, Ana Prata assinala que importa grave equívoco considerar a autonomia contratual como expressão ou um dos aspectos da tutela da pessoa e de sua liberdade. Primeiro, porque não é possível afirmar, hoje, que há uma relação entre o homem e a autonomia privada. Esta, em verdade, pertence ao sujeito jurídico econômico privado, o qual não pode ser confundido com a pessoa física, nem com as pessoas físicas que o conceito de pessoa jurídica possa envolver. “O princípio da autonomia, que se tinha entendido como operante em relação ao indivíduo, mostra-se operante também em relação a entidades subjectivas diversas: a autonomia do indivíduo torna-se autonomia do sujeito jurídico, entendida esta última expressão num sentido mais lato do que o que resultava da tradicional dicotomia pessoa física e pessoa jurídica”. Segundo, porque o conceito de liberdade e de autonomia privada não podem ser confundidos. “Na medida em que não exista uma real igualdade económica ou contratual dos sujeitos contratantes, a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercício de << liberdades >> qualitativamente diversas. (...) a liberdade contratual é muito mais criação das condições materiais ao exercício dessa liberdade, entendida em termos substanciais e não formais, do que não intervenção, alheamento de uma esfera de relações em que essa liberdade actua”. Terceiro, porque não é crível afirmar que a liberdade do sujeito se expressa necessariamente pela celebração de negócios jurídicos. Nesse sentido, bastaria ter mente o sujeito que se encontra em estado de necessidade por não dispor de alternativas contratuais ou que se acha em situação de impossibilidade de discussão dos termos a serem contratados. Quarto, porque pressuporia uma separação estanque entre a sociedade e o Estado e consideração de que dentro daquela, integrada por sujeitos iguais, nenhuma ameaça à liberdade se encontraria porque esta consistiria justamente na garantia da não intervenção estatal na sociedade civil. In: PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. – Coimbra: Livraria Almedina, 1982, pp. 75-78. Ainda, nesse ponto, Enzo Roppo, ao comentar o art. 1.322, 1, do Código Civil italiano, afirma que a autonomia privada ou contratual significa a liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no “consenso” contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende produzir introduzir no seu património. Em suas palavras: “(...) o princípio da autonomia privada constitui a tradução, numa fórmula enobrecida pelo recurso a termos e conceitos da teoria geral do direito, daquele princípio da << liberdade >> contratual – princípio ideológico, mas ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais – que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre. Daí a sua configuração geral, que não ressalta só no momento da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, mas evidentemente concerne a qualquer aspecto no qual se manifesta a iniciativa económica dos sujeitos privados, traduzida na iniciativa contratual. O operador económico do capitalismo, na verdade, necessita ser livre não só na fixação dos termos concretos da operação realizada, mas também – e sobretudo – na decisão de efectuar ou não uma certa operação, na escolha da sua efectivação com esta ou aquela contraparte, no decidir realizar um determinado << género >> de operação em vez de um outro. Tudo isto tem a sua tradução jurídica: no conceito de autonomia privada compreendem-se, de facto, tradicionalmente, além do poder determinar o conteúdo do contrato (...), também o poder de escolher livremente se contratar ou não contratar; o de escolher com quem contratar, recusando, por hipótese, ofertas provenientes de determinadas pessoas; enfim, o de decidir em que << tipo contratual >> enquadrar a operação que se pretende, privilegiando um ou outro dos tipos legais codificados, ou mesmo de << concluir contratos que não

Diante desta constatação, o presente segmento desta pesquisa tem por finalidade traçar brevemente as balizas teóricas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e de suas limitações, assim como das possibilidades de limitação e dos limites, por sua vez, impostos às limitações destes direitos.

A análise desses tópicos serve de preparação para a definição do âmbito de proteção da autonomia privada, os seus limites e os limites aos seus limites.

---

pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular >>”. In: ROPPO, Enzo. **O contrato**. – Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 128. Por último, sobre a autonomia privada como parcela do princípio geral da liberdade, ver ainda Thiago Luís Santos Sombra, *in* **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 46.

<sup>234</sup> Dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Noutro passo, vale à pena colacionar o comentário de J. J. Gomes Canotilho e de Vital Moreira a respeito do art. 16º - 1 da Constituição da República Portuguesa (“Os direitos consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”) que goza de redação semelhante a do art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira, no sentido de que a referida cláusula constitucional traduz não apenas o acolhimento dos direitos já dotados de reconhecimento infraconstitucional, mas também a expressa abertura aos que vierem a encontrar sedimentação no futuro, no direito internacional ou na lei interna. Trata-se de *cláusula de abertura* a novos direitos, reveladora de carácter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais. De resto, a problemática reside em saber se tais direitos, os quais não ostentam expressão constitucional, podem ser considerados integrantes da categoria dos direitos fundamentais ou se, ao contrário, ostentam carácter de meros direitos constitucionais. Para Canotilho e Vital Moreira, à luz do que versa o texto constitucional português (e por que não à luz da Constituição Federal de 1988?), é irrecusável a conclusão de que a primeira interpretação é a que deve ser acolhida, ou seja, a de que os direitos sem assento constitucional podem ter natureza de direitos fundamentais. No entanto, não havendo um critério único delimitado para realizar esta distinção, haver-se-ão de ser considerados como direitos fundamentais aqueles direitos extraconstitucionais que seja equiparáveis, pelo seu objeto e pela sua importância aos diversos tipos de direitos fundamentais de grau constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. – Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 116.

<sup>235</sup> Para André Rufino do Vale, “o conjunto de valores formado pelo sistema de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente está assentado, primordialmente, no valor da liberdade. O poder de autodeterminação conferido aos indivíduos é o núcleo inicial a que os direitos e garantias fundamentais se propuseram proteger. Nesse aspecto, no âmbito das esferas de proteção dos indivíduos, os comportamentos, os negócios jurídicos e, enfim, a vida em geral, desenvolvem-se livremente, segundo as vontades privadas. Não se pode esquecer, portanto, que os direitos fundamentais visam a defender, em primeira instância, a liberdade individual. Dessa forma, a autonomia privada constitui a base fundamental de todo o sistema de proteção da vida privada. As relações *inter privados* nascem, modificam-se e extinguem-se num espaço onde há o império da liberdade de ação. Não faria sentido, assim, que direitos fundamentais entrassem na esfera privada sem que fossem convidados”. In: VALE, André Rufino. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 193.

### 2.5.2. O âmbito de proteção dos direitos fundamentais

Em termos gerais, o âmbito de proteção de um direito fundamental pode ser definido como o bem ou o objeto jurídico tutelado, que nem sempre é passível de intuitiva identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas que lhes são inerentes, em especial, nos textos normativos<sup>236</sup>. Além disso, não se pode olvidar que esta dificuldade encontra abrigo na dupla dimensão que estes direitos encerram e no seu caráter multifuncional. De qualquer modo, afirma-se, uma vez mais, que os direitos fundamentais não albergam valores absolutos, imunes a qualquer tentativa de restrição nas suas esferas objetiva e subjetiva<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Virgílio Afonso da Silva destaca que o âmbito de proteção de um direito fundamental não pode ser confundido com o seu suporte fático porque é este mais amplo em relação àquele. Para definir o suporte fático de determinado direito fundamental, é necessário aferir o seu âmbito de proteção (quais fatos, atos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante determinado direito) e verificar contra o que é o aludido direito protegido (intervenção, em geral estatal). O suporte fático, pois, não tem caráter unitário porque a consequência jurídica, em termos gerais, a exigência de cessação de uma intervenção – somente pode ocorrer se existir uma *intervenção* nesse âmbito. Em outros termos, é o suporte fático, para o autor, a soma dos elementos “âmbito de proteção”, “intervenção” e “ausência de fundamentação constitucional”. De outra banda, cumpre assinalar que Virgílio Afonso da Silva rechaça as teorias que defendem o suporte fático restrito para os direitos fundamentais, ou seja, que têm como principal tarefa fundamentar, *a priori*, o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção desses direitos. Para autor, na trilha do paradigma do suporte fático amplo, com o qual prontamente concordamos, definir o que é protegido por um direito fundamental é apenas o primeiro passo. Afirmar que uma determinada conduta ou situação é abarcada, ou não, pelo âmbito de proteção deste direito depende eventualmente de um sopesamento em situações concretas. Deve-se, pois, perguntar: “o que é protegido *prima facie* por um direito fundamental?” O que, por certo, não implica reconhecer a existência de direitos absolutos, haja vista que o âmbito de proteção é apenas a definição daquilo que é protegido *prima facie* e que, posteriormente, poderá sofrer restrições à luz do exame do caso concreto. Além disso, a partir da ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é evidente que há um alargamento do conceito de intervenção. O que, no final das contas, traz a lume um maior grau de proteção aos multicitados direitos. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 66-125. Embora Gilmar Ferreira Mendes não compartilhe da noção de suporte fático delineada por Virgílio Afonso da Silva, afirma que o âmbito de proteção de um direito fundamental não se limita ao seu objeto (o que é protegido), mas alcança também “contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção”. O que significa reconhecer, para o autor, que o âmbito de proteção de um direito fundamental não se confunde com proteção efetiva e definitiva porque as possibilidades de limitação e de restrição não integram o seu conteúdo. Por esta razão, acaba por aderir Mendes à conclusão de Virgílio Afonso da Silva no sentido de que quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato estatal como restrição. Ao contrário, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor a chance para a configuração de um conflito entre o indivíduo e o Estado. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 374.

Nesse ponto, adere-se, mais uma vez, aos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que, para definir o alcance e o conteúdo dos direitos fundamentais, é preciso necessariamente aferir os seus limites e os limites aos seus limites. Nas palavras do autor, “não é à toa, portanto, que já se disse que a relevância prática dos direitos fundamentais está estreitamente vinculada à ocorrência de uma restrição, ou seja, de uma intervenção em seu âmbito de proteção, de tal sorte que ‘estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações’”<sup>238</sup>.

Noutro giro, Gilmar Ferreira Mendes assinala que a definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental. Além disso, o exercício dos direitos individuais pode dar ensejo a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Com efeito, imperiosa a definição do seu âmbito de proteção e das respectivas limitações ou restrições, por meio de um renovado e constante esforço hermenêutico<sup>239</sup>.

Duas são as teorias que se ocupam da discussão sobre a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais e de seus limites, a saber: a teoria externa e a teoria interna. A opção por uma delas, evidentemente, repercute

---

<sup>237</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 387-388.

<sup>238</sup> Idem, p. 386.

<sup>239</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 373 e 375. Mais uma observação merece ênfase nessa esteira. J. J. Gomes Canotilho faz um alerta, com razão, sobre a tendência natural de confundir âmbito de proteção dos direitos fundamentais, definido pelo constitucionalista como domínio da vida abrangido ou compreendido pelos referidos direitos, com o conteúdo juridicamente garantido. Significa dizer que não basta afirmar, pura e simplesmente, por exemplo, que o objeto do direito à inviolabilidade do domicílio é o domicílio e que o direito amparado pelo art. 196 da Constituição Federal de 1988 é a saúde (“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”). O fato de um determinado comportamento, situação ou coisa ser descritos como fazendo parte do âmbito ou da parcela da realidade social considerada como referente de um direito fundamental aponta, em uma primeira aproximação das coisas, para a sua “integração” no âmbito de proteção. Definir o conteúdo juridicamente garantido é, antes, uma operação de mediação jurídica em concreto. Aqui, a proximidade da lição de Canotilho com a de Mendes, no sentido de que a definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais exige um renovado e constante esforço hermenêutico. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, pp. 449-450.

na própria forma de apreender a maior ou a menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais com reflexos na esfera de suas limitações<sup>240</sup>.

Segundo a teoria interna, a definição dos limites de cada direito fundamental é algo interno a ele, ou seja, tal direito é dotado de limites imanescentes, cuja fixação não é influenciada ou definida por fatores externos ou, ainda, por colisões com outros direitos<sup>241</sup>. Para Virgílio Afonso da Silva, segundo essa concepção, o direito fundamental tem estrutura de regra porque a definição de seu

---

<sup>240</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 387-388.

<sup>241</sup> Para J. J. Gomes Canotilho, os limites imanescentes têm conotação distinta da aventada pela teoria interna. Para o constitucionalista português: “Alguns sectores doutrinários aludem, neste contexto, a ‘limites imanescentes’ de direitos fundamentais (...). Numa primeira aproximação, devemos assentar nos seguintes pontos: (1) os direitos sem restrições *ex constitucione* (isto é, estabelecidos pela própria Constituição) e sem reserva de lei restritiva, não podem considerar-se como direitos irrestritos ou irrestringíveis; (2) estão sujeitos aos limites básicos decorrentes da ordem jurídico-constitucional (...); (3) estes limites podem (e nalguns casos devem) ser conformados pelo legislador, obedecendo aos princípios e procedimentos das leis restritivas. Além das leis restritivas devemos ainda recordar as chamadas **medidas ou intervenções restritivas** que consistem em actos ou actuações das autoridades públicas restritivamente incidentes de modo concreto e imediato sobre um direito (...)”. Com efeito, a concepção de limites de Canotilho mais se aproxima da teoria externa porque as restrições aos direitos fundamentais são *a posteriori* e constitutivas, e não meramente declaratórias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 451. Idêntica conclusão ver Virgílio Afonso da Silva, *in* **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 166-167. Noutra quadra, Jorge Miranda assevera que não vê interesse na consideração dos limites imanescentes como limites máximos de conteúdo que se podem equiparar aos limites de objeto, isto é, aos limites que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa a proteger. Ao revés, teme o constitucionalista português que a consideração aos limites imanescentes possa conduzir a uma diminuição da força jurídica ou da extensão dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Em suas palavras: “Não ignoramos determinados problemas – que a liberdade religiosa não pode justificar a feitiçaria, que o direito de contrair casamento não envolve o direito à poligamia ou à poliandria, que a liberdade de escolha de profissão não compreende a liberdade de escolha da prostituição, que o direito à greve não autoriza a ocupação de instalações ou que o direito de propriedade não legitima actos emulativos. Em rigor, ou se trata da própria configuração constitucional dos direitos ou se trata de limites ao exercício de direitos, e não de restrições”. In: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV: Direitos fundamentais, 3 ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 333. Por fim, nesse tópico, José Carlos Vieira de Andrade é notoriamente avesso à concepção de Robert Alexy no sentido de que os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios, isto é, como consagradores de direitos *prima facie*, que, em definitivo, podem vir a ser limitados, segundo critérios de ponderação e de harmonização, para satisfazer outros valores ou direitos em situações de conflito. Em verdade, é o doutrinador português adepto da teoria interna, de modo que se deve admitir uma interpretação das normas constitucionais que permita restringir *a priori* o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam ser considerados, de plano, constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando não estão expressamente ressalvados na definição textual do direito. Reputa, sob essa ótica, desnecessária a ponderação porque, em verdade, o conflito entre dois direitos fundamentais é apenas aparente, na medida em que, em verdade, se está diante de um comportamento que não pode nunca ser considerado constitucionalmente protegido. Não existindo a princípio um dos direitos, a solução só pode ser a afirmação total do outro. In: ANDRADE, José

conteúdo é realizada previamente. O que significa reconhecer que tem validade restrita, na medida em que dada uma situação que se enquadre na hipótese por ele descrita, a norma será certamente aplicável e produzirá todos os seus efeitos. Não há, pois, falar em definição *prima facie* do que é protegido. O direito é, insista-se, prévia e definitivamente descrito e limitado. Daí a incompatibilidade do sopesamento e da noção de restrição com a teoria interna<sup>242</sup>. Ademais, repele-se a ideia de direito absoluto, partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais têm seus limites definidos implícita ou explicitamente pelo texto constitucional. Das duas, uma: “ou há direito subjetivo, ou não há”<sup>243</sup>.

Ao lado da ideia de limites imanentes desenvolve-se a teoria institucional de Peter Häberle, referida por Virgílio Afonso da Silva, como expressão da teoria interna dos direitos fundamentais. Defende o jurista alemão que os direitos fundamentais são *instituição-coisa* e *ideia-diretriz* presentes nos meios sociais, nos quais se desenvolvem e, ao mesmo tempo, se definem. Por isso, não são os referidos direitos obra da Constituição ou de seu complexo normativo, mas da atividade do legislador e de todos aqueles que vivem no meio social, os titulares dos direitos fundamentais. A sua realização é, nesse contexto, um processo. Ganham vida na medida em que fazem parte da consciência de um número indeterminado de indivíduos, e não por vontade subjetiva de determinadas pessoas<sup>244</sup>.

Os direitos fundamentais, na visão de Häberle, não são apenas direitos individuais de liberdade porque esta não é algo natural, anterior ao Direito. Na realidade, a liberdade, na perspectiva institucional, é algo criado e limitado pelo ordenamento jurídico. A atividade legislativa, por consequência, não é restritiva da liberdade, mas prática que garante o seu desenvolvimento. Em outros termos, “por

---

Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2006, pp. 288-287.

<sup>242</sup> A definição dos limites imanentes é tarefa do intérprete. É dizer, declaram-se, por meio da atividade hermenêutica, os limites imanentes, segundo a teoria interna. As restrições, por sua vez, são constituídas a partir das colisões entre direitos fundamentais. Têm caráter externo, por isso, são incompatíveis com a citada concepção teórica.

<sup>243</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 129-131.

<sup>244</sup> Idem, p. 136.

ser algo interno ao direito, a liberdade *como instituto* é criada pela atividade estatal, que não a *restringe*, apenas *delimita* seus contornos e a desenvolve e garante”<sup>245</sup>.

Extrai-se da lição de Häberle a conclusão de que é o legislador quem cria e delimita as liberdades. Por isso, não há como negar que os direitos fundamentais, quando definidos, trazem em seu bojo suas limitações. Nesse ponto, reside a coerência entre a teoria institucional e a teoria interna.

Na teoria externa, o objeto amparado pelo direito fundamental encontra-se apartado de suas restrições, que sobre ele não exercem qualquer influência. O conteúdo do direito fundamental não é afetado quando o seu exercício é restringido. Por este motivo, é possível afirmar, quando do sopesamento, que o princípio que cedeu não teve a sua validade, tampouco a sua extensão *prima facie* afetada.

Com os olhos voltados para a definição de Robert Alexy, referida no item 2.2., de que princípio é *mandamento de otimização* que deve ser realizado da melhor forma possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes e, por outro lado, para a noção de que, segundo a teoria externa, as restrições ou as limitações aos direitos fundamentais não lhe são iminentes, não há como alcançar outra conclusão senão a de que são esses direitos ilimitados *prima facie*. De outra banda, não são absolutos porque podem ser restringidos por outros direitos fundamentais em caso de colisão.

Nesse passo, tem razão Virgílio Afonso da Silva quando alerta que a teoria interna é incompatível com a noção de princípio desenhada por Alexy porque o direito definitivo não é algo definido internamente e a princípio. Somente *para e no caso concreto* é possível estabelecer o conteúdo definitivo de um direito fundamental. O olhar, portanto, é de fora para dentro e a partir das condições fáticas e jurídicas existentes<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Idem, p. 137.

<sup>246</sup> Idem, p. 140.

Por coerência argumentativa e, por certo, nos termos ora defendidos, sob o viés da teoria externa, os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo e as restrições a eles são produto de um sopesamento com princípios colidentes<sup>247</sup>. Assim, *v. g.*, não há como negar que, à luz desta concepção e ainda que soe desagradável, a liberdade de contratar *prima facie* ampara a pactuação de cláusulas abusivas<sup>248</sup>.

Para os termos desta pesquisa, portanto, tem-se que a teoria externa, pautada na distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos é mais apta<sup>249</sup> a justificar e a solucionar as colisões entre direitos fundamentais, concebidos primordialmente como princípios, porque leva a sério a necessidade de imposição de limites a tais direitos e, por consequência, garante uma convivência mais harmônica entre seus titulares no âmbito da realidade social. É claro, outrossim, que esses limites vão encontrar limites<sup>250</sup>.

À guisa de ilustração e com o propósito de dar vazão à dimensão empírica da presente pesquisa, calha trazer a lume interessante julgado da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cujo relator

---

<sup>247</sup> *Idem*, p. 154.

<sup>248</sup> Para debelar quaisquer inquietações a respeito do tema, cabe aqui refutar o argumento intuitivo de que a adesão à teoria externa implica necessariamente a opção pela concepção de suporte fático amplo dos direitos fundamentais. Não há aqui uma coincidência necessária porque suporte fático amplo, como visto, é uma coisa e a forma de relação entre os direitos fundamentais e suas restrições, outra. O seguinte exemplo, construído por Virgílio Afonso da Silva, bem ilustra essa conclusão: “(...) embora o sigilo bancário seja considerado, por alguns autores que restringem o âmbito de proteção da privacidade, como algo por ela não protegido (suporte fático restrito e exclusão *a priori* de algumas condutas ou situações jurídicas), é possível, mesmo assim, imaginar que o que resta da privacidade – ou seja, aquilo que é protegido por seu âmbito restrito – possa ser, posteriormente, restringido (teoria externa)”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 158-159.

<sup>249</sup> Não é possível deixar de referir que a teoria externa é objeto de críticas; no entanto, diante dos limites da presente pesquisa, remetemos o leitor – uma vez mais - para a obra “Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia”, de Virgílio Afonso da Silva, que traz de forma sistematizada a problemática e o respectivo revide às posições contrárias à aludida teoria.

<sup>250</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 389. Por oportuno, calha destacar que Jorge Miranda não vê qualquer vantagem na opção pela teoria interna ou pela teoria externa porque, ao final, os resultados não serão muito diversos, haja vista que o direito e a restrição não podem ser encarados isoladamente, à margem dos demais direitos e dos princípios institucionais que lhe subjazem. Não concordamos com tal orientação porquanto, como exposto, a teoria interna é incompatível com a ideia de sopesamento. Assim, se o âmbito de proteção do direito fundamental já foi prévia e definitivamente desenhado, não há razão para encará-lo à luz de outros direitos e dos princípios que lhe conferem suporte. In:

foi o Desembargador Waldir Leôncio C. Lopes Júnior, o qual envolveu a celebração de um contrato de financiamento bancário por uma senhora idosa, para a compra de materiais de construção em loja do ramo, e bem denota a aplicação da teoria externa<sup>251</sup>.

Consta do relatório do acórdão que uma senhora de setenta e cinco anos dirigiu-se a uma loja para adquirir materiais de construção, mediante financiamento bancário a ser realizado por certa instituição financeira que intermediava as operações de crédito entre a fornecedora e seus clientes. Ocorre que, ao tentar concluir a compra, a referida senhora teve o seu financiamento recusado, por força – segundo alegou - de sua avançada idade. Inconformada, ajuizou ação de indenização por danos morais contra a fornecedora e a financeira, cujo pedido inicial foi julgado parcialmente procedente e condenada apenas a 2ª ré ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais.

A autora interpôs recurso de apelação, visando à majoração do quanto indenizatório e à responsabilização da 1ª ré pelo evento danoso.

A financeira, em seu apelo, defendeu a inexistência do dever de

---

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV: Direitos fundamentais, 3 ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 336-337.

<sup>251</sup> Confira-se a ementa do julgado: “DANOS MORAIS. NEGATIVA DE FINANCIAMENTO A PESSOA IDOSA (75 ANOS). EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS. 1. Não consta tenha sido exposta a parte a meios vexatórios ou ultrajantes que lhe pudessem ter causado qualquer abalo. Ao contrário, como salientado pela autora em sua inicial, ‘(...) surpreendida, sentiu grande constrangimento e humilhação ao tentar convencer a funcionária da loja que aquela postura da financeira era absurda, ilegal e preconceituosa’ em razão da idade, 75 anos, ter sido utilizada como critério para a negativa do crédito pretendido. 2. A negativa da concessão de crédito insere-se na esfera do exercício regular de um direito por parte da instituição financeira, não dando, por si só, azo ao dever de compensar. É dizer, a financeira não é obrigada a conceder ampla linha de crédito a todos os interessados; é lícito que estabeleça um mínimo de requisitos que lhe garantam segurança em relação à satisfação do crédito. Ensina a doutrina: ‘a existência de uma discriminação juridicamente censurável pressupõe sempre, ou um entendimento que ultrapasse o foro interno do sujeito autor da diferenciação sobre o emprego de determinada característica para excluir a outra parte, ou, pelo menos, a possibilidade de ‘leitura’ dos resultados da prática ou dos critérios em questão à luz dessa característica.’ (Ingo Wolfgang Sarlet, in *Constituição, direitos fundamentais e direito Privado*, 2. ed., Livraria do Advogado: 2006, p. 384). Prossegue o referido doutrinador: ‘mas a ilicitude só terá lugar se a discriminação é feita em termos atentatórios da dignidade da pessoa humana. É que o princípio constitucional da igualdade tem de conciliar-se, no domínio do direito privado, com a liberdade contratual reconhecida aos particulares (...)’ (in op. cit. p. 385).(20060111193218APC, Relator WALDIR LEÔNIO C. LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 15/07/2009, DJ 24/08/2009 p. 81)”. Disponível em: << [www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br) >>. Acesso em: 18 nov 2010.

indenizar, ao argumento de que não praticou qualquer ato ilícito, uma vez que não fora a idade critério empregado para a negativa do crédito. Alternativamente, pugnou pela redução da indenização.

No voto condutor do julgado, em um primeiro momento, foi afastada a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor porquanto não teria o contrato de financiamento bancário, tampouco a compra e venda, sido ultimada pelas partes. Em verdade, teria havido apenas uma tentativa de formalização de relação jurídica que, ao final, não se confirmou, haja vista que – frise-se – a senhora idosa não adquiriu os materiais de construção e não realizou o contrato bancário. A suposta responsabilidade da ré, portanto, foi investigada à luz do Código Civil e da Constituição Federal, invocando-se, inclusive, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Na segunda parte do julgado, que é a que mais nos interessa, afirmou o relator que o caso envolvia nítida colisão entre direitos fundamentais, na medida em que, por um lado, estava a liberdade de contratar da financeira, expressão da autonomia da vontade, e, por outro, o direito de igualdade da senhora idosa, o qual se reputou violado em virtude da não concessão do crédito, por força de critério discriminatório. Mais a mais, ficou decidido, com fulcro no princípio da liberdade de contratar, que a financeira não estava obrigada a firmar contratos com quem quer que fosse e sequer tinha a obrigação de pormenorizar aos seus potenciais clientes as razões da concessão, ou não, dos créditos vindicados.

Noutro passo, reconheceu-se que o princípio da igualdade não era dirigido aos particulares em suas relações privadas, mas apenas às relações entre eles e o Estado. E mais adiante, consignou-se – em breves termos - que, embora tenha sido o fator idade considerado para a negativa do crédito, não havia falar em condenação porque outros critérios teriam influenciado a recusa (*v. g.*, não apresentação de comprovante de renda), e não teria sido a senhora idosa exposta a situação vexatória ou ultrajante.

---

O voto vencido do Desembargador Silva Lemos sustentou que a indenização era devida porquanto se recorria a um expediente *a latere* para justificar a licitude da recusa com base na liberdade contratual, sendo que, “a todos os títulos”, a senhora idosa teve o seu crédito recusado por questão de idade.

Por maioria, o recurso da apelação foi provido e julgado improcedente o pedido indenizatório; prejudicado, outrossim, o recurso da parte autora.

Sem perquirir a respeito da inaplicabilidade do princípio da igualdade nas relações entre particulares e sobre a submissão da questão controvertida ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, percebe-se com clareza que o relator aderiu à teoria externa quando afirmou que a liberdade de contratar era ilimitada *prima facie* e que, para a caracterização do dever de indenizar, era necessário investigar, a partir do caso concreto, se a financeira teria agido de forma discriminatória, com excesso ou, até mesmo, com inobservância ao Estatuto do Idoso.

### 2.5.3. Limites dos direitos fundamentais

A definição dos limites dos direitos fundamentais constitui condição para que se possa definir o seu âmbito de proteção. Embora pareça intuitiva, a partir da teoria externa, a ideia de que os limites desses direitos não se confundem com o seu conteúdo, há por trás dessa falsa conclusão uma importante problemática sobre saber quando uma restrição<sup>252</sup> pode ser considerada efetivamente como limite de um direito fundamental<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> Jorge Miranda não toma as expressões “limites” e “restrições” como sinônimas. Para Miranda, a restrição tem a ver com o direito em si, com sua extensão subjetiva; o limite, ao exercício de direitos, ao modo de se exteriorizar por meio da prática do seu titular. A restrição afeta certo direito, envolvendo a sua compreensão; o limite reporta-se a quaisquer direitos. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de razões ou condições de caráter geral, válidas para quaisquer direitos, como, moral, ordem pública, bem-estar social etc. O limite pode, ainda, segundo constitucionalista português, desembocar em um condicionamento, ou seja, em um requisito de natureza cautelar de que se faz depender o exercício de algum direito, como, por exemplo, a prescrição de um prazo, de um registro, de posse de um determinado documento. O condicionamento não reduz o âmbito de proteção do direito, apenas implica uma disciplina ou uma limitação da margem de liberdade do seu exercício, outras vezes, um ônus. In: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV: Direitos fundamentais. 3 ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp.

As restrições aos direitos fundamentais definem-se como as ações ou as omissões dos poderes públicos ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico tutelado, afetando o seu exercício e/ou diminuindo os deveres estatais de garantia e de promoção que resultem daqueles direitos<sup>254</sup>.

Na sua dimensão subjetiva, são os direitos fundamentais, pois, limitados porque os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do seu conteúdo e do grau de satisfação dos seus interesses. Ademais, os direitos fundamentais têm como limite a necessidade de assegurar aos outros o gozo destes mesmos direitos.

Na dimensão objetiva, de igual modo, não são ilimitados ou absolutos. Como valores que devem permear toda a ordem jurídica, ligam-se a uma ideia de responsabilidade social, que os integra ao conjunto de valores comunitários<sup>255</sup>.

À evidência, essas limitações podem dar-se por meio de regras, que tanto podem estar expressas no texto constitucional (restrições diretas)<sup>256</sup> como na legislação infraconstitucional (restrições indiretas)<sup>257</sup>, promulgada com

329-330. Noutra esteira, Gilmar Ferreira Mendes assinala que, para a teoria interna, antes referida, a ideia de restrição é substituída pela ideia de limite. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 379.

<sup>253</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 391. Ver também Gilmar Ferreira Mendes, *in* Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 375.

<sup>254</sup> Conforme Jorge Reis Novais, *apud* Ingo Wolfgang Sarlet. In: **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 391.

<sup>255</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 284.

<sup>256</sup> A Constituição brasileira, em seu art. 5º, II, dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (princípio geral da reserva legal).

<sup>257</sup> Nesse sentido, *v. g.*, o art. 31 da Lei n. 9.307/1996 que restringe a garantia de acesso amplo ao Poder Judiciário.

fundamento naquele (texto constitucional)<sup>258</sup>. Geralmente proíbem alguma conduta que é permitida *prima facie* por um direito fundamental (aspecto subjetivo) ou atribuem ao Estado a prerrogativa de restringir o âmbito de proteção que *prima facie* este direito garantia (aspecto objetivo)<sup>259</sup>.

Não é menos evidente que as limitações externadas por meio de regras não podem ser confundidas com as chamadas reservas legais ou, ainda, com as meras regulamentações<sup>260</sup>. Como dito alhures, as primeiras reduzem o alcance *prima facie* dos direitos fundamentais. São mandados ou proibições dirigidas aos cidadãos. As segundas são autorizações constitucionais que conferem ao legislador a possibilidade de restringir direitos fundamentais. Em verdade, fundamentam a competência estatal para realizar as referidas limitações<sup>261</sup>. As terceiras, por fim,

---

<sup>258</sup> Para os adeptos da teoria interna, os limites diretamente previstos na Constituição implicariam uma situação de “não-direito” definitivo. Outrossim, calha referir que Gilmar Ferreira Mendes refere-se a restrições imediatas, decorrentes expressamente da Constituição, e a restrições mediatas, derivadas de lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 381.

<sup>259</sup> SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 141.

<sup>260</sup> Jorge Miranda afirma que a regulamentação é o preenchimento ou o desenvolvimento legislativo do conteúdo do direito fundamental; a restrição é a diminuição ou a compreensão desse conteúdo. Assim, “uma coisa é regulamentar, por razões de certeza jurídica, de clarificação ou de delimitação de direitos; outra coisa é restringir com vista a certos e determinados objetivos constitucionais”. Noutro caminhar, o constitucionalista português refere-se, ainda em contraposição à ideia de restrição, à concretização legislativa, destinada a conferir, total ou parcialmente, exequibilidade a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas; bem como à auto-ruptura material, definida como exceção a uma regra constitucional geral, que somente pode ocorrer por força de normas constitucionais originárias, nunca por força de revisão constitucional. Difere Miranda, de igual modo, a restrição do dever. A primeira distingue-se do segundo, pela sua completa falta de autonomia, por se situar no plano do conteúdo de certo direito e somente fazer sentido por meio de referência a ele. O dever, ao contrário, é uma situação jurídica passiva, traduzida na imposição a alguém de agir ou não agir de determinada maneira. A restrição se prende ao perfil específico de alguns direitos, ao modo como se apresentam na vida jurídica e à proteção que, assim, vêm a receber. “O dever (não fundamental) pode não constar da Constituição; a restrição tem sempre de nela se estear, imediata ou mediamente”. Por derradeiro, a restrição nada tem a ver como suspensão. “A restrição atinge um direito a título permanente, e sempre apenas parcialmente; a suspensão, provocada por situações de necessidade, atinge um direito a título transitório, equivale a um eclipse. A restrição apaga uma parcela potencial do direito; a suspensão paralisa ou impede, durante algum tempo, o seu exercício, no todo ou em parte (e só neste caso acaba, porventura, por corresponder a uma restrição)”. In: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV: Direitos fundamentais, 3 ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 328-337.

<sup>261</sup> As reservas legais podem ser classificadas como simples e qualificadas. As primeiras autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem estabelecer condições específicas a serem observadas. Por exemplo, o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal de 1988 que estabelece: “O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. As reservas legais qualificadas, de outra parte, prevêm pressupostos a serem observados pelo legislador quando da limitação dos direitos fundamentais. Nesse diapasão, o art. 5º, XII, também da Constituição Federal de 1988: “É inviolável o sigilo da correspondência e das

relacionam-se com o detalhamento de tais direitos a fim de que possam ser exercidos. Apenas configuram, complementam, regulam, densificam ou concretizam o que já fora definido pela Constituição<sup>262</sup>.

As limitações também podem dar-se por meio de princípios, ou seja, quando dois ou mais princípios entram em rota de colisão. E a solução para esse embate sempre implica uma restrição a pelo menos um dos princípios envolvidos. Na trilha do que ensina Virgílio Afonso da Silva, materialmente, as restrições a direitos fundamentais baseiam-se sempre em princípios. Havendo limitação de um direito fundamental por meio de uma regra, certo é que o legislador já realizou previamente a sua opção por determinado princípio em detrimento de outro. É dizer, realizou *a priori* a ponderação entre o princípio que fundamentou a regra e o princípio que fora limitado. Inexistindo regra que discipline a colisão, por outro lado, cabe ao juiz, no caso concreto, dizer qual princípio deve prevalecer. Para Silva, “essas restrições, portanto, são baseadas em princípios e realizadas por meio de decisões judiciais”<sup>263</sup>.

---

comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Conforme, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, pp. 392-393. Mais detalhes, à luz principalmente da Constituição Federal de 1988, consultar Gilmar Ferreira Mendes, *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pp. 385-392.

<sup>262</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 391. Vide, por exemplo, âmbito de proteção do consumidor (Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXII), o direito à proteção judiciária (Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV, LXXVII e LXXII). Sob outro enfoque, Gilmar Ferreira Mendes refere-se, aqui, ao âmbito de proteção estritamente normativo de determinados direitos fundamentais. Nessa categoria, caberia ao legislador, primordialmente, a tarefa de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado (conformação ou concretização). Com efeito, as leis não estabelecem restrições. Ao revés, concretizam ou conformam esses direitos, sem que, com isso, haja livre disposição sobre a matéria por parte do legislador ordinário. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 377-378.

<sup>263</sup> SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 142-143. Em sentido semelhante, averba Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) afiguram-se possíveis limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que legitima o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pela Constituição. Em outras palavras, direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais, de tal sorte que há mesmo quem tenha chegado a sustentar a existência de uma verdadeira ‘reserva geral imanente de ponderação’, embora tal afirmação deva ser recebida com a necessária cautela, além da existência de algumas ressalvas, questão que aqui (e por ora), todavia, não será desenvolvida. De qualquer modo, o que importa é que tais hipóteses exigem cautela redobrada por

Importa considerar, ainda, que estas últimas limitações ou restrições devem ser vistas com cuidado, para evitar que, a seu pretexto ou a pretexto de olhares demasiadamente subjetivistas, se vulnere a ordem constitucional. Tais limitações ou restrições – sejam expressas ou não – apenas podem ser evidenciadas a partir de uma correta interpretação objetiva e sistemática da Constituição<sup>264</sup>. Com efeito, é preciso que o intérprete/aplicador do Direito lance mão de critérios racionais e controláveis<sup>265</sup> que permitam sopesar os valores postos em conflito no caso concreto, observando-se, inclusive, os limites aos limites dos direitos fundamentais<sup>266</sup>.

#### 2.5.4. Os limites dos limites

As restrições aos direitos fundamentais não são ilimitadas porquanto somente se justificam se mostrarem compatibilidade formal e material com a Constituição. Sob o enfoque formal, parte-se do pressuposto de que a Constituição ocupa o epicentro do ordenamento jurídico. Sob perspectiva material, é sabido que a Constituição, ao mesmo tempo em que regula uma série de competências, estabelece uma ordem de princípios substanciais, fulcrados essencialmente na dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos

---

para dos poderes públicos”. Mais: “Muito embora as situações de conflito tenham, em sua maioria, sido regulamentadas pela legislação ordinária, há casos em que a ausência de regulação esbarra na necessidade de resolver o conflito decorrente da simultânea tutela constitucional de valores ou bens que se apresentam em contradição concreta. A solução desse impasse, como é corrente, não poderá dar-se com recurso à idéia de uma ordem hierárquica abstrata de valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 393-394.

<sup>264</sup> Conforme Jorge Miranda, in **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV: Direitos fundamentais, 3 ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 332-333.

<sup>265</sup> Manuel Segura Ortega sugere alguns critérios de controle no que toca à observância da racionalidade jurídica: a) intersubjetividade; b) método; c) possibilidade de obter resultados mais ou menos previsíveis; d) existência de regras, critérios e pautas reconhecidas que possibilitem controlar eficazmente a racionalidade do discurso. In: ORTEGA, Manuel Segura. **La racionalidad jurídica**. - Madrid: Tecnos, 1998.

<sup>266</sup> Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, in **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 394.

fundamentais que lhe são inerentes<sup>267</sup>. Não é crível, pois, admitir o esvaziamento desarrazoado e obscuro desses direitos pela ação erosiva do legislador<sup>268</sup>. É dizer, *odiosa sunt restringenda*<sup>269</sup>.

Em outros termos, Canotilho enfatiza que as leis restritivas de direitos, garantias e liberdades devem imperativamente satisfazer requisitos formais e materiais, os quais podem estar contidos em regras ou em princípios constitucionais. Os requisitos formais estabelecem que as leis restritivas devem encontrar amparo em autorização restritiva contida na Constituição. É o que denomina de “zona de proteção formal”. De outra banda, os requisitos materiais pretendem assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com as normas constitucionais, tais como: o princípio da proporcionalidade<sup>270</sup>, da salvaguarda do conteúdo essencial, dentre outros<sup>271</sup>.

Outrossim, como não poderia deixar de ser, a definição da garantia do núcleo essencial, a exemplo do que ocorre com a delimitação do âmbito de proteção e dos limites dos direitos fundamentais, abarca várias teorias que – em linhas gerais - procuram sistematizar o modo pelo qual a essência desses direitos deve ser estabelecida e protegida.

Dois, por certo, são os pontos de partida utilizados para a compreensão da temática: o objetivo e o subjetivo.

---

<sup>267</sup> Para Gregorio Peces-Barba Martinez, *apud* André Rufino do Vale, “os direitos fundamentais constituem um subsistema dentro do sistema jurídico, que ocupa um posto hierarquicamente muito relevante no conjunto do ordenamento jurídico, desbordando seus próprios limites para influir em todos e em cada um dos restantes subsistemas e em todas as e em cada uma das normas do ordenamento. Não é um subsistema fechado, que se esgota em si mesmo, ou que só influi em dimensões fronteiriças com os outros subsistemas que se limitam com ele. Pelo contrário, é um subsistema aberto, expansivo que se filtra e influi em todos os demais. Nesse sentido, se pode dizer que é subsistema ativo para as tarefas de aplicação e de interpretação de todas as normas e dos subsistemas que formam o ordenamento”. In: VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 85.

<sup>268</sup> Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, *in* **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 395.

<sup>269</sup> O brocardo citado é referido por Jorge Miranda, *in* **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV: Direitos fundamentais, 3 ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 337.

<sup>270</sup> O princípio da proporcionalidade será analisado apartado.

O primeiro preconiza que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser protegido para evitar que esses direitos percam o seu significado para todos os indivíduos ou para grande parte deles.

O segundo diz respeito à possibilidade de que uma restrição – ou mesmo de uma eliminação – da proteção de um direito fundamental, em um caso concreto, não afete a sua dimensão objetiva, mas, ao revés, implique grave violação ao seu conteúdo essencial a partir, insista-se, da especificidade da situação concreta analisada<sup>272</sup>.

Contra a perspectiva subjetiva argumenta-se que se estaria a admitir o esvaziamento completo de um direito fundamental e, ao que tudo indica, nesse caso, estar-se-ia diante da perda da mínima eficácia que permitia fosse esse direito reconhecido como fundamental<sup>273</sup>.

Virgílio Afonso da Silva é enfático ao revidar esse argumento, alegando, a partir da adoção de um modelo relativo de conteúdo essencial, que não é possível se afastar da conclusão de que o dever de proteção de tal conteúdo remanesce, ainda que em uma dada situação concreta, por meio da ponderação, seja possível cogitar que nada dele restou<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 452. Para mais detalhes, ver ainda Jorge Miranda, *in op. cit.*, pp. 337-341.

<sup>272</sup> Conforme Virgílio Afonso da Silva, *in* **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 186-187.

<sup>273</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, embora não se refira expressamente as perspectivas objetiva e subjetiva, afirma: “A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. Com a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A idéia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares, embora quanto a este último aspecto exista divergência doutrinária relevante”. Da lição colacionada, conclui-se que, ao contrário do que averba Virgílio Afonso da Silva, não admite a redução a zero do núcleo essencial de um direito fundamental quando da ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 402.

<sup>274</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 186-187.

Gilmar Ferreira Mendes, noutra diapasão, traz a lume orientação de carácter conciliatório das perspectivas objetiva e subjetiva. Para tanto, sustenta que se se afirma o carácter pluridimensional dos direitos fundamentais e se reconhece que o direito fundamental tanto pode ser visto sob os aspectos subjetivo quanto objetivo, tem-se necessariamente que admitir que as possibilidades de interpretação do referido princípio não se haverão de fazer em um esquema de exclusão, mas em um raciocínio de ampliação, que considere a proteção do núcleo essencial como elemento determinante dos direitos fundamentais<sup>275</sup>.

Noutro vértice, situam-se as teorias absoluta e relativa.

A primeira concepção teórica é tributária da ideia de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é entendido como a unidade substancial autônoma própria de cada direito que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa<sup>276</sup>.

Conforme Jorge Miranda: “Afigura-se que para, realmente, funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso do poder, como barreira para que o legislador seja qual o interesse (...) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem que ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito”<sup>277</sup>.

Uma posição extremada dessa teoria é defendida por Vieira de Andrade quando afirma que há, de fato, uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável que coíbe a atividade legislativa desmedida. Para o constitucionalista português, em um dado caso concreto, o conteúdo essencial, enquanto núcleo fundamental, não é afetado sequer por um bem considerado superior<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 397.

<sup>276</sup> Idem, p. 395.

<sup>277</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV: Direitos fundamentais. 3 ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 341.

A teoria absoluta divide-se ainda em duas versões: teoria absoluta estática e teoria absoluta dinâmica<sup>279</sup>.

Recorrendo à linguagem metafórica, se fosse possível representar graficamente o conteúdo essencial absoluto-estático, poder-se-ia pensar em uma esfera maciça, de conteúdo intangível e imutável, alheio a mudanças materiais e temporais.

Tal concepção, por evidente, é passível de críticas. A razão é simples: os direitos fundamentais são realidades históricas em processo de maturação. Ademais, como já referido, não há sequer direitos fundamentais por natureza. Por fim, não é a Constituição alheia às mudanças ocorridas na realidade social.

Entre nós, Virgílio Afonso da Silva resiste a essa conclusão, embora repute também criticável o conteúdo essencial absoluto-estático. Para o constitucionalista, a estaticidade desse conteúdo essencial não impede a dinamicidade do conteúdo total. Assim, o fato de a Constituição (ou de os direitos fundamentais) ser dinâmica não impede que parte dela seja considerada absoluta e estática. Bastaria, para tanto, que essa parte estática não fosse demasiadamente ampla<sup>280</sup>.

O conteúdo essencial, por outro lado, é dinâmico e absoluto quando, embora constitua uma área intransponível em qualquer situação, seja passível de modificação com o decurso do tempo<sup>281</sup>.

De igual modo, passível de crítica a concepção de conteúdo essencial absoluto-dinâmico, dada a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de

---

<sup>278</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 305.

<sup>279</sup> Essa diferenciação é feita por Virgílio Afonso da Silva na obra multicitada **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 188-191.

<sup>280</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 190.

<sup>281</sup> Idem, p. 188.

identificar *in abstracto* a sua existência. Seguindo o raciocínio de Gilmar Ferreira Mendes, “é certo, outrossim, que a ideia de uma proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, de difícil identificação, pode ensejar o sacrifício do objetivo que se pretende proteger”. Além disso, “(...) a ideia de núcleo essencial sugere a existência clara de elementos centrais ou essenciais e elementos acidentais, o que não deixa de preparar significativos embaraços teóricos e práticos”<sup>282</sup>.

A teoria relativa reconduz o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, o núcleo essencial é definido para cada caso, por meio da ponderação. A restrição, pois, só se mostra legítima quando for necessária para a realização de bens jurídicos que devem ser considerados, no caso, como mais valiosos e só na medida em que essa exigência se imponha ao próprio direito fundamental<sup>283</sup>.

Por oportuno, observa Virgílio Afonso da Silva que a definição do que é essencial e do que deve ser protegido depende das condições fáticas e das colisões entre os diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa que o conteúdo essencial de um direito fundamental não é sempre o mesmo e pode variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso<sup>284</sup>.

A teoria do conteúdo essencial relativo, seguindo a sorte da teoria absoluta, não escapou de objeções. Há quem sustente que flexibiliza de forma exagerada o estatuto dos direitos fundamentais e acaba por abalar os princípios centrais do sistema constitucional. Noutra passo, fala-se em confusão entre o princípio da proporcionalidade e o próprio conteúdo essencial dos direitos fundamentais<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pp. 396-397.

<sup>283</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 304.

<sup>284</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *op. cit.*, p. 196.

<sup>285</sup> Nessa esteira, ver Gilmar Ferreira Mendes, *in* **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 397. Ainda, Jorge Miranda, *in* **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV: Direitos fundamentais. 3 ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 341.

Para além das discussões teóricas de cunho absoluto ou relativo, o que se deve ter em mente é que as concepções descritas acima visam a assegurar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Na prática e sem querer aprofundar aqui o debate, por caminhos diferentes, as teorias absoluta e relativa alcançam o mesmo ponto de chegada<sup>286</sup>.

Ademais, não obstante existam notórias dificuldades em definir em abstrato e a princípio o núcleo essencial de um direito fundamental, ante as inúmeras variáveis que permeiam a problemática, no final das contas, o certo é que há posições mínimas as quais não são passíveis de intervenção estatal.

No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988, ao contrário do que fizeram a Constituição alemã de 1949, em seu art. 19, II, a Constituição espanhola, em seu art. 53, número 1, e a Constituição portuguesa, em seu art. 18, II e III, não previu expressamente a limitação aos limites dos direitos fundamentais. A partir da evolução da dogmática jurídica e da jurisprudência no cenário nacional – ainda que de forma não linear – foram erigidas como barreiras às limitações dos direitos fundamentais o princípio da proporcionalidade, inclusive, na sua dupla função como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente, e a garantia do núcleo essencial, antes referida<sup>287</sup>.

É preciso notar, ainda, que o texto constitucional, em seu art. 60, § 4º, vedou qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Tal preceptivo reforça a ideia de que o legislador está vinculado à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

---

<sup>286</sup> Igual conclusão, vide Ingo Wolfgang Sarlet, *in op. cit.*, p. 403.

<sup>287</sup> Partindo da premissa de que a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é simples fruto do respeito à regra da proporcionalidade, Virgílio Afonso da Silva afirma que os dispositivos constitucionais que tratam, de modo expresse, sobre a limitação dos limites dos aludidos direitos têm valor meramente declaratório, mais simbólico do que constitutivo. Ademais, nada obstante não possua a Constituição brasileira dispositivo nesse sentido, não significa reconhecer a inexistência de respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. “A simples aceitação da proporcionalidade já traz consigo a garantia de um conteúdo essencial para esses direitos”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 202-203.

A orientação do Supremo Tribunal Federal, embora não seja uniforme, caminha no sentido de reconhecer a necessidade de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, à guisa de exemplo, ainda na Constituição de 1967/1969, merece destaque o julgamento da Representação n. 930, a qual tinha por objeto a extensão do direito ao exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o sentido da expressão “condições de capacidade”, prevista no art. 153, § 23, do texto constitucional. À época, o Ministro Rodrigues Alckmin, relator para o acórdão, deixou assentada a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito fundamental, ressaltando, igualmente, que, ao fixar as condições de capacidade profissional, caberia ao legislador observar o “critério da razoabilidade”. Ao final, a Lei n. 4.116/62, por maioria, foi declarada inconstitucional porque regulava e restringia a profissão de corretor de imóveis, que não tinha como pressuposto “condições de capacidade”<sup>288</sup>.

Outro caso emblemático, agora sob a égide da Constituição de 1988, refere-se ao polêmico Recurso Extraordinário n. 511.961, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/06/2009, que versou sobre a exigência de diploma de curso superior registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. É dizer, versou uma vez mais sobre a liberdade profissional.

Naquela oportunidade, reconheceu, por maioria, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal que a Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), seguia um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das “condições de capacidade” como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, pairava, portanto, uma importante questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas que, em especial, disciplinassem as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício

das profissões. Assim, a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não conferia ao legislador a prerrogativa de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

Por fim, concluiu aquele Tribunal que a exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo, que, na sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação, não estava autorizada pela ordem constitucional, pois constituía uma restrição, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibida pelo art. 220, § 1º, da Constituição Federal<sup>289</sup>.

#### 2.5.5. O princípio da proporcionalidade

Como se viu no item anterior, o princípio da proporcionalidade<sup>290</sup> é barreira às limitações dos direitos fundamentais porque objetiva coibir os excessos legislativos como manifestações de inconstitucionalidade. O poder de legislar, à evidência, deve ser exercido em conformidade com os limites estabelecidos pela

---

<sup>288</sup> Disponível em: <<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263707>>>. Acesso em: 24 nov 2010.

<sup>289</sup> Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=n%FAcleo+essencial&base=baseAcordaos>>>. Acesso em: 23 nov 2010.

<sup>290</sup> Virgílio Afonso da Silva considera incorreto o uso da expressão “princípio da proporcionalidade”. Para tanto, argumenta que a proporcionalidade não segue o raciocínio dos princípios, entendidos como algo de deve ser realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, porque tem estrutura de regra. Impõe um dever definitivo. A sua aplicação, pois, não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. É uma regra especial, ou uma regra de segundo nível ou, por fim, uma meta-regra. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 168-169. Por outro lado, é certo que o Supremo Tribunal Federal utiliza a expressão “princípio da proporcionalidade”. Em exame de pedido de liminar em sede de controle de constitucionalidade da Lei n. 10.248/93 do Estado do Paraná, em 1993, consignou: “Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida” (ADI 855 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 01/07/1993, DJ 01-10-1993 PP-20212 EMENT VOL-01719-01 PP-00071). Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=liminar+e+botij%E3o+de+g%E1s&base=baseAcordaos>>>. Acesso em: 24 nov 2010.

Constituição, mas também de modo a assegurar uma proteção suficiente dos citados direitos<sup>291</sup>.

É assente na doutrina e na jurisprudência a ideia de que, quando uma medida estatal implica intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente deve ela encontrar arrimo em um fim constitucionalmente legítimo. Além disso, a providência legislativa deve se mostrar adequada e necessária<sup>292</sup>.

Significa dizer que, primeiramente, os meios empregados pelo legislador devem contribuir, de forma idônea, para a obtenção do resultado almejado (adequação). A providência legislativa é, por outro lado, necessária quando não dispõe o legislador de outro meio eficaz para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental (necessidade)<sup>293</sup>.

Partindo da lição de Canotilho no sentido de que o princípio da proporcionalidade, também conhecido no direito português como princípio da proibição do excesso (Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 2), constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador, faz Gilmar Ferreira Mendes referência à conversão do princípio da reserva legal no princípio da reserva legal *proporcional*, na medida em que não só se pressupõe a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para o alcance dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 401.

<sup>292</sup> Conforme Virgílio Afonso da Silva, *in op. cit.*, pp. 169-170.

<sup>293</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. – Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003, pp. 78 e 81. Nessa esteira, cumpre anotar que não se exclui a possibilidade de que a proporcionalidade pode ser aferida a partir de outros bens constitucionalmente relevantes que não sejam, por evidente, direitos fundamentais.

<sup>294</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pp. 410-411.

Noutro passo, Suzana de Toledo Barros destaca que a aferição da adequação, por meio do controle judicial, por si só, é apta a enfraquecer a ideia de legislador onipotente, capaz de criar situações desarrazoadas e incoerentes com o texto constitucional. Enfatiza que não há necessidade de absoluta concatenação entre o meio empregado e o resultado obtido. O exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo, apenas quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar o seu objetivo. Nesse prisma, é lícito, e até mesmo aceitável, que o legislador se equivoque acerca do desenvolvimento do seu prognóstico. “E é exatamente à conta da possibilidade de erro de prognose legislativa que se sustenta deva a adequação ser aferida no momento em que o legislador tomou a sua decisão, a fim de que se possa estimar se, naquela ocasião, os meios adotados eram apropriados aos objetivos pretendidos”<sup>295</sup>.

Idêntica conclusão, nesse último ponto, é alcançada por Virgílio Afonso da Silva quando averba que a exigência de realização completa do fim perseguido é contraproducente porque é demasiadamente difícil saber, de antemão, se uma medida realizará o objetivo a que se propõe. Com efeito, muitas vezes age o legislador em situações de incertezas empíricas e é impelido a fazer previsões que não sabe se serão concretizadas. Qualquer exigência de plena realização de algo seria, para o autor, uma exigência impossível de ser cumprida<sup>296</sup>.

Possível perceber, ainda, que há diferença entre o exame da adequação e o exame da necessidade. Enquanto no teste de adequação investiga-se uma relação entre fins e meios, no teste da necessidade há um *plus*, que é a consideração eminentemente comparativa das alternativas para se obter o mesmo fim<sup>297</sup>. Em outras palavras, o meio não será necessário se o objetivo visado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa. Assim, como pondera Gilmar Ferreira Mendes, “(...) apenas o que é

---

<sup>295</sup> Idem, pp. 79-80.

<sup>296</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *op. cit.*, p. 170.

<sup>297</sup> Idem, p. 171.

adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado<sup>298</sup>.

Registre-se que, quando do teste da necessidade, não se está em busca de medidas mais eficientes em comparação com a medida tomada pelo Estado, por exemplo. Não se investigam também todas as medidas possíveis e imagináveis entre si. A indagação deve ser: há medidas tão eficientes quanto a investigada? Conforme linhas volvidas, é pressuposto do princípio da necessidade que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra de igual modo eficaz, mas menos gravosa. Conjuga-se *meio mais idôneo* com *menor restrição possível*<sup>299</sup>.

Noutro caminhar, o princípio da proporcionalidade não se esgota no exame da necessidade e da adequação, máxime porque é plenamente sustentável a constitucionalidade de uma lei que limita um direito fundamental quando é, ao mesmo tempo, justificável constitucionalmente, haja vista que os meios que emprega são adequados a alcançar os objetivos a que visa, e não há medida alternativa que seja tão eficiente e que restrinja menos o direito atingido<sup>300</sup>. A exemplo do que sustenta Suzana de Toledo Barros, existem situações em que é possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em debate a existência de outra medida menos lesiva, mas, na realidade, a precedência de um bem ou interesse sobre outro<sup>301</sup>.

Antes de ir mais além, oportuno colacionar o interessante exemplo construído por Virgílio Afonso da Silva que bem denota essa situação: “(...) com o intuito de realizar o direito à privacidade, o legislador aprova um projeto de lei, que é depois sancionado e promulgado, no qual se proíbem: (1) qualquer forma de jornalismo investigativo; (2) qualquer divulgação de dados constantes em qualquer

---

<sup>298</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 411.

<sup>299</sup> Conforme Virgílio Afonso da Silva, *in op. cit.*, pp. 173-174. E, ainda, Suzana de Toledo Barros, *in op. cit.*, p. 81.

<sup>300</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *in op. cit.*, p. 174.

processo, em qualquer nível; (3) a publicação de qualquer foto, de qualquer pessoa, a não ser com autorização expressa do fotografado; (4) a quebra do sigilo bancário em toda e qualquer situação”. E conclui o constitucionalista: “Este é um conjunto de medidas que, sem dúvida, é adequado a fomentar o fim que se persegue – a garantia da privacidade. Seria difícil, além disso, imaginar um conjunto de medidas que seja assim eficaz para a realização desse objetivo e que, ao mesmo tempo, restrinja menos os direitos fundamentais envolvidos (entre outros, a liberdade de imprensa e a publicidade de atos processuais)”<sup>302</sup>.

Imperioso agregar aos juízos de necessidade e de adequação uma terceira dimensão: a proporcionalidade em sentido estrito, para aferir se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim visado<sup>303</sup>. Fala-se, aliás, em controle de sintonia fina, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão<sup>304</sup>.

De fato, há quem sustente que a proporcionalidade em sentido estrito, terceira etapa do princípio da proporcionalidade, seria desnecessária. Primeiro, porque os testes de adequação e de necessidade bastariam para investigação dos atos restritivos de direitos fundamentais. Segundo, porque a proporcionalidade em sentido estrito poderia dar azo ao subjetivismo excessivo dos juízes<sup>305</sup>.

Sem embargo desse ponto de vista e sem que se possa esgotar a discussão diante dos limites da presente investigação, astuta a observação de Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que se deve perquirir até que ponto medidas adequadas e necessárias podem acarretar compressão excessiva do bem afetado

---

<sup>301</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *in op. cit.*, p. 85.

<sup>302</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *op. cit.*, p. 175.

<sup>303</sup> BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, pp. 84-89.

<sup>304</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, p. 412. Em igual sentido, J. J. Gomes Canotilho: “Está aqui em causa o **princípio da proporcionalidade em sentido estrito**, entendido como princípio da ‘justa medida’. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de << medida >> ou << desmedida >> para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 270.

<sup>305</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *op. cit.*, pp.177-178.

pela restrição, sendo, inclusive, questionável se a categoria do núcleo essencial, por si só, daria conta do problema.

Ademais, seria imperioso revolver a problemática de saber se este núcleo é efetivamente o que resulta do processo de ponderação, como defende a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais, entre nós, defendida por Virgílio Afonso da Silva. A discussão, pois, está em aberto porquanto não encontrou (ainda) respostas na doutrina e na jurisprudência, não obstante haja um nítido engajamento no sentido de alcançá-las<sup>306</sup>.

Não há como deixar de referir que Robert Alexy confirma haver nítida conexão entre a teoria dos princípios e a chamada máxima da proporcionalidade. Em suas palavras: “Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza”<sup>307</sup>.

Para Alexy, portanto, os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, melhor dizer, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas, enquanto as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios em face das possibilidades fáticas. Assim, para a solução da colisão entre princípios em concreto, caberá à máxima da proporcionalidade – estrutura de argumentação racional - determinar as possibilidades jurídicas e fáticas dos princípios e o seu grau de otimização em concreto<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 399.

<sup>307</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 117-118.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, no âmbito das restrições de direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objeto perseguido pela restrição, e o meio é a própria decisão normativa (legislativa, administrativa, judicial ou contratual) limitadora que pretende possibilitar o alcance do fim visado. O princípio da proporcionalidade estabelece que a relação entre o fim que se pretende alcançar ou promover e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcional<sup>309</sup>.

Sob outro enfoque, o princípio da proporcionalidade, para além da função de proibição de excesso, desempenha o papel de proibição de proteção insuficiente. Tal fato se dá porque funciona como instrumento de controle dos atos omissivos ou comissivos dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação em atos de particulares. Além disso, sobressai aqui a dupla dimensão dos direitos fundamentais (negativa e positiva) que destaca a sua atuação como deveres de proteção, que impõem ao Estado, por meio de seus órgãos e agentes, a tomada de posição ativa, obrigando-o a intervir preventiva e repressivamente, inclusive, diante de agressões oriundas de sujeitos privados<sup>310</sup>.

Para Canotilho, há *defeito de proteção* quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais. Assim, o controle da insuficiência pressupõe a verificação “se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se os bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados”<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 117-118.

<sup>309</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 211-212.

<sup>310</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 396.

<sup>311</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 273.

O princípio da proporcionalidade, nesta faceta, considera o fato de que pode o Estado frustrar seus deveres de proteção e agir de modo aquém do esperado na proteção constitucionalmente exigida ou mesmo não agir. Aqui, guardadas as devidas proporções, valem as observações referidas em relação à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito<sup>312</sup>.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da proporcionalidade é identificado no princípio do Estado de Direito, quando há vedação do arbítrio, do excesso de poder, no princípio do devido processo legal e nos demais direitos fundamentais. De igual modo, há quem sustente que está intimamente relacionado com a proteção do direito de propriedade. No plano infraconstitucional, destaca-se o art. 2º da Lei n. 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no bojo da Administração Pública Federal direta e indireta<sup>313</sup>.

No Supremo Tribunal Federal, vários são os julgados que fazem remissão ao princípio da proporcionalidade, o que denota a sua aceitação, em especial, como instrumento para a solução de colisões entre direitos fundamentais.

Nessa esteira, o julgamento proferido no *Habeas Corpus* n. 76.060, no qual se discutiu a obrigatoriedade de submissão de “pai presumido” a exame de DNA, em ação de investigação de paternidade. O Ministro Sepúlveda Pertence, à época, decidiu pela prescindibilidade da ordenada coação do paciente ao exame de pareamento cromossômico porque não resistia esta ao confronto com o princípio da proporcionalidade na medida em que, no caso, a paternidade poderia ser investigada sem a participação do referido paciente<sup>314</sup>.

Noutro julgado, o Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, que versou sobre a legalidade da prisão civil do devedor fiduciante em ação de depósito, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, decidiu, na análise da

---

<sup>312</sup> Idem, pp. 399-400.

<sup>313</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 396.

<sup>314</sup> Disponível em: << <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76405> >>. Acesso em: 24 nov 2010.

proporcionalidade em sentido estrito, que a restrição à liberdade individual do fiduciante não era justificada pela realização do direito de crédito do fiduciário. É dizer: “A colisão entre liberdade do devedor e patrimônio do credor resolve-se, no caso concreto, em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção, tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente. Não, porém, nas hipóteses em que vise à mera recomposição patrimonial do credor-fiduciante” (voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes). Prevaleceu a liberdade individual do devedor<sup>315</sup>.

#### 2.5.6. Ponderação (sopesamento)

Em vários pontos deste capítulo, falou-se em ponderação ou em sopesamento entre direitos fundamentais em conflito. Desde já, recorrendo-se à lição de Virgílio Afonso da Silva, faz-se necessário um alerta no sentido de que o emprego da técnica do sopesamento não implica automaticamente a invocação do princípio da proporcionalidade, em especial, nos casos em que não há qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios<sup>316</sup>.

Nessa última hipótese, quando houver necessidade de aplicação direta de princípios constitucionais ao caso concreto, deve haver a ponderação entre os potenciais princípios aplicáveis à resolução da controvérsia. Não há razão para se questionar se a medida é adequada ou necessária para fomentar o objetivo que se busca alcançar, tampouco se a medida é proporcional em sentido estrito, se não há medida adotada a ser utilizada como parâmetro<sup>317</sup>.

Também não é correto levar ao extremo essa orientação porquanto há situações em que se deve considerar o sopesamento, bem como o princípio da proporcionalidade. Tudo vai depender da situação concreta analisada.

---

<sup>315</sup> Disponível em: << <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> >>. Acesso em 24 nov 2010.

<sup>316</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 178-179.

<sup>317</sup> Idem, p. 179.

Robert Alexy afirma que, quando dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder; no entanto, como dito alhures, isso não significa que o princípio que cedeu deve ser considerado inválido e que há nele a introdução de uma regra de exceção, mormente porque abstratamente – ou absolutamente – ambos estão no mesmo nível e contêm o mesmo peso. Na realidade, o que ocorre é que um dos princípios, diante de determinadas condições fáticas e jurídicas, tem precedência ou maior peso em relação ao outro. É o que chama de relação de precedência condicionada entre princípios, com fundamento nas circunstâncias do caso concreto (caráter concreto ou relativo). Sob determinadas condições, portanto, um princípio irá prevalecer em relação ao outro; contudo, sob condições diversas, outra solução poderá ser encontrada. Não há resposta única. As aludidas condições são o ponto de partida para se identificar uma violação a um direito fundamental<sup>318</sup>.

A partir da relação de precedência condicionada, Alexy extrai a lei da colisão como um dos fundamentos da teoria dos princípios como mandamentos de otimização que devem realizados na maior medida possível, uma vez que não gozam de relação absoluta de precedência e não fazem referência a ações e situações quantificáveis. Dito de outro modo: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”<sup>319</sup>.

Outrossim, a ideia do sopesamento esbarra na objeção de que é um procedimento irracional, não passível de controle ante o subjetivismo e o caráter intuitivo inerente àquele que o realiza.

---

<sup>318</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 95-96 e 98.

<sup>319</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 99. Sobre o ponto, observa Wilson Steinmetz que “a lei da colisão, segundo Alexy, não só é importante porque descreve a estrutura lógica da solução da colisão, mas também porque indica o que precisa ser fundamentado: o resultado da ponderação pode ser formulado como uma regra – uma regra de precedência ou preferência (de cuja generalização resulta a lei da colisão) que expressa uma relação de precedência condicionada – sob à qual subsume-se o caso concreto”. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 209.

A solução para o problema, de fato, está na necessidade de fundamentar o enunciado de precedência condicionada. Se for possível fundamentar racionalmente a opção por determinada consequência jurídica do princípio prevalente, não remanesce dúvida de que o sopesamento é um processo racional.

O que acaba de ser dito, na linha do que defende Alexy e Wilson Steinmetz, é que, ante uma colisão de princípios, a relação de precedência condicionada, que, ao final, formaliza uma regra de precedência à qual o caso concreto deve se subsumir, é o resultado de uma ponderação racionalmente justificada em argumentos, inclusive, de cunho empírico<sup>320</sup>.

Calha referir, por último, nesse ponto, que Alexy não descarta a existência de precedências *prima facie* entre princípios, ou seja, a existência de relação de hierarquia abstrata entre princípios. O que haveria, em verdade seria o reforço da necessidade de argumentação do porquê um dos princípios dever prevalecer em detrimento de outro no caso concreto. À luz do próprio conceito de “*precedência prima facie*”, vê-se que não há o estabelecimento de posições definitivas. O que, por exemplo, acabaria por reforçar o argumento de que o princípio da dignidade da pessoa humana, embora tivesse precedência *prima facie*, em relação ao princípio da autonomia privada (liberdade negocial), não prevaleceria em todas e quaisquer situações concretas.

#### 2.5.7. A autonomia privada

Postas essas premissas, finalmente, é hora de investigar o conteúdo, os limites e os limites aos limites da autonomia privada.

A autonomia privada é princípio capital do direito privado e é definida, sem pretensão de ineditismo, como o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livre e soberanamente, auto-regulem os próprios

---

<sup>320</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 192

interesses, seja criando deveres, seja criando direitos<sup>321</sup>. Embora se expresse de diferentes formas e graus, nos diversos âmbitos de regulação do direito privado, é no bojo dos negócios jurídicos, mais especificamente dos contratos, que se manifesta com maior intensidade<sup>322</sup>. Nesse prisma, concretiza-se como liberdade contratual ou liberdade negocial<sup>323</sup>.

Não se controverte, outrossim, que a autonomia privada ostenta *status* constitucional, embora não tenha a Constituição Federal 1988 se ocupado em defini-la direta e expressamente como direito fundamental<sup>324</sup>. Em verdade, essa afirmação deflui do princípio geral da liberdade (art. 5º, *caput*), mas também do princípio da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*); do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII); do direito de propriedade (art. 5º,

---

<sup>321</sup> Na lição de Karl Larenz, *apud* Fernando Noronha: a autonomia privada “(...) é a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial, mediante contratos”. In: NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. – São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 115. Para Pietro Perlingieri, a autonomia privada é, em termos gerais, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal, a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos. In: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17. Segundo, Böckenförde, *apud* Antonio López Pina: “A la distinción entre Estado y sociedad subyace la idea del individuo que se autogobierna, cuya autonomía respecto del Estado debe ser preservada. A él sirve la dicotomía de libertad privada y vinculación estatal. Ello da lugar a un reparto de las justificaciones: no es el individuo que ejerce su libertad el que ha de dar razón de ello; es el Estado que interviene en tal derecho de libertad el que há de justificarse. El Estado tiene encomendadas tareas limitadas, em particular la garantía de la paz, la seguridad y la libertad. Las intervenciones del Estado en la libertad individual solamente serán, así, válidas, en la medida que sean necesarias pra satisfacer tales tareas; solo con tal reserva estamos dispuestos a otorgar al Estado la competencia sobre la competencia”. In: PINA, Antonio López. **La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional**. UNED. *Teoría y realidad constitucional*. Espanha, n. 20, p. 145-173, 2007.

<sup>322</sup> Wilson Steinmetz ressalta que, no princípio da liberdade contratual, compreende-se: a) as liberdades positivas e negativa de contratar, isto é, a liberdade de decidir contratar e de decidir não contratar; b) liberdade de escolher o contratante; c) liberdade de escolher o tipo de contrato, isto é, a liberdade de escolher – segundo um juízo de adequação, funcionalidade ou conveniência e observada a disciplina legal – entre os contratos típicos e a liberdade de concluir contratos atípicos; e d) liberdade de determinar o conteúdos e os efeitos dos contratos. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 192.

<sup>323</sup> STEINMETZ, Wilson. *op. cit.*, pp. 189-192.

<sup>324</sup> Virgílio Afonso da Silva categoricamente afirma que, de fato, a autonomia privada é conceito-chave do direito privado e das relações entre particulares; contudo não é um princípio material de Direito, equiparável aos direitos fundamentais. Para o jurista, isso excluiria a possibilidade muito defendida em trabalhos sobre o tema, que seria o sopesamento entre a autonomia privada e direitos fundamentais eventualmente atingidos em uma relação entre particulares. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 27-28. Voltaremos a essa ideia quando tratarmos especificamente dos contratos bancários e a possibilidade de sopesamento.

*caput* e XXII); do direito de herança (art. 5º, XXX); do direito de convenção ou de acordo coletivo (art. 7º, XXVI); do princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (art. 226, *caput* e §§ 1º a 4º); ou seja, dos princípios constitucionais que versam sobre o poder geral de autodeterminação e de autovinculação da pessoa<sup>325</sup>.

Pietro Perlingieri vai além quando sustenta que a autonomia privada guarda estrita relação com a cláusula geral de tutela da pessoa humana. Partindo da teoria dos atos, define-a como ato de iniciativa que não se esgota na autonomia contratual e, portanto, torna-se relevante somente para dar atuação às vicissitudes das relações jurídicas patrimoniais. Por certo, a tentativa de individualizar o fundamento da autonomia na garantia constitucional da iniciativa econômica privada é parcial, máxime porque os atos de autonomia têm fundamentos diversificados, os quais encontram denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social constantemente existe a exigência de que os atos e as atividades não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana<sup>326</sup>.

Para o jurista italiano, a autonomia privada é a atuação de direitos subjetivos e de deveres de solidariedade e, por vezes, de específicas obrigações legais de contratar, que não se esgotam na esfera econômica<sup>327</sup>.

Vistas a coisas de uma estrita perspectiva dos contratos bancários, a liberdade contratual liga-se mais fortemente ao direito de propriedade e

---

<sup>325</sup> No direito italiano, Enzo Roppo afirma que a liberdade contratual não encontra em nenhum preceito constitucional uma relevância específica e direta. Em suas palavras: “A liberdade contratual, enquanto instrumento para o exercício de outros direitos (em particular, dos direitos de iniciativa econômica e de propriedade, encontra no plano constitucional, uma garantia – apenas indirecta – nas normas que directamente os tutelam: assim, em especial, os arts. 41º e 42º da Constituição”. In: ROPPO, Enzo. **O contrato**. – Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 141. No direito português, Ana Prata sustenta: “Não obstante a nossa lei fundamental se ocupar, com uma preocupação visivelmente pormenorizada, da definição dos quadros dentro dos quais se exerce a atividade econômica dos sujeitos, quer privados quer públicos, não é possível encontrar nela qualquer norma que, expressa e equivocadamente, consagre o princípio da autonomia privada”. In: PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 76.

<sup>326</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19.

<sup>327</sup> Idem, p. 19.

ao princípio da livre iniciativa<sup>328</sup>. Nesse diapasão, os ensinamentos de Wilson Steinmetz no sentido de que uma das faculdades basilares que o direito de propriedade assegura ao titular é o poder ou o direito de livre disposição da propriedade. Em suas palavras: “O exercício de livre disposição da propriedade se viabiliza concreta e instrumentalmente pelo contrato. A autonomia privada – aqui, particularizada na liberdade contratual – é princípio fundamental do direito contratual. Logo, se a Constituição tutela a propriedade (seja como direito fundamental, seja como garantia de instituto), então ela também tutela a autonomia privada”<sup>329</sup>.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 erigiu a livre iniciativa econômica privada a princípio fundamental não só da ordem econômica como também da República Federativa do Brasil. E, ainda segundo Steinmetz, “(...) é lógica e faticamente impensável e impraticável a livre iniciativa sem autonomia privada. Logo, ao eleger a livre iniciativa como princípio constitucional fundamental, a Constituição também tutelou a autonomia privada”<sup>330</sup>.

A rigor, como princípio fundamental, não é a autonomia privada ilimitada ou um princípio absoluto<sup>331</sup>, tanto é verdade que expressiva parcela da

---

<sup>328</sup> Fernando Noronha afirma, de forma categórica, que a autonomia privada está expressa no art. 170 da Constituição Federal. É conferir: “Se a autonomia privada é princípio fundamental do Direito Privado, como diz Larenz, é no Direito dos Contratos que ganha relevo muito especial, sobretudo através do princípio da liberdade contratual, que é seu corolário (...). sem autonomia privada, seria impensável uma sociedade de economia capitalista, em que a produção e distribuição de bens e a prestação de serviços estão em princípio reservadas à iniciativa privada. Por isso, entre nós, ela é proclamada na própria Constituição Federal: ‘É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei’ (art. 170)”. In: NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. – São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 116.

<sup>329</sup> STEINMETZ, Wilson. *op. cit.*, p. 201.

<sup>330</sup> STEINMETZ, Wilson. *op. cit.*, p. 201.

<sup>331</sup> Wilson Steinmetz pondera: “O progressivo aumento das restrições à autonomia privada e a sua expressão máxima, a liberdade contratual, manifestou-se de diferentes modos, com destaque para as normas imperativas, as cláusulas gerais e os contratos de adesão (“contratos de massa”). No direito privado contratual contemporâneo, o número de normas imperativas é proporcionalmente maior ao que era no direito privado contratual clássico e, em consequência, a quantidade de normas dispositivas (interpretativas e supletivas) é proporcionalmente menor. Também ampliou-se significativamente o elenco das cláusulas gerais. Dele fazem parte, atualmente: ‘ordem pública’, ‘bons costumes’, ‘abuso de direito’, ‘excesso de poder’, ‘boa-fé’, ‘probidade’, ‘equidade’, ‘finalidade econômica’, ‘finalidade social’ e ‘usos do lugar’. Por meio dessas cláusulas gerais, nas decisões de casos concretos, o intérprete-aplicador pode introduzir, no sistema jurídico – isto é, pode juridicizar – conteúdos metajurídicos limitativos da autonomia privada. Por fim, na teoria e no direito contratuais

doutrina nacional e estrangeira a prefere à mais antiga autonomia da vontade (*voluntas facit legem*)<sup>332</sup>.

À luz de Pietro Perlingieri, uma vez mais, a autonomia privada realmente ostenta a marca do valor da liberdade individual, liberdade esta de regular por si as próprias ações ou, especificamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento por meio de um entendimento comum. Ocorre que, por trás do brilho desta fórmula, escondiam-se o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas de relações de força mercantis. Tal concepção mudou radicalmente na hierarquia constitucional de valores, na qual a liberdade não se confunde com a iniciativa econômica. A liberdade da pessoa e a consequente responsabilidade ultrapassam e subordinam a si mesmas a iniciativa econômica<sup>333</sup>.

Na realidade, a autonomia privada não é um valor autista, alheio à realidade social e econômica ou aos valores que conferem suporte à ordem jurídica; “(...) pode sê-lo, e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento”. Tampouco é um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas diversas manifestações, dentre elas, a liberdade contratual, é submetido aos juízos de licitude e de valor, por

---

clássicos, a liberdade contratual tinha como referente os contratos paritários ou individuais, cuja metodologia de formação (processo contratual) seguia uma pormenorizada negociação (*e.g.*, tratativas pré-contratuais mais longas no tempo, discussão cláusula a cláusula). Contudo, a sociedade capitalista desenvolvida, com um sistema de produção e consumo em massa (consumo em escala), exigiu e exige uma sistemática de contratação em massa (contratos de massa), funcional e eficiente. Daí por que há muito prevalecem os contratos estandardizados, com destaque para os contratos de adesão. Os contratos *standard* representam uma das mais fortes restrições à liberdade contratual. Neles, o princípio da liberdade contratual reduz-se, praticamente, à liberdade de escolher entre contratar e não contratar. Há exíguo espaço – e, por vezes, nenhum espaço – para o exercício da liberdade de discutir e determinar o conteúdo e os efeitos do contrato e, nos casos de monopólios e de oligopólios econômicos de certos bens e serviços (*e.g.*, água, energia elétrica, telefonia), até mesmo para o exercício da liberdade de escolher com quem contratar. Tem-se, então, isto: a liberdade contratual encontra limites na lei – normas imperativas de conteúdo detalhado e nas cláusulas gerais – e na metodologia de conclusão dos contratos em massa”. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 193-195.

<sup>332</sup> LEITE, Gisele. **Autonomia privada sob a visão jurídica contemporânea**. Disponível em: << [http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6992/Autonomia Privada Sob a Visao Juridica Contem poranea](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6992/Autonomia%20Privada%20Sob%20a%20Visao%20Juridica%20Contemporanea) >>. Acesso em: 4 nov. 2010.

<sup>333</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

meio dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, de outro<sup>334</sup>.

Ensina Antonio López Pina:

De todos modos, desde Hegel hemos cobrado conciencia de que, por benéficas que sean la libertad y la autonomía privada, abandonadas a sí mismas son causa de servidumbres y de grandes desigualdades; una autonomía privada y un ejercicio de la libertad sin límites acaban, justo, en la negación de la libertad de los otros, cuando no provocan conflictos de tal envergadura que hacen estallar la sociedad. Todo el edificio dogmático de los derechos fundamentales arranca, ciertamente, de una vigorosa concepción de los mismos como derechos subjetivos. Pero un desproporcionado individualismo, de escasa sensibilidad para la vida en común, ha sido el correlato de tan unilateral punto de partida.

De ahí que los derechos fundamentales vengán a delimitar la relación entre la esfera privada y la esfera pública en un doble sentido: si aquellos limitan la intervención del Estado, el *interés público* justifica, a su vez, la limitación de los derechos subjetivos. Los derechos fundamentales no son, así, garantizados sin límites. Más bien existen *intereses generales* que justifican, a su vez, la limitación de aquéllos por el Estado. En este sentido Schnapp, en la doctrina alemana, caracteriza como mecanismo de equilibrio de los intereses particulares y los *intereses generales* de doble estructura, de un lado, de protección de los derechos y, de otro, de justificación de las limitaciones de los mismos. En el bien entendido de que intereses privados e *interés público* no constituyen compartimentos estancos; son categorías para la búsqueda de un orden en el que la voluntad de cada uno sea conciliable con la voluntad de los demás bajo una ley general de libertad (Kant)<sup>335</sup>.

Na esteira do que vem sendo defendido ao longo da presente pesquisa, o contrato hoje ostenta uma nova visão, desapegada das concepções liberais e voluntaristas que se desenvolveram principalmente nos séculos XIX e XX. Não é mais um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. A nova teoria contratual refere-se à sua função social<sup>336</sup>, como instrumento basilar

<sup>334</sup> PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, pp. 277 e 279.

<sup>335</sup> PINA, Antonio López. **La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional.** UNED. *Teoría y realidad constitucional*. Espanha, n. 20, p. 148-149, 2007.

<sup>336</sup> Fernando Noronha assinala que, em rigor, mesmo ao tempo do individualismo liberal não se negava ao contrato uma função social. O que acontecia era apenas acreditar-se que a livre atuação das partes resultava no bem de todos. Nesta concepção, a apreciação do interesse do credor em termos exclusivamente subjetivistas era o caminho para realizar a função social dos contratos. Hoje, no entanto, para Noronha, perdida a ilusão de que o livre jogo dos egoísmos individuais resultava no “bem de todos e felicidade geral”, a função social tinha necessariamente que ser repensada. In:

para o movimento de riquezas e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos e lhe impõe um regramento legal rigoroso no sentido de que esta função social efetivamente se realize, como é o caso da edição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>337</sup>.

Emílio Betti põe ainda melhor a questão quando assevera que o instituto do negócio jurídico não consagra faculdade de “querer” no vácuo, como é cara a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática. O negócio jurídico até garante e protege a autonomia privada, na medida em que se destina a servir de assentamento a interesses dignos de tutela, nas relações que lhe dizem respeito; contudo é ato ao qual o Direito liga os efeitos mais conformes à sua função econômico-social<sup>338</sup>.

Dignos de nota os ensinamentos de Fernando Noronha:

Numa outra perspectiva, mas fundamentalmente coincidente com a de Larenz, escrevem Starck, Roland e Boyer que a ‘a liberdade abstrata, a Liberdade (com maiúscula) é um conceito vazio de sentido’, e que ‘o que existe, o que é real, são *liberdades*’, ‘as diversas liberdades de fazer tal ou tal ato, de agir ou de não agir, de escolher esta profissão ou outra, de exprimir o seu pensamento ou de não o exprimir, etc. *A ‘liberdade contratual’ não é senão uma destas liberdades*’. Ora, se a liberdade contratual não é senão uma das liberdades do indivíduo e se estas são diversas e variadas, deve-se estabelecer uma hierarquia entre elas, porque algumas são mais importantes para o homem e a sociedade do que as outras. ‘A liberdade de exprimir o pensamento, a liberdade de trabalhar, de se alimentar convenientemente, de morar decentemente, de se instruir, são liberdades mais necessárias do que contratar’. ‘A liberdade de contratar a não importa que condições, a não importa que preço, a com não importa quem, mostrou que pode conduzir à asfixia dos outros direitos e liberdades, que são mais importantes para a felicidade de todos e de cada um. Se ao preço de um certo abandono da liberdade contratual,

---

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. – São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 85.

<sup>337</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 267. Conforme também Pietro Perlingieri: “Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional”. In: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 280.

<sup>338</sup> BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. – Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 88.

nós aumentarmos a eficácia dos outros direitos e liberdades, o balanço será ainda positivo e benéfico.<sup>339</sup>

Como visto no capítulo anterior, foi a crítica ao princípio da autonomia privada que permitiu viessem à tona os princípios do equilíbrio econômico, da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da justiça contratual, dentre outros. É dizer, ao mesmo tempo em que se reconhece hoje a importância da autonomia privada, aceita-se a imposição de limites para salvaguardar outros princípios, como os já citados, que são tão de ordem pública quanto aquele. O que não se aceita, atualmente, pois, é que a autonomia privada seja erigida a grandeza absoluta<sup>340</sup>.

Evidentemente, a liberdade contratual é regida pelo quadro axiológico da Constituição que incorpora o princípio basilar da solidariedade social<sup>341</sup>, o valor da dignidade humana e a prevalência do bem comum, perfazendo, nesse contexto, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Teresa Negreiros, refletindo sobre os novos paradigmas da teoria dos contratos, assevera que a leitura do direito privado, muito especialmente do Direito Civil, sob a ótica constitucional atribui novos fundamentos e, por consequência, novos contornos à liberdade contratual. Em meio ao processo de “despatrimonialização” ou de “funcionalização do direito civil”<sup>342</sup>, a noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito dos contratos, as quais podem ser resumidas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui um valor em si. Ao revés, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância de regras e princípios constitucionais, o que implica reconhecer, no

---

<sup>339</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. – São Paulo: Editora Saraiva, 1994, pp. 121-122.

<sup>340</sup> Idem, pp. 122-123.

<sup>341</sup> Mais detalhes sobre o princípio da solidariedade, ver Wilson Steinmetz, *in* **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp.117-121. Consultar também Pietro Perlingieri, *in* **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco, 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 35-36.

<sup>342</sup> Pietro Perlingieri, à guisa de despatrimonialização, refere-se à emancipação da teoria do negócio jurídico da função de troca e meramente retributiva. *In*: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 286.

quadro de valores apresentados pela Constituição Federal, o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento.

Nesse passo, para a autora, pela via da constitucionalização passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está alheio ao projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país<sup>343</sup>.

Bem a propósito vem o enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil, o qual estabelece que a função social do contrato não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o seu alcance quando presentes interesses metaindividuais ou interesse relativo à dignidade da pessoa humana.

Há, pois, maior interação entre o direito privado e a Constituição que torna definitiva a tendência de valorização da pessoa humana. Conseqüentemente, há um aumento significativo das restrições à liberdade contratual, com destaque para as normas imperativas e para as cláusulas gerais (“ordem pública”, “bons costumes”, “abuso de direito”, “excesso de poder”, “boa-fé”, “probidade”, “equidade”, “finalidade econômica”, “finalidade social” e “usos do lugar”) que impõem um novo modelo de contrato, cujo conceito - insista-se - não se restringe aos aspectos ligados à formação e à manifestação da vontade individual<sup>344</sup>.

Sem embargo das limitações que lhe são impostas, a autonomia privada, a liberdade contratual, não deixou de ser princípio fundamental ou um bem constitucionalmente protegido. Tampouco é possível afirmar que a incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações contratuais a elimina, tanto é verdade que, quando houver regulação legislativa específica, deve prevalecer o que

---

<sup>343</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, pp. 108-109.

<sup>344</sup> STEINMETZ, Wilson. *op. cit.*, p. 193.

ela proíbe ou obriga. Não há, aqui, por exemplo, espaço para a sobreposição de decisão judicial à opção legislativa (constitucional)<sup>345</sup>.

Ainda que não haja normas imperativas de direito privado regulamentando os casos postos a exame, não se pode olvidar – e sem querer incorrer em repetição argumentativa – que a autonomia privada é também um princípio constitucional, o qual não pode, à toa, ser afastado<sup>346</sup>. Dizendo de outra forma, se a autonomia privada é objeto de proteção constitucional, então os conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada devem ser resolvidos como conflitos entre direitos fundamentais<sup>347</sup>.

Além disso, como bem observa Wilson Steinmetz, a dogmática e a jurisprudência constitucionais já se encarregaram de produzir ferramentas teóricas

---

<sup>345</sup> O art. 13 do Código Civil de 2002 dispõe: “Salvo por exigência médica, é **defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes**” (grifo nosso).

<sup>346</sup> A partir dessa afirmação, pode surgir a seguinte pergunta: estaria o Estado autorizado a intervir nas relações contratuais para garantir a prevalência dos direitos fundamentais em detrimento da autonomia privada? A pretexto de resposta, é possível trazer à tona o famoso caso do arremesso de anões (*lancer nain*), decidido pelo Conselho de Estado francês, em outubro de 1995. Em brevíssimos termos, naquela ocasião, decidiu o referido conselho que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da noção de ordem pública e, por esta razão, estaria a autoridade investida do poder de polícia municipal, no caso, o Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge, autorizada, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, a interditar, por ato atentatório à dignidade da pessoa humana, “jogo” promovido em casa de espetáculo que consistia em arremessar anão de um ponto a outro. No panorama nacional, a questão é ainda mais problemática. Veja-se que o Superior Tribunal de Justiça - STJ, na contramão da decisão tomada pelo Conselho de Estado francês no sentido de que é lícito ao Estado, de ofício, fazer prevalecer direito fundamental lesado em detrimento da autonomia privada, sumulou o seguinte verbete (n. 381): “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. A jurisprudência do STJ mostrou-se imune (até certo ponto, por óbvio) às mudanças introduzidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Talvez haja aqui o fenômeno descrito por Virgílio Afonso da Silva, a partir da lição de “constitucionalização do ordenamento jurídico” de Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, de que, “quando os juristas não percebem, ou não querem aceitar uma mudança de paradigma, pode ocorrer que, embora o processo de adaptação da legislação se realize rapidamente, essa rapidez não é acompanhada por uma mudança de paradigma na *aplicação* da legislação ‘constitucionalizada’. Muitas vezes a prática jurisprudencial se mostra refratária a mudanças e se mantém presa a paradigmas superados não somente pela constituição, mas também pela legislação ordinária diretamente aplicável ao caso. Talvez o maior exemplo disso, no Brasil, sejam as mudanças introduzidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 41.

<sup>347</sup> Precisa a lição Wilson Steinmetz, amplamente referida: “(...) a existência de direito(s) fundamental(is) em jogo, em uma específica relação contratual, não é por si o bastante para, automática e imediatamente, afastar a eficácia do princípio da autonomia privada”. E mais: assim como direitos fundamentais operam eficácia limitando o princípio da autonomia privada, assim também o princípio da autonomia privada, à medida que tem assento constitucional, opera como fundamento de restrição a direitos fundamentais”. In: STEINMETZ, Wilson. *op. cit.*, p. 202.

e metodológicas racionais e intersubjetivamente controláveis para pôr termo às colisões entre direitos fundamentais e autonomia privada, v. g., princípio da proporcionalidade e teoria dos princípios. Dito de outro modo: “(...) assim como direitos fundamentais operam eficácia limitando o princípio da autonomia privada, assim também o princípio da autonomia privada, à medida que tem assento constitucional, opera como fundamento de restrição a direitos fundamentais”<sup>348</sup>.

---

<sup>348</sup> STEINMETZ, Wilson. *op. cit.*, pp. 198 e 202.

### CAPÍTULO 3

## TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

### 3.1. Antecedentes

Armando António de Jesus Cottim refere-se ao seguinte trecho do poema “Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades”, de Luís de Camões, para ilustrar a forma pela qual os direitos fundamentais evoluíram e vêm evoluindo:

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,  
Muda-se o ser, muda-se a confiança;  
Todo o mundo é composto de mudança,  
Tomando sempre novas qualidades.

Destaca, também de forma poética, o estudioso: “Mudou o conceito, mudaram os direitos fundamentais, mudou a importância de uns e criaram-se outros, mudando o elenco. Mas, com tantas mudanças, os direitos fundamentais, longe de se esvaírem no passar dos tempos, tomaram novas qualidades, ganhando importância cada dia acrescida”<sup>349</sup>.

Até o momento, cuidou-se da evolução dos direitos fundamentais e do seu papel de crescente relevância, em especial, na dogmática jurídica. Evidentemente, diante do seu processo histórico de amadurecimento, não mais se controverte se incidem nas relações entre particulares. Tal constatação deriva principalmente da eficácia normativa da Constituição e da dupla função (subjéctiva e objectiva) desempenhada pelos referidos direitos nos sistemas jurídicos contemporâneos.

---

<sup>349</sup> COTTIM, Armando António de Jesus. **Da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Contributo para uma teoria de construção**. 2006. 67 f. (Relatório de Mestrado apresentado no seminário de “Direitos fundamentais B”, orientado pelo professor Dr. Jorge Reis Novais). – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal.

Jesús Alfaro Aguila-Real, sem exagero, afirma que hodiernamente existe unanimidade na afirmação de que os direitos fundamentais vinculam diretamente todos os poderes públicos. De igual forma, há amplo consenso de que esses direitos têm algum tipo de vigência social nas relações privadas porquanto devem os particulares gozar de proteção no exercício de seus direitos fundamentais frente a outros particulares<sup>350</sup>.

Atualmente, pois, a celeuma reside em verificar *como* e *em que medida* essa incidência se opera.

Sustenta Canaris que a questão de saber *se*, e *como*, os sujeitos de direito privado se encontram, eles próprios, vinculados aos direitos fundamentais, em um correto entendimento, é que constitui – e somente ela – o objeto da discussão em torno da chamada “eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros”, no direito alemão, historicamente conhecida como *Drittwirkung*, hoje, comum à maioria, senão unanimidade, dos Estados de Direito<sup>351</sup>

Para os fins desta pesquisa, nada obstante não seja preferida a expressão “eficácia em relação a terceiros”, uma vez que parece indicar uma nova categoria de entes estranha ao Estado e aos particulares, não remanesce dúvida de que todos os indivíduos devem, de forma indispensável, observar os direitos

---

<sup>350</sup> AGUILA-REAL, Jesús Alfaro. **Autonomía privada y derechos fundamentales**. Disponível em: <<[http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM\\_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/autonomia%20privada%201.pdf](http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/autonomia%20privada%201.pdf)>>. Acesso em: 7 fev. 2011.

<sup>351</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 52. André Rufino do Vale afirma que a expressão *Drittwirkung* teve o seu primeiro aporte doutrinário delineado por H. P. Ipsen, que buscou destacar os novos destinatários dos direitos fundamentais, os terceiros, frente à tradicional vinculação em face do Estado. Depois, a referida expressão chegou a ser substituída por *Horizontalwirkung*, que significa “eficácia horizontal”, justamente para abranger, a despeito da verticalidade existente nas relações entre Estado e indivíduos, as relações havidas entre indivíduos e entes privados entre si, ou seja, entre titulares de direitos fundamentais. Esta última denominação, segundo Rufino do Vale, foi alvo de crítica porque ignorava a presença dos chamados poderes privados. Por esta razão, autores, como Leisner, optaram por expressões mais brandas como *Geltung* (validade) e *Wirkung der Grundrechte im Privatrecht* (eficácia dos direitos fundamentais no direito privado). Há, ainda, quem utilize a expressão “privatização dos direitos fundamentais” (Ingo von Münch) ou fale em “efeito absoluto de certos direitos fundamentais” (Nipperdey). E conclui André Rufino do Vale, na esteira do que defende Alexey Julio Estrada, que, na ausência de uma terminologia unificadora, o melhor é utilizar indistintamente as diferentes acepções, de acordo com o aspecto que se queira destacar na questão sob análise. In: VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, pp. 103-104.

fundamentais porque respondem estes a um sistema de valores e princípios de alcance universal que informam todo o ordenamento jurídico<sup>352</sup>. Indaga-se novamente: *como e em que medida?*

Tal questionamento encontra amparo no fato de que, a exemplo do que defende Daniel Sarmento, não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo dos direitos fundamentais, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é também titular de direitos fundamentais, e está investido, entre nós, pela própria Constituição Federal de 1988 em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados. É exatamente, por isso, que se criou a celeuma em torno da chamada eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas<sup>353</sup>.

A partir dessas premissas, apresentam-se dois modelos por meio dos quais a eficácia dos direitos fundamentais se operacionaliza nas relações entre particulares: a eficácia mediata e a eficácia imediata<sup>354</sup>. Esta tende a defender uma

---

<sup>352</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 100.

<sup>353</sup> SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. Disponível em: << [http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:g-v7khu1NTwJ:www.escoladamagistratura.org.br/download.php%3Fa%3Dupload/arquivos/0213473001256227949.pdf%26b%3D+%22caso+seeling%22+e+direitos+fundamentais&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsGL2As5Oiygf7JpLJNMPLj93fJYKlZUJjZaEHhsFuorYaLVsHS7bQMv7DBmSQsrXbYsz5LuaxxqXrZol22vdqVCFmzAXc9xwXIL0dwL-wB\\_FwT1zBosNFN1GUDlbXqtKqMBBmv6&sig=AHIEtbSJlzVmRb6MihYgSX9pViqARGSw8g](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:g-v7khu1NTwJ:www.escoladamagistratura.org.br/download.php%3Fa%3Dupload/arquivos/0213473001256227949.pdf%26b%3D+%22caso+seeling%22+e+direitos+fundamentais&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsGL2As5Oiygf7JpLJNMPLj93fJYKlZUJjZaEHhsFuorYaLVsHS7bQMv7DBmSQsrXbYsz5LuaxxqXrZol22vdqVCFmzAXc9xwXIL0dwL-wB_FwT1zBosNFN1GUDlbXqtKqMBBmv6&sig=AHIEtbSJlzVmRb6MihYgSX9pViqARGSw8g) >>. Acesso em: 07 fev. 2011.

<sup>354</sup> Virgílio Afonso da Silva destaca que, tendo em conta os modelos mencionados (eficácia mediata e eficácia imediata) podem ser adicionados pelos menos outros dois: “(...) o primeiro deles, de uma certa forma um não-modelo – consiste na recusa de qualquer efeito dos direitos fundamentais fora da relação entre os cidadãos e o Estado, ou seja, um modelo que recusa qualquer influência dos direitos fundamentais nas relações que se dão exclusivamente entre particulares. Além disso, há uma quarta possibilidade, que é a imputação das ações particulares ao Estado ou a equiparação dessas ações a ação estatal”. In: **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 68. Sem embargo da orientação de Virgílio Afonso, com a qual, diga-se de passagem, concordamos, para os fins da presente dissertação, a opção por delinear apenas as concepções doutrinárias que aceitam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas não é à toa. Isso porque, desde o início, já houve uma tomada de posição no sentido de que esta eficácia é inegável, ainda que possa se projetar de forma mediata, como será estudado a seguir. No entanto, para evitar a pecha de omissa, não custa referir que, a princípio, a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi amplamente rechaçada. Alguns teóricos defendiam que os direitos fundamentais vinculavam apenas os Poderes Públicos e admitir a referida concepção implicaria destruir a identidade do Direito Privado e conferir, na seara da interpretação e aplicação do Direito, excesso de poderes aos juízes em detrimento do legislador ordinário. Daniel Sarmento enfatiza que é exemplar nessa esteira o caso *Seeling*, julgado em 1954, em que se discutia a validade da conduta dos donos de uma sala de exibição cinematográfica, que tinham proibido o ingresso de um conhecido jornalista,

o qual havia publicado matéria criticando a programação exibida na referida sala. No julgamento, o Tribunal Federal suíço reconheceu expressamente que a liberdade de expressão e de informação não produz efeitos nas relações privadas e que deveria prevalecer, no caso, a autonomia contratual dos donos da sala do cinema. In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas** / Luís Roberto Barroso (organizador), 2.ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 198. De igual modo, segundo Bilbao Ubillos, dentre os que defendem que a eficácia dos direitos fundamentais somente se opera nas relações em que haja participação de um poder público, destaca-se Ernst Forsthoff, para quem admitir a *Drittwirkung* seria o mesmo que rebaixar a Constituição a mera ordem de valores. Na realidade, na opinião de Forsthoff marcadamente voltada às concepções liberal e positivista, para que os direitos fundamentais possam cumprir a sua função social não é necessário renunciar a sua configuração como limite ao poder do Estado. O mais razoável, pois, é manter a função protetora destes direitos dentro dos limites de eficácia que desde sempre lhes são inerentes e que permitem apresentá-los como direitos de defesa frente às intervenções soberanas. Sheuner, *apud* Bilbao Ubillos, por sua vez, defende que os direitos fundamentais não incidem nas relações privadas porque é necessário preservar a liberdade de decisão e a autonomia dos indivíduos nas suas relações com outros indivíduos. Há ainda outros que tratam da temática, como, por exemplo, G. Amato, A. Favre e J. F. Aubert. In: BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 278-283. Ademais, visando a melhor sistematizar a questão, calha trazer à tona a síntese de André Rufino do Vale, que bem destaca que os principais argumentos de oposição à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e, em especial, à *Drittwirkung*: “a) a *Drittwirkung* vai de encontro à tradição histórica e ao conceito de direitos fundamentais; b) a admissão da *Drittwirkung* devia estar condicionada a seu reconhecimento expresso pelo texto constitucional; c) não era competência do constituinte a regulação das relações privadas; d) dos antecedentes debates constituintes não se pode depreender que os ‘pais da Lei Fundamental de Bonn, em seu artigo 1.3, somente vincula os poderes públicos aos direitos fundamentais, como direito diretamente aplicável; f) a *Drittwirkung* anularia a autonomia privada e terminaria por destruir o direito privado, fazendo dele um ramo do direito desnecessário, uma vez que os juízes poderiam basear suas decisões diretamente no texto constitucional, prescindindo das disposições legais existentes; g) por último, a *Drittwirkung* retiraria a importantes âmbitos de configuração social das mãos do legislador democrático, cuja liberdade de configuração resultaria restringida pela interpretação extensiva da Constituição, transportando-se essa tarefa para os tribunais, onde não poderia ocorrer o debate liberal e democrático próprio da legislação. Desse modo, se acabaria em um ‘Estado judicial’”. In: VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 116. Os argumentos sistematizados por Rufino do Vale acabam por demonstrar o apego anacrônico e excessivo à autonomia privada e à liberdade contratual, que desconsidera, inclusive, a própria evolução histórica dos direitos fundamentais e a sua respectiva dimensão normativa amplamente difundida e consagrada nos ordenamentos jurídicos de diversos países. Por último, mister recordar a doutrina norte-americana da *State Action*, que, presa à concepção liberal dos direitos fundamentais, prega (à exceção da 13ª Emenda, que veda a escravidão) que são limites que vinculam unicamente as atividades exercidas pelos poderes públicos. Com efeito, privilegia-se, a toda prova, a liberdade individual. Nas palavras de André Rufino do Vale, as condutas privadas contrárias aos direitos fundamentais “(...) serão reprimidas e sancionadas pela lei estatal, mas não diretamente pela Constituição”. In: **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 119. Além disso, segundo Daniel Sarmiento, põe-se em destaque, na doutrina da *State Action*, o pacto federativo porquanto, nos Estados Unidos da América, compete aos Estados, e não à União, legislar sobre direito privado, a não ser quando a matéria normatizada envolva o comércio interestadual ou internacional. In: SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. Disponível em: << [http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:g-v7khuINTWJ:www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php%3Fa%3Dupload/arquivos/0213473001256227949.pdf%26b%3D+%22caso+seeling%22+e+direitos+fundamentais&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEESgL2As5Oiygf7JpLJNMPLj93fJYKizUJjZaEHhsFuurYaLVsHS7bQMv7DBmSQsrXbYsz5LuaxxqXrZol22vdqVCFmzAXc9xwXIL0dwl-wB\\_FwT1zBosNFN1GUDlbXqtKqMBBmv6&sig=AHIEtbSJlzVmRb6MihYgSX9pViqARGSw8g](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:g-v7khuINTWJ:www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php%3Fa%3Dupload/arquivos/0213473001256227949.pdf%26b%3D+%22caso+seeling%22+e+direitos+fundamentais&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEESgL2As5Oiygf7JpLJNMPLj93fJYKizUJjZaEHhsFuurYaLVsHS7bQMv7DBmSQsrXbYsz5LuaxxqXrZol22vdqVCFmzAXc9xwXIL0dwl-wB_FwT1zBosNFN1GUDlbXqtKqMBBmv6&sig=AHIEtbSJlzVmRb6MihYgSX9pViqARGSw8g) >>. Acesso em: 07 fev. 2011. É notório, outrossim, que a doutrina da *State Action* ganhou temperamentos, de modo que passou a Suprema Corte norte-americana – de forma oscilante - a

eficácia mais ampla desses direitos; aquela confere um maior peso à atuação do legislador e do juiz.

Este capítulo, embora não tenha a pretensão de exaurir a temática, se ocupa de expô-los e, ao final, de realçar, no contexto nacional, uma

---

equiparar as atividades exercidas por particulares, independentemente de delegação, a atividades tipicamente estatais para justificar a incidência dos direitos fundamentais nesses casos (*public function theory*). Nesse sentido, o caso *Marsh v. Alabama*, julgado em 1946, no qual se discutia se uma empresa privada, possuidora de terras no interior, nas quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais etc., podia ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregar em seus domínios. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição porque a empresa privada, ao manter uma “cidade privada”, se equiparava ao Estado e se sujeitava à liberdade de culto, prevista na 1ª Emenda da Constituição estadunidense. Virgílio Afonso da Silva, quanto à *state action*, observa: “(...) direitos fundamentais são aplicáveis somente nas relações entre Estado e particulares. Mas a construção jurisprudencial da *state action* tem por objetivo justamente romper com essa limitação e, para alcançar esse objetivo, tenta definir – ainda que de forma assistemática e casuística – quando uma ação privada é equiparável a uma ação pública. Sempre que essa equiparação for possível (...), na maioria das vezes essa equiparação é artificial e feita já com o intuito de coibir o ato privado violador de direitos fundamentais, as relações entre particulares estarão vinculadas às disposições dos direitos fundamentais” (*apud* Dalton Abranches Safi, in **Oponibilidade dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas: teorias aplicáveis à espécie**. Disponível em: << <http://jusvi.com/artigos/29342> >>. Acesso em: 07 fev. 2011). Calha aqui a observação de Jorge Reis Novais: “A própria *state action*, se bem que auto-assumida como tese de recusa, na realidade não o é (...)”. In: NOVAIS, Jorge Reis. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, in A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro, 2007, p. 357. Importante, ainda, referir que Virgílio Afonso da Silva identifica na jurisprudência nacional traços da doutrina da ação estatal, em especial, nos casos que cuidam de mandado de segurança e de *habeas corpus*. Sustenta: “no caso do mandado de segurança, que, segundo o disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição, e na Lei 1.533/1951, deverá ser concedido em casos de ilegalidade e abuso de poder cometidos por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, a jurisprudência tem aceitado a equiparação, nos mesmos moldes da *state action* norte-americana, de alguns agentes privados à categoria de poder público, especialmente os diretores de escolas particulares. Semelhante ao que ocorre na jurisprudência relativa ao mandado de segurança, também no caso do *habeas corpus* os juízes e tribunais vêm entendendo que é não somente possível como necessário equiparar alguns agentes privados à condição de agentes públicos. Isso ocorre especialmente nos casos de hospitais que, sobretudo por razões de falta de pagamento, não liberam seus pacientes. Ainda que a ação pioneira da jurisprudência tenha resolvido diversos problemas enfrentados no dia-a-dia dos tribunais, padece ela dos mesmos efeitos da doutrina norte-americana da *state action* (...). o fato de ser essa equiparação feita *ad-hoc*, como resposta a problemas que surgiram ao longo do tempo, sem que a doutrina tenha se esforçado em enfrentar a questão de forma sistemática, que é a tarefa que lhe cabe, faz com que nem sempre fique claro o porquê de algumas equiparações serem aceitas e outras não”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 103-104. Ao que tudo indica, esse contorcionismo judicial a que se refere Silva foi sacramentado com a nova Lei do Mandado de Segurança, Lei federal n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, a qual, em seu art. 1º, §1º, reza: “Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições”. Por fim, para mais detalhes, críticas e exemplos de julgados sobre a *state action*, por todos, consultar André Rufino do Vale. In: **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, pp. 118-136.

tomada posição, tendo em vista o que se entende por eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados.

### **3.2. Por que não mais eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais nas relações entre particulares? Uma questão meramente terminológica?**

Os direitos fundamentais, segundo Juan María Bilbao Ubillos, são uma das poucas categorias jurídicas que se mostra realmente permeável à evolução dos valores culturais. De fato, são resposta, segundo a experiência histórica, às principais ameaças e agressões que sofreram o homem no Estado Constitucional. Primeiramente, à luz da concepção clássico-liberal, funcionaram (e ainda funcionam) como direitos público-subjetivos em face do Estado. Depois, viu-se que a opressão e a violência contra a pessoa não emanavam apenas deste, mas, igualmente, de outros particulares presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa. Com efeito, percebeu-se que era um grande equívoco sustentar – de forma generalizada – que as relações jurídicas havidas entre particulares eram relações entre pessoas formalmente livres e iguais, nas quais não havia espaço para vínculos de subordinação e de dominação. Por este motivo, também, imperiosa se mostrou a necessidade de se sustentar uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais (dimensão objetiva)<sup>355</sup>.

---

<sup>355</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 234 e 241. Em igual sentido, André Rufino do Vale. É conferir: “Concebidos inicialmente com instrumentos de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, considerou-se que os direitos fundamentais não tinham razão de ser onde se desenvolvem as relações entre particulares. Esse enfoque obedecia a uma concepção puramente formal da igualdade entre os diversos membros da sociedade. Porém, é fato notório que, na sociedade neocapitalista, essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se encontra, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência, na esfera privada, de centro de poder não menos importantes de que os correspondentes aos órgãos públicos. Assim é que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito haja suposto, neste plano, a extensão da incidência dos direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico e, portanto, também ao âmbito das relações entre particulares”. In: VALE, André Rufino do. **Constituição e Direito Privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** – Direito Público, n. 6, out./nov./ dez. 2004, Estudos, Conferências e Notas, p. 95. Noutro passo, Thiago Luis Santos Sombra entende que o Direito Privado possui significativa parcela de culpa na proliferação da ideologia da igualdade formal nas relações estabelecidas entre particulares. Pressupõe aquele (Direito Privado) um acordo de vontade entre pessoas “livres” e “iguais”. In: SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais.** – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 113. Por último, vale

A própria ideologia liberal pautada no princípio da igualdade meramente formal, é dizer, iguais somente perante a lei, se encarregou de corroer a ideia de que a liberdade para adquirir e para contratar era capaz de eliminar a desigualdade natural e econômica existente entre as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, e, conseqüentemente, de permitir que estas se desenvolvessem plenamente. Hoje, portanto, não há mais espaço para invocar a horizontalidade nas relações entre particulares, máxime porque não desconhece o Direito Privado, tampouco o Direito Constitucional, o fenômeno da autoridade como o poder<sup>356</sup> de impor juridicamente as próprias decisões aos outros. Na verdade, se aproximarmos o olhar, vários desníveis poderão ser identificados nas relações entre particulares<sup>357</sup>.

Mario Stoppino observa que, em seu significado mais geral, a palavra *poder* significa a capacidade ou possibilidade de agir, de produzir efeitos,

---

referir que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas se tornou conhecida a partir da década de cinquenta na Alemanha (*Drittwirkung*), a partir do caso *Luth*, de 1958. Os alemães foram convocados por Luth para boicotar os filmes produzidos por Veit Harlan, conhecido diretor de cinema nazista, mesmo após 1945.

<sup>356</sup> A pretexto de rigor terminológico, quando se fala em poder ou mesmo em poder social não se está a desprezar o poder ou poderio econômico porquanto há entre eles nítida relação de interdependência. No mais, a observação de Canotilho: “As categoria de << poder privado >> ou << poder social >> não são juridicamente assimiláveis a << poderes públicos >> e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais no âmbito da problemática da *Drittwirkung*. Todavia: (1) os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, podem também ser perturbadas por forças ou domínios sociais (Bachof); (2) a função de protecção objectiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia destes direitos no âmbito de relações privadas caracterizadas pela *situação de desigualitária* das partes; (3) conseqüentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de conduta e de decisão) que cumpram a função de protecção dos direitos, liberdades e garantias”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1.293.

<sup>357</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 242. De outra banda, mais especificamente sob o enfoque do Direito Civil, enfatiza Paulo Luiz Netto Lôbo: “Portanto, essa trajetória dos poderes privados marcou sempre a história do Direito Civil e sendo revista muito tardiamente, considerando-se que no Brasil o Estado social apenas foi inaugurado na década de trinta do século passado. Apenas ao final das últimas décadas do Século XX, os juristas começam a refletir sobre as desigualdades provocadas pelos poderes privados, que estão em completa desarmonia com os fundamentos da pregação igualitária do Iluminismo e do individualismo liberal. De um lado, nós tivemos o liberalismo político, assentado na igualdade de todos os cidadãos, mas, do outro lado, as desigualdades dos poderes privados, nas relações civis, consolidadas na igualdade formal”. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da igualdade e o Código Civil**. – Revista *Jus Vigilantibus*, 4 nov. 2010. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/1771> >. Acesso em: 04 nov. 2010. Em igual sentido, ver André Rufino do Vale. In: VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 100.

que tanto pode ser deferida a indivíduos ou a grupos humanos como a objetos ou fenômenos naturais. Se o entendermos em seu viés especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o poder torna-se mais preciso, e o seu espaço conceitual pode ir desde a capacidade de agir e chegar à capacidade do homem de determinar o comportamento de outro homem: “poder do homem sobre o homem”. O homem é, não só sujeito, mas, igualmente, objeto do poder social. É poder social, por exemplo, a capacidade que um pai tem para dar ordem a seus filhos ou a capacidade de um banco, detentor do monopólio da intermediação do crédito e do dinheiro, de impor cláusulas contratuais que exaltam os seus próprios interesses, como, por exemplo, de auferir lucro desmedido<sup>358</sup>.

Sob outro enfoque, Norberto Bobbio assinala, a partir da polêmica a respeito da distinção entre sociedade civil e Estado, que, ao processo de emancipação da sociedade do Estado, seguiu-se um processo inverso de reapropriação da sociedade por parte do Estado, que, transformando-se de Estado de Direito em Estado Social e, de forma precisa, por ser “social”, mal consegue se distinguir da sociedade subjacente que ele invade por inteiro por intermédio da regulação das relações econômicas. Quer isso dizer, ainda, que se observa, de outra parte, que a este processo de estatalização da sociedade correspondeu um processo inverso, mas não menos importante de socialização do Estado através do desenvolvimento – e por que não fortalecimento – de várias formas de participação nas opções políticas, do crescimento de organizações, inclusive, de massa, que exercem direta ou indiretamente algum poder. Nesse compasso, a expressão

---

<sup>358</sup> STOPPINO, Mario. **Poder**. In: STOPPINO, Mario; LASSWELL, Harold D.; KAPLAN, Abraham; BALANDIER, Georges; LUKES, Steven. **Curso de Introdução à Ciência Política: autoridade e poder**. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, 7v., p. 17. Idêntica conclusão é alcançada por Bilbao Ubillos. É conferir: “Correlativamente (en esta dinámica, a una posición de supremacia corresponde outra de dependencia), se registran situaciones de sujeción, en las que las partes contratantes no disponen realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de discutir y perfilar el contenido final de las cláusulas ‘pactuadas’ y exigir su cumplimiento. Esto sucede cuando una de las parte no tiene, de hecho, más alternativa que aceptar una propuesta o unas condiciones dictadas unilateralmente. El ejercicio de la libertad contractual por el contratante en posición de superioridad anula la liberdade de la parte más débil, que se encuentra en un estado de necesidad”. In: BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 243-244. Conferir, por fim, Wilson Steinmetz. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 86.

“Estado Social” pode ser entendida não só no sentido de Estado que permeou a sociedade, mas também no sentido de Estado permeado pela sociedade<sup>359</sup>.

Na trilha do que ensina Bilbao Ubillos, “el poder ya no está concentrado en la aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad”<sup>360</sup>.

Tem razão, portanto, Zippelius, citado por Virgílio Afonso da Silva, quando afirma que a dicotomia ação estatal/ação privada: “(...) é uma simplificação exagerada: em uma sociedade plural, formam-se, *nos espaços deixados à autonomia privada*, instituições da vida econômica, empresas dos meios de comunicação e outras ‘forças sociais’, que desempenham importantes funções na vida social e alcançam posições de poder, por forças das quais podem influir de forma prejudicial no sistema político”. É notório que, do mesmo modo que essas forças sociais podem prejudicar o sistema político, o mesmo pode ocorrer no âmbito jurídico, no bojo das relações entre particulares<sup>361</sup>.

A ampliação da proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares encontra justificativa na desigualdade material porque é evidente que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada da parte mais fraca. Esta, por vezes, é obrigada a se curvar diante do arbítrio do mais forte, ainda

---

<sup>359</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**, 7 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. – Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1999, pp. 51-52.

<sup>360</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 242. Igual sentido, ver Thiago Luís Santos Sombra, *in* **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 113. E, ainda, Paulo Gustavo Gonet Branco, *in verbis*: “Afinal, tornou-se claro também que outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos de peso, poderiam, da mesma forma, trazer para o indivíduo vários dos constrangimentos que se buscavam prevenir contra o Estado. As razões que conduziram, no passado, à proclamação dos direitos fundamentais podem, agora, justificar que eles sejam também invocados contra particulares. Esse argumento é enfatizado por Jean Rivero, que repele a coexistência, que de *esquizofrênica*, de duas éticas diferentes, conforme o Estado apareça, ou não, como ator na relação jurídica. “Escapar da arbitrariedade do Estado para cair sob a dominação dos poderes privados – diz o autor francês – seria apenas mudar de servidão”. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 5 ed. rev. e atual. – São Paulo, 2010, p. 353.

<sup>361</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 52.

que do ponto de vista meramente formal haja a aparência de uma situação de paridade, como expressão do mero exercício do direito de liberdade<sup>362</sup>.

Diante das situações de poder surgidas com a formação de novas estruturas sociais, afirmar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e não eficácia horizontal, não é mera questão terminológica. Os poderes privados podem constituir uma ameaça mais efetiva a tais direitos do que a própria atuação estatal, na qual se imputa primitivamente a noção de verticalidade. Primeiro, porque há situações em que gozam os detentores do poder de uma relativa impunidade, na medida em que seus atos passam ao largo da fiscalização estatal. Segundo, porque, como já escrito, a sua posição de supremacia pode condicionar ou mesmo anular a manifestação de vontade da parte débil. A relação entre uma pessoa ou entidade detentora de poder social e quem está submetido a ela não é precisamente “horizontal”. Há, por um lado, distorção do princípio da autonomia privada e, por outro, menoscabo injustificado dos direitos de liberdade e de igualdade material do mais fraco<sup>363</sup>.

Há ainda quem sustente que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, nos casos em que há nítido vínculo de subordinação e de dominação, se justificaria porque haveria uma equiparação entre o poder público e o poder social, mormente no que toca à forma pela qual as suas decisões são tomadas e executadas<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 262.

<sup>363</sup> Conforme Bilbao Ubillos. In: BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 243. Igual sentido, Thiago Luís Santos Sombra. In: SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 113.

<sup>364</sup> Lembre-se, uma vez mais, da doutrina norte-americana da *State Action*. Noutro caminhar, para G. Lombardi, *apud* Bilbao Ubillos: “(...) el poder privado afloraría como tal en aquellas situaciones caracterizadas por ‘una disparidad sustancial entre las partes’. Esta falta de ‘simetría’ permite que la parte que por razones económicas o sociales se encuentra en ‘posición dominante’ condicione la decisión de la parte ‘débil’. Lo que se ejerce en estos casos es ‘un poder que es privado en lo que concierne a su fuente... y a los sujetos implicados, pero cuyo acto de ejercicio se realiza, sin embargo, con formas de coacción y autoridad asimilables sustancialmente a las categorías ... propias de los poderes de derecho público’. Cuanto esa posición dominante se institucionaliza (...) estamos en presencia de un verdadero poder de ‘supremacia privada’, que asume una ‘relevancia social y... en última instancia pública’, relegando a la contraparte a una posición de virtual ‘sujeción’, cuando no de indefensión”. In: BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente**

Não parece, contudo, ser o caso.

Embora hodiernamente haja um maior intercâmbio entre as esferas pública e privada, o detentor do poder social também é titular de direitos fundamentais<sup>365</sup>. De outra banda, admitida essa orientação, em última análise, estar-se-ia a enaltecer a concepção clássica de direitos fundamentais, ou seja, de direitos oponíveis apenas em face do Estado.

Assim, como pondera Bilbao Ubillos, ao invés de canalizar as forças para determinar se o transgressor de um dado direito fundamental ostenta a condição pública ou privada, melhor prestar atenção na natureza da própria lesão. É dizer, “ahora bien, la sustitución del criterio tradicional por este otro criterio de carácter material representa todo un desafío porque hay que evitar que el abandono del binomio público-privado conduzca a una invasión indiscriminada del Estado en ámbitos de la actividade privada que deberían preservarse, en todo caso, de cualquier interferencia externa”<sup>366</sup>.

---

**a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 244-245.

<sup>365</sup> Anota Paulo Gustavo Gonet Branco a respeito dos direitos fundamentais e a pessoa jurídica: “Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as conseqüências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias de direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada”. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 5 ed. rev. e atual. – São Paulo, 2010, p. 349. Importa lembrar, ainda, que a Constituição Federal de 1988 prevê direitos fundamentais destinados diretamente a pessoas jurídicas. Nessa esteira, os incisos XVIII e XIX do art. 5º que tratam, respectivamente, da não interferência do Estado no funcionamento de associações e da impossibilidade de dissolução compulsória destas. Além disso, no Superior Tribunal de Justiça, pacífico o entendimento de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral (verbete n. 227 de sua jurisprudência consolidada).

<sup>366</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 256. Assinala Thiago Luís Santos Sombra: “Dessa forma, à medida que é constatada uma desigualdade fática, oriunda principalmente do poderio econômico e social, a horizontalidade resta notadamente afetada. Impende destacar, por apreço à premissa da fundamentalidade dos direitos fundamentais e da concepção de posições e relações jurídicas, que mesmo existindo uma distinção de situações fáticas entre particulares, não há, como decorrência, uma diferença no plano de vinculação aos direitos fundamentais por parte dos particulares. Todos os indivíduos devem preconizar pela indispensável observância aos direitos fundamentais. Somente a forma como essa vinculação se dará é que deverá

Em outros termos, Canotilho destaca: “Qualquer << distância >> do direito privado em relação à Constituição não significa a existência de um terreno livre de direitos fundamentais nos órgãos jurídico-civis. Acresce que a frontal posicionalidade dos direitos, liberdades e garantias contra o Estado, está longe de significar a desnecessidade de esta << frontalidade >> ser alargada contra os novos << senhores dos poderes privados >>”<sup>367</sup>.

Noutro passo, importante evitar uma publicização exacerbada do privado, a pretexto de garantir a eficácia dos direitos fundamentais<sup>368</sup>.

### 3.3. A eficácia mediata ou indireta

A teoria da eficácia indireta ou mediata, adotada por expressiva parcela da doutrina que aborda o tema, é uma solução intermediária para os que encontram dificuldades em reconhecer, de forma ampla, a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

---

ser aferida de acordo com o caso concreto”. In: SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 127. Por fim, retomaremos essa questão dos poderes privados no capítulo seguinte quando tratarmos, de modo específico, dos contratos bancários.

<sup>367</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. brasileira; 2 ed. portuguesa. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 95.

<sup>368</sup> Correta a lição de Canotilho, que embora faça referência à Constituição portuguesa, bem se aplica à realidade constitucional brasileira: “A eficácia imediata dos direitos liberdades e garantias na CRP postula ainda a interpretação aplicadora conforme a Constituição, fundamentalmente conducente a uma *interpretação conforme os direitos fundamentais*. Isto não significa uma absolutização da eficácia irradiante dos direitos fundamentais com a correspondente capitulação dos princípios da ordem jurídica civil. Significa apenas que as *soluções diferenciadas* (Hesse) a encontrar não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado. Estas soluções diferenciadas pretendem ter em conta a multiplicidade de relações jurídicas privadas e o diverso conteúdo destas mesmas relações, mas, de modo algum, podem servir para dar cobertura a uma << dupla ética no seio da sociedade >> (J. Rivero). Essa << dupla ética >> existe quando, por exemplo, se considera como violação da integridade física e moral a exigência de << testes de gravidez >> às mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito por entidades privadas, em nome da << produtividade das empresas >> e da << autonomia contratual e empresarial >>. O mesmo se verifica quando se considera intolerável a pressão dos poderes públicos sobre a liberdade de opinião, e se julga incensurável a pressão do << patrão >> sobre o << assalariado >>, impedindo-o de se exprimir”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1294.

Preconiza, pois, esta corrente, que teve Gunther Dürig como principal expoente na Alemanha e o caso *Lüth*<sup>369</sup> como ponto de referência mais significativo, que a eficácia de tais direitos nas relações entre particulares pressupõe a intermediação de um órgão estatal, que a eles se encontra vinculado diretamente. Para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é requerida ou a intervenção mediadora do legislador, ou a atividade interpretativa exercida pelo juiz na aplicação, em concreto, de um determinado comando legal à luz dos direitos fundamentais<sup>370</sup>.

Em outros termos, prega Dürig que os direitos fundamentais são, a princípio, direitos de defesa da liberdade em face do Poder Público, não se justificando que vinculem também (diretamente) os particulares, sob pena de transformá-los indevidamente em deveres a serem observados. O que significa reconhecer que, para a aludida teoria, os direitos fundamentais, apesar de integrarem uma ordem objetiva de valores, que tem projeção sobre todo o ordenamento jurídico, não se aplicam imediatamente nas relações intersubjetivas, mas, sim, de forma mediata por meio das normas de Direito Privado, sobre as quais está o legislador diretamente vinculado. O Poder Judiciário, por outro lado, ao apreciar os conflitos entre privados, que abarquem violações dessa ordem de valores, deve considerar os direitos fundamentais em sua atividade interpretativa,

---

<sup>369</sup> No referido caso, em 1950, Lüth apelou aos proprietários e freqüentadores de salas de cinema ao boicote de um novo filme, ao argumento de que o seu diretor rodara um filme anti-semita durante o período nacional-socialista. Os tribunais cíveis consideraram o apelo um ato ilícito, por ofensivo aos bons costumes, a teor do estabelecido no § 856 do BGB (Código Civil alemão), condenando, por conseguinte, Lüth a não repeti-lo. Em resposta ao recurso constitucional interposto por Lüth, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença do tribunal cível, pois entendeu que este teria, na aplicação do citado preceptivo legal, violado o direito fundamental à liberdade de opinião de Lüth, assegurado pelo art. 5º, I, da Constituição alemã. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. Revista Jurídica n. 312, out./2003, Doutrina Cível, pp. 7-22.

<sup>370</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 283. Outra não é a conclusão de Jorge Reis Novais: “Basicamente, a tese da eficácia mediata considera que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas se esgotam através das seguintes vias: a intervenção concretizadora do legislador ordinário (legislador, civil, penal...), a interpretação das normas ordinárias em conformidade à Constituição e um preenchimento jusfundamental dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais típicos do direito civil (bons costumes, boa fé, ordem pública), considerados, por excelência, como verdadeiros *pontos de irrupção* dos direitos fundamentais num mundo regido primariamente pelo Direito Privado”. In: NOVAIS, Jorge Reis. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, in A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro, 2007, p. 357.

isto é, ao interpretar cláusulas gerais e o sentido dos conceitos indeterminados do Direito Privado (“pontes”, “zonas ou pontos de irrupção”, “brechas de entrada dos valores constitucionais no âmbito privado”)<sup>371</sup>.

Vale insistir que os direitos fundamentais, segundo a teoria mediata, não têm incidência nas relações privadas como direitos subjetivos, mas como normas objetivas (ordem objetiva de valores) que devem influir em todos os ramos do Direito, seja por meio da atividade legislativa, seja por meio de parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos específicos do Direito Privado. Por essa razão, acaba por considerar e preservar a autonomia privada como princípio básico do Direito Privado, bem como assegura a independência e a identidade deste ramo ante a tentativa de “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico<sup>372</sup>.

Por oportuno, observa Wilson Steinmetz, ao discorrer sobre as premissas básicas da teoria mediata, que, se os direitos fundamentais operassem, nas relações entre particulares, da mesma forma e com a mesma intensidade e alcance com que se operam nas relações entre Estado e indivíduos, a consequência provável seria o cerceamento de escolhas e de preferências pessoais e a excessiva restrição da liberdade, cuja proteção é a finalidade basilar dos direitos fundamentais, sobretudo, os de caráter individual; “(...) os direitos fundamentais provocariam um enrijecimento das relações entre particulares”. Mais, “é por isso que nos casos de colisão de direitos fundamentais entre particulares, ‘ao Direito Civil corresponde a tarefa, sumamente complicada, de encontrar por si mesmo o modo e a intensidade da influência dos direitos fundamentais mediante o equilíbrio ou a ponderação dos direitos fundamentais que entram em consideração’”<sup>373</sup>.

Desse argumento, ressalta Bilbao Ubillos que o que passou a ser questionado foi qual o órgão estatal seria responsável por prover preferencialmente e em caráter primário a referida tutela: o juiz ou o legislador? Noutro passo, era

---

<sup>371</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 141.

<sup>372</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 139.

<sup>373</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 141.

preciso definir com precisão em que consistia essa hipotética obrigação de proteção assumida pelo Estado e qual o seu alcance. E, ainda, se se poderia imputar ao Poder Público a responsabilidade por não haver prestado a devida proteção no âmbito das relações jurídico-privadas? Se esta proteção seria justificável ou passível de controle judicial em caso de eventual descumprimento em um dado caso concreto, na esteira do indivíduo presumidamente prejudicado, ou somente caberia o controle político?<sup>374</sup>

Para Ubillos, quanto a esses dois últimos questionamentos, a omissão do legislador, encarregado de regular as relações jurídicas entre particulares em consonância com os valores constitucionais, não é fiscalizável pelo Poder Judiciário. Aliás, é categórico ao afirmar que nenhum ordenamento jurídico ostenta esse tipo de controle. Consequentemente, as omissões legislativas somente poderiam ser objeto de um juízo político, dando lugar, conforme o caso, a uma responsabilidade de caráter também político<sup>375</sup>.

Entre nós, essa orientação radical não vinga porque o ordenamento jurídico brasileiro, *v. g.*, prevê a possibilidade de impetração de mandado de injunção contra as omissões legislativas levadas a efeito pelo legislador ordinário. Nesse sentido, anota Uadi Lammêgo Bulos que o objetivo fundamental do mandado de injunção é tornar as normas constitucionais plenamente exequíveis, com aplicação direta e integral, realizando o comando do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, com vista a garantir o pleno gozo de qualquer direito constitucional, seja ele individual, seja metaindividual, individual homogêneo, político ou social, de liberdades públicas, das prerrogativas ínsitas à nacionalidade, à soberania e à cidadania<sup>376</sup>.

---

<sup>374</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 285.

<sup>375</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 285.

<sup>376</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**, 8 ed. rev. e atual. até a EC n. 56/2007. – São Paulo: Editora Saraiva, 2008. Decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do art. 5º da CF, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser

Noutro caminhar, sustenta Bilbao Ubillos que o problema de uma eventual ausência de proteção poderia igualmente ser identificada nos Poderes Executivo e Judiciário. À guisa de exemplo, destaca que, nos Estados Unidos, a discussão teve como epicentro a responsabilidade que poderia derivar da passividade de quaisquer das esferas públicas na prevenção ou na coerção de agressão que viole o direito de liberdade ou à segurança que a Constituição estadunidense consagra em favor das vítimas desses ataques. Para dar a resposta necessária para esta questão, enfatiza que é necessário determinar previamente se o dever de proteção dos direitos fundamentais se reduz a oferecer a possibilidade de uma ação judicial em caso de infração ou vai além e obriga o Estado a intervir eficazmente antes que a lesão se produza<sup>377</sup>.

Nada obstante se entenda como dever ou como direito, Ubillos afirma, agora na trilha do que está sendo defendido na presente pesquisa, que é claro que cabe aos poderes públicos fazer todo o possível para ver realizados os direitos fundamentais. Nesses termos, o problema da vigência social desses direitos se reconduz ao problema de grau e da forma pela qual estão os poderes públicos a eles vinculados. No entanto, ainda assim, a responsabilidade dos órgãos públicos não pode encobrir os múltiplos conflitos existentes entre os particulares que têm relevância constitucional porque, em última análise, estão em jogo direitos fundamentais presumidamente violados como consequência de atos concretos realizados por sujeitos privados.

Por este motivo, inclusive, não seria convincente, por artificial, a Teoria da Convergência Estadista ou Teoria da Imputação insculpida por J.

---

formalizada. Mandado de injunção. Decisão. Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Art. 40, § 4º, da CF. **Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991**<sup>377</sup> (MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-8-2007, Plenário, DJ de 30-11-2007) (sem destaque no original). No mesmo sentido: MI 795, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-4-2009, Plenário, DJE de 22-5-2009; MI 788, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 15-4-2009, Plenário, DJE de 8-5-2009. Disponível em: << www.stf.jus.br >>. Acesso em: 10 fev. 2011.

<sup>377</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 286.

Schwabe, segundo a qual somente o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais e o responsável pelas violações destes verificadas no bojo das relações jusprivatísticas. Isso porque, se o Estado não proíbe as interferências de particulares em bens constitucionalmente protegidos, então as permite. Assim, toda violação a direito fundamental nas relações privadas poderia ser-lhe imputada porquanto ou foi omissivo ao não proibir, ou foi ineficiente ao não impedir a ação lesiva<sup>378</sup>.

A teoria de Schwabe, na realidade, autoriza a conclusão de que os particulares são irresponsáveis frente aos direitos fundamentais porque as relações privadas invariavelmente seriam deslocadas para o plano das relações entre eles e o Estado, plano este em que os direitos fundamentais operariam eficácia imediata e direta, haja vista serem direitos de defesa<sup>379</sup>.

Mas seria possível indagar: como atribuir ao Estado a responsabilidade por toda e qualquer restrição ou violação de direito fundamental nas relações entre particulares? Veja-se que, no plano específico dos negócios jurídicos, como pondera Steinmetz, o próprio Estado garante aos particulares o exercício de sua autonomia privada e de seu direito geral de liberdade. Há, pois, aqui um inarredável paradoxo<sup>380</sup>.

No mais, tendo ainda em conta as inquietações de Bilbao Ubillos, de fato, segundo a teoria mediata, é nítido que há uma preferência pela atividade legislativa na justificação da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ao legislador de Direito Privado, com os olhos voltados para a garantia

---

<sup>378</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *apud* Tiago Luís Santos Sombra, in **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 190: "Para Schwabe, mesmo no tráfico jurídico-privado, cuida-se, em última análise, sempre de uma proteção (defesa) contra ingerências do Estado, ainda que provocada por particulares, de tal sorte que, em verdade, se trata sempre de um problema envolvendo a vinculação direta do Legislador privado e da jurisdição civil aos direitos fundamentais, sendo, portanto, dispensável uma fundamentação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir da teoria da ordem objetiva de valores, comum às concepções da eficácia direta e indireta, já apresentadas".

<sup>379</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 176.

<sup>380</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 178.

da segurança jurídica, caberia delimitar e harmonizar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jusprivatísticas, inclusive, com o propósito de resguardar a autonomia privada.

Konrad Hesse é entusiasta dessa orientação. Para tanto, sustenta que os direitos fundamentais não podem vincular diretamente os sujeitos privados porque é tarefa do legislador, a quem cabe, em suas regulações, concretizar o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, em especial, delimitar reciprocamente as posições afiançadas jurídico-fundamentalmente. Ademais, para o jurista, os tribunais não detêm a prerrogativa de corrigir as decisões e ponderações do legislador em intervenção sobre os direitos fundamentais ou com apoio em suas próprias ponderações<sup>381</sup>.

Se o legislador, em suas regulações, emprega conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, então direitos fundamentais, para a sua interpretação em cada caso concreto, podem tornar-se significativos. Nesse contexto, à falta de uma concretização legal, é tarefa do juiz satisfazer a influência dos direitos fundamentais na diferenciação necessária. Para Hesse, “deve-se ter em conta, nisso, que para os direitos fundamentais, também na medida em que a sua função como princípios objetivos da ordem total está em questão, sempre é importante só a garantia de um padrão mínimo de liberdade individual, não redução geral da liberdade a esse padrão mínimo. Onde, por isso, o direito privado deixa mais liberdade do que os direitos fundamentais, essa liberdade não deve ser restringida por uma vinculação aos particulares”<sup>382</sup>.

Konrad Hesse defende ainda que os direitos fundamentais não se opõem, principalmente, a obrigações que diante de privados são contraídas livremente porque da liberdade pessoal também faz parte a possibilidade vincular-se sob a base de resolução própria. Assim, exemplifica: “(...) contratos entre privados,

---

<sup>381</sup> HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha / Tradução de Luís Afonso Heck. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, pp. 285-286. Ainda que em sentido inverso, nesse ponto, a orientação de Hesse se coaduna com a de Bilbao Ubillos, uma vez que ambos avalizam a tese de que o Poder Judiciário não pode se imiscuir na senda das opções legislativas, quiça, das omissões.

pelos quais a liberdade de opinião de uma parte é restringida, são admissíveis, pode um empregador, apesar do artigo 3º, alínea 3, da Lei Fundamental, empregar um empregado por causa de sua confissão ou opinião política e, pela mesma razão, recusar um outro pretendente (...). Os tribunais devem ter em conta isso no caso conflituoso”<sup>383</sup>.

Não custa referir que Jesús Alfaro Aguila-Real é ainda mais enfático quando sustenta que somente por meio da atividade legislativa é possível legitimar tal eficácia. Em suas palavras: “(...) postular la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales contradice el carácter democrático de nuestro Estado en la medida que, dado que son los jueces los que imponem coactivamente la *Drittwirkung*, supone atribuir a los jueces una competencia que solo puede ser del legislador: la de determinar el equilibrio entre el respecto a la liberdade individual y la vigência efectiva de los derechos fundamentales”<sup>384</sup>.

Justifica o jurista espanhol afirmando que o problema da vigência social dos direitos fundamentais deve ter como ponto de partida a forma como eles vinculam os poderes públicos. E esses direitos vinculam os poderes públicos como mandamentos para que respeitem a esfera de liberdade reconhecida aos cidadãos (proibição de intervenção) e, simultaneamente, como mandamentos para que estabeleçam meios de proteção eficazes frente a sua violação por outros sujeitos privados (dever de proteção). O cumprimento equilibrado dessas duas funções resulta, para Aguila-Real, na garantia da vigência social dos direitos fundamentais, é dizer, na garantia dos direitos fundamentais frente aos particulares *através e por meio* do Estado. Consequentemente, a vinculação dos poderes públicos à Constituição permite admitir a existência de um direito fundamental à tutela efetiva (não somente judicial), segundo a qual aqueles poderes não somente estão proibidos de se intrometer ilegalmente na esfera jurídica dos particulares, como

---

<sup>382</sup> HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha / Tradução de Luís Afonso Heck. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, pp. 285-286.

<sup>383</sup> HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha / Tradução de Luís Afonso Heck. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 286.

<sup>384</sup> AGUILA-REAL, Jesús Alfaro. **Autonomía privada y derechos fundamentales**. Disponível em: <<[http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM\\_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/autonomia%20privada%201.pdf](http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/autonomia%20privada%201.pdf)>>. Acesso em: 7 fev. 2011.

também estão obrigados a garantir a estes um mínimo de proteção frente a agressões ou ameaças oriundas de outros particulares<sup>385</sup>.

Nem tanto ao norte, nem tanto ao sul.

Na realidade, na esteira do que defende Aguila-Real, o melhor seria se a mediação legislativa fosse apta, de modo usual e exaustivo, a estender a eficácia dos direitos fundamentais para fora do contexto tradicional das relações de Direito Público; contudo não é possível esquecer que a atividade legislativa não é capaz de regular todas as situações da vida, as quais tenham por objeto conflitos entre particulares, titulares de direitos fundamentais, que surgem a todo o momento<sup>386</sup>. Daí a importância da atividade judicial.

Bilbao Ubillos é ainda mais ácido na crítica à orientação de Aguila-Real quando assevera que um direito cujo reconhecimento depende do legislador não é um direito fundamental. “El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible con esa caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales solo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide. De ahí que el término << eficacia mediata >> nos parezca inequívoco. Quienes defienden la necesidad de una mediación legal como paso obligado para el reconocimiento del

---

<sup>385</sup> AGUILA-REAL, Jesús Alfaró. **Autonomía privada y derechos fundamentales**. Disponível em: <<[http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM\\_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/autonomia%20privada%201.pdf](http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/autonomia%20privada%201.pdf)>>. Acesso em: 7 fev. 2011.

<sup>386</sup> Embora não tenha relação direta com a abordagem ora expendida, não custa trazer a lume o seguinte comentário de Josaphat Marinho: “As leis, porém, por mais bem feitas que sejam, não abrangem nunca toda a realidade, que avança sempre além da norma. Captada a essência das mudanças, como no caso está, é de recomendável técnica legislativa reservar ao saber dos doutrinadores e à objetividade da jurisprudência a depuração, no tempo, dos aspectos demasiado polêmicos e de minúcias excessivas. Consolidadas as idéias e tendências, poderão converter-se em regras legisladas. Assim a codificação acompanha as transformações, sem expor-se a mudanças buscas (*sic*), que lhe anulam a perspectiva na história”. In: MARINHO, Josaphat. **Os direitos da personalidade no projeto do novo Código Civil brasileiro**. – Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000, tema Direito, 1999, p. 261.

derecho están negando, en realidad, la eficacia << horizontal >> de los derechos fundamentales, en cuanto tales”<sup>387</sup>.

Sem pretensão de esvaziar a noção de direito fundamental, Böckenförde é ameno quando defende – com acerto – que a realização dos direitos fundamentais não pode depender de uma configuração infraconstitucional exaustiva do ordenamento jurídico-privado. Quando essa realização puder ser levada a cabo mediante a interpretação e a aplicação de preceptivos legais e de cláusulas gerais, a eficácia frente a particulares será indireta. Todavia, se faltarem tais pontos de conexão não cessa a atuação dos direitos fundamentais porque estes se imporão diretamente. Para o jurista, “el propio derecho fundamental se convierte en punto de conexión para los deberes de acción u omisión de terceros o para los propios derechos en el ordenamiento jurídico-privado. De este modo, en los supuestos de << lagunas de protección de valores >>, los derechos fundamentales desplegarían una eficacia directa”. Eficácia mediata, por meio da lei, e eficácia imediata não são, portanto, modelos incompatíveis<sup>388</sup>.

Lado outro, conforme antes referido, admitida a mediação judicial, segundo a teoria indireta, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se opera por intermédio do preenchimento jusfundamental<sup>389</sup> de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, criados pelo legislador no intuito de ampliar as margens de ponderação judicial<sup>390</sup>. É dizer, os direitos fundamentais não se destinam a solucionar diretamente os conflitos entre privados; a sua aplicação deve se dar a partir dos meios colocados à disposição do juiz pelo próprio Direito Privado permeado pelos efeitos de irradiação dos valores constitucionais.

---

<sup>387</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 297.

<sup>388</sup> *Apud* Juan María Bilbao Ubillos. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 299.

<sup>389</sup> A expressão “preenchimento jusfundamental” pertence a Jorge Reis Novais. In: NOVAIS, Jorge Reis. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, in **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas** / coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto... [et al.]. – Rio de Janeiro, 2007, p. 357.

<sup>390</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 145.

Nesse sentido, à guisa de reforço, confira-se a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *Lüth*, de 15 de janeiro de 1958:

O conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem este âmbito civil.

(...)

Uma contenda entre particulares sobre os direitos e deveres derivados de tais normas de direito civil influenciadas por direitos fundamentais material e processualmente uma contenda jurídico-civil, ainda quando sua interpretação há de seguir ao Direito Público, à Constituição. A influência dos direitos fundamentais, como critérios valorativos, se realiza sobretudo mediante aquelas disposições do Direito Privado que contêm direito imperativo e, portanto, formam parte da ordem pública em sentido amplo, é dizer, mediante princípios que, por razões de interesse geral, não de ser vinculantes para a modelação das relações jurídicas entre os particulares e, portanto, estão subtraídos à autonomia da vontade. Tais disposições, por sua finalidade, estão relacionadas com o Direito Público, do qual são um complemento, e em especial com o Direito Constitucional. Para a realização dessa influência à jurisprudência são oferecidas as cláusulas gerais que, como a do parágrafo 826 do BGB, remetem o juízo da conduta humana a medidas metacivis e inclusive metajurídicas. Na hora de decidir o que esse mandatos sociais exigem no caso concreto, deve-se partir, em primeiro lugar, da totalidade das representações de valor que o povo tenha alcançado em um determinado momento de seu desenvolvimento cultural e fixado em sua Constituição. Por isso foram qualificadas, como razão, as cláusulas gerais, como ponto de irrupção (*Einbruchstellen*) dos direitos fundamentais no Direito Civil (Dürig). Por mandamento constitucional o juiz terá de examinar se as disposições de Direito Civil que ele deve aplicar materialmente estão influenciadas pelos direitos fundamentais na forma exposta, e, em seu labor de interpretação e aplicação, deverá ter em conta tais modificações do Direito Privado<sup>391</sup>.

### **3.4. A teoria mediata e os direitos de proteção de Claus-Wilhelm Canaris**

A teoria mediata ou indireta ostenta várias concepções ou, como prefere Wilson Steinmetz, várias matizações teóricas<sup>392</sup>, que assumem feição ora moderada, ora enérgica, em relação ao modelo básico da citada teoria, a qual – em breves termos, como antes enfatizado – preconiza que os direitos fundamentais, precipuamente direitos de defesa em face do Estado, apenas poderiam ser

<sup>391</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, pp. 145-146.

<sup>392</sup> Para mais detalhes, ver Wilson Steinmetz. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 148 e seguintes.

aplicados no âmbito das relações entre sujeitos privados por meio da atividade legislativa e, em segundo plano, após a interpretação e a integração de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados de Direito Privado à luz dos direitos fundamentais.

Uma dessas variações, no entanto, assume especial relevo porquanto procura justificar a incidência dos direitos fundamentais nas relações contratuais travadas entre particulares. Trata-se, pois, da Teoria dos Direitos de Proteção de Claus-Wilhelm Canaris.

Embora não haja aqui a intenção de adotá-la (mais a frente) como a “chave” para a problemática a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nos contratos bancários, o que desde já se adianta, traz alguns parâmetros importantes que permitem visualizar, ainda que de modo indireto, o *modus operandi* de tal incidência.

Canaris tem como ponto de partida a premissa de que os destinatários das normas de direitos fundamentais são, em princípio, o Estado e os seus respectivos órgãos, mas não os sujeitos de direito privado. Isso porque o objeto de controle dos direitos fundamentais são apenas e *a priori* regulações e atos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões judiciais, mas não atos de sujeitos privados, ou seja, negócios jurídicos e, até mesmo, atos ilícitos. *Se e na medida em que* estes sujeitos não são sequer destinatários dos direitos fundamentais, logicamente os seus atos também não podem ser aferidos imediatamente com base na “bitola dos direitos fundamentais”. Todavia, se tal incidência ocorrer mediamente de algum modo, para Canaris, é preciso que exista uma ponte para o raciocínio, que a possibilite de uma forma dogmaticamente consistente. E tal ponte leva em conta as funções que os direitos fundamentais podem desempenhar: proibições de intervenção e imperativos de tutela<sup>393</sup>.

---

<sup>393</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, pp. 55-56.

Para clarificar a função de proibição de intervenção, Canaris recorre, dentre outros exemplos, ao *caso das fianças*, no qual o Tribunal Constitucional Federal alemão corrigiu a rígida jurisprudência do Superior Tribunal Federal que se recusou a liberar a fiança prestada por familiares do devedor principal, de reduzido rendimento e patrimônio, das obrigações contratuais<sup>394</sup>.

Nesse caso, entendeu Canaris que, quando o Superior Tribunal Federal condenou o fiador ao pagamento, limitou-se a provocar o reconhecimento da vinculação contratual. Com efeito, não haveria aqui uma norma ou uma decisão judicial que intervém no direito fundamental do fiador, especialmente, na sua autonomia privada. Foram ambas as partes – é dizer, o próprio fiador – que

---

<sup>394</sup> No artigo “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, Canaris explicita mais detalhes sobre o *caso das fianças*. É conferir: “Há poucos anos causaram espécie decisões da referida Corte [Tribunal Constitucional Federal], nas quais ela corrigiu a jurisprudência do Superior Tribunal Federal sobre a responsabilidade de familiares de um devedor por fianças prestadas. Em pauta, estavam casos nos quais o fiador praticamente não tinha nenhum patrimônio e os seus rendimentos bastavam, quando muito, para pagar os juros ou mesmo apenas parte dos juros do principal da dívida; por força da fiança prestada, o fiador vê-se aqui envolvido em uma dificuldade financeira sem perspectivas de saída, pois deve trabalhar durante várias décadas ou mesmo durante a sua vida inteira, sem que, alguma vez, venha a ter a responsabilidade de remir o principal. De início, o Superior Tribunal Federal assumiu um ponto de vista muito duro e formalista, considerando tais fianças em princípio válidas e fundamentando tal juízo no argumento de que a liberdade de contratar permitiria também a assunção de obrigações muito perigosas. O Tribunal Constitucional Federal viu nisso um caso especialmente crasso de violação ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em conformidade com o artigo 2º, inciso I, da LF. Embora seja certo que esse direito fundamental abrange também a liberdade de contratar – não expressamente assegurada pela Constituição (o que também ocorre na Itália) -, o Tribunal Constitucional Federal ressalta que isso vale igualmente para ambas as partes. Por isso, o ordenamento jurídico – conforme infere o Tribunal Constitucional Federal – em princípio não pode tolerar que uma das partes prepondera a ponto de determinar de fato *unilateralmente* o teor do contrato, causando assim para a outra parte o efeito de uma determinação *heterônoma* (...). Reportando-se expressamente à decisão no caso Lüth, que acabo de referir, o Tribunal Constitucional Federal baseou-se também aqui no assim chamado efeito irradiador dos direitos fundamentais e intimou o Superior Tribunal Federal a ‘considerar a garantia constitucional da autonomia privada, prevista no artigo 2º, inciso I, da LF, no controle de contratos, aplicando os critérios dos bons costumes, em conformidade com o § 138 do BGB, ou observando os parâmetros do princípio da boa-fé, de acordo com § 242 do BGB. Nessa medida, essa decisão parece mover-se na linha da argumentação habitual, pois aduz novamente o efeito irradiador dos direitos fundamentais e permite que ele se faça sentir no Direito Privado, com ajuda de cláusulas gerais como, exemplificadamente, bons costumes ou boa-fé. Não obstante, há uma diferença essencial entre esse caso e o caso Lüth, pois no segundo a influência da Constituição fez que uma cláusula geral juscivilista (...) não podia ser aplicada, contrariamente à opinião dos tribunais cíveis, pois, caso assim fosse, um direito fundamental – isto é, a liberdade de opinião do Sr. Lüth – teria sido violado. Em contrapartida, o Tribunal Constitucional Federal supõe nos casos de fiança, de modo exatamente inverso, que uma cláusula geral (...) deve ser aplicada, contrariamente à intenção do Superior Tribunal Federal, pois, do contrário, seria violado um direito fundamental, designadamente o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Tudo indica que a influência dos direitos fundamentais na aplicação de normas de Direito Privado é diferenciada, descoberta que foi até agora insuficientemente considerada na jurisprudência e na doutrina (...)”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. Revista Jurídica 312. out./2003, Doutrina Cível, pp. 7-22.

restringiram o direito fundamental, mas esta restrição, não é, a princípio, considerada como objeto de controle com base nos direitos fundamentais, haja vista que não corresponde a um ato estatal, mas antes a um ato derivado da autonomia privada. “No fundo, o que está em (...) causa é uma *omissão* do Superior Tribunal Federal, pois este recusou-se a liberar o fiador das suas obrigações contratuais (...). O ‘pensamento da intervenção’ esbarra, pois, nesta hipótese, claramente nos seus limites”<sup>395</sup>.

A partir da ideia de proibição de intervenção, para o jurista, é possível ainda alcançar a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, que, em verdade, constitui uma explicação dogmática convincente para a eficácia mediata desses direitos nas relações jurídico-privadas. Permite, pois, manter a posição de que o Estado é o único destinatário dos direitos fundamentais, uma vez que é sobre ele que recai a obrigação de protegê-los. Nesse contexto, avulta claro que os cidadãos, ainda que de forma indireta, podem ter os seus direitos fundamentais afetados por outros sujeitos privados. Cabe ao Estado e à ordem jurídica preservar esses direitos porque estão a eles vinculados e têm, em princípio, o dever de proteger um cidadão perante o outro.

Para Canaris, outrossim, as funções de proibição de intervenção e de imperativos de tutela gozam de autonomia argumentativa e dogmática que somente se torna compreensível quando se tem em conta o fato de que a Constituição apenas proíbe que se desça além de um mínimo de proteção, o que chama de “proibição de insuficiência”. “Assim, se analisarmos mais rigorosamente os problemas de direito privado em causa, deixa-se ver que a forma de argumentação é, em pontos essenciais, distinta da utilizada na aplicação dos direitos fundamentais como proibições de intervenção, em conjugação da proibição do excesso, e que, deste modo, a função de imperativo de tutela, conjugada com a proibição de insuficiência, constitui, na verdade, uma categoria dogmática autónoma”<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 57.

<sup>396</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 60.

Quer isto dizer que, quando um particular macula o direito fundamental de outro, não se pode imputar, a princípio, tal comportamento ao Estado. Em uma ordem jurídica livre, como a que subjaz da Constituição alemã e do seu respectivo Código Civil, a situação jurídica é antes a de que o Estado, *a priori*, não regula a relação entre os seus cidadãos através de proibições ou de imposições. Trocando em miúdo, entre estes é permitido tudo aquilo que não é proibido. Quando, portanto, o Estado deixa um particular atuar sem regulamentação em face de outro, não pode ver-se aí, em regra, a concessão de uma autorização para uma ofensa na esfera do bem do outro, mas simplesmente e tão somente a omissão de uma intromissão<sup>397</sup>.

Nessa diversidade argumentativa, Canaris entende revelada uma particularidade da qual resulta um ponto essencial da concepção de direito de proteção que defende, a qual consiste na circunstância de que a eficácia da função de imperativo de tutela, em combinação com a proibição de insuficiência, é substancialmente mais fraca do que a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção, conjugada com a proibição de excesso.

Deve-se essa revelação ao fato de que o Direito Constitucional, sob o ponto de vista teórico-estrutural, não difere – e não poderia diferir - dos demais ramos do Direito, como o Civil e o Penal. Assim, diante de uma omissão, não se pode fundamentar, sem mais, a existência de um dever jurídico de agir. Em especial, não se pode impor ao Estado, a princípio, no âmbito das omissões, o mesmo ônus de fundamentação e de legitimação exigido no domínio das atuações interventivas. Enquanto nestas existe uma única medida a ser precisamente tomada no caso, naquelas há uma multiplicidade de medidas de proteção omitidas, ou até mesmo, uma necessidade de ausência total de atuação. Aliás, para o jurista germânico,

---

<sup>397</sup> Aqui, Canaris nada mais faz do que refutar a Teoria da Convergência Estadista ou Teoria da Imputação de J. Schwabe. É conferir: “A opinião contrária, que os defensores da ‘teoria da convergência estatista’ sustentam, conduz, em última instância, a que toda (!) a lesão permitida de um cidadão, por parte de outro, assente, ou num acto de *delegação* estatal ao primeiro, ou num *dever de tolerância* deste último, ou a que toda a actuação humana esteja subordinada em regra a uma *proibição com reserva de autorização*. Tal concepção é inaceitável como modelo geral de pensamento, devido à sua contrariedade de princípio à liberdade, e é, com razão, rejeitada, pela doutrina dominante”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 62.

tendo em vista o plano dos fatos, sequer é crível admitir uma proteção totalmente abrangente dos cidadãos porquanto levaria estes a uma insuportável submissão à tutela estatal e, ainda, a uma intervenção, igualmente insuportável, dos direitos fundamentais a terceiros.

Na linha do que defende Canaris, a problemática da omissão toca tanto a atividade legislativa, como a atividade judicial. Na realização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, mediante a interpretação e o desenvolvimento integrador do Direito, constitui também uma das tarefas legítimas dos órgãos jurisdicionais, mas a sua competência não vai além, nesse aspecto, da do legislador, e depende, por isso, decisivamente, de saber se sobre este recai um correspondente dever de proteção, que os juízes e tribunais então realizam em seu lugar.

Na realidade, a concretização da função de imperativo de tutela só é, em regra, possível com os meios do direito ordinário porque não é este, de sua vez e de modo algum, de todo pré-determinado constitucionalmente, na medida em que tem como objeto a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Antes fica aqui aberto, em regra, ao legislador um amplo espaço de livre conformação. Nas palavras de Canaris:

Da perspectiva da presente problemática, deve, por fim, acrescentar-se que só pode dar-se uma resposta adequada à questão central, de saber como é que, partindo do terreno da concepção aqui defendida, e partilhada nos seus traços essenciais pela doutrina dominante, se traduz realmente, na prática, a respeito pela autonomia do direito privado, e, em especial, pela autonomia privada, se se disser: justamente através da mais fraca eficácia da função de imperativo de tutela e da proibição de insuficiência! Significativamente, aliás, também os critérios que são decisivos para a fundamentação de um dever de proteção não desempenham qualquer papel – ou, pelo menos, um papel de relevância próxima – no quadro da função de proibição de intervenção e da proibição do excesso, o que, indirectamente, confirma e reforça a autonomia dogmática e de conteúdo da função de imperativo de tutela e da proibição de insuficiência.<sup>398</sup>

Mais especificamente no bojo das relações contratuais – enfoque que mais nos interessa para os fins da presente pesquisa –, Canaris enfatiza que a

---

<sup>398</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, Pp. 69-70.

função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela desenvolve os seus efeitos, em princípio, também em relação à autovinculação das partes por meio do contrato.

Contra esta orientação sustenta que sequer é possível opor o argumento de que esta se baseia no exercício da autonomia privada, a qual é assegurada constitucionalmente e de que uma proteção dos direitos fundamentais “contra si próprio” não se compatibilizaria com a concepção liberal dos direitos fundamentais.

Para o jurista, este argumento não convence sob os pontos de vista jurídico-teorético e dogmático-constitucional porque a vinculação contratual, embora tenha o seu fundamento primário na autonomia privada das partes, apenas adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um “reconhecimento” por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, ademais, garantida por estes com sanções, que vão até a execução forçada<sup>399</sup>.

No mais, admite que a vinculação dos direitos fundamentais nas relações contratuais decorre de genuína tarefa de proteção que, a toda prova, se encontra perfeitamente em harmonia com um entendimento liberal daqueles direitos. Isto é, desde logo, por existirem direitos fundamentais que, em virtude do seu caráter personalíssimo, não se encontram ao dispor do seu titular e cujo exercício, por conseguinte, não pode, *a priori*, aceitar-se como objeto de uma autolimitação contratual.

Nesse passo, para o jurista, estabelecer limites à autonomia privada corresponde, mesmo à luz do pensamento liberal clássico, a uma fundamentação jurídico-constitucional assente na função de imperativo de tutela. Por este motivo, também, o recurso à Constituição não conduz, de modo algum, sempre à nulidade do contrato, mas, antes, a um “repertório estratificado de efeitos jurídicos,

---

<sup>399</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 71.

com diversa intensidade interventiva, até a mera exclusão de uma execução forçada (...)”<sup>400</sup>.

Por outro lado, destaca que uma segunda tarefa de proteção consiste em assegurar, tão amplamente quanto possível, o ato de autonomia privada pelo qual se restringe um direito fundamental porque decorre este de uma decisão livre da parte contratante afetada. Também aqui, estar-se-ia diante de um problema elementar do direito dos contratos, desde sempre conhecido, sobre cuja pertinência e necessidade de solução, mesmo a partir de uma visão de cunho liberal, existe um consenso, e não há objeções de princípio contra um recurso à função dos direitos fundamentais como imperativo de proteção.

Para melhor explicar esta última conclusão, Canaris recorre uma vez mais ao *caso das fianças* e, em especial, à decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Federal, que tem como ponto de referência o fato de que autonomia privada, constitucionalmente garantida, não pode ser entendida apenas em sentido formal, mas antes também material, e em que, portanto, uma concreta parte pode carecer, em determinadas condições, de ser protegida perante uma vinculação contratual que lhe seja desvantajosa ou perigosa e que, por ocasião de sua conclusão, apresente-se apta a afetar, à luz do caso concreto, o exercício de sua autonomia privada<sup>401</sup>.

Mais a mais, para o jurista, questão totalmente diversa seria a de saber se estas tarefas de proteção podem ser resolvidas sem recurso à Constituição, vale dizer, com recurso apenas aos mecanismos de Direito Privado. E responde: “Poderia assim, com certeza, responder-se de forma positiva a estes problemas, e tão bem como anteriormente – como bastantes vezes foi sublinhado, por exemplo, para os casos das fianças -, mas isto em nada altera a circunstância de a problemática também apresentar uma dimensão jurídico-constitucional”.

---

<sup>400</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 72.

<sup>401</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 73.

Ao mesmo tempo em que a uma parte é recusado, pelo Direito Privado ou pela sua aplicação pelos tribunais, o mínimo de proteção que é imposto pela Constituição, também se verifica aqui uma violação à proibição de insuficiência. “Limitar esta proibição à responsabilidade delitual, é algo que carece de justificação interna bastante, já que (...) a simples concordância de uma parte com a conclusão do contrato não torna totalmente dispensável a protecção de direitos fundamentais”. Para Canaris, portanto, não é adequado, em especial, excluir, *a priori*, em casos de insuficiência do direito dos contratos, a possibilidade de interpor uma “queixa constitucional”, o que seria a consequência de uma inaplicabilidade genérica da proibição de insuficiência, enquanto a via da “queixa constitucional” se encontra, sem dúvida, aberta tendo em vista eventual déficit de regulamentação a respeito da responsabilidade civil.

Em contrapartida, destaca que a “queixa constitucional” somente encontra abrigo judicial se efetivamente houver uma deficiência no que toca à proteção jurídico-constitucional imposta ou quando esta não for efetivamente considerada porquanto aqui, como reconhecido alhures, encontra-se aberto ao legislador ordinário um amplo espaço de manobra, “(...) pelo que em cada recusa de protecção jurídica (mesmo que incorrecta do ponto de vista do direito civil) se não verifica necessariamente uma violação da proibição jurídico-constitucional de insuficiência”<sup>402</sup>.

Por derradeiro, é o jurista categórico ao afirmar que, mesmo onde os direitos fundamentais não sejam aplicáveis na sua específica dimensão jurídico-constitucional e onde não esteja em causa uma violação às proibições de excesso ou de insuficiência, podem ser importantes para a interpretação do Direito Privado e, em especial, para a concretização das cláusulas gerais. Nestes casos, os direitos fundamentais sempre podem produzir efeitos como princípios gerais do Direito com nível infraconstitucional, tal como também os outros princípios gerais de Direito.

---

<sup>402</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 74.

Neste último, inclusive, a não consideração dos direitos fundamentais não pode sequer dar ensejo, com sucesso, a uma “queixa constitucional”<sup>403</sup>.

### 3.5. A eficácia imediata ou direta

A eficácia imediata se opera por meio da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sem a necessidade de mediações concretizadoras<sup>404</sup>.

Segundo Hans Carl Nipperdey, idealizador da teoria imediata, na sociedade do século XX, o perigo para os direitos fundamentais dos cidadãos não era originário apenas do Estado, mas também de grupos sociais que detêm na sociedade de massas uma parcela expressiva do poder social e econômico, que, de várias formas, se impõe aos indivíduos e é capaz de afetar intensamente zonas e aspectos relevantes de sua vida e de sua personalidade<sup>405</sup>.

Além disso, para Nipperdey, os direitos fundamentais têm efeitos absolutos<sup>406</sup>. São valores que devem permear toda a ordem jurídica, inclusive, o

---

<sup>403</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 75. Nesse ponto, imperioso aderir à crítica de Canotilho à teoria da eficácia mediata: “Dizer, como faz Dürig, e, na sua senda, os defensores da eficácia mediata, que as posições jurídico-subjectivas reconhecidas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se, através de uma eficácia externa, de modo imediato e absoluto para as relações cidadão-cidadão (melhor: particular-particular), embora se reconheça terem os direitos fundamentais força conformadora quer através da *legislação civil* e criminal quer através da *interpretação* das cláusulas gerais do direito civil susceptíveis ou carecidas de preenchimento valorativo (...), parece-nos uma conclusão quase << evidente >> que não responde, como demonstrou Leisner, ao verdadeiro problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas. Também não resolve o problema a ideia que, partindo do carácter jurídico-objectivo das garantias dos direitos fundamentais, prefere situar a questão, não no plano de uma eficácia directa dos direitos nas relações cidadão-cidadão, mas no plano da *congruência ou conformidade normativa jurídico-objectiva* entre as normas consagradoras de direitos fundamentais e as normas de direito civil. Isto supõe a existência de dois ordenamentos autónomos e horizontais, quando a ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7 ed. – Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1.288.

<sup>404</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 325.

<sup>405</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 252.

<sup>406</sup> O que significa que os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta às relações privadas. Conforme, Virgílio Afonso da Silva. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 89.

Direito Privado. E a dignidade da pessoa humana continua a ser o ponto de partida para a promoção do livre desenvolvimento da personalidade dos homens solidários, integrados em sociedade e responsáveis perante ela. Por isso, alguns direitos fundamentais – à exceção, é claro, daqueles que dizem respeito exclusivamente à relação Estado e indivíduo - são diretamente aplicáveis nas relações entre sujeitos privados<sup>407</sup>.

Na trilha desta concepção, os direitos fundamentais devem valer como direitos subjetivos contra entidades privadas detentoras de poderes sociais ou mesmo perante indivíduos que disponham, na relação com outros, de uma situação real de poder que possa ser equiparada especificamente à supremacia estatal<sup>408</sup>.

Noutro enfoque, entre cidadãos comuns ou iguais, os direitos fundamentais também se aplicam diretamente como valores comunitários e não se resumem a regras de interpretação ou de preenchimento de cláusulas gerais<sup>409</sup>. Nas palavras de Nipperdey, *apud* Virgílio Afonso da Silva:

“Na verdade, o ordenamento jurídico é uma unidade; todo o direito somente é válido com base na constituição e dentro dos limites por ela impostos. Também o direito civil, sobretudo o código civil, somente é válido (...) desde que não contrarie a constituição. Para a validade dos direitos fundamentais como normas objetivas aplicáveis ao direito privado não é necessário nenhuma ‘mediação’, nenhum ‘ponto de rompimento’, que seriam, na opinião de Dürig, as cláusulas gerais (...). O efeito jurídico [dos direitos fundamentais no direito privado] é na verdade direto e normativo e modifica as normas de direito privado existentes (...).”<sup>410</sup>

---

<sup>407</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 252. Virgílio Afonso da Silva adverte que o modelo da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares não implica que todo direito fundamental necessariamente seja aplicável a tais relações. A verificação, para Silva, dessa aplicabilidade deve ser individualizada e dependerá das características de cada norma de direito fundamental. Nessa esteira, o que o modelo propõe é mais restrito do que possa parecer. Ele apenas sustenta que se o direito fundamental for aplicável às relações entre particulares, *então* essa aplicação será direta. Mas o modelo não exclui a possibilidade de que alguns direitos sejam aplicáveis somente nas relações cidadãos-Estado. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 91.

<sup>408</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, pp. 252-253.

<sup>409</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 253.

<sup>410</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

Aqui, pois, está a grande diferença entre o modelo de aplicabilidade direta e o modelo de efeitos indiretos. Naquele, como antes enfatizado, não há necessidade de manobras interpretativas ou de mediação legislativa para que os direitos fundamentais possam produzir efeitos nas relações entre particulares<sup>411</sup>.

Bilbao Ubillos ensina que, nos termos da teoria imediata, a norma constitucional se aplica como razão primária e justificadora (não necessariamente a única) de uma determinada decisão. É dizer, não como regra hermenêutica, mas sim como norma de comportamento apta a incidir também no conteúdo das relações entre particulares. Em última análise, a razão de ser dos direitos fundamentais é fixar certos limites ao poder, de modo que possa o indivíduo reagir frente aos abusos que incidem na sua esfera de liberdade<sup>412</sup>.

Para o jurista, portanto, na tradição liberal, somente se identificavam como hipóteses relevantes as possíveis ingerências do Estado na esfera privada, dado que a Constituição lhe atribuía competências cujo exercício entrava em colisão, por sua própria lógica, com a esfera de autonomia individual. No entanto, uma vez tomada a consciência de que o perigo potencial também emanava das posições de preponderância de alguns sujeitos formalmente privados, não

---

<sup>411</sup> Interessante exemplo é citado por Schwabe, citado por Virgílio Afonso da Silva, a respeito da diferença entre o modelo imediato e o modelo indireto nas relações contratuais: “Schwabe resume bem a diferença entre os dois modelos, salientando que uma possível nulidade de um contrato entre particulares que viole alguma disposição de direito fundamental somente seria possível, na visão de Dürig e do modelo dos efeitos indiretos, em decorrência do disposto, dentre outros, no § 138 do Código Civil alemão – ‘um negócio jurídico que seja contrário aos bons costumes é nulo’ -, pois essa seria uma das ‘portas de entrada’ dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Para o modelo de aplicabilidade direta, defendido por Nipperdey, tal nulidade seria direta, no sentido do § 134 do Código Civil, que prevê que ‘um negócio jurídico que contrarie uma proibição legal é nulo (...)’. A disposição legal, nesse caso, *seria a própria disposição de direito fundamental*, já que, como visto acima, não há a necessidade de mediação legislativa para que eles incidam diretamente nas relações entre particulares”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 90-91.

<sup>412</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 328.

pareceu haver mais razão de peso para diferenciar entre atentados que emanavam dos poderes públicos e agressões cometidas por particulares<sup>413</sup>.

O sistema de posição deveria ser unitário, ao menos, nos seus níveis mais básicos. Isto significava que a garantia operaria com base no mesmo título, ainda que não na mesma intensidade, em qualquer direção. O que não implica reconhecer que os direitos fundamentais se convertem em direitos privados. Ao contrário, os referidos direitos superam a dicotomia entre os setores público e privado e se apresentam como critérios básicos de normatividade que afetam todos os planos do ordenamento jurídico<sup>414</sup>.

André Rufino do Vale assevera que a orientação de Nipperdey foi posteriormente mantida por Walter Leisner quando defendeu que os indivíduos podem apelar diretamente aos direitos fundamentais em suas relações com outros indivíduos<sup>415</sup>.

No plano jurisprudencial, a teoria da eficácia imediata encontrou abrigo no Tribunal Federal do Trabalho alemão<sup>416</sup>, o qual sustentou: “Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que as disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública”<sup>417</sup>.

---

<sup>413</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 326-327.

<sup>414</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 326-327.

<sup>415</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 149.

<sup>416</sup> Trata-se, aqui, da decisão sobre a igualdade de salários entre homens e mulheres, proferida em 1957 pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, cujo presidente, à época, era Nipperdey.

<sup>417</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 166. Entre nós, não obstante não tenha o Supremo Tribunal Federal se dedicado efetivamente a desenvolver o tema dos modelos diretos e indireto, já decidiu sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Confira-se inicialmente o

Quanto ao seu desenvolvimento, a teoria imediata vem ganhando espaço na Itália, em Portugal e, principalmente, na Espanha. A propósito, neste último país, Rafael Naranjo De La Cruz, *apud* Wilson Steinmetz, destaca: "(...) os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua

---

Recurso Extraordinário n. 158.215, o qual tinha por objeto a expulsão de associados de cooperativa, sem a respectiva observância das regras estatutárias e dos direitos de defesa. Na oportunidade, consignou o Ministro Marco Aurélio de Mello, relator: "a garantia da ampla defesa está insculpida em preceito de ordem pública", razão pela qual não pode ser desobedecida em nenhum âmbito. A ementa do julgado está assim redigida: "DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa" (RE 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757). Não muito diferente foi a decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 161.243, que diz respeito a um funcionário brasileiro da *Air France*, ao qual não haviam estendido alguns benefícios, que o plano de carreira da empresa previa, porque esse plano diferenciava os franceses dos não franceses. O Supremo Tribunal Federal, sem maiores explicações, entendeu que o princípio igualdade deve ser observado em qualquer relação jurídica, não admitida qualquer relativização. É conferir: "CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido" (RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756).

natureza e teor liberal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares”<sup>418</sup>.

Noutro passo, a principal crítica que se impõe à teoria imediata diz respeito à questão da “sobrevivência” da autonomia privada frente à “ditadura” dos direitos fundamentais. Há, inclusive, quem sustente, na linha de Konrad Hesse, que a autonomia privada, como princípio basilar do Direito Privado, seria colocada em perigo se as pessoas, em suas relações contra outros particulares, não pudessem contornar as disposições de direitos fundamentais<sup>419</sup>.

Também se fala em perda de clareza conceitual do Direito Privado por influência da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Nesse cenário, em uma disputa dessa natureza, o juiz se veria diante de uma tarefa extremamente difícil e estranha àquele ramo do Direito, uma vez que seria necessário definir a extensão da proteção dos direitos fundamentais aos indivíduos por meio de um sopesamento. “Ainda segundo Hesse, esse tipo de tarefa não se coaduna com a tarefa reservada ao direito privado em um Estado de Direito que, segundo ele, deve ser a de possibilitar a conformação de relações jurídico-privadas por meio de regras *claras, detalhadas e de contornos bem definidos*. As disposições de direitos fundamentais, necessariamente de textura aberta, implodiriam essa possibilidade”<sup>420</sup>.

### **3.6. O fundamento constitucional da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no Direito brasileiro: o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988?**

A maioria dos autores que aborda a problemática a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem como ponto de partida a doutrina e a jurisprudência alemãs que, para afirmação da *Drittwirkung*,

---

<sup>418</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 167.

<sup>419</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p 98.

surgida em meados dos anos cinquenta, pregam – em apertada síntese - a superação da concepção clássica dos direitos fundamentais como limites ao poder do Estado em favor da liberdade do indivíduo.

Böckenförde, citado por Sombra, assinala que os direitos fundamentais “afectan también por ello a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares, limitan su autonomía privada; rigen también no solo como normas de defensa de la libertad, sino, al mismo tiempo, como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado”<sup>421</sup>.

De outra banda, como visto, é evidente que o desenvolvimento da citada teoria alemã exerce influência no cenário jurídico brasileiro. É preciso, no entanto, ir um pouco mais além, para verificar, a partir dos nossos próprios dados positivos jurídico-constitucionais, se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas encontra amparo (textual) na Constituição Federal de 1988<sup>422</sup>.

Dessa análise, que embora não tenha a pretensão de exaurir o tema, é possível deduzir duas teses de grande importância. A primeira preconiza que, na Carta Constitucional de 1988, não há base textual que ampare a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por isso, caberia ao intérprete afirmar tal vinculação por meio do exame dos textos normativos que consagram os direitos fundamentais, sem, por certo, a eles ficar vinculado, haja vista que gozará, a partir de um dado caso concreto, de um certo grau de liberdade para alcançar uma conclusão positiva ou negativa. A segunda, por sua vez, averba que essa vinculação encontra arrimo no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, o qual reza: “*As normas de direitos fundamentais têm aplicação imediata*”. A partir desse enunciado normativo, portanto, sustenta-se que os direitos fundamentais vinculam os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo e funcionam como

---

<sup>420</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 98.

<sup>421</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 105.

<sup>422</sup> À luz da Constituição espanhola, análise semelhante é realizada por Javier Ballarín Iribarren. In: IRIBARREN, Javier Ballarín. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La**

mandamentos de máxima eficácia possível nas relações Estado/indivíduo e, de igual modo, nas relações entre particulares<sup>423</sup>.

A princípio, a segunda tese impressiona porque, de fato, a Constituição Federal de 1988 busca normatizar não só as relações entre Estado e indivíduo, mas também as relações sociais em sentido amplo. Aliás, a Constituição, na qualidade de elemento central, confere unidade ao ordenamento jurídico nacional<sup>424</sup>. Contudo, ainda assim, da literalidade do art. 5º, § 1º, não é crível extrair a justificativa textual da eficácia frente a particulares dos direitos fundamentais. Afirmar que tais direitos têm aplicação imediata em nada se confunde com afirmação

**“Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).** Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, n. 24, septiembre-diciembre, 1988, pp. 283-315.

<sup>423</sup> Conforme Wilson Steinmetz, *in A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 122. Admitindo o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 como fundamento da eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros, Leonardo Mattietto, em **O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas do direito civil constitucional**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 163-186.

<sup>424</sup> No mesmo rumo, anota Daniel Sarmento: “Com efeito, qualquer posição que se adote em relação à controvérsia em questão não pode se descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos. Nossa Constituição, apesar da irrisignação de alguns, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada. Ela não se baseia nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação regida entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares”. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 237. Interessante, ainda, a lição de Sílvio Dobrowolski: “Nas democráticas sociedades pluralistas contemporâneas, a Constituição pode ser visualizada como o consenso compartilhado entre as diferentes forças e segmentos sociais, quanto ao sistema de bens e valores considerado essencial para cimentar a convivência da comunidade. Ao formular o texto constitucional, o povo decide conscientemente sobre o modo de vida que deseja assumir e sobre as tradições que pretende continuar ou romper (HABERMAS, J. 1997, 131). Nele se registram as bases éticas de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos como de coletividade (HABERMAS, J. 1997, 133). Entre tais princípios, sobrelevam os direitos fundamentais, como elementos indispensáveis para a autonomia moral dos seres humanos e sua participação política. Constituem-se em limites para os diversos poderes existentes no meio social, estabelecendo vedações à atuação deles, inclusive do Estado. Traçam os contornos dos espaços pertencentes aos indivíduos, imunes à intervenção do poder e dos demais cidadãos. Por outro lado, indicam iniciativas e ações a serem desenvolvidas pela entidade estatal e pelos grupos e forças sociais, com a finalidade de criar um ambiente propício à fruição dos bens neles atribuídos e para atender às necessidades concretas das pessoas, permitindo a estas condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente”. In: DOBROWOLSKI, Sílvio. **Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988**. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª região, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

de que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (Constituição portuguesa de 1976, art. 18.1)<sup>425</sup>.

Sem embargo de eventual confusão entre os conceitos de aplicabilidade e de eficácia<sup>426</sup>, não se extrai da dicção do parágrafo em exame outra

---

<sup>425</sup> Conforme Wilson Steinmetz, *in* **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 122.

<sup>426</sup> Para Virgílio Afonso da Silva, quando se fundamenta a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, em verdade, está se fazendo confusão entre a eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção de efeitos e seu âmbito de aplicação. Para o constitucionalista, “o texto constitucional, que dispõe que os direitos fundamentais terão aplicação imediata, faz menção a uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 57. Confira-se, a propósito, a interessante análise empreendida por Claus-Wilhelm Canaris: “(...) a distinção entre eficácia imediata ‘em relação a terceiros’ e ‘vigência imediata’ dos direitos fundamentais. Ainda assim, predomina aqui alguma confusão terminológica. Assim, por exemplo, poder-se-ia, *prima facie*, supor que Hager se declara defensor da teoria da eficácia imediata. Se, contudo, analisarmos com mais cuidado, verificamos que ele nem sequer se ocupa da questão dos *destinatários* dos direitos fundamentais, e que apenas considera a natureza imediata da sua *vigência*. A meu ver, e para evitar mal entendidos, dever-se-ia, por isso, distinguir entre a *eficácia imediata em relação a terceiros* e a imediata *vigência* dos direitos fundamentais. Isto é recomendável, desde logo, porque a não ser assim, também a vinculação imediata aos direitos fundamentais do legislador de direito privado poderia ser designada como uma eficácia imediata *em relação a terceiros* – o que, na verdade, por vezes acontece, apesar de ser um contra-senso. Em conformidade, só deve falar-se de eficácia imediata em relação a terceiros se os direitos fundamentais se dirigem imediatamente contra sujeitos de direito privado (...)”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, pp. 54/55. Uadi Lammêgo Bulos assinala, em comentário ao art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988: “A um primeiro momento, *eficácia* significa produção de efeitos. Já a aplicabilidade é a incidência da norma ao caso concreto. Eficaz, portanto, é a norma que produz efeitos, e toda norma, a princípio, está apta a produzi-los. Aplicável, por sua vez, é o preceito apto a desempenhar seus efeitos no plano fático, qualificando situações práticas do cotidiano que ensejam normatização. Esses efeitos, entretanto, variam em grau e em profundidade. (...) A *eficácia normativa* reporta-se à norma apta a produzir efeitos concretos na ordem jurídica, podendo ser, ou não, obedecidas pelo seu destinatário. Todas as normas constitucionais, e, g., têm eficácia normativa, pois espargem seus efeitos jurídicos, que independem de uma providência normativa complementar. Não existe na Constituição norma não jurídica ou com eficácia normativa dependente ou futura. Ficou superada a distinção estabelecida pela doutrina alemã de Weimar entre *norma jurídica atual* e *norma programática*. Todas as normas são atuais, possuem força normativa, independentemente do ato de transformação legislativa. A unanimidade das normas constitucionais gozam de eficácia jurídica, sendo aplicáveis nos limites desta eficácia”. In: BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**, 8 ed. rev., atual. até a EC n. 56/2007. – São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 398. Por último, calha referir a posição conciliadora de Ingo Wolfong Sarlet: “(...) partimos da premissa de que eficácia e aplicabilidade são noções conexas, como (em simplificada comparação) as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar de norma eficaz e destituída de aplicabilidade, o que não quer dizer que, em sendo aplicável, venha a ser aplicada ou mesmo a forma como se dará a aplicação, se direta ou indireta. De tal sorte, sempre que fizermos referência ao termo ‘eficácia jurídica’, o faremos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada, ainda que não exista uma identidade entre ambas as noções. Mais próximos, talvez, de José Afonso da Silva (quanto a este aspecto), consideramos que uma norma eficaz é sempre aplicável, mas poderá não ser aplicada, portanto, poderá não alcançar eficácia social ou efetividade, o que já nos remete a outra distinção cada vez mais polemizada”. In: **A eficácia dos direitos**

conclusão senão a de que o constituinte, ao estabelecer que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, quis apartá-los da livre atuação do legislador, ou seja, da necessidade de intermediação legislativa para produção de efeitos<sup>427</sup>.

Por esta razão, averba Gilmar Ferreira Mendes que o significado essencial dessa cláusula é destacar que as normas que definem os direitos fundamentais, que não se restringem aos direitos individuais, são normas de caráter preceptivo, e não meramente programáticas. Em verdade, os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei. Não são apenas normas matrizes de outras normas, mas também normas diretamente reguladoras de relações jurídicas<sup>428</sup>.

Em outros termos, para Mendes, a redação do art. 5º, § 1º, nada mais é do que a aderência, no âmbito nacional, ao prestígio do axioma difundido internacionalmente de que a Constituição – e os direitos fundamentais – é o resultado do trabalho empreendido pelo constituinte, expressão da soberania do povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, ficar à mercê da tradução jurídica a ser feita pelo legislador ordinário<sup>429</sup>.

---

**fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 238.

<sup>427</sup> José Afonso da Silva, em comentário ao parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, afirma: “Então, diante do que se acaba de dizer, que valor tem o texto do parágrafo sob análise? Pelo seu enunciado bem se vê que abrange as normas que revelam os direitos individuais do art. 5º e os sociais, nos termos dos arts. 6º e 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”. In: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 5 ed., de acordo com a Emenda Constituição n. 56, de 19/12/2007. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 177.

<sup>428</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 328.

<sup>429</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 327. Nesse ponto, ainda, Sílvio Dobrowolski assinala que, a partir da Constituição italiana de 1947, é pressuposta a eficácia jurídica de todas as normas constitucionais e a vinculação imediata, por elas, de todos os poderes do Estado e da sociedade. In: DOBROWOLSKI, Sílvio. **Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988**. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª região, n. 13, jul. 2006. Disponível em:

Ingo Wolfgang Sarlet não endossa plenamente a orientação de Mendes. Defende que deve ser avaliada com cautela a premissa de que os direitos fundamentais podem, por força do art. 5º, § 1º, ser considerados normas diretamente aplicáveis e alcançar sua plena eficácia independentemente de qualquer ato concretizador. Na realidade, malgrado seja aceito em diversas hipóteses e até como regra geral que possa e deva o Poder Judiciário viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes, isso não significa reconhecer que não há limites a serem observados.

Para Sarlet, ainda que se pudesse argumentar que a remoção de lacunas pelos órgãos judiciários em todos os casos concretos, ao menos em tese, é sempre possível, inexistindo qualquer afronta ao princípio da separação de poderes, há certos limites que impedem se possa acolher de forma absoluta a solução proposta. “Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para a implementação de determinados programas sócio-econômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva”<sup>430</sup>.

Ainda que se esteja ciente da divergência havida na doutrina a respeito do alcance e do significado do preceito em exame, que – diga-se de passagem - integra um dos temas mais polêmicos no âmbito do direito constitucional brasileiro, não quer significar que os direitos fundamentais terão de modo específico aplicação imediata nas relações entre particulares. Aliás, nada diz sobre quais relações os direitos fundamentais terão influência e se essa influência sempre se fará presente<sup>431</sup>.

---

<<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

<sup>430</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 238.

<sup>431</sup> Consoante Virgílio Afonso da Silva, *in* **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 58.

De qualquer modo, a exemplo do que ensina Wilson Steinmetz, ao menos em uma hipótese, o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 é uma premissa que aponta para a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. O poder constituinte, ao estabelecer textualmente que tais direitos devem ter aplicação imediata, decidiu que, no âmbito de vigência da Constituição, são uma categoria de direitos com força especial que, por isso, devem ser levados a sério.

Dito de outra forma, a Constituição ostenta estrutura normativa básica que, como enfatizado alhures, pretende normatizar não somente as relações Estado e indivíduo, mas também as relações entre particulares. Portanto, para Steinmetz, “(...) têm relevância dogmática o argumento segundo o qual o § 1º do art. 5º é um fundamento adicional de reforço à vinculação dos particulares a direitos fundamentais”<sup>432</sup>.

### **3.7. Tomada de posição: por uma eficácia *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**

Nos itens anteriores, expusemos, ainda que em breves termos, as principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e foi possível perceber que não há entre os seus defensores uma postura conciliatória para pôr termo à dicotomia imediata/mediata. Ao contrário, viu-se que a construção de um modelo tem como pressuposto básico a crítica e a superação do outro. Essa observação, aliás, é compartilhada pela maioria dos autores que cuidam do tema, dentre eles, destacam-se André Rufino do Vale, Wilson Steinmetz e Virgílio Afonso da Silva, amplamente citados na presente pesquisa.

---

<sup>432</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 121-123. Importa referir, nesse ponto, comentário de Luis Aguiar de Luque, citado por Thiago Luís Santos Sombra, que, embora não se refira à realidade constitucional brasileira, ressalta que a problemática a respeito da insuficiente implantação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares nos países ocidentais “no es derivado de la falta de implantación del texto constitucional (como si en una gradual consolidación de éste se fuera a subsanar el problema), ni patrimonio exclusivo de nuestro orden jurídico. Por el contrario, bajo tan inócua cuestión, e plantea uno de los más difíciles problemas que la doctrina constitucional tiene planteado en la actualidad, lo que há motivado una importante literatura jurídica en los Países del Occidente europeo”. In: SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 124.

É, ainda, ponto pacífico na doutrina estudada o fato de que tais teorias, em verdade, não são excludentes, mas sim complementares, uma vez que coexistem diversos níveis de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, cada uma se referindo a um aspecto específico do problema. Como justificativa, inclusive, é comum ver invocada a teoria dos três níveis de Robert Alexy, segundo a qual a eficácia dos direitos fundamentais se opera por meio: a) dos deveres do Estado; b) dos direitos frente ao Estado; c) das relações jurídicas entre sujeitos de direitos privados.

No primeiro nível, para o jurista alemão, está situada a eficácia mediata dos direitos fundamentais, entendidos estes como princípios objetivos que devem se irradiar por toda a ordem jurídica e que exigem que o Estado os observe na legislação e na jurisdição. No segundo nível, de sua vez, está a eficácia desenvolvida pelos direitos fundamentais frente ao Estado (direitos de defesa e de proteção, os quais têm relação com a Teoria de Schwabe). Nesse ponto, o particular, em contenda com outro sujeito privado, tem o direito fundamental a que o Poder Judiciário, em suas decisões, tome em consideração os princípios fundamentais que apóiam a sua pretensão ou posição. Este direito fundamental é *contra* a jurisdição, de modo que, na solução do conflito, se o tribunal ou juiz não levá-lo em consideração estará lesando-o como direito de defesa. Por último, no terceiro nível, situa-se a eficácia imediata que “(...) consiste em que, por razões jusfundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências que, sem essas razões, não existiriam”. A partir deste último nível, conclui Alexy que a teoria da eficácia mediata e da eficácia por meio da mediação estatal resulta uma eficácia imediata, em especial, porque, no final das contas, a adoção de uma ou de outra teoria (nível) para fundamentação jurídica em um dado caso concreto é uma questão de funcionalidade<sup>433</sup>.

De fato, têm razão os que defendem uma posição conciliatória das teorias mediata e imediata porque, sem destoar da linha de argumentação traçada por Bilbao Ubillos, não há muito sentido em discutir sobre a suposta eficácia

dos direitos fundamentais frente a sujeitos privados, sabendo – como é de comum sabença – que eles não integram precisamente uma categoria homogênea. Esta possível eficácia mediata ou imediata não pode fixar-se de modo uniforme, tomando como referência a categoria em seu conjunto. Na realidade, se se quer avançar realmente no esclarecimento deste tema, primeiro é necessário reparar a diversidade estrutural dos direitos fundamentais, discussão esta que já encontra mais de quarenta anos de polêmica.

Com efeito, nas normas constitucionais se reconhecem e se garantem situações subjetivas muito díspares entre si. Esta diferenciação determina logicamente uma pluralidade de soluções quanto às modalidades de tutela. Se a possibilidade de realização destes direitos não é idêntica, tampouco a tutela ou mesmo a forma de eficácia pode sê-lo. Nas palavras de Ubillos:

Ha de tenerse en cuenta, por tanto, la aptitud intrínseca, estructural, de cada uno de los derechos para operar directamente en el ámbito de las relaciones privadas. Una aptitud natural que difícilmente puede determinarse sin averiguar antes, desde la perspectiva inversa, la de su vulnerabilidad, si el derecho en cuestión puede verse afectado (y en qué medida) por acción de un particular. Este método de análisis, derecho por derecho, nos va a deparar más de una sorpresa. (...) En cualquier caso, el juicio definitivo debe hacerse en concreto, en el seno de una determinada relación, y atendiendo a las circunstancias del caso<sup>434</sup>.

Nesse caminhar, a eficácia mediata e imediata não são formas excludentes porque onde não existe possibilidade de aplicar a primeira invoca-se a segunda. Ambas são exigências da eficácia dos direitos fundamentais, como princípios objetivos de todo o ordenamento jurídico, nas relações entre particulares<sup>435</sup>.

É certo, outrossim, que o normal (e o que se espera) é que o legislador tome a frente na delimitação do alcance dos direitos fundamentais;

---

<sup>433</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 182-183.

<sup>434</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 354-356 e 360.

contudo, na ausência de concretização legislativa específica e constitucionalmente válida, essas normas constitucionais devem ter eficácia imediata, sem que, com isso, haja mitigação do princípio da autonomia privada. Como visto, nenhum dos teóricos citados prega a eficácia absoluta dos direitos fundamentais ou a prevalência pura e simples desses direitos sobre a autonomia privada, que não custa lembrar também goza de proteção constitucional.

Entre nós, sem embargo da constatação de que as teorias mediata e imediata são compatíveis, emerge indubitável que a Constituição Federal de 1988 corrobora a tese de que os direitos fundamentais, à exceção daqueles que se dirigem especificamente à relação Estado e indivíduo, vinculam, *prima facie*, imediata ou diretamente os particulares, sem a necessidade de atuação do legislador ordinário e sem se esgotar na interpretação de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados do Direito Privado<sup>436</sup>.

Traçando um paralelo com a lição de Canotilho, no apagar das luzes, não há como sustentar uma “dupla moral no seio da sociedade”, na qual no espaço público, proclama-se o pecado mortal dos atos públicos violadores dos

---

<sup>435</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 266.

<sup>436</sup> Sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera: “Ambas as teorias – a primeira com o seu cuidado com a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a outra com o seu desvelo pela autonomia individual e a segurança jurídica – baseiam-se em valores encarecidos pela ordem constitucional. As preocupações que as excitam apontam para a necessidade de se coordenarem os valores que estão na base de cada qual, para que se alcancem resultados justos nos casos concretos. De toda forma, ‘quem é mais pelos direitos fundamentais – registra Jorge Reis Novais – favorece a tese de aplicabilidade direta, que é mais pela autonomia privada sustentará outras teses. Quem é pela intervenção estatal de correção das assimetrias sociais e de limitação dos poderes privados, que tem preocupações igualitárias, sustentará a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais’. (...) No Brasil, os direitos fundamentais são protegidos nas relações entre particulares por meio variados. Eles o são por via de intervenções legislativas – basta notar a pleora de atos legislativos assegurando a formação livre da vontade dos economicamente mais fracos e prevenindo a discriminação no âmbito das relações civis, em especial nas de consumo e nas de trabalho. Há casos, igualmente, em que a proteção de direitos fundamentais se efetua por meio de interpretação e aplicação de cláusulas gerais de direito privado. Dê-se, como exemplo disso, certa jurisprudência formada em torno de contratos de adesão. Entende-se que a eleição de foro inserida nesses contratos pode ser considerada abusiva (eis a cláusula geral), e por isso ilegal, se dela resulta a inviabilidade ou uma especial dificuldade de acesso ao Judiciário (eis o direito fundamental protegido). Preserva-se o direito fundamental de acesso ao Judiciário, nas relações entre particulares, de modo indireto, com o auxílio de conceitos amplos, consagrados na ordem privada. Quanto à possibilidade de o direito fundamental ser suscitado diretamente como razão para resolver pendência entre particulares, há precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo o expediente”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira

direitos fundamentais; no domínio privado, reivindica-se energicamente a bondade dos comportamentos emocionais, mais ou menos atentatórios dos direitos, liberdades e garantias constitucionais<sup>437</sup>.

A Carta Constitucional de 1988, como averba Daniel Sarmiento, é intervencionista e social, como o seu generoso rol de direitos sociais e econômicos. Trata-se de Constituição que indica, como primeiro objetivo da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos fundamentais. Para Sarmiento, portanto, a nossa Constituição consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada. Ela não se baseia nos mesmos pressupostos ideológicos que pregam a separação do Estado da sociedade civil e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais das relações havidas entre particulares<sup>438</sup>.

Lembra-nos Steinmetz que, no marco da ordem constitucional brasileira, a teoria da eficácia imediata está em sintonia com o projeto – um projeto que não é apenas jurídico, mas também ético político, sobretudo no marco de uma sociedade tão desigual e injusta socialmente – de máxima efetividade social dos direitos fundamentais<sup>439</sup>.

Não se diga que haverá aqui restrição excessiva à autonomia privada porque, como dito alhures, embora seja ela constitucionalmente protegida, não é um valor absoluto e pode ser ponderada, à luz das peculiaridades do caso concreto, com outros direitos e interesses constitucionais. Ademais, não é crível desconsiderar o fato de que as relações entre sujeitos privados, em especial, as relações contratuais, geralmente não se operam em pé de igualdade substancial.

---

Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 359-361.

<sup>437</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 95.

<sup>438</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 237.

<sup>439</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 271.

Basta lembrar os poderes sociais, dentre eles, as instituições bancárias. Assim, nada mais evidente do que a necessidade de incidência direta dos direitos fundamentais nessas relações jurídicas para corrigir eventuais abusos sociais e econômicos cometidos.

Nesse sentido, é também a aguda ponderação de André Osório Gondinho:

De fato, se a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas impusesse uma vinculação irrestrita dos particulares, tal como ocorre com os poderes públicos, aí, então, poder-se-ia falar em supressão da autonomia privada, haja vista que há, para repetirmos as palavras de CANOTILHO, um “núcleo irreduzível de autonomia pessoal” que a aplicação dos direitos fundamentais não pode violar. Mas isso não ocorre. Mesmo os defensores, como nós, da teoria da aplicação direta, reconhecem a necessidade de ponderar os interesses em jogo e proteger também a autonomia privada dos particulares envolvidos, ponderando essa autonomia com os direitos fundamentais eventualmente aplicáveis à espécie. De outra parte, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, não raras vezes, será elemento essencial para proteger a própria autonomia privada, uma vez que o exercício dessa faculdade pressupõe a liberdade do sujeito de direito e, em um mundo altamente segmentado pela exclusão social e pelas diferenças de força dos partícipes da vida privada, a extensão das garantias constitucionais será o arcabouço protetor do próprio exercício da autonomia<sup>440</sup>.

Outro óbice que pode ser imputado à eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares seria o de que tal concepção ostenta caráter antidemocrático.

Não se controverte que a preferência para concretizar os direitos fundamentais pertence ao legislador, que desfruta de legitimidade democrática, e prestigia o princípio da separação de poderes. Isso já foi enfatizado. Todavia, não é menos verdade que a Constituição Federal de 1988 consubstancia a ordem jurídico-fundamental da sociedade brasileira e não se restringe a regular as atividades estatais ou dos órgãos públicos. Converte-se, pois, em elemento central de unidade

---

<sup>440</sup> GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 112.

do ordenamento jurídico, que exige observância de todos. Daí, inclusive, a importância do papel do Poder Judiciário como seu guardião.

Registre-se, aqui, a posição de Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que é preciso levar em consideração a necessidade de se tomar a sério, também na esfera de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, a crítica de que se está a deslocar para o Poder Judiciário a decisão final sobre a ponderação dos direitos esgrimidos entre sujeitos privados, ainda quando se está a invocar valores mais ou menos abstratos e sujeitos às mais variadas interpretações, o que, no entender do jurista, não impede uma eficácia direta, ainda mais no sentido de uma eficácia direta *prima facie*, mas impõe cuidado redobrado no seu manejo<sup>441</sup>.

Para Sarlet, tal entendimento se justifica pela previsão expressa da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, por sua vez, não se contrapõe ao fato de que, no âmbito da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, fulcrada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de vários titulares, isto é, buscando uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, visando a obter um equilíbrio caracterizado pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais em jogo, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um<sup>442</sup>.

Por outro lado, é verdade que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pode gerar a sensação de que há redução do nível de segurança do ordenamento jurídico, mas essa consequência parece-nos menor do que as vantagens advindas da personalização do Direito Civil pela incidência dos preceitos constitucionais. Ademais, como adverte André Osório

---

<sup>441</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 383.

<sup>442</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 383.

Gondinho, mister reconhecer que a segurança do Direito, entendida essa como determinação precisa e clara das consequências jurídicas pelas condutas levadas à prática pelos múltiplos atores sociais, há muito, vem sendo mitigada pela mudança do emprego de uma técnica legislativa tipológica por uma legislação mais aberta, em conceitos jurídicos indeterminados e em cláusulas gerais, permeáveis aos valores constitucionais<sup>443</sup>.

Mais a mais, tal sensação de insegurança pode ser ainda minorada com a consolidação de *standards* para aplicação de cada direito fundamental nas relações privadas, com a identificação dos casos em que sua incidência deve prevalecer sobre a autonomia privada dos particulares, bem como onde deve ocorrer o contrário. Também devem ser observados pelo operador do Direito alguns parâmetros argumentativos – princípios instrumentais de hermenêutica - que podem contribuir decisiva e racionalmente para reduzir o grau de incerteza decorrente da eficácia direta dos direitos fundamentais, notadamente o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana<sup>444</sup>.

Especificamente quanto a este último princípio, a eficácia imediata *prima facie* dos direitos fundamentais é uma exigência para sua concretização, uma vez que, como antes escrito, não há como negar a sua notória relação com esses direitos. Em outras palavras, condicionar a eficácia do princípio da dignidade da pessoa e de determinados direitos fundamentais, de forma exclusiva ou quase-exclusiva à mediação legislativa ou a parâmetros dogmáticos próprios do Direito privado, não é consistente nem condizente com o conteúdo, as funções e a força constitucionais desse princípio e desses direitos<sup>445</sup>.

Por fim, a eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados não corrobora a tese de que haverá a perda da autonomia do Direito Privado. Isso porque “nenhum ramo do Direito, público ou

---

<sup>443</sup> GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 114.

<sup>444</sup> GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, pp. 114-115.

<sup>445</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 272.

privado, sobrevive hoje às margens da normatividade constitucional. Pelo contrário, a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, fiscalizada e promovida por vários instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento da força normativa de toda a Lei Maior, induziram à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional<sup>446</sup>.

A jurisprudência brasileira, embora sem maiores aprofundamentos técnicos, tem admitido a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A título de ilustração, vale citar o julgamento levado a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* n. 12.547-DF, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que tratava da prisão civil de devedora de contrato de alienação fiduciária em garantia.

No particular, uma senhora havia firmado um contrato de alienação fiduciária em garantia (contrato tipicamente bancário) de um táxi. Após menos de dois anos, segundo o relatório do julgado, o valor do débito teria quadruplicado, em decorrência da incidência de juros, uma vez que, no período em comento, a inflação estava contida. Ocorreu, ainda, que o veículo foi furtado e a dívida não paga, motivo pelo qual fora decretada a prisão civil da devedora por quatro meses, tendo o remédio constitucional sido impetrado contra esta decisão.

A ordem foi concedida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao argumento de que teria havido ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>447</sup>. Nesse sentido, excerto do voto do relator:

A questão que se põe é a de saber se é ou não legítima a decretação da perda da liberdade da devedora em razão do inadimplemento de contrato com essas características.

(...)

A Constituição de 1988 enuncia no seu primeiro artigo que o estado democrático de direito tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). No seu artigo terceiro

---

<sup>446</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 243.

<sup>447</sup> Essa posição foi mais à frente amparada pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu definitivamente pelo não cabimento da prisão civil em contratos de alienação fiduciária em garantia.

define a construção de uma sociedade justa como objetivo da República (art. 3º, inc. I) e inclui, entre os direitos fundamentais, os direitos à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*). Com isso, considerou a dignidade da pessoa humana como núcleo do sistema, norma orientadora do ordenamento constitucional e do infraconstitucional, dignidade que deve ser preservada porquanto sem ela não há a efetivação dos direitos da personalidade.

A dignidade é o valor que unifica o sistema, é "qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal" (Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 104), existe para todos e é igual em todos (Declaração Universal dos Direitos, ONU, 1948).

Presente a vida, a liberdade é o primeiro pressuposto da dignidade da pessoa humana. Também, as condições justas e adequadas de vida (*idem*, p. 108), seja nas relações do indivíduo com o Estado, seja no trato com as organizações que exercem o poder econômico e social, nas searas do direito público e do direito privado. "A tutela da personalidade não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana" (Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 50).

Cuida-se de estabelecer a vinculação entre aquele princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e mais os direitos fundamentais que expressam e definem os valores da personalidade, com a norma judicial a ser aplicada no caso concreto.

Surge então a questão relacionada com a eficácia horizontal, ou em relação a terceiros, da norma constitucional sobre a relação de direito privado.

(...)

No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5º da LICC).

A decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável de vida reunindo toda a sua remuneração para o pagamento dos juros de um débito relativamente

de pouca monta, destruindo qualquer outro projeto de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor. (...)

(...)

É certo que há o confronto entre o direito à liberdade de comerciar do credor, o direito de crédito que lhe resulta do contrato, ambos de natureza patrimonial, com os direitos da paciente à liberdade de locomoção e de igualdade nas contraprestações. Daí a necessidade da ponderação dos valores em colisão no caso particular dos autos, o que, penso, deve ser resolvido com a limitação dos direitos do credor, que pouco perde, ou nada perde, porquanto não se lhe nega o direito de cobrar o lícito, em comparação com a perda que decorreria da execução da ordem de prisão por quatro meses, só por si infamante, agravada pelas condições subumanas de nossos presídios.

(...)

Portanto, concedo a ordem.

O que estabeleceu, pois, o Superior Tribunal de Justiça foi a impossibilidade de uma sanção contratual, nitidamente leonina, prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Por último, quanto ao caráter *prima facie* ora sustentado, importante referir que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não é ilimitada e naturalmente encontra limites nos princípios estruturais e nos valores próprios do Direito Privado. À evidência, o caráter de polivalência dos direitos fundamentais não se resolve com base em uma transposição mecânica desses direitos ao campo das relações jurídico-privadas. Consequentemente, não há como deixar de observar que o que está aqui em jogo é o frágil equilíbrio entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada, para os fins deste trabalho, entendida como autonomia negocial.

Já foi por nós enfatizado que tal princípio não é absoluto e, por outro lado, não pode servir de justificativa para imposições arbitrárias. Apresenta-se hoje submetido a limitações e a valores constitucionais que relativizam o seu alcance e o seu conteúdo. No entanto, ainda assim, não desaparece ou é alijado sem mais.

A autonomia privada, como pondera Bilbao Ubillos, compreende também a possibilidade de contrair, por livre decisão, obrigações cujo cumprimento não pode ser afastado por simples invocação a direitos fundamentais. Este, aliás, é

o preço que deve ser pago para preservar uma sociedade de homens livres e responsáveis, com capacidade real de autodeterminação individual. Dito de outro modo, somente se a influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado se mantiver dentro dos limites marcados será possível evitar que o benefício geral e eficaz dos direitos fundamentais se converta “(...) en la plaga de una inflación de los mismos, con la que << el Derecho Privado tendría poco que ganar y los derechos fundamentales y su verdadero significado mucho que perder>>”. Assim, a incidência direta dos direitos fundamentais nesse tipo de relação tem que ter cunho matizado, atenuado pela necessidade de respeitar – não só, mas também – a lógica interna do Direito Privado<sup>448</sup>.

De qualquer modo, os direitos fundamentais não são ilimitados e não se impõem de forma absoluta e em quaisquer circunstâncias. Como regra geral, deverão se articular, em concreto, com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos, sem que, com isso, haja prejuízo à sua eficácia imediata. Para que a articulação seja correta, pois, caberá ao juiz ponderar cuidadosamente, inclusive à luz de eventual opção legislativa já concretizada, a eficácia destes direitos frente à autonomia privada, antes de resolver o caso em um sentido ou em outro<sup>449</sup>.

---

<sup>448</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. – Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 354-356 e 363.

<sup>449</sup> Outro não é o escólio de Wilson Steinmetz. Confira-se: “Portanto, sustenta-se como definição básica que, na ordem constitucional brasileira, direitos fundamentais vinculam direta ou imediatamente os particulares. Clarifique-se, porém, que não se trata de uma eficácia imediata e linear, absoluta, universal e definida, abstratamente, de uma vez por todas. É, isto sim, uma eficácia imediata “matizada” ou “modulada”. Em primeiro lugar, não se propõe que em todos os casos de colisões de direitos fundamentais entre particulares – sejam colisões em sentido estrito, sejam em sentido amplo; sejam no âmbito de relações contratuais, sejam no âmbito de relações extracontratuais – o juiz e os tribunais estão obrigados a interpretar e aplicar disposições de direitos fundamentais *ex constitucione*. Havendo regulação legislativa concretizadora específica – necessária, suficiente e conforme à Constituição ou conforme aos direitos fundamentais -, deve-se dar a ela prioridade aplicativa. Em virtude dos princípios democráticos e da separação de poderes, não está o Poder Judiciário autorizado a sobrepor-se às ponderações do Poder Legislativo ou delas afastar-se sem mais. A desconsideração da harmonização ou da coordenação entre direitos fundamentais ou entre esses direitos e o princípio da autonomia privada, nas relações entre particulares, proposta pelo legislador, exige do juiz e dos tribunais a satisfação de um sério ônus de argumentação constitucional – devem apresentar razões jurídico-constitucionais de peso. Em segundo lugar, excluída a possibilidade de aplicação de uma ‘solução legislativa’ constitucionalmente correta, cabe ao juiz e aos tribunais solucionar a colisão de direitos fundamentais entre particulares com base na aplicação do princípios da proporcionalidade, sobretudo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de bens). (...) A eficácia imediata ‘matizada’ ou ‘modulada’ de direitos fundamentais nas relações entre particulares (i) não afronta os princípios democrático (...) da separação de poderes (...), da segurança jurídica (...) e da autonomia privada (...), (ii) é adequada ao fomento e ao alcance da máxima efetivação possível dos direitos fundamentais e (iii) é consistente e consequente com o

---

conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica do Estado e da sociedade e com a posição preferencial dos direitos fundamentais na ordem constitucional da República Federal do Brasil. Ademais, a eficácia imediata 'matizada' é compatível com o projeto de superação da contraposição 'eficácia mediata *versus* eficácia imediata' em direção às 'soluções diferenciadas'. In: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 273-274.

## CAPÍTULO 4

### A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO

#### 4.1. Antecedentes

A revolução do modo de vida e a intensificação das relações negociais nas últimas décadas foram radicais. Cada dia mais se intensifica a importância dos bancos como detentores do monopólio da intermediação do crédito. Afinal de contas, não há hoje quem não tenha uma conta bancária para receber o seu salário ou para realizar pagamentos.

Além disso, diante do bombardeio do *marketing* e da publicidade nos grandes meios de comunicação, somos induzidos intensamente à percepção de novas necessidades de consumo de produtos e serviços, cuja obsolescência é cada vez maior e, da mesma forma, somos encorajados ao endividamento, com ofertas *facilitadas* de crédito e de pagamento.

No cotidiano, a atividade bancária tornou-se essencial e, por consequência, massificaram-se os contratos bancários, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios, por meio de técnicas contratuais uniformes.

No entanto, em paralelo a essa intensificação das operações bancárias, sobrevieram os abusos perpetrados pelos bancos. Nos contratos bancários entre partes de desigual força, é comum verem-se reduzidas unilateralmente as obrigações do contratante mais forte e agravadas, por outro lado, as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas. Passou-se, pois, a indagar: até onde poderá ir a liberdade das pessoas, a fim de que os fortes

não explorem os fracos, que a liberdade contratual não se converta em escravidão contratual na sociedade, como enfatizava Radbruch?<sup>450</sup>

Como observa José Lopes de Oliveira, *apud* José Geraldo Brito Filomeno, é frequentemente sob o império da necessidade que o indivíduo contrata, daí ceder facilmente ante a pressão das circunstâncias; premido pelas dificuldades do momento, o economicamente mais fraco cede sempre às exigências do economicamente mais forte; e transforma em tirania a liberdade, que será de um só dos contratantes; tanto se abusou dessa liberdade durante o liberalismo econômico, que não tardou a reação, criando-se normas tendentes a limitá-la<sup>451</sup>.

Leis como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – o título é expressivo dessa concepção garantista -, que abrange os serviços de natureza bancária (art. 3º, parágrafo 2º), foram editadas com o intento de colmatar a lacuna existente no sistema legislativo, que havia sido concebido ao tempo do Estado Liberal, para ajustá-lo à nova realidade econômico-social da era em que vivemos, e sobretudo para adequá-lo à contratação padronizada, desconhecida noutros tempos<sup>452</sup>.

---

<sup>450</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. – São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 12.

<sup>451</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** / Ada Pellegrini Grinover... [et al.]. 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 25.

<sup>452</sup> Segundo o princípio do dever governamental previsto no art. 4º, II, IV e VII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é dever do Estado e logo de todo o governo, em todos os níveis, a promoção da defesa do consumidor, inclusive contra o próprio Estado enquanto fornecedor. “Afinal não é só o domínio dos mercados, o aumento arbitrário dos lucros e a eliminação da concorrência, ou a fluídica função social da propriedade que devem justificar a intervenção estatal no domínio econômico”. In: AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Teoria geral do Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, 72. Merece destaque os ensinamentos de Márcio Mello Casado, referida no voto do Ministro Carlos Velloso, relator da ADIn n. 2591-1/DF, a “ADIn dos bancos”, *in verbis*: “Como é notório, os bancos são obrigatoriamente organizados sob a forma de sociedades anônimas, fato que lhes confere a inarredável condição de comerciantes. Dentre os produtos fornecidos pelos bancos, o mais nobre, e objeto deste estudo por tal motivo, é o crédito. Não se discutirão os serviços fornecidos pelos bancos, vistos que esta matéria já se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça que, por diversas ocasiões, já se manifestou sobre a incidência do CDC a estes tipos contratuais (guarda de valores, administração da conta corrente, fornecimento de extratos...). Com relação ao produto crédito é que a situação se complica na doutrina e na vida forense. Considera boa parte da doutrina que o crédito concedido pelos bancos não tem como destinatário final o mutuário. Assim, por força do que contém o art. 2º da Lei nº 8.078/90, não seria este mutuário um consumidor. Temos, para nós, que o crédito é um bem juridicamente consumível. Desta forma, a caracterização do banqueiro como fornecedor de produtos e dos mutuários como consumidores fica facilitada. A concessão de crédito, em geral, implica a colocação de dinheiro à disposição do creditado para sua restituição em determinado prazo, deste fato se depreendendo a

Fala-se, ademais, em boa-fé objetiva, em função social do contrato e em incidência dos direitos fundamentais, pondo em xeque o princípio da autonomia privada, tradução jurídica da livre iniciativa do sistema político-econômico, para ajustá-lo aos valores fundamentais visados pelo ordenamento jurídico.

Os interesses patrimoniais devem, assim, adequar-se à nova realidade, pois a pessoa prevalece sobre o valor, uma vez que, entre nós, estabeleceu a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil, baseada, entre outros valores, na cidadania, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, tem por objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e bem estar de todos<sup>453</sup>.

Dito de outra maneira, é dentro dessa preocupação com finalidade social dos contratos bancários, bem como dos direitos de crédito que, num posicionamento característico da sociedade de massas atual, se procura proteger, em nome da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, os chamados “mais fracos”; os consumidores. De outra banda, exige-se que a autonomia privada atenda aos ditames da justiça social e dos direitos fundamentais.

É chegada, portanto, a hora de encarar o ponto fulcral da presente pesquisa e, por consequência, de compreender *como e por que* os direitos

---

existência de duas prestações recíprocas (entrega e restituição) e de duas prestações comutativas (o prazo e o juro), elementos que são comuns a uma diversidade de negócios jurídicos que podem ser definidos como contratos de crédito, quais sejam: o mútuo, a renda vitalícia, o depósito irregular, os contratos bancários de crédito atípicos e o desconto. Falar de consumidor de crédito pressupõe enquadrá-lo no sentido anteriormente apresentado de sujeito que obtém recursos em dinheiro para sua devolução ao término de um prazo. O crédito bancário pode ser concedido de diversas formas, nas quais sempre estarão presentes a contraprestação retributiva do juro em razão da profissionalidade do fornecimento do produto e do tempo que transcorrerá até a restituição da quantia. Nesta linha de pensamento, se o crédito servir para suprir uma **utilidade pessoal** do consumidor, como destinatário final (seja ele pessoa física ou jurídica), é evidente que há relação de consumo. (...) Logo o banqueiro que concede crédito é fornecedor de um produto consumível (juridicamente, com certeza) pelo mutuário, na qualidade de destinatário final, visto que ele irá utilizá-lo para suprir-lhe alguma utilidade pessoal”. Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266855> >>. Acesso em: 26 fev. 2011.

fundamentais podem operar efeitos nas relações contratuais bancárias de adesão, sujeitas ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A exposição segue o seguinte roteiro: inicialmente, define-se contrato bancário, a partir da noção de crédito, dando-se ênfase, inclusive, às suas principais características. Depois, faz-se o cotejo entre os contratos bancários e o princípio da livre iniciativa econômico-privada. Na sequência, tendo em vista o seu caráter de adesão, investiga-se o problema da renúncia ao exercício de direitos fundamentais. Trabalha-se, outrossim, com a questão inerente à incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor nas avenças bancárias, à luz do que decidiu o Supremo Tribunal Federal na “ADIN dos bancos”. Por último, sumarizam-se algumas das principais posições dogmáticas encontradas na literatura especializada a respeito de *como* os direitos fundamentais podem operar efeitos nos contratos em geral e, via de consequência, nos contratos bancários de adesão.

#### 4.2. Os contratos bancários

No presente item, não se pretende delinear a evolução histórica nem algo que se poderia chamar de um “apanhado geral comparado”<sup>454</sup> relativo ao surgimento dos contratos bancários e, por via transversa, das instituições bancárias<sup>455</sup>. O objetivo visado é tão somente, segundo informa a doutrina, definir e

---

<sup>453</sup> GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, pp. 24-25.

<sup>454</sup> Esta expressão pertence a Roberto Freitas Filho. In: FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do *leasing***. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 42.

<sup>455</sup> Para detalhes sobre a história dos bancos, ver Sérgio Carlos Covello. In: COVELLO, Sérgio Carlos. **Contrato bancários**, 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editoria Universitária de Direito, 1999, pp. 13-31. Quanto às instituições bancárias, o *caput* do art. 17 da Lei federal n. 4.595/64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, estabelece: “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”. O parágrafo único do citado preceptivo legal reza: “Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual”. O art. 1º, cabeça e parágrafo único, da Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências, preconiza: “Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia,

traçar as principais características do tipo de contrato que se convencionou chamar de bancário<sup>456</sup>. Este é um passo importante porque a relevância dos contratos bancários pode ser vista, sem maiores dificuldades, por sua frequência assídua nos tribunais. No entanto, de início, é preciso advertir o leitor de que não é possível definir o que seja contrato bancário sem antes estabelecer – em breves termos - o conceito de crédito<sup>457</sup>.

A movimentação do dinheiro, fisicamente considerado, na sociedade moderna, foi substituída pelo lançamento de crédito e débito. Considerando as milhares, milhões, bilhões de operações que ocorrem, em frações de segundo, no mercado financeiro nacional e internacional, e que têm por objeto a realização de pagamentos e recebimentos, bem como a prestação de serviços, tornou-se impossível a dependência à movimentação física de dinheiro e de pessoas. A constituição de meios de pagamento de forma escritural fez com que a moeda fiduciária fosse substituída pelo crédito<sup>458</sup>. “Promessa de lastro vira promessa de pagamento”<sup>459</sup>.

Na sua acepção jurídica, o crédito é caracterizado pelos atos em que alguém transfere ou promete transferir coisas, presta ou promete prestar

---

emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual”.

<sup>456</sup> Mister esclarecer que não houve aqui, por evidente, preocupação em explicitar os tipos de contratos bancários existentes, até porque não desconhece a doutrina específica que a dinâmica empresarial não estimula classificações rígidas e inflexíveis. De qualquer modo, não custa referir que, em linhas gerais, preponderam três tipos de contratos bancários: os contratos de moeda e crédito; os contratos mistos de crédito e serviços; e os contratos de prestação de serviços. Na primeira categoria, encontram-se aqueles que dizem respeito à administração direta da moeda e do crédito (depósitos, mútuo, abertura de crédito, antecipação bancária, desconto, faturização, *leasing*, operação de câmbio, cartas e cartões de crédito). Na segunda, enquadram-se aqueles que misturam créditos e serviços. Lidam com crédito de terceiros ou abertos por terceiros. São, dentre outros, a intermediação bancária no pagamento, crédito documentário e intermediação bancária na emissão e venda de valores mobiliários. Por últimos, têm-se os contratos que representam simplesmente serviços. Neles incluem-se a prestação de garantias bancárias, a conta corrente com serviço de caixa, serviço de custódia e os cofres de aluguel. Em igual sentido, ver Aramy Dornelles da Luz. In: LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos**, 3 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, pp. 26-27.

<sup>457</sup> FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do *leasing***. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 42.

<sup>458</sup> Nos limites do presente estudo, basta entender dinheiro ou moeda fiduciária como sendo a *res* que detém incorporada um valor símbolo.

serviços, mediante estipulação de contraprestação futura<sup>460</sup>. Com efeito, o crédito é o direito que tem o titular a uma prestação de natureza patrimonial que se exprime em moeda, mas não ostenta função de reserva de valor porque funciona como antecipação do poder de compra baseado na confiança do credor de que o devedor irá pagar sua dívida, em data futura previamente estabelecida<sup>461</sup>.

Nas palavras de Jairo Saddi, o crédito, ao mesmo tempo em que não fornece liquidez imediata, que é dada pelo poder liberatório da moeda, é o

<sup>459</sup> LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: banco múltiplo e seus contratos**, 3 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 34.

<sup>460</sup> Essa definição pertence a Geraldo de Camargo Vidigal. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coord.). **Contratos bancários**. – São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 22. No mais, acresça-se que o crédito, segundo a natureza do devedor pode ser público, se o sujeito passivo é o Estado ou qualquer outro ente de direito público, ou privado, se se destina a pessoa física ou jurídica particular. Para os fins da presente pesquisa, interessa-nos o crédito privado, mormente no que tange à sua destinação individual e ao seu caráter pessoal. Neste caso, o Banco concede crédito a pessoas físicas que, embora não possuam grandes posses materiais, têm condições satisfatórias de honrar seus compromissos em virtude da estabilidade de sua profissão ou de sua condição econômico-financeira. Mais detalhes, consultar Sérgio Carlos Covello. In: COVELLO, Sérgio Carlos. **Contrato bancários**, 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editoria Universitária de Direito, 1999, p. 52.

<sup>461</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. **Contrato bancários**, 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editoria Universitária de Direito, 1999, p. 48. Por oportuno, Waldirio Bulgarelli adverte: “A importância do direito para o desenvolvimento da economia tem sido destacada unanimemente, tanto por economista como pelos juristas, que vêem nele o responsável pelo crescimento da economia das nações, em geral, das empresas e suas operações, em particular. (...) Não se deve, contudo, chegar ao extremo de crer, como já ocorreu no passado, que o crédito cria capitais, pois sua função é de fomentar a criação de riquezas, injetando recursos antecipadamente nas atividades econômicas. O crédito, economicamente, consiste em trocar bens presentes por bens futuros, e obviamente não leva à criação de capitais. (...) Economicamente, implica o crédito dois elementos básicos: a) confiança, pois ao entregar um bem ao devedor, o credor demonstra confiar que o devedor o pague ou devolva, no prazo acertado. Não obstante, hoje, com a aplicação do crédito em massa, principalmente por intermédio dos bancos, que praticamente centralizam as operações de crédito, a confiança possa parecer abalada pelas exigências de garantias, tais como as pessoais (ou fidejussórias), ou seja, aval, fiança, e as reais, tais como hipoteca e penhor, a verdade é que são procedimentos decorrentes justamente da intensidade da concessão de crédito, o que implica a adoção de certas normas de garantia, preestabelecidas; b) o tempo, havendo sempre um período de tempo mediando entre a entrega do bem e sua devolução ou pagamento. Portanto, o crédito pressupõe prazo”. In: BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de crédito**, 10 ed. atual. – São Paulo: Editora Atlas, 1994, pp. 19 e 21. Sérgio Carlos Covello acrescenta mais duas características ao crédito: o interesse ou juro; e o risco. Por interesse ou juro, entende o preço de cada unidade de tempo durante a qual perdura a dilação do pagamento de um crédito de coisas fungíveis. Pode ser, ainda, retributivo ou moratório. Retributivo é aquele que tem por objetivo remunerar o capital cedido em face da dilatação do pagamento. Moratório é devido à demora no pagamento, tendo por finalidade compensar o atraso da contraprestação. Trata-se, portanto, não de lucro do banco, mas de punição ao devedor que retarda o cumprimento da obrigação pactuada. O risco, de sua vez, é inerente ao crédito e dele praticamente inseparável. Pode ser: particular, geral ou corporativo (profissional). O risco particular diz respeito exclusivamente ao cliente ou à operação realizada. O risco corporativo ou profissional relaciona-se às bruscas mudanças que podem alterar as condições de exploração de um comércio, de uma indústria ou do exercício de uma profissão qualquer. Por fim, o risco geral que está ligado a acontecimentos que interessam a toda a nação e pode alcançar escala mundial. In: COVELLO, Sérgio Carlos. **Contrato bancários**, 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editoria Universitária de Direito, 1999, pp. 50-51.

resultado da poupança (liquidez) feita por alguns, que a transferem a outros, permitindo que estes possam adquirir poder de compra atual e satisfazer as suas necessidades de consumo no universo das trocas possíveis de mercadorias e serviços, que, por outro lado, somente viriam a ser produzidos no futuro<sup>462</sup>.

Sob o viés econômico, é o crédito a troca de um bem atualmente disponível por uma promessa de pagamento, sendo, deste ponto de vista, uma noção mais ampla do que a noção jurídica de empréstimo, é dizer ainda, de contrato bancário<sup>463</sup>. Não há dúvida de que o crédito é o motor da economia capitalista porquanto, por meio dele, financia-se tanto a produção como o consumo. A função de fomentador do crédito é exercida, precipuamente, pelo sistema bancário, por meio dos contratos bancários<sup>464</sup>.

Bulgarelli é categórico ao afirmar que, em nossa prática comercial, as operações de crédito passaram a ser efetuadas em massa, concentrando-se basicamente nos bancos e instituições financeiras que mantêm o monopólio de fato e de direito da captação, guarda e aplicação do dinheiro do público<sup>465</sup>.

---

<sup>462</sup> SADDI, Jairo. **A natureza econômica do contrato bancário**. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coord.). **Contratos bancários**. – São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 23.

<sup>463</sup> Waldirio Bulgarelli, partindo da noção jurídica de crédito, ou seja, de direito à prestação do devedor, destaca que não pode ela ser confundida com os negócios jurídicos de crédito porque estes, sim, implicam intervalo de tempo entre a prestação e a contraprestação. In: BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de crédito**, 10 ed. atual. – São Paulo: Editora Atlas, 1994, p. 22.

<sup>464</sup> WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo. **Legislação, jurisprudência e contratos bancários**. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coord.). **Contratos bancários**. – São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 40. Calha colacionar a lição de Arnaldo Rizzardo: “Na maioria das vezes, as pessoas físicas ou jurídicas comerciais ou industriais não têm meios próprios para atender as constantes demandas de aperfeiçoamento e expansão no ramo em que atuam. É o crédito que move a engrenagem para alcançar tais objetivos, o qual tem no banco o seu principal elemento técnico propulsor. Não se destina a criar riquezas, mas a possibilitar a sua circulação e acumulação, como faz ver Bonfim Viana. Efetivamente, os instrumentos tradicionais do crédito são as instituições financeiras. Elas recebem os depósitos e os investem no setor público ou privado. O banco promove a industrialização do crédito, o favorecimento da circulação de riquezas e enseja as condições de consolidação das poupanças individuais. Tem a função monetária enquanto é órgão de pagamento e crédito, ou quando age como órgão de investimento – funções que se entrelaçam e se completam. No tocante à atividade creditícia, age com recursos próprios e de terceiros, corporificados os últimos através de depósitos e conseguidos em função da confiança do público. Promove, ainda, o banco a coleta das poupanças individuais e transforma-as em recursos de giro. Sua atividade alimenta-se dos depósitos do público, que representam fundos líquidos e considerados primários. A soma dos depósitos constitui a massa dos recursos disponíveis. O banqueiro dispõe dos valores depositados mediante remuneração ao depositante”. In: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**, 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 18.

<sup>465</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de crédito**, 10 ed. atual. – São Paulo: Editora Atlas, 1994, p. 22.

Lado outro, com razão, averbam Arnaldo Wald e Ivo Waisberg que, sendo os bancos os grandes responsáveis pelo crédito, fica evidente que o seu instrumento de relação com o tomador – o contrato bancário – será um elemento complexo e de grande tensão social. “Até porque, (...) dinheiro e crédito interessam a todos”. Assim, é notório que o interesse público envolvido na circulação do crédito e nos contratos bancários ultrapassa a relação cliente e instituição bancária para alcançar a política econômica nacional e internacional. O contrato bancário, instrumento responsável precipuamente pela circulação do crédito, tem suma importância para a economia e para a sociedade, razão pela qual, inclusive, está sujeito a normas restritivas por parte do Estado<sup>466</sup>.

A partir da noção de crédito, é possível afirmar que os contratos bancários espelham as operações bancárias<sup>467</sup>, engendrando direitos e obrigações

---

<sup>466</sup> WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo. **Legislação, jurisprudência e contratos bancários**. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coord.). **Contratos bancários**. – São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 41-43.

<sup>467</sup> Aramy Dornelles da Luz destaca: “Os negócios bancários, em linguagem tecno-contábil, são chamados operações. Negociar com uma instituição financeira é referido como operar. Do ponto de vista jurídico-contábil a palavra operação passou a denominar o aspecto formal e material da execução de um negócio, isto, sua parte procedimental. Constitui uma operação bancária toda e qualquer negócio que se realize entre um Banco e seu cliente e que atenda ao fim comercial do banqueiro”. In: LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos**, 3 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 2005, p. 21. Ademais, Ruy Rosado de Aguiar Júnior ensina: “Para estabelecer a natureza do contrato bancário, na perspectiva que nos interessa, deve-se precisar alguns pontos a partir do seu objeto. Em primeiro lugar, está a propalada dualidade entre contratos bancários e operações bancárias. Costuma-se dizer que estas têm abrangência maior que o contrato, pois compreendem também atos praticados pelos bancos que não se formalizam no contrato, como ocorre com o simples cumprimento de ordens do cliente, e têm um sentido mais dinâmico, sendo o conjunto de atos que se desenvolvem para alcançar um resultado econômico, enquanto o termo contrato nos leva mais precisamente ao acordo de vontades (Bolaffio, ‘Il Codice di Commercio Commentato’, I/282/283). No entanto, se entendermos a obrigação como processo, visualizada na sua totalidade e integrada de diversas fases, seguindo a lição de Clovis Couto e Silva (‘A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor’, em ‘A obrigação como processo’, São Paulo, José Bushatsky, p. 10), logo se conclui que as diversas condutas praticadas pelos participantes das operações bancárias integram um processo obrigacional que se formaliza no contrato, sejam atos preparatórios, executivos, principais ou acessórios. Por isso, justifica-se o uso das expressões operações bancárias e contratos bancários como sinônimos, o que se dá tanto na prática do mercado como na nossa doutrina e jurisprudências”. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível: << <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/informativo/article/download/234/228> >>. Acesso em: 17 fev. 2011.

para os sujeitos que delas participam, e, na doutrina moderna, convencionou-se defini-los a partir de dois critérios fundamentais, quais sejam, subjetivo e objetivo<sup>468</sup>.

De conformidade com o primeiro critério, é contrato bancário aquele praticado por banco, de sorte que, numa acepção mais técnica, somente se pode falar nesse tipo de avença quando pelo menos umas das partes for pessoa autorizada a exercer atividades privadas de banco<sup>469</sup>. De sua vez, pelo segundo critério, é contrato bancário aquele que tem por objeto uma atividade creditícia, isto é, uma atividade de intermediação do crédito. Nesse sentido, afirma Messineo, *apud* Covello, que “é bancário aquele contrato que, ainda que se aperfeiçoe entre particulares, tenha por função (causa) receber um crédito para conceder um crédito”<sup>470</sup>.

Ainda na trilha do que ensina Covello, pode-se concluir que os critérios objetivo e subjetivo não conferem ao operador do Direito elementos suficientes para definir, com alguma segurança, o que vem a ser contrato bancário. A razão é simples. Veja-se que “(...) o particular pode desenvolver uma operação creditícia sem que o contrato correspondente se possa considerar bancário. A não ser assim deveríamos considerar bancário um mútuo ou uma abertura de crédito ou, ainda, um desconto, realizados entre particulares que não exercem o comércio

---

<sup>468</sup> Ruy Rosado de Aguiar Júnior esclarece que “as obrigações assumidas de parte a parte são obrigação de dar, de restituir ou de fazer. A obrigação de restituir em que o devedor se compromete a devolver ao dono da coisa a própria coisa ou o seu equivalente, está presente na operação passiva de depósito, na qual o banco figura como devedor. Corresponde ao depósito irregular de coisas fungíveis. A obrigação de fazer surge nos contratos em que o banco tem o compromisso de praticar atos, como o de conceder aval, fiança e outras garantias, a exemplo do que o art. 19, I, c, da Lei 4595/64 atribui ao Banco do Brasil. A obrigação de dar, o banco a assume quando contrata abertura de crédito e se compromete a efetuar pagamentos a crédito do cliente (esse contrato é bilateral, sendo do banco a obrigação de fornecer o numerário com o sem fim determinado de aplicação pelo financiado, e deste é a obrigação de pagar o valor equivalente, mais as taxas; por isso tal contrato pode ser objeto de ação de adimplemento ou de resolução por incumprimento, promovida por qualquer das partes, inclusive pelo financiado)”. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível: << <http://www.stj.jus.br/publicacaooseriada/index.php/informativo/article/download/234/228> >>. Acesso em: 17 fev. 2011.

<sup>469</sup> Cláudia Lima Marques afirma: “Podemos denominar, genericamente, contratos bancários aqueles concluídos com um banco ou uma instituição financeira”. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 4 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 429.

<sup>470</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. **Contrato bancários**, 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editoria Universitária de Direito, 1999, p. 46

bancário”. Igualmente, não é menos verdade que “nem todo contrato realizado pelo Banco é bancário, como também, nem todo ato de intermediação creditícia configura contrato de Banco”<sup>471</sup>.

Melhor conjugar os critérios objetivo e subjetivo para definir contrato bancário como o negócio jurídico realizado por um banco, por uma instituição financeira em geral, que tem por objeto ato de intermediação do crédito<sup>472</sup>. Ou, nas palavras de Garrigues, é um negócio jurídico “concluído por um Banco no desenvolvimento de sua atividade profissional e para a consecução de seus próprios fins econômicos”<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. **Contrato bancários**, 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editoria Universitária de Direito, 1999, pp. 46-47. Igual sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Para a classificação do contrato bancário, são conhecidas as posições que levam em conta o elemento subjetivo (é bancário o contrato realizado por um banco, ou, mais precisamente, no caso do Brasil, pelas instituições financeiras) ou o objetivo (é bancário o contrato que realiza a finalidade específica do banco, de intermediar o crédito indireto). Banco é a empresa que, com fundos próprios ou de terceiros, faz da negociação de crédito sua atividade principal (Nelson Abrão, Direito Bancário, p. 17). No Brasil, devemos considerar as instituições financeiras mencionadas na Lei 4.595/94. Não basta, porém, que participe da relação um banco, pois, como sujeito, a empresa bancária pode firmar contratos alheios à sua atividade principal; nem por isso deixa de ser banco, nem o contrato pode ser incluído na espécie dos contratos bancários. Na verdade, é preciso reunir os dois aspectos assinalados pelas correntes antagônicas (objetivistas e subjetivistas) para concluir que o contrato bancário se distingue dos demais porque tem como sujeito um banco, em sentido amplo (banco comercial ou instituição financeira, assim como definido no artigo 7º da Lei nº 4595, i.e., caixa econômica, cooperativa de crédito, sociedade de crédito, banco de investimento, companhia financeira, etc.), e como objeto a regulação da intermediação do crédito”. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível: << <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/download/234/228> >>. Acesso em: 17 fev. 2011.

<sup>472</sup> Aramy Dornelles da Luz adverte que a intermediação nas avenças bancárias tem o sentido de interposição entre quem tem dinheiro e dele não precisa e quem não o possui e precisa. A Embora instituição financeira não atue como corretora, negocia em nome próprio, usando recurso alheios. In: LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos**, 3 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 31.

<sup>473</sup> Garrigues, *apud* Aramy Dornelles da Luz. In: LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos**, 3 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 25. Nesse ponto, importante trazer à tona observação de Aramy Dornelles da Luz, segundo a qual os fins econômicos do banco e a sua respectiva atividade profissional não têm por objeto apenas o crédito, mas também os serviços. Nesse passo, malgrado seja sabido que o crédito é a atividade bancária preponderante, é inquestionável a existência numerosa de contratos de prestação de serviços. Nas palavras do autor: “Não faltará quem argumente, com toda razão, que o negócio creditício é que é verdadeiramente a atividade-fim dos Bancos, é o que os caracteriza como instituições financeiras, e não as operações acessórias. Todavia, o Banco múltiplo não pode ser confundido com o antigo Banco comercial. Conserva em comum apenas o fato de lidar primordialmente com o crédito em grande escala e de mantê-lo como atividade-fim por excelência. Mas foi levado a diversificar sua forma de atuação no mercado devido à grande concorrência. Em regime inflacionário como estivemos, chegou a ser vital para a sobrevivência. E tudo leva a crer que a inclusão dos serviços no âmbito de suas operações seja definitiva. O fenômeno começou a ser observado quando os Bancos, com escopo limitado, venciam essa limitação e ingressavam na fase de Bancos comerciais. Quando falamos em serviços referimo-nos especialmente a diversos negócios que foram sendo incorporados aos poucos aos Bancos comerciais, bem como aqueles que, na

Relativamente aos sujeitos que compõem a relação contratual bancária é desnecessário enfatizar que em um dos pólos da avença deve estar sempre o banco ou a pessoa jurídica equivalente e, do outro, o cliente, que, por óbvio, se sujeita às normas referentes à capacidade previstas na legislação civil em vigor. Por sua vez, é o crédito o objeto e a causa do contrato bancário, uma vez que o contratante (banco ou cliente) dá o crédito ao outro contratante; fala-se, pois, em operações bancárias de crédito passivas e ativas<sup>474</sup>.

Como ressalta o Covello, “(...) na sociedade, uns têm o dinheiro em excesso e outros têm a necessidade e o poder de aplicá-lo para diversos fins – comércio, indústria, produção agrária e consumo -, o Banco, na qualidade de órgão distribuidor do crédito, entra como intermediário, por meio de contratos próprios (...) visando (*sic*) colher o capital de uns para entregá-lo a outros, ampliando assim o poder aquisitivo dos que necessitam de dinheiro”. Mais, “com isto, enseja a circulação da riqueza e possibilita a produção de outros bens em proveito geral da comunidade”<sup>475</sup>.

Os contratos bancários, regra geral, são escritos, especialmente, quando cuidam de operações típicas ou que envolvem relações complexas de transferência de crédito. Além disso, não são – de modo obrigatório - formais porquanto não exigem forma específica como substância do ato. À exceção dos pactos vinculados a questões imobiliárias, o seu caráter informal é notório. Bastaria,

---

continuidade da evolução para Bancos múltiplos, foram-lhes acrescidos. Entre os primeiros temos, *v. g.*, os negócios de cobrança de títulos e documentos, de custódia de títulos, de prestação de garantia, de caixa de segurança etc. e entre os segundos damos o exemplo do crescimento e aumento de versatilidade dos serviços de caixa com sua múltipla serventia”. In: LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos**, 3 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, pp. 25-26. Noutro diapasão, Sérgio Carlos Covello destaca: “As outras atividades e serviços que os Bancos desenvolvem, ou possam desenvolver, como a custódia de bens, a administração, a caixa de segurança, as operações de cobrança, são contratos acessórios (operações neutras) e não propriamente bancários, até porque podem ser perfeitamente realizados por outras entidades que não sejam Bancos. Se figuram entre as atividades bancárias, é tão-somente por força de incorporação, ou acessão”. In: COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos bancários**, 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999, p. 47.

<sup>474</sup> LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos**, 3 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 28. É claro que não se está aqui a esquecer do problema do direito à informação do consumidor.

<sup>475</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. **Contrato bancários**, 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999, pp. 52-53.

nesse ponto, lembrar que geralmente se materializam em fichas gráficas. Ademais, a informatização e o uso do telefone, hoje, permitem movimentações bancárias, realização de aplicações, compra e venda de papéis, dentre outras operações. Outrossim, na seara das avenças bancárias, os usos e costumes fazem Direito, assim como também os fatos de rotina dos serviços prestados pelo banco dentro da avença. É, aliás, o que ensina Aramy Dornelles da Luz<sup>476</sup>.

São comutativos, haja vista que as partes, no momento de sua celebração, conhecem as vantagens e os sacrifícios que o negócio comporta, diferentemente do contrato aleatório, no qual se desconhece a quantidade de prestações e não se sabe do sacrifício que se terá ou não de sofrer, na dependência de acontecimento futuro<sup>477</sup>.

Há ainda uma peculiaridade que precisa ser considerada quando se têm em mente as avenças bancárias. Nestas, há predominância de contratos classificados como reais, nos quais o seu aperfeiçoamento está condicionado à entrega efetiva e antecipada do objeto pelo banco. Destacam-se, aqui, a unilateralidade da obrigação e a condição personalíssima do mutuário como digno de confiança e crédito. O que põe em destaque a boa-fé como elemento essencial das operações bancárias.

À guisa de ilustração, calha citar as cédulas de crédito bancário, em suas diversas modalidades (comercial, rural, industrial e à exportação). Elas são extratos de contratos unilaterais, geralmente não escritos, que se transformam em títulos de crédito pela manifestação unilateral de vontade do devedor, por meio da promessa de pagamento, que tem como conteúdo todo o conjunto das obrigações por ele contratadas. “Como o banqueiro já na arrancada cumpre na integralidade sua obrigação (de entregar a coisa emprestada), torna-se ele o único credor da relação, o que lhe permite receber como garantia jurídica de seu crédito a promessa

---

<sup>476</sup> LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos**, 3 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, pp. 28-29.

<sup>477</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível: << <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/download/234/228> >>. Acesso em: 17 fev. 2011.

de pagamento. A prova do negócio jurídico é o título unilateral que garante ao credor a postulação do direito de crédito<sup>478</sup>.

Os contratos bancários caracterizam-se, ainda, pela necessidade de contabilização porque exigem a realização de certos atos que permitam a comprovação imediata das operações realizadas. Como observa Garrigues, *apud* Covello, “os Bancos não realizam anotações em seus livros com fins de prova, e, por outra parte, uma contabilidade que não fora correta seria praticamente impossível de suportar, pois qualquer artifício ou alteração repercutiria no conjunto do sistema”<sup>479</sup>.

Ostentam, de outra banda, caráter sigiloso.

Por último, a característica mais marcante – e a que mais nos interessa – é a de que os contratos bancários são contratos típicos de adesão. Os bancos contratam em massa uma série infinita de operações. É, aliás, dessas contratações que auferem lucro. Nesse passo, por exigência prática, a contratação é feita por meio de formulários com cláusulas gerais e uniformes para todos os tipos de avenças de igual natureza. As condições são previamente fixadas e, portanto, não admitem contrapropostas. Ou aceitam-se as cláusulas previamente fixadas ou simplesmente não se contrata<sup>480</sup>.

---

<sup>478</sup> LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos**, 3 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 29.

<sup>479</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. **Contrato bancários**, 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editoria Universitária de Direito, 1999, p. 53. Ver também Ruy Rosado de Aguiar Júnior. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível: << <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/informativo/article/download/234/228> >>. Acesso em: 17 fev. 2011.

<sup>480</sup> Outra não é a lição de Cláudia Lima Marques: “Na sociedade atual os contratos bancários popularizam-se, não havendo classe social que não se dirija aos bancos para levantar capital, para recolher suas economias, para depositar seus valores ou simplesmente pagar suas contas. É o contrato de adesão por excelência, é uma das relações consumidor-fornecedor que mais se utiliza do método de contratação por adesão e com ‘condições gerais’ impostas e desconhecidas”. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 4 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 429.

### 4.3. Os contratos bancários de adesão e a livre iniciativa

Ao longo dos capítulos anteriores, já se deixou entrever a nossa posição de que a existência de poderes sociais/econômicos impõe a extensão dos direitos fundamentais às relações entre sujeitos privados. No contexto da sociedade contemporânea, viu-se que é um grande equívoco associar o poder exclusivamente ao Estado, “(...) como se (...) tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder. (...) No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm o poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas *de e pelo* poder (...)”. Por este motivo, sustentou-se a impossibilidade de afirmar a eficácia *horizontal* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares<sup>481</sup>.

É ocioso demonstrar que as instituições bancárias e financeiras são detentoras de poder social. Afinal, dispõem de poderio econômico suscetível de conformar aspectos relevantes, senão fundamentais, da sociedade (crédito e dinheiro), chegando mesmo a dispor de poderes normativos, tolerados e institucionalizados (*v. g.*, contratos bancários de adesão).

Mas estaria a eficácia dos direitos fundamentais nos contratos bancários de adesão justificada apenas pelo fato de serem os bancos e as instituições financeiras detentoras de poder social?

A Constituição Federal de 1988 faz uso reiterado no seu corpo das noções de contrato e de empresa privada quando acolhe ao lado do trabalho humano, o valor social da livre iniciativa como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, IV) ou quando reafirma o princípio da livre iniciativa na ordem econômica, em seu art. 170, *caput*. Não determina, no entanto, de forma expressa, o que se deve entender *por e qual* é o conteúdo constitucional de contrato, empresa privada, livre iniciativa e liberdade econômica. Para determinar esses conceitos e o seu âmbito de aplicação, cabe ao intérprete a prerrogativa de

---

<sup>481</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 85.

valer-se não só do texto constitucional, mas também de outros dados da experiência jurídica e das demais fontes produtoras do Direito<sup>482</sup>.

De fato, a compreensão de um princípio, lembrando o que já fora estudado, pressupõe o conhecimento de seus limites e dos limites aos seus limites, ou melhor, das necessárias interações entre este e os demais princípios integrantes do sistema assim formado<sup>483</sup>.

Por seu turno, não se pode olvidar, dentre outras coisas não menos importantes, que o princípio constitucional da livre iniciativa somente pode ser concebido como corolário do princípio geral da liberdade. A liberdade, segundo informa J. Miguel Lobato Gómez, é um dos valores supremos da sociedade brasileira, que irradia os seus efeitos na ordem econômica como “carro chefe”, por este motivo, é aludida no preâmbulo constitucional e reiterada ao longo do corpo da Constituição. A liberdade, ademais, se concretiza como direito à propriedade (art. 5º, *caput*). “Mas a liberdade em abstrato é um conceito jurídico vazio (...). O que existe realmente são diversas manifestações da liberdade. (...) A liberdade de iniciativa econômica e a liberdade contratual são só algumas dessas liberdades”<sup>484</sup>.

A definição correta do que vem a ser livre iniciativa na ordem econômica somente pode se alcançada de conformidade com o seu valor social, com observância a outros princípios e direitos constitucionais. Não de ser respeitados, portanto, na construção teórico-constitucional do princípio da livre iniciativa os princípios da igualdade (formal e substancial), da justiça (comutativa, social ou distributiva), da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da

---

<sup>482</sup> GÓMES, J. Miguel Lobato. **A livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar**. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coordenador). **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. – Curitiba: Juruá Editora, 2006, pp. 245-246.

<sup>483</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 294.

<sup>484</sup> GÓMES, J. Miguel Lobato. **A livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar**. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coordenador). **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. – Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 246.

função social da propriedade, do desenvolvimento sustentável, do meio ambiente, da defesa do consumidor, dentro outros direitos sociais<sup>485</sup>.

O princípio da livre iniciativa na ordem econômica encontra, pois, o seu fundamento último na própria ideia de pessoa e no respeito aos seus direitos fundamentais. No campo econômico, é reflexo dos princípios da dignidade da pessoa humana<sup>486</sup> e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Com o reconhecimento da livre iniciativa se garante aos indivíduos um poder de autogoverno dirigido a fornecer-lhes instrumentos que permitam alcançar os próprios fins e interesses pessoais no campo econômico, o que significa reconhecer, ainda, a liberdade de decidir acerca dos aspectos gerais de um contrato, de acordo com o ordenamento jurídico<sup>487</sup>.

---

<sup>485</sup> Em igual sentido, ensina Alexandre Aragão: “A livre iniciativa, por sua vez, é um dos corolários do princípio geral da liberdade previsto no artigo 5º, inciso II, da Carta Maior. A Constituição encara essa liberdade não como um favor do Estado, mas como um requisito do desenvolvimento sustentável da Nação, até porque ‘os Estados que mais têm avançado na melhoria da condição humana são justamente aqueles que adotam a liberdade de iniciativa, cabendo ao Estado o papel de redistribuidor da renda nacional’. A livre iniciativa econômica privada é um ‘autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de outro direito fundamental. Efetivamente, ele foi transferido para o domínio dos direitos fundamentais muito embora de conteúdo econômico, deixando a Constituição de o encarar como um mero princípio objetivo de organização econômica [...] Deve ter-se presente que o texto constitucional o consagra como um direito à não intervenção do Estado, um direito contra o Estado, eis que pode exercer-se livremente. O direito de livre iniciativa, além de possuir existência autônoma (‘sem liberdade, ainda que exista propriedade, não pode existir empresa, mas apenas organização burocrática, estatal ou não’), também é expressão dos direitos de propriedade, de livre escolha da profissão, do direito ao trabalho, da liberdade de circulação de bens e pessoas, da liberdade contratual e da dignidade da pessoa humana, por ser fruto do livre desenvolvimento da personalidade”. In: ARAGÃO, Alexandre. **Comentários à Constituição Federal de 1988** / coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 1.972.

<sup>486</sup> No Superior Tribunal de Justiça, o princípio da dignidade da pessoa humana já serviu de fundamento para afastar a prisão por dívida motivada pelo não pagamento de juros abusivos em contrato bancário. Confira-se: “HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida.” (HC 12547/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2000, DJ 12/02/2001, p. 115).

<sup>487</sup> GÓMES, J. Miguel Lobato. **A livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar**. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coordenador). **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. – Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 246.

É nestes termos que Teresa Negreiros faz referência à tensão entre a liberdade individual e a solidariedade social para afirmar que a ordem econômica, na qual se insere a ordem contratual, caracteriza-se por tentar articular a livre iniciativa com a justiça social. “Ao fim e ao cabo, as relações entre o direito civil e o direito constitucional e, conseqüentemente, entre a sociedade e o Estado, transformaram profundamente a tarefa do intérprete do direito contratual, que passa a ser uma tarefa politicamente comprometida. Afinal, a necessidade de uma permanente composição entre interesses privados e interesses públicos, liberdade e justiça social, autonomia individual e solidariedade, entre outros tantos conflitos semelhantes, não mais permite ao civilista uma postura politicamente neutra (...)”<sup>488</sup>.

Os contratantes – é normal e evidente – dão sempre preferência aos seus interesses, porém, ao lado do natural interesse particular, que o ordenamento jurídico reconhece e tutela, sempre está presente uma aspiração geral do sistema jurídico que exige que cada contratante se esforce por atender o melhor interesse possível do outro, inclusive, os interesses gerais que dizem respeito a toda comunidade. Por este motivo, batidas e repisadas as ideias de função social do contrato, de boa-fé e de lealdade contratual<sup>489</sup>.

É inafastável, outrossim, a conclusão de que o reconhecimento da livre iniciativa tem que se entender estendido às pessoas jurídicas, também titulares de direitos fundamentais, mas não como um fim em si mesmo, e sim como meio de assegurar os valores consagrados pela Constituição Federal de 1988. A livre iniciativa econômica garante-se constitucionalmente em função do valor social que representa<sup>490</sup>. É dizer, não podem os particulares, com fulcro no princípio da autonomia privada, afastar livremente os direitos fundamentais<sup>491</sup>.

---

<sup>488</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 296.

<sup>489</sup> GÓMES, J. Miguel Lobato. **A livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar**. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coordenador). **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. – Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 266.

<sup>490</sup> GÓMES, J. Miguel Lobato. **A livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar**. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coordenador). **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. – Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 247. A propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e

Adverte Luiz Otávio de Oliveira Amaral que foi a própria evolução histórica da economia que converteu o proprietário em empresário, aliás, hoje o sujeito econômico já não é mais o indivíduo, mas sim a grande empresa, característica da economia pós-moderna. Assim, o empresário tem responsabilidades sociais frente aos acionistas, trabalhadores e consumidores. De certa forma, supera-se a principal contradição do capitalismo: “caráter social da produção *versus* apropriação privada de seus meios; produto social *versus* direção privada da economia”<sup>492</sup>.

O Ministro Moreira Alves, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319 – DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) contra a Lei n. 8.039/90, que, à época, estabeleceu o controle de preços das mensalidades escolares, deixou assentado que os princípios dispostos nos incisos do art. 170 da Constituição Federal devem ser relativizados:

Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos existência digna) por meio dos ditames dela -, e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse artigo 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e,

---

pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes." (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

<sup>491</sup> GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieiri. **Direitos fundamentais e relações desiguais: (poder econômico e o indivíduo): teoria e prática.** – São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2008, p. 68.

<sup>492</sup> AMARAL, Luís Otávio de Oliveira. **Teoria geral do Direito do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles – existência digna<sup>493</sup>.

E prossegue: “(...) tanto assim que, no artigo 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa; ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor (que ainda tem como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII) e o da redução das desigualdades sociais” (destaque no original)<sup>494</sup>.

Em igual sentido, destacou o Ministro Sepúlveda Pertence: “(...) é sempre arbitrário que a afirmação de um dos valores, de um dos vetores axiológicos do projeto de sociedade veiculado pela Constituição, se fará com abstração ou com sacrifício de outros valores, de outros vetores axiológicos”<sup>495</sup>.

Não é por acaso que afirmam Luiz Edson Fachin e Gabriel Schulman:

(...) a função social assinala que a autonomia contratual não torna as avenças privadas autônomas em relação à sociedade, refutando a soberania do contrato em relação a suas finalidades, distanciando os contratantes da figura do sujeito insular, combatendo a abstração isolante (...) através da contextualização, dando cor às relações contratuais, incluindo o prisma material em seu governo jurídico. Vale frisar, o contrato, sendo meio e não o fim, precisa justificar sua tutela e isso, por si, é transformação de grande relevância.

(...)

Enfim, as águas que dimanam da nascente constitucional fluem pelo ordenamento irrigando a seara infraconstitucional. Tão certo como a constatação de que os rios não sobem as montanhas contra a gravidade, a lei não pode prescindir de sua matriz constitucional. Atribuir função é, desta feita, subtrair conotação absoluta, trazendo à pauta questões acerca de seus limites, interesses, finalidades e fundamentos. Trata-se de apreciar a legitimidade constitucional de seu exercício,

---

<sup>493</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI 319 QO, Relator: Ministro MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036).

<sup>494</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI 319 QO, Relator: Ministro MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036).

<sup>495</sup> Conforme, Teresa Negreiros. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 292.

atravessando as fronteiras ora esmaecidas do público e privado, explorando o bosque da liberdade, em cujas trilhas cruzam-se contrato e propriedade. O percurso é árduo, mas sente-se a brisa dos direitos fundamentais<sup>496</sup>.

Os contratos – dentre eles, o bancário – são instrumento de circulação de riquezas da sociedade e, hoje, também instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, cujos paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional, mas também os mandamentos de igualdade entre os desiguais, de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas e, em especial, da dignidade daqueles sujeitos enquanto pessoa humana<sup>497</sup>.

Dito de outro modo e na trilha de que ensina Teresa Negreiros, a teoria contratual contemporânea, porque formulada a partir de princípios constitucionais potencialmente conflitantes entre si, não pode se furtar da tarefa de formular novos critérios de diferenciação dos contratos. “Precisamente, com apoio nesses novos critérios é que se torna possível a composição entre os vários princípios, por forma a que a prevalência de uns sobre os outros se justifique com base na natureza do contrato, a definir-lhes esferas de aplicação específicas”<sup>498</sup>.

Por seu turno, ainda, demonstra-se de relevante interesse a função social dos contratos de consumo, dentre eles, os bancários de adesão. Como é cediço, a importância de disciplinar as relações consumeristas na sociedade de economia de massas contemporânea decorre do fato incontestável de que esse tipo de relação jurídica, dada a sua relevância sócio-econômica e a disparidade da suficiência das partes envolvidas, acaba por ultrapassar os limites estreitos do vínculo contratual para ser objeto de preocupação para toda a sociedade<sup>499</sup>.

---

<sup>496</sup> FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. **Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a Constituição 20 anos depois**. In: DANTAS, Bruno ... [et. al.]. **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. – Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, pp. 355-356.

<sup>497</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 213.

<sup>498</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 298.

<sup>499</sup> GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, pp. 258-259.

Nesse passo, ao se aplicar na seara dos contratos de consumo o princípio da função social do contrato e o valor social da livre iniciativa, se pretende muito mais do que a proteção do hipossuficiente, mas, em verdade, a supressão do mercado de consumo de uma série de comportamentos lesivos aos consumidores em geral, permitindo-se, com isso, que se desenvolva um mercado de consumo mais sadio, conciliador dos ideais da livre iniciativa e do desenvolvimento integral da personalidade do consumidor.

Mas não é só. Seguindo essa linha de raciocínio, mister perceber que a ordem econômica, assim como a livre iniciativa, não navega somente a favor do mercado.

Arnoldo Wald e Ivo Waisberg, realizando uma análise empírica a respeito dos impactos causados pelas revisões judiciais de contratos bancários nas políticas de disponibilização de crédito, afirmam que, da importância privada deste surge a tensão que leva à farta produção do Poder Judiciário sobre o seu principal veículo, o contrato bancário, sendo possível perceber claramente que a realidade econômica e social da necessidade do crédito, tanto no setor produtivo quanto no consumo, faz com que esta questão seja essencial para todos e tenha um reflexo social muito intenso. Desta necessidade social de crédito surge uma dialética entre as decisões judiciais e a produção legislativa. “Sempre que um desses atores elabora uma norma ou decisão que inviabiliza a concessão do crédito, a pressão social faz com que a resposta venha do outro ator para, novamente, colocar nos trilhos a disponibilização do crédito”<sup>500</sup>.

Para os autores, na sistemática capitalista, portanto, a necessidade de crédito deve ser compreendida como imperativo tanto social como econômico. Nesse contexto, quando a lei inviabiliza o crédito (por exemplo, o caso da limitação dos juros e a Emenda Constitucional n. 40), o Poder Judiciário interpreta o dispositivo para poder dar a ele utilidade ou razoabilidade. Trocando em miúdo, a pretexto de afastar os perigos que rondam o sistema monetário e a coletividade, por

---

<sup>500</sup> WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo. **Legislação, jurisprudência e contratos bancários**. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coord.). **Contratos bancários**. – São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 38-56.

meio de decisões judiciais, busca-se dar mais segurança às relações creditícias, para garantir, ao final, a viabilização do benefício social do crédito.

Não se nega a importância da política de disponibilização de crédito, tampouco se desconhecem os seus impactos na sociedade e no sistema monetário nacional. É claro, por exemplo, que não se pode pensar isoladamente no consumidor, de baixa renda, que adere a contrato de empréstimo, com taxas de juros abusivas. Ademais, no âmbito do Poder Judiciário, imprescindível uma compreensão larga da ideia de que o contrato, assim como as relações creditícias, não envolve apenas os que nominalmente nele figuram. Contudo, ainda assim, não há como admitir, sem mais, o sacrifício dos direitos fundamentais em prol dos contratos bancários. Não podem tais direitos ficar à mercê do mercado e, por consequências, das oscilações das políticas creditícias.

A ordem econômica deve se harmonizar com a legalidade constitucional e com a finalidade social do contrato. Nas palavras de Luiz Edson Fachin e Gabriel Schulman, “o contrato passa a ser vislumbrado em suas várias dimensões, aproximando-se de idéias tais como perspectiva econômica, negocial, social, promocional, regulatória e institucional. Rediscutem-se suas funções, dando aceção lata à locução ‘função social’. Destarte, o contrato afigura-se como meio destinado à circulação (e acúmulo) de riquezas, mas também como ferramenta de intervenção estatal e ‘instrumento de transformação social’”<sup>501</sup>.

Não por acaso, é preciso tomar cuidado para não dar causa a uma perda social tão mais significativa (enfraquecimento dos direitos fundamentais), a pretexto de proteção do benefício social do crédito. Em certas circunstâncias, tal motivação pode realmente ser contrária aos próprios interesses sociais, uma vez que, por detrás dela, pode e geralmente está o ganho privado dos bancos, que detêm o monopólio da intermediação creditícia.

---

<sup>501</sup> FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. **Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a Constituição 20 anos depois.** In: DANTAS, Bruno ... [et. al.]. **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois.** – Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 367.

Gustavo Tepedino destaca que, no momento de crise econômica, os expedientes que usualmente serviam à tutela do crédito se apresentam insuficientes. Os efeitos da crise na execução dos contratos são notados, em particular, na exacerbação dos riscos apontados e na intensidade dos mecanismos de proteção colocados em funcionamento pelo Estado, muitas das vezes em sacrifício de princípios constitucionais indisponíveis<sup>502</sup>.

Nesse quadro, não somente avulta a importância dos direitos fundamentais, como também das normas protetivas da parte mais fraca. Para o jurista, somente por meio do respeito à Constituição e aos seus valores fundamentais, poderá ser resgatada a unidade perdida e recuperados os princípios gerais em meio ao contingente, ao emergencial ditado pelas experiências econômicas, sempre fugazes.

O Direito não está apartado da Economia. É preciso assegurar o crédito e estimular o mercado sem sacrifício do projeto constitucional que tem na pessoa humana o seu valor mais caro. Daí não ser facultada a eventual incidência dos direitos fundamentais nos contratos bancários. Neste caso específico, deve-se buscar a harmonia entre a atividade bancária, na sua expressão maior, o contrato bancário de adesão, com os princípios norteadores do valor social da livre iniciativa, a que se refere o art. 170 da Constituição Federal.

#### **4.4. O caráter de adesão dos contratos bancários *versus* a renúncia ao exercício de direitos fundamentais**

Os contratos bancários enquadram-se – regra geral - no rol dos chamados contratos de adesão, pelos quais a participação de um dos contratantes se resume à aceitação, em bloco, das cláusulas estabelecidas pela outra parte, aderindo a uma situação contratual que se encontra previamente definida em todos os seus termos. Não há, pois, espaço para contraproposta, tampouco para

---

<sup>502</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 83.

discussão das cláusulas avençadas. A exemplo do que fora escrito, a conclusão é só uma: ou se adere, ou não se contrata<sup>503</sup>.

À luz desta peculiaridade dos contratos em exame, é comum ver rejeitado, na esfera judicial, pedido de revisão contratual com base no argumento de que o aderente sabia o que estava contratando, de modo que não poderia, em momento posterior e sem mais, pleitear a revisão da avença, cujas condições estavam previamente estabelecidas e das partes eram conhecidas. Nessa esteira, serve de exemplo o que decidiu a 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 9085060-07.2008.8.26.0000, Relator José Luiz Germano, a qual tinha por objeto contrato bancário de empréstimo e discutia-se o percentual de juros remuneratórios:

O contrato de adesão é tão válido que a previsão de sua existência está no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que

---

<sup>503</sup> É claro que não se está aqui a desmerecer a importância do caráter de adesão dos contratos bancários. Nessa senda, emerge indubitável que a padronização é fundamental para este tipo de contratação. Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo: “Tem relevância a padronização dos contratos. É o que explica Sérgio Carlos Corvello: ‘No Brasil, como de resto na maioria dos países, a padronização dos contratos bancários deve-se não só às razões expostas, como à intervenção do Estado, por meio do Banco Central, na vida dos bancos. Com efeito, as circulares e resoluções do Banco Central fazem com que as operações bancárias sejam praticadas com uniformidade, chegando, muitas vezes, a determinar até a própria minuta do contrato (...)’”. In: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, 6 ed. – Rio de Janeiro, 2006, p. 1398. Idêntica é a orientação de Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “A massividade da atuação do banco, a obediência a instruções e regulamentos governamentais, as condições próprias do mercado financeiro, a exigir tratamento equivalente entre as operações ativas e passivas, tudo leva à adoção de contrato padrão para os diversos tipos de negócio, que não se distinguem muito de um para outro estabelecimento”. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível: << <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/download/234/228> >>. Acesso em: 17 fev. 2011. Ainda sobre os benefícios inerentes aos contratos de adesão, consultar Enzo Roppo. In: ROPPO, Enzo. **O contrato**. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2009, pp. 314-316. Por outro lado, Nelson Rosenvald, em comentário ao art. 424 do Código Civil ensina na linha do que está sendo defendido: “Os contratos de adesão traduzem um modelo de sociedade marcado pela massificação das relações econômicas. Não se trata de uma espécie de contrato, como a compra e venda ou a doação, mas de um instrumento contemporâneo de contratação no qual a manifestação de vontade não se exterioriza pelo consentimento tradicional, mas pela forma de adesão. O contrato por adesão convive com o tradicional contrato paritário, marcado pela existência de uma etapa de negociação de cláusulas. A contratação por adesão possui uma grande característica: elimina a fase das conversas preliminares, pois uma das partes estabelece unilateralmente as condições gerais do contrato, sendo que o consentimento do outro contratante será a própria adesão em bloco – *take it or leave it*. O art. 423 reconhece a contratualidade da adesão, mesmo que ela seja privada do espaço de discussão de cláusulas pela existência de certo desequilíbrio entre os contratantes. Em virtude desse desequilíbrio prévio, caberá ao ordenamento uma intervenção mais drástica sobre os contratos dessa natureza, a fim de que a parte mais débil possa se relacionar com total inteligência da avença”. In: ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém Código Civil de 1916** / Coordenador: Cezar Peluso. 3 ed. rev. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2009, p. 460.

com ele é um pouco mais exigente do ponto de vista formal, mas cujas exigências foram todas cumpridas, como se pode ver dos autos.

(...)

Feito com esses cuidados, o contrato de adesão vale como qualquer outro. E nem há outra forma prática de contratar. Já imaginou cada cliente que entra numa loja de telefones celular, discutir como pretende que a tarifa seja cobrada? E num banco, como um gerente iria alterar os juros ou as cláusulas jurídicas, sem ter autonomia ou conhecimento para isso?

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor é aplicável ao presente caso (súmula 297 do STJ), mas não ocorre aqui nenhuma ilegalidade ou nenhuma cláusula abusiva que permita a revisão do contrato, pois este está absolutamente de acordo com o direito.

O contrato deve ser cumprido como foi assumido. Mais do que uma regra, esse é um princípio de direito praticamente universal. Há exceções, mas, com licença da redundância, estas são bastante excepcionais, como é o caso da teoria da imprevisão.

Só que no caso concreto não houve qualquer imprevisão. O contrato é claro e permitia saber desde o início quanto seria pago pelo empréstimo.

Os juros de 12% ao ano estavam previstos na Constituição, mas a grande discussão que se travou dizia respeito à sua aplicabilidade imediata ou não. Havia duas correntes e a que prevaleceu é a que entende que há necessidade de uma lei para definir o assunto. É por isso que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 648, que deixou claro de uma vez por todas que a regra constitucional que limitava os juros a 12% ao ano não tinha aplicação imediata, mas sim dependia de regulamentação, que nunca foi feita. Hoje nem mesmo a regra existe, pois foi eliminada com a Emenda Constitucional 40.

Os juros não são fixados unilateralmente pelo Banco, mas autorizados pelo Banco Central, cabendo aos bancos operar dentro dos limites estabelecidos. Normalmente, nem sequer o limite autorizado é cobrado, mas de qualquer forma o valor é alto. Para escapar dessa cobrança, só não usando o dinheiro do banco.

Não há lesão enorme, pois os devedores são uma empresa e dois empresários engenheiros, pessoas cultas, experientes, que não podem querer se passar por vítimas. Não há evidência de necessidade premente. Todos que contratam empréstimo consideram que precisam dele. Se depois for aceita a alegação de que há abuso do banco, estaremos criando estímulo a que as pessoas peguem dinheiro nos bancos e depois simplesmente não paguem os empréstimos. Em nenhum país do mundo os negócios funcionam assim. As obrigações devem ser cumpridas como assumidas.

O crédito no Brasil é sabidamente caro. Quem recorre aos Bancos sabe que terá que pagar o custo financeiro das operações de crédito, o qual é elevado. O financiamento só pode ser feito quando a pessoa sabe que será capaz de pagá-lo. As dificuldades financeiras das pessoas não são causadas pelos bancos. Há milhares e milhares de clientes de bancos muito felizes com suas contas positivas e várias aplicações, como poupança, fundos e outros. Não é o banco que faz a pessoa precisar de dinheiro, mas sua conduta financeira, seu estilo de

vida, seus negócios, seus hábitos de consumo. E isso não é controlado pelos bancos, mas pela própria pessoa. Não houve coação nenhuma para a celebração do contrato. Os riscos do negócio da Cemontex são dela e não do Banco Itaú.

Existe hoje em dia uma verdadeira indústria das ações revisionais, que promete a devedores com desequilíbrio financeiro a tentadora ilusão de que podem ficar livres das dívidas sem pagar por elas ou com uma grande diminuição de valor, o que evidentemente não é cabível, já que as obrigações devem ser cumpridas como foram assumidas.

A justiça existe para coibir cláusulas abusivas, mas não para instituir o calote, pois cada vez que ocorre inadimplência ou um contrato é desrespeitado, aumenta ainda mais o custo do dinheiro, pois aqueles que pagam acabam sendo onerados por aqueles que não pagam, aumentando ainda mais a taxa de juros para todos, inclusive para os cumpridores de suas obrigações.

Os juros cobrados pelos Bancos são elevados, mas isso ocorre por uma série de fatores e o principal deles é que o governo federal toma dinheiro emprestado no mercado financeiro para pagar as suas contas e essa captação é feita com a oferta de títulos da dívida pública com elevadas taxas (taxa selic), sem risco de inadimplência, de modo que o Banco só empresta dinheiro para pessoas físicas ou jurídicas por uma taxa muito maior, que cubra os custos da operação, os riscos a ela inerentes e ainda dê lucro, de modo que essa é uma realidade que não pode ser mudada com uma sentença.

Os juros cobrados são comunicados no extrato ou no contrato, além do que essa informação está diariamente disponível nas agências e até na internet, de modo que não há o que ser revisionado no presente contrato em termos de juros. Não houve qualquer surpresa. A parte devedora sabia o que estava contratando e só fez o contrato porque lhe interessava. Agora resta-lhe apenas cumpri-lo

Com se vê, as prestações eram fixas e tinha a apelante conhecimento de quanto pagaria pelo empréstimo feito, de modo que não cabe a revisão do contrato porque os juros não são tabelados e foram contratados em conformidade com o direito. (...) O contrato não tem nada de abusivo ou ilícito, devendo ser respeitado e mantido, tal qual a sentença de primeiro grau<sup>504</sup>.

Agora, façamos um ensaio de abstração e esqueçamos o que dispõe o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal<sup>505</sup>, bem como o que decidiu o Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade de decretação de prisão civil, nos casos de descumprimento de contrato de alienação fiduciária e de depósito

---

<sup>504</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Direito do Consumidor. Apelação Cível. Empréstimo. Contrato de Adesão. Apelação Cível n. 9085060-07.2008.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador José Luiz Germano. Julgado em 22 ago. 2008.

<sup>505</sup> Art. 5º. (...)

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

infiel<sup>506</sup>, e imaginemos uma contratação bancária, típica de adesão, na qual, em uma de suas cláusulas, há a previsão de prisão do devedor em caso de inadimplemento. Não obstante seja notório esse inadimplemento, ingressa o consumidor com ação revisional para pleitear o afastamento da malsinada cláusula. Poderia o Julgador mantê-la a pretexto de que houve aqui renúncia ao direito fundamental de liberdade de ir e vir, haja vista que a avença era de adesão, de modo que sabia o autor o que estava contratando previamente?<sup>507</sup> Em última análise, seriam os contratos bancários imunes aos direitos fundamentais em razão do seu caráter de adesão?

De plano, não se discute a possibilidade de revisão judicial das avenças bancárias. Sem margem a dúvidas, o princípio do *pacta sunt servanda*, o qual estabelece que o contrato é lei entre as partes, é atenuado pela teoria da imprevisão<sup>508</sup> (*rebus sic standibus*), permitindo a revisão e até mesmo a declaração de nulidade das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais e obrigações excessivamente onerosas (Código de Proteção e Defesa do Consumidor,

---

<sup>506</sup> “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL OU DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF (INFORMATIVO/STF 531). CONCESSÃO DA ORDEM. I - O Plenário desta Corte, na sessão de julgamento de 3 de dezembro do corrente ano, ao julgar os REs 349.703 e 466.343, firmou orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia. II - Ordem concedida.” (HC 92817, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-03 PP-00433).

<sup>507</sup> Não se está aqui a descurar do princípio da ampla informação, previsto no arts. 4º, 6º, III, 8º, 9º, 10, 12, 13, 18 a 20, 30, 31, 35 a 38, 56, 60, 63, 64, 66, 67 e 72 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o qual revela a importância transcendental da afirmação da liberdade no ato de consumo.

<sup>508</sup> Resumidamente, por teria da imprevisão, entende-se a modificação considerável de uma situação fática que venha a modificar, de modo extraordinário, a situação contratual. Nesse sentido, em comentário ao art. 478 do Código Civil de 2002, anota Mário de Camargo S.: “Considera-se onerosidade excessiva quando um acontecimento extraordinário e imprevisível dificulta demasiadamente o adimplemento da obrigação de uma das partes (teoria da imprevisão), a qual poderá pedir a resolução do contrato. Quando da celebração do contrato, as partes têm como base as condições econômicas e sociais da época, considerando também as previsíveis variações futuras. Entretanto, vários acontecimentos imprevisíveis poderão desequilibrar a relação contratual, tornando excessivamente onerosa a prestação para uma das partes e extremamente favorável para a outra parte. Nessa hipótese, poderá o devedor requerer a resolução do contrato por onerosidade excessiva”. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador); CHINELATTO, Silmara Juny (coordenadora). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**, 3 ed. – Barueri, SP: Editora Manole, 2010, p. 374.

arts. 6º, V, e 51, IV; Código Civil de 2002, arts. 317 e 478 a 480), sem que com isso, inclusive, haja mitigação da garantia constitucional do ato jurídico perfeito<sup>509</sup>.

Quanto à renúncia a direitos fundamentais, a questão ganha contornos mais complexos.

Em prol da liberdade negocial, adverte André Rufino do Vale que o entendimento de uma eficácia limitada dos direitos fundamentais no âmbito privado pode levar a extremos. Diante da autonomia privada, a aplicabilidade dos direitos fundamentais poderá ser rechaçada, e regras e negócios jurídicos poderão ser definidos sem a sua proteção. No bojo das relações entre particulares, admite-se, com isso, que os direitos fundamentais estão, *a priori*, à livre disposição dos indivíduos, configurando-se, nesse diapasão, como direitos disponíveis ou renunciáveis<sup>510</sup>.

Nesse contexto, para Rufino do Vale, haveria a recondução do problema da eficácia dos direitos fundamentais a uma contradição lógica porquanto, segundo argumento reiteradamente esgrimido pelos defensores da teoria clássica, os direitos fundamentais são irrenunciáveis, indisponíveis e inalienáveis. Para tanto, se vale de Ferrajoli que, em trabalho recente, teria estabelecido uma divisão entre direitos fundamentais e patrimoniais que se expressa, entre outras razões, no fato de que aqueles direitos são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, “intransigíveis”, personalíssimos; na contramão, são estes disponíveis, negociáveis e alienáveis<sup>511</sup>.

Para o jurista italiano, “os direitos fundamentais são um limite não só aos poderes públicos senão também à autonomia privada dos indivíduos. Nem sequer voluntariamente se pode alienar a própria vida ou a própria liberdade’. Cuida-se de ‘um limite paternalista se assim se deseja, logicamente insuperável’. ‘Com

---

<sup>509</sup> Aqui, não é crível esquecer o verbete n. 381 da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”

<sup>510</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 195.

<sup>511</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 196.

efeito, um paradoxo se produziria quando, faltando esse limite, os direitos fundamentais fossem alienáveis”<sup>512</sup>.

A negativa total da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais, contudo, como assevera Rufino do Vale, é de difícil sustentação principalmente no âmbito das relações jurídicas havidas entre sujeitos privados, nas quais se impõe o princípio da autonomia privada. Destarte, sem desprezar os casos de renúncia nas relações indivíduo e Estado, na seara privada, seria quase impossível não admitir a livre disposição de direitos fundamentais. À guisa de exemplo, bastaria lembrar o *Big Brother Brasil*, no qual pessoas abrem mão de sua privacidade e têm exposta a sua intimidade ao grande público, vinte e quatro horas por dia. Seria, pois, inarredável a conclusão de que os direitos fundamentais podem, em dadas circunstâncias, ser alienados, ao menos parcialmente, a favor de terceiros, inclusive, por contratos de cunho eminentemente patrimonial<sup>513</sup>.

Na realidade, essa problemática tem, em boa parte, revisitado as construções teóricas antes referidas a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Na defesa de uma eficácia direta e absoluta dos

---

<sup>512</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 196.

<sup>513</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 197. De outro turno, Virgílio Afonso da Silva pondera: “Ora, com a expansão dos direitos fundamentais e como, não seria exagero assim dizer, ‘inchaço’ das declarações de direitos, em quase toda relação contratual existe uma grande possibilidade de que algum direito fundamental seja ‘tocado’. A partir dessa constatação, se seguirmos o que a doutrina costuma atribuir como características dos direitos fundamentais – inalienabilidade, inegociabilidade etc. – quase todo tipo de relação contratual que tenha como consequência uma limitação a direitos fundamentais deveria ser nula, pois tal limitação, ao contrário do que ocorre com as limitações ocorridas em razão de lei, decorrem em grande parte dos casos de um acordo entre as partes, que negociam e transigem sobre seus direitos fundamentais. As mencionadas características dos direitos fundamentais, que a doutrina defende quase sem variações, pressupõe, a meu ver, que os efeitos dos direitos fundamentais limitam-se às relações verticais entre Estado e indivíduos. É nesse contexto que ainda faz um certo sentido se falar em inegociabilidade, irrenunciabilidade etc.” Mais: “Os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar ingerência estatal em esferas estritamente individuais. Ora, se direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente do que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais. Essa é posição que, embora aceite algumas ressalvas e limitações, e ainda que possa causar desconforto em alguns autores, é perfeitamente compatível com uma teoria liberal acerca dos direitos fundamentais”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 50-51 e 128-129.

direitos fundamentais, como observa Rufino do Vale, imperioso seria compreender que esses direitos limitam indiscriminadamente as condutas privadas dos indivíduos, não havendo qualquer espaço para sua livre disposição. Por outro lado, sob o viés da eficácia mediata, em defesa da autonomia privada e da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais quando assim desejem os particulares, estaria afastada qualquer proteção paternalista desses direitos<sup>514</sup>.

As argumentações baseadas isoladamente nas teses da eficácia mediata e imediata revelam-se notoriamente redutoras. Em primeiro lugar, é indiscutível que as citadas construções teóricas não devem ser tidas como excludentes, mas sempre de forma a postular sua constante coordenação recíproca. Nas palavras precisas de Rufino do Vale: “Ademais, conclui-se também que os defensores das diversas construções teóricas formam consenso sobre uma tese: a de que a eficácia dos direitos fundamentais deve ser matizada, de forma a se conciliar a máxima proteção da autonomia privada com a máxima proteção dos demais direitos fundamentais”<sup>515</sup>.

Colocar assim a questão significa – ao menos é este o nosso entendimento e o de André Rufino do Vale – que o problema da renúncia a direitos fundamentais diz respeito à tentativa de conciliar a concepção dos direitos fundamentais como irrenunciáveis e inalienáveis com a necessidade de se garantir, no ambiente das relações entre particulares, a autonomia privada. E a resposta só pode ser esta: “abstraindo-se o problema, a solução encontra-se na distinção entre renúncia à titularidade e renúncia ao exercício de um determinado direito fundamental”<sup>516</sup>.

---

<sup>514</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 198.

<sup>515</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 198.

<sup>516</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 199. Virgílio Afonso da Silva afirma que a distinção entre a renúncia ao próprio direito e a renúncia ao exercício de um direito fundamental serve somente para aqueles que se apegam as características jusnaturalistas dos direitos fundamentais – imprescritibilidade, irrenunciabilidade etc. – para que possam acomodar o fato de que, em diversos casos, a renúncia e até mesmo as negociações desses direitos é possível. Além disso, “quando aqui se faz menção a renúncia a direitos fundamentais ou qualquer tipo de transação que os envolva, não se quer sustentar obviamente, que seja possível, via declaração de vontade, abdicar ao direito em si e a toda e qualquer possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão-somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo em uma determinada situação.

Em termos mais sintéticos, é possível afirmar que a renúncia à titularidade de direito fundamental encontra óbice constitucional incontornável, valendo, aqui, o postulado de que é irrenunciável<sup>517</sup>. De outra banda, a renúncia ao exercício de determinado direito fundamental ou de determinadas posições por ele protegidas é admissível, desde que observados certos requisitos e limites, porque tem o seu titular, com arrimo na autonomia privada, o poder de deles dispor<sup>518</sup>.

Como ensina Jorge Miranda, estaríamos aqui diante da face negativa da liberdade, que autoriza o cidadão a não exercer um direito, por não ser este de exercício obrigatório<sup>519</sup>.

Outra não é a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

A respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais, é de assinalar que, se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional. São frequentes – e aceitos – atos

Os efeitos dessa renúncia são válidos para essa situação determinada. E *só pode ser assim*, quer se trate de direitos fundamentalíssimos, quer se trate de direitos patrimoniais (...). In: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 64-65.

<sup>517</sup> Jorge Miranda sustenta: “Por princípio, ninguém pode renunciar a direitos, liberdades e garantias ou a direitos económicos, sociais e culturais (precisamente porque são direitos fundamentais, assentes na dignidade da pessoa humana e elementos estruturantes da ordem constitucional). Apenas se concebe que o próprio titular deste ou daquele direito venha a estabelecer uma limitação temporária do seu exercício ou uma auto-restricção, sem afectar o respectivo conteúdo essencial, em hipóteses bem contadas: a) No âmbito das relações contratuais de Direito Privado e na perspectiva (há pouco apontada a propósito da vinculação de entidades privadas), de escolha de bens ou interesses em presença (*v. g.*, obter um emprego e ter de fixar residência em certo local, em vez de ficar livre para escolher qualquer outro); b) Quando argüido em processo penal relativo a crime punível com pena de prisão não superior a três anos ou com sanção diversa da prisão e que admita suspensão provisória na fase do inquérito, aceitando certas injunções do seu comportamento decididas pelo Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução (art. 281º do Código de Processo Penal)”. In: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**, Tomo IV, 3. ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 358.

<sup>518</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 199.

<sup>519</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**, Tomo IV, 3. ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 358. José Carlos Vieira de Andrade não avaliza a orientação de Jorge Miranda porque entende que a disposição limitadora ou de renúncia ao exercício de um direito não se confunde com a faculdade de não agir, característica dos “(...) direitos-liberdades, já que estas (...) constitui um dos modos possíveis e típicos do respectivo exercício (por exemplo, a liberdade de associação inclui a faculdade de não se associar)”. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 330.

jurídicos em que alguns direitos fundamentais são deixados à parte, para que se cumpra um fim contratual legítimo. A liberdade de expressão, v. g., cede às imposições de não divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão. A liberdade de professar qualquer fé, por seu turno, pode não encontrar lugar propício no recinto de uma ordem religiosa específica. Da mesma forma, o indivíduo pode ver-se incluído numa situação especial de sujeição<sup>520</sup>.

Quais seriam esses critérios e limites?<sup>521</sup> Na trilha do que adverte Canotilho, “não basta argumentar (...) e convencer. É necessário alicerçar juridicamente – e não apenas como imperativo moral! – o estatuto jurídico-constitucional (...)” que autoriza o reconhecimento da possibilidade de renúncia ao exercício de determinado direito fundamental<sup>522</sup>.

Para Vieira de Andrade, em um contexto jurídico-constitucional, que ultrapassa a visão liberal, a liberdade individual está associada à solidariedade cívica e a uma ética de responsabilidade comunitária. Por esta razão e tendo em vista que os direitos fundamentais ostentam, como vimos, uma dupla dimensão, está a disponibilidade destes direitos a depender de algumas condições de validade jurídica e da observância de determinados limites, sem os quais estariam afastadas a autenticidade e a genuinidade da manifestação do titular que justifica a restrição ou a ofensa<sup>523</sup>.

Em primeiro lugar, mister que a manifestação de vontade seja produzida pelo próprio titular do direito fundamental, não sendo suficiente, regra

---

<sup>520</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pp. 319-320.

<sup>521</sup> Daniel Sarmiento pondera: “Sem embargo, nesta matéria é incontroversa a existência de, no mínimo, dois limites muito claros que têm de ser respeitados: a vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre, o que quase nunca ocorre nas relações privadas assimétricas, em que o consentimento do ofendido de corre em regra de condicionamentos heterônomos. Além disso, a renúncia ao exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais dos indivíduos. Por mais livre que seja o agente, a ordem jurídica não admite que ele se submeta voluntariamente a situações que atentem contra a sua humanidade. Assim, mesmo em relações privadas paritárias e equilibradas o livre consentimento da pessoa não legitima lesões ao núcleo essencial dos seus direitos fundamentais, nem tampouco à sua dignidade como pessoa humana, que são considerados irrenunciáveis”. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 270-271.

<sup>522</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. brasileira; 2 ed. portuguesa. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 98.

geral, o consentimento ou o acordo de quem esteja no exercício de um poder de representação ou de tutela, salvo quanto àqueles que, pelo contrário, não possam ser livremente exercidos pelo incapacitado<sup>524</sup>.

Ato contínuo, Vieira de Andrade assinala que é necessário verificar rigorosamente a ausência de coação (física, moral ou econômica), quando se trate de uma pressão forte efetivamente exercida ou naqueles casos de vulnerabilidade em que haja um dever especial de proteção estatal, não devendo admitir-se, nesse sentido, o consentimento puramente tolerante. Mais a mais, “(...) a manifestação de vontade deve ser *esclarecida*, baseando-se no conhecimento concreto de todas as consequências relevantes da limitação, e isenta de *erro*, em especial no caso do dolo (de outrem), tal como deve ser *inequívoca*, não bastando, em regra, o consentimento *presumido*, mesmo que aparentemente possa invocar-se o interesse da pessoa”<sup>525</sup>.

Paremos, por um instante, aqui. Quem estiver minimamente atento à característica marcante dos contratos bancários não poderá deixar de perceber que já por este critério não é crível admitir, à partida, como preferem os juristas portugueses, a validade da renúncia a exercício de direito fundamental, por força do seu caráter de adesão.

À luz dos ensinamentos de Enzo Roppo, o emprego difundido dos contratos de adesão constitui produto não eliminável da moderna organização da produção e dos mercados, na exata medida em que funciona como fator de racionalização e de economicidade da atuação empresarial. Mas para uma valorização adequada do fenómeno, pondera o jurista que é preciso perceber que isto somente se alcança a um preço muito alto: o de privar uma das partes de cada relação, em concreto, toda a massa de consumidores, aderentes e utentes, de toda

---

<sup>523</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 331.

<sup>524</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 331.

<sup>525</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 332.

a possibilidade de efetiva decisão e influência, em ordem à determinação de seu conteúdo, que acaba por lhes ser imposto de forma unilateral<sup>526</sup>.

Além disso, na maioria das vezes, as empresas utilizam os contratos de adesão para expressar o seu poder de determinação unilateral e arbitrário do conteúdo das relações contratuais, “um uso vexatório em prejuízo dos aderentes”. As condições gerais impostas representam, em regra, a realização exclusiva dos interesses da empresa, garantindo-lhes vantagens e proveitos a que correspondem, a cargo da outra parte, riscos, ônus e sacrifícios bem mais gravosos do que aqueles que tendem a ocorrer em uma composição justa e equilibrada dos interesses em conflito<sup>527</sup>.

Há, portanto, evidente restrição da liberdade contratual de uma das partes, na medida em que é retirado do aderente o exercício de uma real autodeterminação no que tange aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Não há discussão, tampouco contribuição, para determinar o conteúdo da avença. Aliás, muitas vezes, sequer há a alternativa de contratar ou não contratar porque, quando a adesão a um dado contrato representa o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis ao cotidiano, trata-se, em verdade, de uma escolha forçada<sup>528</sup>.

Nesse quadro, o contraente “forte” longe de encontrar na prática dos contratos de adesão uma restrição da sua autonomia privada, nela encontra, ao contrário, um meio de expandir e potencializar o exercício de tal prerrogativa. Dito de outro modo, a liberdade contratual de umas das partes expande-se e potencializa-se graças à sua posição economicamente preponderante e à custa da liberdade contratual da outra<sup>529</sup>.

Radbruch, *apud* Fernando Noronha, com razão, conclui: “a liberdade contratual do direito converte-se (...) em escravidão contratual na

---

<sup>526</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. – Coimbra, PT: Edições Almedina, 2009, p. 316.

<sup>527</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. – Coimbra, PT: Edições Almedina, 2009, p. 317.

<sup>528</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. – Coimbra, PT: Edições Almedina, 2009, p. 317.

<sup>529</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. – Coimbra, PT: Edições Almedina, 2009, p. 318.

sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, volve-se na ordem dos fatos sociais, em servidão”<sup>530</sup>. E, uma vez mais, colacionando o escólio de Enzo Roppo:

O paradoxo é somente aparente: descrevendo a << natural >> evolução dos mercados capitalistas do sistema de livre e << perfeita >> concorrência, para o sistema das concentrações e dos monopólios – negador do princípio concorrencial mas em definitivo por este gerado – já no século passado os observadores faziam notar que << a concorrência destrói-se a si própria >>; analogamente pode dizer que << a liberdade contratual destrói-se a si própria >>, determinando a sua própria negação<sup>531</sup>.

No âmbito das contratações bancárias, malgrado esteja a atuação dos bancos atrelada à obediência a instruções e a regulamentações governamentais que exigem tratamento equivalente entre as operações ativas e passivas, emerge incontroverso que ele é sempre o contraente mais forte, seja em razão da solidez econômica que ostenta, seja em razão da atividade que exerce, porquanto, como antes referido, dinheiro e crédito interessam a todos. Há, portanto, nítida posição vulnerabilidade do cliente, pondo em xeque eventual renúncia ao exercício de direito fundamental. Frise-se, esta somente é válida quando a declaração de vontade é emitida de forma consciente e voluntária, livre de ameaças físicas, morais e econômicas<sup>532</sup>. Não basta o consentimento tolerante<sup>533</sup>.

A questão fica ainda melhor esclarecida por Teresa Negreiros quando afirma que, de acordo com a concepção clássica, as categorias contratuais

---

<sup>530</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. – São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 13.

<sup>531</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. – Coimbra, PT: Edições Almedina, 2009, p. 318.

<sup>532</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. **Contrato bancários**, 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editoria Universitária de Direito, 1999, p. 56.

<sup>533</sup> Cláudia Lima Marques destaca que o problema dos contratos de adesão não reside especificamente na validade, ou não, da declaração de vontade emitida pelo aderente, mas na existência de superioridade econômica e social. É conferir: “Note-se que pelas suas próprias características o contrato de adesão exige somente a capacidade dos parceiros contratuais, o consentimento se dá por adesão a uma vontade manifestada de maneira complexa no instrumento contratual, sendo a figura do *erro* totalmente irrelevante. Para alguns autores da escola francesa poderia haver no contrato de adesão um permanente vício de consentimento, a *coação*. Esclareça-se que para alguns doutrinadores desta escola só se poderia falar em contrato de adesão quando o fornecedor se encontrasse em posição de monopólio de fato ou de direito, logo, como que forçando o consumidor a contratar. Tal análise, porém, peca pelo exagero, pois uma liberdade de contratar ou não, ainda que mínima, geralmente persiste. O que há é uma superioridade econômica e social, a qual pode levar facilmente a abusos”. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. rev., atual. e

são indiferentes ao problema da disparidade do poder negocial entre os contratantes. A identificação de uma dada relação contratual como um contrato de adesão, contudo, além de destacar um certo modo de formação desta espécie de contrato, implica reconhecer a disparidade negocial entre o predisponente e o aderente, e, nesta medida, implica dar a este último um tratamento diferenciado. Nesse passo, para Negreiros, como consequência das mutações da teoria contratual, o contrato de adesão constitui uma classe de contratos associada a um certo regime de tutela do aderente<sup>534</sup>.

Suficiente não fosse, entre nós, os contratos bancários sujeitam-se ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 4º, I), que eleva a vulnerabilidade do consumidor a *status* de presunção absoluta<sup>535</sup>.

Voltando ainda aos critérios de José Carlos de Vieira de Andrade, além da declaração de vontade livre e desembaraçada, exige-se que a renúncia tenha prazo certo e que seja dotada de cláusula de revogabilidade. O que significa que, sendo a declaração de vontade válida, há de ser limitada temporalmente, pelo que uma eventual revogação tem de implicar uma obrigação de indenizar os prejuízos causados, especialmente no âmbito contratual<sup>536</sup>.

Nesse particular, no bojo dos contratos bancários, isso revela uma completa impossibilidade. Ainda que o pacto ostente prazo certo, estaria o

---

ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

<sup>534</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 383.

<sup>535</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 15. O verbete n. 297 da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça reza: “O Código de Proteção e Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Acresça-se que, conforme a lição de Luiz Otávio de Oliveira Amaral: “Esse princípio básico e amplo [princípio da vulnerabilidade do consumidor] que permeia todo o CDC (art. 4º, I, do CDC) é um superprincípio, é princípio dos princípios e não se trata apenas de uma presunção legal – logo inadmissível prova em contrário – mas, sim, de pressuposto fático necessário à justa equação das relações de consumo. O consumidor já por definição é (econômica, social e juridicamente) vulnerável, sendo, pois, essa a sua característica imanente, sua qualidade ontológica, intrínseca e indissociável que independentemente da sua condição social, cultural ou econômica, seja ele consumidor, seja ele consumidor pessoa jurídica ou consumidor pessoa física”. In: AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Teoria geral do Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

<sup>536</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 332.

cliente/consumidor autorizado a exigir que à renúncia corresponda uma cláusula de revogabilidade, se ele sequer tem a prerrogativa de discutir as cláusulas que contrata(!). A adesão é em bloco, e não custa insistir que, nos contratos bancários, há todo um quadro extremamente propício a imposições ilegítimas da banda do lado mais forte, geradoras de graves desequilíbrios entre ônus e riscos assumidos pelo banco e pelo aderente.

Por outro lado, os resultados do dever de indenizar são contrários aos efetivamente pretendidos. Além de não exercer um direito fundamental de que é titular, a outra parte ainda terá que indenizar o banco pela retratação da renúncia. Mesmo nas discussões que envolvem, de forma mais profunda, a possibilidade de renúncia a exercício de direito fundamental nos contratos, outra conclusão não poderia ser alcançada senão a de que a liberdade contratual está toda no lado do banco.

José Carlos Vieira de Andrade reconhece mais à frente que não estarão sujeitos às mesmas condições e limites a renúncia, o acordo ou consentimento de uma pessoa perante uma autoridade dotada de poderes públicos, perante uma entidade privada ou indivíduo que detenha um poder jurídico ou de fato. Nesse caso, poderá ser legítimo ao juiz, com fulcro na ordem jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, acautelar e fiscalizar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da autolimitação, bem como a sua racionalidade, pressupondo-se e provando-se a vulnerabilidade, inferioridade ou fraqueza (no nosso caso, presumida em relação ao consumidor), tanto mais intensamente quanto maior for a duração, a intensidade ou o grau de perigo da limitação que, por fim, nunca poderá ser uma renúncia, total, perpétua ou irrevogável<sup>537</sup>.

Outro critério destacado por Vieira de Andrade cinge-se ao problema dos limites que a ordem jurídica pode estabelecer à autolimitação quanto ao exercício de direitos fundamentais, em função de valores superiores da comunidade. Haveria, pois, que considerar, em primeiro lugar, os limites imanentes,

---

<sup>537</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, p. 336.

que decorrem do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, enquanto projeção direta e não eliminável da dignidade da pessoa humana, designadamente nos direitos pessoais, e também da afirmação imediata de valores comunitários básicos<sup>538</sup>.

No presente trabalho, já houve a opção pela rejeição da ideia de limites imanentes; no entanto é certo que a autonomia privada, assim como a possibilidade de renúncia ao exercício de direitos fundamentais, é orientada pelo quadro axiológico da Constituição Federal de 1988 que incorpora o princípio basilar da solidariedade social, o valor da dignidade humana, a defesa do consumidor, a função social do contrato e a prevalência do bem comum. Daí a repulsa à orientação que sustenta, sem maiores reflexões, serem os contratos bancários imunes aos direitos fundamentais, por ostentarem caráter de adesão.

Por último, Vieira de Andrade erige como limite à renúncia a existência de leis restritivas que protegem os interesses relevantes dos próprios particulares.

Entre nós, patente a importância do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (arts. 51, I, IV, XV e § 1º). Calha, a propósito, o comentário de Cláudia Lima Marques: “A maioria dos contratos [bancários] é concluída através da utilização de condições gerais dos contratos e de contratos de adesão. Estes métodos de contratação de massa (...) servem como indício da vulnerabilidade do co-contratante”<sup>539</sup>. Ademais, o art. 424 do Código Civil de 2002 dispõe: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direitos resultantes da natureza do negócio”<sup>540</sup>.

---

<sup>538</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2006, pp. 332-333.

<sup>539</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 458.

<sup>540</sup> Em comentário art. 424 do Código Civil de 2002, Mário de Camargo S. anota: “Este dispositivo considera nulas as cláusulas que estipulam a renúncia antecipada do aderente a direito que origine do negócio. A liberdade de contratar deverá ter como parâmetro os princípios da probidade e da boa-fé; o contrato deverá atingir a sua função social; e a inserção pela parte predisponente de cláusulas abusivas ou leoninas, limitativas do direito do aderente, como a renúncia antecipada de um direito do aderente resultante da natureza do negócio, é considerada nula (...). O Código de Proteção e Defesa do Consumidor dispõe no art. 51, I, que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas a

Tendo em vista os critérios e limites desenhados por Vieira de Andrade e com arrimo no escólio de André Rufino do Vale, o problema da adequação da renúncia aos princípios e regras constitucionais não deixa de ser um problema de ponderação que, nas relações entre particulares, leva em conta as faces protetiva e defensiva de um mesmo direito fundamental que está na titularidade do renunciante, e não entre direitos que estão na titularidade das partes que integram a relação processual. “Enquanto a face defensiva fala em prol da liberdade do indivíduo de dispor do direito, a face protetiva joga a favor da sua não-admissibilidade, ou seja, visa a proteger o indivíduo das conseqüências da renúncia”<sup>541</sup>.

Forçoso reconhecer que nem toda renúncia ao exercício de direito fundamental contida em contrato bancário de adesão é válida porque sabia o aderente previamente o que estava contratando. O exame do caso concreto e de suas peculiaridades é que dirá quanto à validade. O que acaba por reforçar a posição ora defendida de que não são esses contratos imunes à incidência das normas de direitos fundamentais.

#### **4.5. A ADIN n. 2591-1/DF: os contratos bancários e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor**

Na teoria dos contratos, o conceito de assimetria de poder ocupa lugar especial. A teoria liberal clássica considera as partes envolvidas em uma relação contratual como livres, capazes e horizontalmente posicionadas. O reconhecimento de que há uma diferenciação das posições relativas aos

---

produtos e serviços que ‘impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou *impliquem em renúncia ou disposição de direitos*’”. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador); CHINELATTO, Silmara Juny (coordenadora). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**, 3 ed. – Barueri, SP: Editora Manole, 2010, p. 337.

<sup>541</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 204.

contratantes advém da identificação de que, em uma sociedade de massas, os detentores dos meios de produção e do crédito possuem posição privilegiada<sup>542</sup>.

Notadamente, o tema da diferença de poder entre as partes nos contratos bancários de adesão leva ao reconhecimento de que o direito contratual deve lidar com a diferença de *status* antes, durante e depois do aperfeiçoamento da avença. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor possui vários artigos que objetivam compensar as disparidades de posições entre os contratantes e, no caso em estudo, são essas diferenças de poder justamente um dos elementos centrais que corrobora a tese de que as normas de direitos fundamentais são eficazes *prima facie* frente aos contratos bancários. Afinal, a defesa do consumidor ostenta *status* de princípio constitucional<sup>543</sup>.

Anota Uadi Lammêgo Bulos que, ao inscrever a defesa do consumidor dentre os princípios cardiais da ordem econômica, o constituinte pautou-se na premissa de que a liberdade de mercado não permite abusos aos direitos dos consumidores. Assim, quem não detiver o poder de produzir ou de controlar os meios de produção não se sujeita ao arbítrio daquele que os detêm. Praticar livremente o exercício da atividade empresarial não significa anular direitos de pessoas físicas ou jurídicas que adquirem ou utilizam produtos ou serviços como destinatários finais. Daí o ordenamento jurídico amparar a parte mais fraca das relações de consumo, tutelando os interesses dos hipossuficientes<sup>544</sup>.

Em que pese a literalidade do art. 170, V, da Constituição Federal de 1988 e do art. 3º, § 2º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei

---

<sup>542</sup> FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios gerais e das cláusulas gerais: o caso do *leasing***. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 58.

<sup>543</sup> FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios gerais e das cláusulas gerais: o caso do *leasing***. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 58. Por oportuno, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Essa diretriz, lastreada na teologia da lei que instituiu o sistema de proteção ao consumidor, não pode ser desconsiderada. No contrato de abertura de crédito, fixo ou rotativo, a relação jurídica que se instaura entre o banco e o mutuário se enquadra nas hipóteses regidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quando se trata de contrato-padrão, tipicamente de adesão, em que uma das partes se apresenta hipossuficiente” (STJ, voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no REsp n.271.214/RS, 2ª Turma, relator para o acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento em 12.03.2003).

<sup>544</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. – São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.263.

Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), o qual estabelece que “é serviço qualquer atividade fornecida no mercado do consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza **bancária, financeira, de crédito** e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista” (grifo nosso), não foi, de plano, aceita a incidência da legislação consumerista nas atividades bancárias e, por consequência, nos contratos bancários. No Supremo Tribunal Federal, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF – na contramão, inclusive, do que vinha decidindo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça<sup>545</sup> - ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn n. 2591-1/DF, relator Ministro Carlos Velloso, relator para o acórdão Ministro Eros Grau, visando à declaração de inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, constante da 2ª parte do preceptivo legal mencionado.

Alegou a parte autora que a norma impugnada ofendia os arts. 5º, LIV, e 192, II e IV, da Constituição Federal de 1988, ao argumento de que: a) somente lei complementar, que regula o Sistema Financeiro Nacional, tem competência para conformar tanto o perfil organizacional dos órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do setor financeiro, como o complexo de normas disciplinadoras da própria atividade financeira, para conferir-lhe maior higidez, conforme decidido na ADIN n. 4/DF, onde teria ficado assentado que todas as matérias pertinentes ao Sistema Financeiro Nacional, contidas no art. 192, deveriam ser objeto de uma única lei complementar; ademais, tendo sido as normas pertinentes ao tema, como a Lei n. 4.595/64, recepcionadas como lei complementar, padecia de inconstitucionalidade a norma impugnada, ao pretender equiparar todas as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária a relações de consumo, para o fim de regulá-las, sendo insuscetível de derogar a lei recepcionada, que desfruta desse *status*; b) à luz da Constituição Federal, é nítida a distinção implícita entre consumidor e cliente de instituição financeira porquanto o art. 170, que consagra o princípio da defesa do consumidor, encontra-se em capítulo referente à Ordem Econômica, estando em outro capítulo a disciplina do Sistema Financeiro Nacional, de modo que a lei complementar, a ser elaborada para

---

<sup>545</sup> O verbete n. 297 da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, editado em 09.09.2004, dispõe: “O Código de Proteção e Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade, necessariamente deverá abranger a proteção do cliente de instituições financeiras, justificando-se a distinção entre as categorias de usuários de serviços em virtude de razões de ordem constitucional e as situações peculiares de ordem econômica existentes em cada caso; c) houve violação ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal, uma vez que o legislador ordinário onerou os integrantes do Sistema Financeiro com o conjunto de obrigações previstas na Lei n. 8.078/90, incompatíveis com as peculiaridades do setor financeiro e o ampliou o rol de legitimados a questionar, em nome próprio ou alheio, a atuação das entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional, sendo certo que tratar a atividade bancária, financeira, de crédito e securitária da mesma maneira que as demais atividades econômicas, que não ostentam essa peculiaridade, não se mostra razoável, quer em face dessa sistemática constitucional, quer sob o aspecto material das operações celebradas no âmbito do sistema financeiro, violando o princípio do devido processo legal substantivo; d) as disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor são inadequadas em face das atividades desenvolvidas no âmbito do sistema financeiro, tendo em vista a segurança jurídica e o respeito aos contratos são condições de um sistema saudável, sendo que já existem resoluções do Conselho Monetário Nacional, respaldadas pela Lei n. 4.595/64, que cuidam da defesa dos usuários dos serviços de instituições financeiras de forma compatível com a materialidade desses serviços; além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que as operações praticadas com instituições de crédito, públicas ou privadas, funcionam sob estrito controle do Conselho Monetário Nacional, sob a fiscalização do Banco Central do Brasil (ADIn n. 1312/DF, ADIn 449/DF, Conflito de Atribuições n. 35/RJ e RE n. 79.253/SP).

O presente tópico explicita os aspectos mais relevantes dos principais votos proferidos no julgamento de mérito da ADIN n. 2591-1/DF, amplamente conhecida como a “ADIn dos Bancos”, que, da perspectiva do entendimento vencedor, dão conta que a liberdade de iniciativa e a liberdade comercial não ostentam valor absoluto e não criam, em torno das instituições bancárias, qualquer círculo de imunidade que as exonere dos encargos de velar pelo

interesse social e de promover o bem comum, por meio do respeito aos direitos fundamentais e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>546</sup>.

#### **4.5.1. O voto do Ministro Carlos Velloso (relator)**

O Ministro Carlos Velloso, partindo da ideia de que a defesa do consumidor é um princípio constitucional impositivo que deve cumprir dupla função, como instrumento para realização do fim de assegurar a todos uma existência digna e como função diretriz dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas, afirmou, de início, que a inclusão das atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária como serviços abrangidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor não afeta as relações próprias do Sistema Financeiro Nacional, inscrito no art. 192 da Constituição Federal, e, conseqüentemente, não invade campo reservado à lei complementar porque é perfeitamente possível a coexistência entre a lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional e o referido código a que devem sujeitar-se todas as instituições bancárias, como todos os demais fornecedores, em suas relações com os consumidores.

Além disso, entendeu o relator que a existência de um Código de Proteção e Defesa do Consumidor não subtrai a competência do Banco Central do Brasil para disciplinar a prestação de serviços bancários a clientes e ao público em geral, como previsto na Resolução n. 2.878, de julho de 2001. Isso porque o referido código não interfere na estrutura institucional do Sistema Financeiro Nacional, regulado pela Lei n. 4.595/64, recebida pela Constituição Federal como lei complementar, e aplica-se às atividades bancárias da mesma forma que a essas atividades são aplicáveis, sempre no que couber, o Código Civil, o Código Comercial, o Código Tributário Nacional, a Consolidação das Leis do Trabalho e tantas outras leis.

---

<sup>546</sup> Tendo em vista a presente proposta de estudo, não haverá menção à preliminar de prejudicialidade da ação direta em virtude da Emenda Constitucional n. 40, de 2003, que alterou a redação do art. 192 da Constituição Federal de 1988.

Por fim, afirmou o Ministro Carlos Velloso, no que toca aos juros aplicáveis às operações bancárias, previsto no art. 192, § 3º, da Constituição Federal, hoje, revogado pela Emenda Constitucional n. 40, de 2003, que a expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” deve ser interpretada conforme o texto constitucional para dela afastar a exegese que nela incluía a taxa de juros das operações bancárias ou a sua fixação em 12% ao ano, dado que essa questão diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional, tendo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn n. 4/DF, decidido que o citado § 3º não é auto-aplicável, devendo ser observada a legislação anterior à Constituição Federal de 1988 até o advento da lei complementar referida no *caput* do art. 192 da Constituição Federal.

Julgou, pois, parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade.

#### 4.5.2. O voto do Ministro Nelson Jobim (vogal)

O Ministro Nelson Jobim dividiu o seu voto em duas abordagens: uma econômica, outra jurídica.

Em princípio, entendeu que a relação entre poupador e banco e entre banco e mutuário perfaz algumas etapas do ciclo do dinheiro ou da moeda, que cumpre a sua função com a simples circulação, e que, por esse motivo, não existe ligação entre as operações bancárias e a ideia de consumo porque as mencionadas operações envolvem aplicação de reservas poupadas, exatamente do que sobejou por não ter sido utilizado no consumo, ou seja, na satisfação de necessidades<sup>547</sup>.

---

<sup>547</sup> O Ministro Nelson Jobim define “poupador”, “mutuário” e “consumidor” nos seguintes termos: “O conceito de **CONSUMIDOR** está, é óbvio, associado à ideia de consumo. Por isso, quer significar aquele que adquire ou utiliza coisa, transformando-a ou destruindo-a, com o fim de atender interesse próprio. (...) Logo, o **CONSUMIDOR** é aquele que remunera o serviço ou compra o bem que será consumido, por isso *destinatário final*. Ampliando a dimensão da análise, o **CONSUMIDOR** participa da economia por meio da atividade retributiva: pagamento diretamente vinculado e proporcional ao serviço que a eles será prestado ou ao bem por ele adquirido como destinatário final. O **POUPADOR** é aquele que, por escolha pessoal, não consome, mas conserva recurso, aplicando ou entesourando. Na sociedade capitalista, a figura do **POUPADOR** está intimamente ligada à figura do próprio BANCO. Isso porque o **POUPADOR** conserva seu capital por meio de depósitos nos BANCOS. (...)”

Para o julgador, portanto, a relação de consumo se apresenta sob o enfoque tipicamente subjetivo, de proteção do consumidor, que se perfaz em termos de direitos fundamentais. Em verdade, a relação que o consumidor estabelece com um agente econômico mais poderoso, em uma relação economicamente desigual, exige maior proteção do Estado à parte hipossuficiente. Já as relações concernentes ao ciclo da moeda têm natureza objetiva porque dizem respeito não só à relação do poupador ou do mutuário, tomados individualmente, mas aos reflexos dos comportamentos econômicos desses milhares de agentes na própria economia. E o fundamento principal da regulamentação dessas relações é o próprio controle das bases da economia, assim como a fiscalização do nível de investimento realizado<sup>548</sup>. Assim, o regime jurídico de proteção do consumidor é diferente do regime do poupador e do mutuário, e tal distinção não advém de uma escolha política realizada pelo legislador porque, na realidade, segue uma lógica que tem como premissas a proteção de cada um dos sistemas.

De outra banda, Jobim adverte que a proteção das relações de consumo deriva de uma necessidade de garantia de um conjunto de direitos do

---

Dessa forma, o **POUPADOR**, em realidade, empresta a moeda e por esse '*produto*' recebe uma remuneração da instituição financeira. (...) O **POUPADOR** é remunerado por meio de juros pela moeda que entregou. O **CONSUMIDOR** se desfaz de moeda para satisfação de interesse particular. Já o **POUPADOR** recebe mais moeda pela entrega de capital – nada paga, não remunera. É remunerado. (...) O **MUTUÁRIO** é aquele que está do outro lado da *intermediação financeira* dos BANCOS. São eles que pagam os juros aos BANCOS, que, por sua vez, remunerará os **POUPADORES**. O **MUTUÁRIO** não se confunde com **CONSUMIDOR** porque não é destinatário final de um produto. (...) Na verdade, a relação que se estabelece entre **POUPADOR** e BANCO e entre BANCO e **MUTUÁRIO** perfaz algumas etapas do *ciclo do dinheiro ou da moeda* que cumpre sua função com a simples circulação. Não há ligação entre as **OPERAÇÕES BANCÁRIAS** e a ideia de **CONSUMO**". Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266855> >>. Acesso em: 27 fev. 2011 (destaques no original).

<sup>548</sup> No trecho do voto que trata dos "Bancos e Política Monetária", o Ministro Nelson Jobim ressalta que é fácil perceber a importância da atividade bancária para a política monetária nacional e para a estabilidade da própria econômica. A Política Monetária e a Política Fiscal formam a Política Econômica do país, e é, por meio da primeira, que as autoridades monetárias controlam a liquidez total do sistema econômico. Com uma Política Monetária restritiva, a quantidade de moeda no mercado é reduzida, visando a desaquecer a economia, levando a redução dos preços. Utilizada dessa forma, serve para combater as pressões inflacionárias. Já a Política Monetária expansionista aumenta a quantidade de moeda no mercado com o objetivo de incrementar a demanda e incentivar o crescimento econômico. Para Jobim, a opção entre uma e outra dessas políticas é uma decisão de governo, e esse é o debate no Brasil de hoje porque uns querem redução das taxas de juros para incrementar o desenvolvimento e outros alertam para as pressões inflacionárias. "Constitui-se na formação, pelo Governo, da POLÍTICA MONETÁRIA". Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266855> >>. Acesso em: 27 fev. 2011.

indivíduo, historicamente conquistado. Mais, são as relações de consumo juridicamente igualitárias, a respeitar o conceito de igualdade formal, típica do Estado Liberal. No entanto, são claramente relações de desníveis econômicos, políticos e sociais, que possibilitam que a parte mais poderosa possa exercer abusivamente ou em excessos a sua autonomia contratual, a sua liberdade negocial. Nesse passo, exigem (as relações de consumo) atuação específica do Poder Público que passa, obrigatoriamente, por uma legislação protetiva (Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 4º) porquanto não é difícil perceber que o consumidor, por não ter o poder econômico do fornecedor ou do produtor, tem sua liberdade negocial diminuída e, na prática, é obrigado a se sujeitar às condições contratuais impostas pela parte mais forte, em flagrantes constrangimentos e à luz de práticas abusivas, sem que possa exigir: a) alteração da embalagem do produto, por falta de informações claras; b) alteração de cláusula, por se tratar de contrato-padrão; c) instituição de departamento de atendimento ao consumidor no qual possa fazer reclamações e acompanhar as providências.

Para o Ministro Nelson Jobim, o direito fundamental de proteção do consumidor procura compensar essas desigualdades fáticas e visa a estabelecer maiores restrições à autonomia contratual do fornecedor ou do produtor, restrições essas que o consumidor, na prática, não teria como fixá-las. “O direito do consumidor tem origem histórico-filosófica de proteção a direitos fundamentais com preocupação direta com a própria figura do consumidor. Já a proteção do poupador e do mutuário não toma por base a intenção de equiparar uma relação faticamente desigual”.

Na verdade, para Jobim, a proteção do poupador e do mutuário tem mais a ver com as condições de funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, que depende de regulação do Poder Público e é de interesse de toda a população, haja vista a necessidade de estabilidade econômica, de consolidação do sistema bancário, de redução do custo do dinheiro e de facilitação das condições de empréstimo e de investimento, finalmente, de desenvolvimento. Consequência lógica, as figuras do poupador e do mutuário não são protegidas enquanto indivíduos na perspectiva histórica, mas enquanto peças fundamentais para o funcionamento da economia. Sujeitam-se, portanto, à legislação protetiva do

chamado “cliente bancário” (Resolução n. 2.878 - BACEN, de 26.7.2001), que se operacionaliza por meio do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional. Em resumo: “é evidente que a relação do **MUTUÁRIO** com o BANCO e do **POUPADOR** com o BANCO, por serem indiretamente instrumentos de política monetária não se resume aos interesses individuais envolvidos: o interesse do mutuário em reduzir os juros que foram contratados e dos BANCOS em cobrar aqueles juros” (destaque no original). Daí a não submissão ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. O cliente bancário está protegido por uma normatividade que regula diretamente a relação do cidadão com o banco, dentro do regime jurídico próprio e dos princípios que norteiam essa atividade.

Em última análise, para o Ministro Nelson Jobim, a proteção nas relações de consumo tem como pressuposto a compensação de uma relação desigual; por outro lado, a proteção das relações entre poupador/mutuário e banco visa à proteção dos recursos financeiros, sob o pressuposto da garantia da liquidez e da solidez do sistema financeiro-monetário, da estabilidade monetária e do desenvolvimento do país. Em suas palavras, “Sua aplicação universal [Código de Proteção e Defesa do Consumidor] poderia, ao contrário, construir desigualdades inaceitáveis ou estabelecer nichos de privilégios em determinados setores econômicos”<sup>549</sup>.

Para efeito de rejeição da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às atividades bancárias, o Ministro Jobim distingue os serviços bancários, que dizem respeito a obrigações de fazer, as quais são executadas pelos bancos sem vinculação com a política monetária, das operações bancárias, que consistem em transferência de moeda (circulação monetária) ou de crédito, que se sustentam na confiança e na administração de riscos, são as típicas do Sistema Financeiro Nacional e têm importante impacto nas políticas monetária e econômica do país<sup>550</sup>.

---

<sup>549</sup> Disponível em: << Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266855> >>. Acesso em: 27 fev. 2011.

<sup>550</sup> Por operações bancárias, entende o Ministro Nelson Jobim: depósitos; empréstimos; financiamentos; abertura de crédito; descontos; cessão de créditos; operações de câmbio; e crédito documentário. Por serviços bancários: custódia de valores; caixa de aluguel; cobrança de títulos; sustação de cheques; aluguel de cofres para custódia de valores ou objetos confidenciais; venda e

Diante dessa separação conceitual, averba o julgador ser fácil perceber que as operações bancárias, por serem operações naturalmente financeiras, estão submetidas ao controle do Banco Central do Brasil e os clientes bancários, para essas operações, submetidos a sistema próprio de proteção. Os serviços bancários, de sua vez, por serem atividades desatreladas do sistema financeiro – não tendo por objeto o dinheiro ou o crédito – estão submetidos à incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e de outras normas pertinentes. Nessa última hipótese, os clientes bancários são equiparados aos consumidores e são também protegidos pelos órgãos oficiais de defesa do consumidor e pela atuação do Ministério Público.

Acompanhando o Ministro Carlos Velloso, julgou parcialmente procedente o pedido da ação direta de inconstitucionalidade.

#### **4.5.3. O voto do Ministro Eros Grau (relator para o acórdão)**

Em seu voto, de plano, o Ministro Eros Grau reconhece a ilegalidade das resoluções que dispõem sobre a proteção do consumidor dos serviços prestados pelas instituições financeiras (Resolução n. 2.878, de 26 de julho de 2001, alterada pela Resolução n. 2.892, de 27 de setembro de 2001) porque a matéria tratada excede o funcionamento dessas financeiras; e entende ser inadmissível afirmar que as suas disposições obrigam, em virtude de lei. O art. 4º, VIII, da Lei n. 4.595/64 não autoriza ao Conselho Monetário Nacional o exercício de capacidade normativa de conjuntura em relação a ela. Por este motivo, estaria sem substrato legal o argumento de que a Resolução n. 2.878, de 2001, excluiria a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A lei especial afasta a geral.

---

utilização do cartão magnético; devolução de cheques, por insuficiência de fundos; inclusão ou exclusão de nome do Serviço de Proteção ao Crédito ou CCF; fornecimento de talonário de cheques; fornecimento de cópia de extrato bancário; cobrança de títulos de terceiros, por conta do cliente, quando inexistente garantia; venda de seguro; remessa de dinheiro ao exterior; administração de fundos ou de patrimônio; negócios em bolsa; atendimento ao cliente e ao usuário por telefone, via internet ou auto-atendimento; organização do atendimento pelos caixas na agência (tempo de espera na fila, números de funcionários para esse atendimento etc.); fornecimento de informações acerca da conta corrente e de eventuais investimentos etc.

Ademais, assevera esse Ministro que o cliente de instituição financeira é consumidor, para os fins do art. 170 da Constituição Federal, haja vista que a relação havida entre ele e o banco é nitidamente uma relação de consumo, protegida constitucionalmente (arts. 3º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal de 1988). Nessa esteira, afirma ser inútil qualquer esforço retórico desenvolvido com base no senso comum ou em disciplinas científicas para negar o que está expresso nos arts. 2º e 3º, §§ 1º e 2º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quando define o que é “serviço”, “consumidor”, “fornecedor” e “produto”.

No mais, reconhece o Ministro Eros Grau, a partir da capacidade do banco de gerar riquezas, que as atividades bancárias não podem ficar sujeitas à administração, desde a perspectiva das relações microeconômicas, sob pena de comprometimento dos objetivos que o art. 192 da Constituição Federal de 1988 visa a realizar, do desenvolvimento equilibrado do país e da satisfação do interesse da coletividade.

Mais a mais, para o julgador, o cliente do banco coloca-se sob os efeitos de uma relação de dominação. Daí a necessidade de coibir os abusos praticados quando as instituições financeiras acrescentam à taxa base de juros, a chamada SELIC, as taxas adicionais de serviços e outros (*spread* bancário). Em outros termos:

O fato é que tudo quanto exceda o patamar da taxa SELIC é pura relação contratual. Por óbvio, a abusividade e a onerosidade excessiva na composição contratual dessa taxa, além de outras distorções, são passíveis de revisão nos termos dos preceitos aplicáveis do Código Civil --- é, repito ainda, não somente em benefício do cliente pessoa física, mas também em especial das pequenas empresas, em relação às quais a dependência econômica pode estar francamente caracterizada. É necessário não perdermos de vista o poder do oligopólio constituído pelas instituições financeiras, capazes de, na multiplicação de moeda circulante em moeda escritural, produzir bem público<sup>551</sup>.

---

<sup>551</sup> Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266855> >>. Acesso em: 27 fev. 2011.

Não comunga, outrossim, o Ministro Eros Grau da distinção entre serviços bancários e operações bancárias levada a efeito pelo Ministro Nelson Jobim, para fins de exclusão a incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, uma vez que afirmar que os clientes bancários das operações financeiras estariam submetidos a sistema próprio de proteção implica reconhecer que estão desprotegidos. As Resoluções n. 2.878 e 2.892/2001 afrontam, como visto, “escancaradamente” o princípio da legalidade. “A proteção dos clientes bancários nas operações bancárias não é matéria atinente ao *funcionamento* das instituições financeiras. Essas resoluções, são --- para lembrar Fernando Pessoa --- são (*sic*) papel escrito com tinta, onde está indistinta a diferença entre nada e coisa nenhuma”<sup>552</sup>.

A ação foi julgada parcialmente procedente para o fim exclusivo de afastar a exegese que submete às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. Sem prejuízo do controle pelo Banco Central e do controle e revisão pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros, no que tange ao quanto exceda à taxa base.

#### **4.5.4. O voto do Ministro Celso de Mello (vogal)**

O Ministro Celso de Mello sustenta que a proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado brasileiro conscientemente assumiu no plano do ordenamento constitucional. E “o relevo indiscutível desse compromisso estatal – considerada a irrecusável importância jurídica, econômica, política e social de que se revestem os direitos do consumidor – tanto mais se acentua, quando se tem presente a Assembléia Nacional Constituinte, em caráter absolutamente inovador, elevou a

---

<sup>552</sup> Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266855> >>. Acesso em: 27 fev. 2011.

defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental (CF, art. 5º, XXXII), atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica (CF, art. 170, V)<sup>553</sup>.

Para esse jurista, a proteção estatal do consumidor, sob as suas duas perspectivas – seja como direito fundamental positivado, seja como diretriz conformadora da formulação e execução de políticas públicas, bem assim o exercício das atividades econômicas em geral – assume, a teor da Constituição Federal de 1988, a condição de meio instrumental destinado, enquanto expressão de um “princípio constitucional impositivo”, a neutralizar o abuso do poder econômico praticado em detrimento das pessoas e de seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa.

Prossegue o Ministro Celso de Mello a afirmar:

Com o claro objetivo de dar concreção e significado a tais proclamações constitucionais, a Carta Política fez instaurar um estado de comunhão solidária entre as diversas esferas políticas que compõem a estrutura institucional da Federação brasileira, congregando-se em torno de finalidade comum, impregnada do mais elevado sentido social.

Vale referir, bem por isso, a primazia que a Carta Política conferiu tanto à defesa do consumidor quanto à preservação da integridade das prerrogativas jurídicas, que, em seu favor, foram reconhecidas pelo ordenamento positivo, podendo-se afirmar, a partir de tal asserção, que os direitos do consumidor, embora desvestidos de caráter absoluto, qualificam-se, no entanto, como valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório que vise a compor situações de antagonismo resultantes das relações de consumo que se processam, no âmbito da vida social, de modo tão estruturalmente desigual, marcadas, muitas vezes, pela nota de indisfarçável conflituosidades, a opor fornecedores e produtores, de um lado, a consumidores, de outro.

Com esse propósito, Senhora Presidente, e para não degradar o compromisso de defesa do consumidor à condição inaceitável de uma promessa irresponsavelmente vã, ou de uma proclamação constitucional meramente retórica, ou, ainda, de um discurso politicamente inseqüente, a Lei Fundamental, visando a promover o bem de todos, veio a instituir verdadeiro condomínio legislativo, partilhando, entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal (CF, art. 24, VIII), sem falar nos Municípios, a competência para legislar,

---

<sup>553</sup> Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266855> >>. Acesso em: 27 fev. 2011 (original com destaques).

em caráter concorrente, sobre medidas e políticas públicas destinadas a viabilizar a proteção – que se quer efetiva, plena e real –, a ser conferida ao consumidor.

Daí justificar-se, plenamente, o reconhecimento de que a proteção ao consumidor – que traduz prerrogativa fundamental do cidadão – qualifica-se como valor constitucional inerente à própria conceptualização do Estado Democrático e Social de Direito, razão pela qual incumbe, a toda a coletividade – e ao Poder Judiciário, em particular – extrair dos direitos assegurados ao consumidor, a sua máxima eficácia.

Cumpra registrar, bem por isso, a afirmação de que a função tutelar resultante da cláusula constitucional de proteção aos direitos do consumidor projeta-se, também, na esfera relativa à ordem econômica e financeira, na medida em que essa diretriz básica apresenta-se como um insuprimível princípio conformador da atividade econômica (CF, art. 170, V).

Noutro caminhar, sustenta o Ministro Celso de Mello que a liberdade negocial não se reveste de caráter absoluto porque o seu exercício sofre, de modo necessário, os condicionamentos normativos impostos pela Constituição Federal de 1988. Assim, a proteção constitucionalmente garantida aos direitos do consumidor desempenha clara função inibitória, apta a desqualificar o exercício eventualmente abusivo, prejudicial e nocivo decorrente de práticas negociais ilícitas e irregulares.

A edição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, para Mello, considerados os valores básicos concernentes à proteção da vida, da saúde e da segurança e relativos à liberdade de escolha, à igualdade nas contratações, ao direito à informação e à proteção contra a publicidade enganosa etc., representou a materialização e a efetivação dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro em tema de relações de consumo.

Nesse quadro, sustenta o Ministro que não haveria razão para sustentar a incompatibilidade entre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e as normas inerentes ao Sistema Financeiro Nacional, até porque este, bem como os agentes financeiros em geral, tem o dever de observar o postulado da defesa do consumidor como direta consequência da expressa determinação emanada da Constituição Federal de 1988, cujo art. 170, V, proclama que a ordem econômica e financeira rege-se, obrigatoriamente, dentre outros elementos condicionantes, por

este importante vetor axiológico a que todos devem submeter-se, mesmo que se cuide de instituições que exerçam atividades de natureza bancária, financeira, securitária e de crédito.

No mais, destacou o Ministro Celso de Mello que a questão dos juros não estava excluída da incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tendo em vista a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 40/2003 e o que anuncia o verbete n. 648 da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (“A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar”). Além disso, o referido diploma legal não estaria a afrontar qualquer reserva de lei complementar, instituída pelo art. 192 da Carta Fundamental.

Por fim, destacou o julgador que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor reveste-se de plena validade constitucional, especialmente se for considerada a situação de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, e, conseqüentemente, viabiliza o atendimento das necessidades deste (o consumidor), o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem assim a transparência e harmonia das relações de consumo.

O voto conclui pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

#### **4.6. Parâmetros para a ponderação de interesses nos contratos bancários**

Nos primeiros tópicos, estabeleceu-se o conceito de contratos bancários e delineararam-se as suas principais características. Passamos depois em revista os fundamentos constitucionais da ordem econômica e do valor social da livre iniciativa para tentar justificar a incidência dos aludidos direitos nas avenças bancárias. Logo em seguida, investigamos, a partir do caráter de adesão dos contratos bancários, a problemática a respeito da renúncia ao exercício de direitos

fundamentais. Depois, estudamos a “ADIN dos bancos”. No entanto, mesmo sendo sabido que não tem a presente pesquisa o condão de exaurir o tema, o trabalho ainda não terminou. Qualquer leitor que passe os olhos sobre a presente discussão verificará que ainda faltam explicitar alguns parâmetros que poderão auxiliar o aplicador do Direito na tarefa de fazer incidir as normas de direitos fundamentais nas avenças bancárias. Grosso modo, falta aproximar a teoria da prática.

É preciso, de pronto, deixar assentado que não há aqui a pretensão de, ao final, criar um modelo. Em verdade, o propósito é outro; cinge-se em sistematizar, a partir da doutrina nacional, os modelos que melhor procuram explicar a eficácia *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mais especificamente, nos contratos. Dá-se, pois, ênfase aos ensinamentos de Daniel Sarmiento, Wilson Steinmetz e Virgílio Afonso da Silva, máxime porque estes autores já conseguiram, com algum sucesso, absorver a doutrina alemã da *Drittwirkung*.

Wilson Steinmetz assevera que a regra de precedência é o resultado da ponderação e dá cabo ao conflito entre princípios no caso concreto; não obstante pouco ou nada informa sobre as estruturas da ponderação, isto é, sobre o modo pelo qual o aplicador do Direito, em suas operações cognitivas, orienta-a e, por conseqüência, alcança a regra de precedência. Estar-se-ia, pois, diante do resultado, sem saber o caminho utilizado para alcançá-lo<sup>554</sup>.

Para o autor, partindo da teoria dos princípios de Robert Alexy, haveria – de fato, há - nítida conexão entre a ponderação e a máxima da proporcionalidade. Caberia às máximas da adequação e da necessidade determinar as possibilidades fáticas. As possibilidades jurídicas, por sua vez, seriam determinadas pela proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, pela ponderação. Assim, nas colisões entre princípios em concreto, a máxima da proporcionalidade determinaria, a partir das possibilidades fáticas e jurídicas, o seu grau de otimização. Trocando em miúdo, a máxima da proporcionalidade seria o caminho a ser percorrido para alcançar a regra de precedência. Em termos técnicos, a mencionada

máxima seria a estrutura de argumentação racional que possibilitaria resolver o conflito entre princípios, por meio do alcance de uma regra de precedência.

Em seguida, Steinmetz realiza o seguinte ensaio mental para erigir uma metódica de soluções para a eficácia imediata *matizada* dos direitos fundamentais:

Suponha-se a relação contratual  $R_c$  entre os particulares  $P_{r1}$  e  $P_{r2}$  na qual, de comum acordo, estabeleceu-se a restrição (contratual) de direito fundamental  $R_d$  ao direito fundamental  $D_1$  de  $P_{r2}$ . Trata-se, portanto, de uma restrição a direito fundamental resultante de um ato de autonomia privada. Após a finalização do contrato e já em curso seus efeitos,  $P_{r2}$ , alegando lesão a seu direito fundamental  $D_1$ , ingressa com ação judicial para anular o contrato firmado. Em defesa,  $P_{r1}$  invoca o princípio da autonomia privada ( $P_{ap}$ ), *in casu*, particularizada na liberdade contratual (liberdade negocial). Está em questão uma colisão concreta entre direito fundamental e autonomia privada.

Suponha-se, ainda, - aqui, para excluir de plano objeções formuladas desde a teoria da eficácia mediata - que não há regulação legislativa específica à qual o caso pudesse ser enquadrado e que o juiz do caso não vislumbra a possibilidade de uma solução mediante “preenchimento axiojussfundamental” de alguma cláusula geral de direito civil ou privado em geral<sup>555</sup>.

Ante os referenciais teóricos e as estruturas metodológicas acima referidas, anuncia as seguintes proposições:

a) os princípios, como mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, segundos as possibilidades fáticas e jurídicas;

b) os direitos fundamentais, quando em colisão entre si ou com outros bens constitucionalmente protegidos, têm caráter normativo de princípios; por definição, a sua otimização está condicionada fática e juridicamente;

c) a autonomia privada é um bem constitucionalmente protegido e, por sê-lo, tem caráter de princípio e sua otimização está condicionada fática e juridicamente;

---

<sup>554</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 209.

<sup>555</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 216-217.

d) a tensão entre o direito fundamental ( $D_1$ ) e a autonomia privada ( $P_{ap}$ ) na relação contratual ( $R_c$ ) pode ser dogmaticamente caracterizada como uma colisão de princípios porque um limita as possibilidades fáticas ou jurídicas de realização e de satisfação do outro, e há aqui uma colisão entre direitos fundamentais em sentido amplo;

e) dado o assento constitucional do direito fundamental ( $D_1$ ) e da autonomia privada, ambos têm, em abstrato, pesos e hierarquias iguais;

f) dado o caráter de princípio e a idêntica posição hierárquica constitucional de ambos, não é crível estabelecer e justificar uma relação de precedência incondicionada ou uma relação de precedência absoluta *a priori*, ou seja, antes do exame do caso concreto; há, sim, que se estabelecer, *in concreto*, uma relação de precedência condicionada entre o direito fundamental  $D_1$  e o princípio da autonomia privada;

g) a relação de precedência condicionada que determina a prevalência de um dos princípios ante o outro em concreto é o resultado de uma ponderação guiada por determinadas estruturas, traduzidas no princípio da proporcionalidade e seus três elementos<sup>556</sup>.

O jurista apresenta, como solução, o esquema a seguir:

(...) caracterizada, *in concreto*, uma colisão real entre direito fundamental e autonomia privada ( $D_1$  versus  $P_{ap}$ ), procede-se, então, a uma seqüência sucessiva de testes: (a) verifica-se se há uma estrutura relacional meio-fim, na qual o meio é a medida (contratual) restritiva de direito fundamental ( $R_c$ ) e o fim é a finalidade ou o objetivo pretendido com aquele meio; (b) examina-se se o fim pretendido é o constitucionalmente legítimo ou com a Constituição não é contraditório; (c) examina-se sucessivamente, se a restrição contratual de direito fundamental (o meio, a medida) é (c.1.) adequada, (c.2) necessária e (c.3) proporcional em relação ao fim pretendido. Enfatize-se que o controle de proporcionalidade pressupõe (a) e (b) – são testes prévios ao controle de proporcionalidade propriamente dito – e que entre (c.1), (c.2) e (c.3) há uma progressão de tipo “lógico”, no seguinte sentido: se a restrição (o meio, a medida) não é *adequada* para atingir o fim pretendido, então sequer é preciso verificar se ela é *necessária* e, depois, *proporcional em sentido estrito*, porque pelo simples fato de não ser adequada ela já não atende ao princípio da proporcionalidade.

---

<sup>556</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 217-218.

Em que momento entram em jogo, se houver as precedências *prima facie*? As precedências *prima facie* são consideradas ao longo dos três testes do princípio da proporcionalidade, mas sobretudo no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, no teste da ponderação propriamente dita, porque é nele que se dá o ápice do sopeso das circunstâncias relevantes do caso e das razões (pontos de vista) a favor e contra à prevalência de um ou de outro princípio (no exemplo, ou de D1 ou de Pap). É nesse teste que deve operar a *lei de ponderação* tal como enunciada por Robert Alexy: “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”<sup>557</sup>.

Postas essas balizas, Steinmetz, embora reconhecendo a inviabilidade de construir um sistema de precedência *prima facie* entre os diferentes direitos fundamentais e a autonomia privada, sugere algumas precedências *prima facie*, que denomina como “gerais”, no âmbito dos direitos fundamentais individuais e à luz da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o seguinte contexto: 1º) a posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, a interpretação segundo a qual os direitos fundamentais são concretizações mais específicas dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade; 2º) a distinção entre direitos fundamentais de conteúdo patrimonial, a distinção entre relações de igualdade e de desigualdade entre particulares. A partir daí, finalmente propõe quatro precedências gerais *prima facie*, havidas como dogmaticamente corretas, ao menos em princípio, para o âmbito dos direitos individuais:

a) em uma relação contratual de particulares em situação ou sob condições de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada;

b) em uma relação contratual de particulares em situação ou sob condições de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada;

c) em uma relação contratual de particulares em situação ou sob condições de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial;

---

<sup>557</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 218-220.

d) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada<sup>558</sup>.

Para esse autor, a consideração da igualdade fática ou da desigualdade fática dos particulares, na relação contratual, como circunstância ou condição relevante de ponderação, resulta do princípio da igualdade. “A consideração do conteúdo do direito fundamental em jogo – se pessoal ou se patrimonial -, como circunstância ou condição relevante para a ponderação, resulta dos princípios da dignidade da pessoa e da liberdade”<sup>559</sup>.

Lado outro, insiste em afirmar que as precedências *prima facie* sugeridas não têm caráter definitivo; no entanto para serem afastadas ou invertidas, no caso concreto, devem satisfazer um ônus argumentativo.

Daniel Sarmiento, por sua vez, inicia o estudo a partir da premissa de que o reconhecimento da vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais nas relações privadas não significa que tais direitos possam ser aplicados da mesma forma que ocorre nas relações entre indivíduo e Estado. O que é correto. Isso porque os particulares são também titulares de direitos fundamentais, desfrutando de autonomia privada constitucionalmente protegida, a qual impõe uma série de adaptações e especificidades na incidência desses direitos no campo privado. É dizer, a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada, que deve ser primeiramente resolvida pelo legislador. No entanto, à falta de norma ou diante de sua inadequação em face dos valores constitucionais, a competência para solucionar o conflito transfere-se para o juiz, que deverá, por meio

---

<sup>558</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 224.

<sup>559</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 225.

de uma análise tópico-sistemática, verificar as circunstâncias específicas do caso concreto<sup>560</sup>.

Para viabilizar a atividade judicial e estreitar as margens de discricionariedade do juiz, reputa o jurista necessário estabelecer parâmetros ou *standards* para estes casos de colisão. Nesse ponto, inclusive, destaca a importância de tal tarefa porque entende que, no âmbito nacional, as decisões judiciais têm se mostrado intuitivas, carentes de fundamentação e não controláveis intersubjetivamente<sup>561</sup>.

Postas essas premissas, o primeiro parâmetro sugerido por Sarmiento cinge-se à existência e ao grau de desigualdade fática entre os envolvidos. Assim, quanto maior for a desigualdade, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao contrário, em uma situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia vai receber proteção mais intensa, abrindo espaço a restrições mais significativas ao direito fundamental com ela em conflito<sup>562</sup>.

A justificativa deste primeiro critério reside no fato de que a visão liberal-burguesa dos direitos fundamentais não é suficiente para explicar as relações de poder havidas entre os particulares, o que põe em dúvida o valor da autonomia privada. Portanto, a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis. “É assim, enfim, porque se entende que quando o ordenamento jurídico deixa livre o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso (...)”<sup>563</sup>.

---

<sup>560</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 260-261.

<sup>561</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 261.

<sup>562</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 261.

<sup>563</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 262.

Suficiente não fosse, enfatiza Sarmento que a incidência dos direitos fundamentais nestas relações encontra abrigo no fato de que os detentores de poderes sociais, muitas vezes, se utilizam da sua força para conformar aspectos relevantes da vida humana, inclusive, por meio de normas toleradas ou institucionalizadas pela ordem jurídica. E é por esta razão que as legislações do trabalho e do consumidor têm como fundamento a desigualdade fática existente entre as partes, e a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente presente, enquanto a argumentação ligada à autonomia privada dos contratantes assume um peso inferior<sup>564</sup>.

Na verdade, para Sarmento, o princípio da igualdade material que se infere da conjugação da cláusula da isonomia (Constituição Federal de 1988, art. 5º, *caput*) com a diretriz constitucional apontada como um dos fundamentos da República, de redução das desigualdades sociais (Constituição Federal de 1988, art. 3º, III), não apenas permite, mas antes impõe, entre nós, a proteção das partes mais débeis nas relações entre particulares. Isto necessariamente importa em uma relativização da autonomia privada no contexto das relações não paritárias, em proveito dos interesses da parte hipossuficiente.

Mas não é só. Sarmento realça que um dos papéis essenciais dos direitos fundamentais é a proteção da pessoa contra o poder, seja ele advindo do Estado, seja emanado de particular. Por isso, entende amplamente justificada a incidência dos direitos fundamentais sobre os agentes privados mais poderosos, no nosso caso, os bancos, ainda que ao preço de aceitar-se uma certa relativização do princípio da autonomia privada nas relações assimétricas de que participam. O que, por outro lado, não exclui a incidência dos direitos fundamentais nas relações paritárias.

Nas relações paritárias, assevera que se impõe uma proteção direta dos direitos fundamentais, sob pena de se proporcionar uma garantia incompleta à dignidade da pessoa humana, uma vez que, nestes casos, graves

violações aos referidos direitos podem ser perpetradas, e a tutela destas situações não pode ficar na dependência exclusiva do legislador, nem do preenchimento de cláusulas gerais do Direito Privado, porventura existentes. Assim, se é possível admitir como premissa válida que os direitos fundamentais protegem os bens mais importantes para a pessoa humana, não há razão para se recusar uma proteção constitucional integral e efetiva a estes bens, independentemente de onde provier a ameaça ou a agressão. Todavia, adverte Sarmiento que, nestes casos, a proteção à autonomia privada haverá de ser mais intensa no momento da ponderação de interesses, já que não mais prevalecerá a presunção de que a parte mais fraca não agiu livremente, no momento em que “consentiu” com determinada restrição ao exercício de certo direito fundamental de que era titular.

Ademais, fora os casos de direitos fundamentais especificamente destinados às relações Estado e indivíduo, esclarece que será sempre necessário levar em consideração, na solução do caso concreto, a autonomia do ator privado, mesmo quando a relação envolver poder social, uma vez que é este igualmente titular de direitos fundamentais, os quais não podem ser desrespeitados sem mais ou com o emprego, por exemplo, de simplificações equivocadas ou de fórmulas matemáticas.

Em relação ao peso da autonomia privada, para Sarmiento, não é possível ainda esquecer que ela constitui um valor essencial nos Estados democráticos e exprime uma importante dimensão da dignidade da pessoa humana, malgrado, em algumas situações, goze de proteção com menor intensidade. Como exemplo, refere-se às chamadas questões existenciais *versus* as decisões de caráter econômico-patrimonial. Nestas últimas, a essencialidade do bem é um critério importante para a aferição da intensidade da proteção conferida à autonomia privada. “Portanto, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia comercial será maior, e menos intensa se fará a tutela ao

---

<sup>564</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora

direito fundamental contraposto”. Quer dizer, o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade entre as partes, mas também em função da questão examinada<sup>565</sup>.

Outro ponto relevante destacado pelo jurista refere-se à lesão a um direito fundamental de um particular, no contexto de relações privadas, que pode decorrer tanto de uma decisão heterônoma de outro agente privado (ato lesivo que não depende da vontade da vítima), como de um negócio bilateral, cuja validade dependa do consentimento formal do próprio afetado.

Quando o afetado não participa do ato gerador da lesão ao seu direito fundamental, está em jogo apenas a autonomia privada da outra parte da relação jurídica. Há, aqui, um caráter de passividade. Nesse caso, pois, a autonomia privada contará com menor peso. Já quando a vítima empresta o seu consentimento ao ato, o que se dá nas relações contratuais, torna-se necessário considerar a autonomia da vontade de ambas as partes, e o peso desta tende a ser maior, sobretudo quando se tratar de uma relação entre iguais, em que não se presume a ausência ou a falta de liberdade real no ato de renúncia ao exercício do direito fundamental. Nesta última situação, seria possível discutir, afirma Sarmento, até que ponto é legítimo que os direitos fundamentais representem uma proteção da pessoa contra si mesma. Põe-se, portanto, em discussão a validade da renúncia, considerando-se, inclusive, que, mesmo em relações privadas paritárias e equilibradas, o livre consentimento da pessoa não legitima lesões ao núcleo essencial dos seus direitos, nem tampouco à sua dignidade como pessoa, que são considerados irrenunciáveis<sup>566</sup>.

Por último, Virgílio Afonso da Silva entende que a autonomia privada é um princípio formal que funciona como razão para aceitar a validade das decisões tomadas nas relações entre particulares. Tal princípio, pois, sustenta essas decisões porque garante uma competência para que elas sejam tomadas. Isso,

---

Lumen Juris, 2006, pp. 262-263.

<sup>565</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 267.

<sup>566</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 271.

contudo, não significa que essa competência nunca poderá ser superada e que toda decisão baseada na autonomia privada deverá ser respeitada. Em vista disso, o ponto central do problema refere-se à forma com que se deve decidir o que prevalece em cada caso concreto: a decisão baseada na autonomia privada ou a proteção a direitos fundamentais eventualmente restringidos<sup>567</sup>.

Reconhece, por outro lado, Silva que o critério mais difundido para solucionar o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o sopesamento entre princípios. De um lado, o princípio da autonomia da vontade, de outro, o direito fundamental envolvido. Reputa, no entanto, equivocada essa tentativa e passa a criticar as orientações de Daniel Sarmento e de Wilson Steinmetz<sup>568</sup>.

Em uma colisão entre direitos fundamentais que tenham estrutura de princípios, Silva reconhece que vale a chamada lei da colisão: “quanto maior for o grau de não-realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide”. O que significa, grosso modo, que o que se perde de um lado deve ser compensado pelo que se ganha do outro. Ocorre que, para esse autor, esse raciocínio não se aplica nas relações entre particulares, ou seja, nas relações autonomia privada/direitos fundamentais atingidos. Nesses casos, a análise não segue o mesmo padrão porque não há um efetivo sopesamento entre o grau de restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização da autonomia privada. Na realidade, não há uma análise bidirecional entre a autonomia privada, de um lado, e os direitos fundamentais, de outro. O que se faz é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 153.

<sup>568</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 153-154.

<sup>569</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 154.

Virgílio Afonso da Silva destaca que um dos parâmetros mais recorrentes para uma eventual desvalorização da autonomia privada baseia-se na assimetria entre as partes envolvidas nas relações particulares. Assim, quanto maior for a desigualdade fática (desigualdade material) entre os envolvidos, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada (Daniel Sarmento). Ao contrário, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito<sup>570</sup>.

O critério não vinga para Silva porquanto essa assimetria é tida como estanque: sempre que houver desigualdade material, haverá uma assimetria na relação entre particulares que deverá diminuir o valor da autonomia privada. Haveria aqui uma equiparação “um pouco maniqueísta” entre uma desigualdade fática com uma desigualdade material. Isso porque, sem querer desconsiderar a hipossuficiência do consumidor ou do trabalhador, para o jurista, a necessidade de proteção não surge automaticamente de uma desigualdade material, mas de uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica. A assimetria entre empregador e empregado, por exemplo, nas relações de trabalho, não decorre de uma desigualdade material entre ambas as partes, mas da própria relação de poder ínsita a essas relações. Com isso se percebe que é perfeitamente possível que, em uma relação entre particulares, haja um enorme grau de autonomia na escolha dos termos e condições da relação, ainda que haja uma considerável desigualdade de poder entre as partes<sup>571</sup>.

Além disso, se a resolução de colisões de princípios se resolve sempre tendo em conta o caso concreto, o que significa que toda a relação de prevalência entre eles somente pode ser condicionada ao próprio caso concreto, não é possível pressupor, adverte Silva, desigualdades materiais como fundamento *incondicionado* de assimetrias nas relações entre particulares e daí concluir, também

---

<sup>570</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 156.

<sup>571</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 156-157.

*incondicionalmente*, que, em toda relação em que houver desigualdade material entre as partes, a autonomia privada deverá ter seu peso relativizado.

O grau real de autonomia privada, verificável em concreto, deve, sim, ser levado em consideração na decisão do caso. O que significa que sempre que houver fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia privada, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena. “Tais fatores podem ser de diversas ordens – até mesmo decorrentes de uma desigualdade material entre as partes. Mas essa não é nem condição suficiente nem necessária para que ocorram limitações ao exercício da autonomia privada”<sup>572</sup>.

Para Virgílio Afonso da Silva, pois, o fator decisivo para se saber se restrições a direitos fundamentais no bojo de uma relação entre particulares devem ser aceitas por respeito à autonomia privada é o grau real de autonomia que se verifica em cada caso. De qualquer forma, sustenta que não há aqui um sopesamento entre a autonomia privada e o direito fundamental atingido, já que o critério “autonomia real ou aparente” é unilateral e diz respeito somente à própria autonomia.

Nesse passo, se a autonomia privada é um princípio formal que sustentará competências para decidir livremente os termos de uma relação entre particulares, esse princípio formal será tão mais sólido quanto mais real for a autonomia privada. Mas para saber se decisões no âmbito das relações entre particulares são realmente produto do exercício da autonomia privada não é suficiente saber se havia simetria de poder, ausência de pressões internas, e, menos ainda, se existiam ou não pressões externas à própria relação. Esses elementos são essenciais, mas não esgotam o problema. “É possível que, embora a relação entre as partes fosse inicialmente simétrica e que não houvesse nenhum tipo de pressão externa, mudanças fáticas não previstas anteriormente por uma das partes, ainda

---

<sup>572</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 153 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 158.

que previsíveis fossem, desequilibrem a relação contratual, restringindo ainda mais direitos fundamentais envolvidos, podendo autorizar uma intervenção na relação como forma de proteger os direitos envolvidos”<sup>573</sup>.

Abrindo parêntese, de fato, não se compartilha, para os fins da presente pesquisa, da ideia de que toda vez que houver em uma relação entre particulares, em um dos pólos, detentor de poder social/econômico, haverá a necessidade *incondicional* de mitigação da autonomia privada. Embora seja certo que o critério da desigualdade fática é de grande valia para justificar a incidência das normas de direitos fundamentais nas relações jusprivatísticas, como fora reconhecido alhures, tendo em conta os contratos bancários de adesão, o critério de Virgílio Afonso da Silva acabaria, ainda que por outro caminho, por alcançar a conclusão de Daniel Sarmiento. Diante da impossibilidade de negociação das cláusulas contratuais, em especial, no que toca àquelas que impõem limitações a direitos fundamentais, a autonomia privada de uma das partes estaria mitigada (ao menos *prima facie*, e não apenas por força de um poder social/econômico) porque abalada a competência para decidir livremente os termos de uma relação contratual.

É claro, outrossim, que não se está a advogar a tese de que todo contrato de adesão contém cláusulas abusivas, por exemplo. No entanto, ainda assim, não se desconhece que há nessas avenças um ambiente propício à exteriorização pelo banco do abuso do poder econômico em detrimento do consumidor, hipossuficiente, para os fins do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Daí a importância das considerações de Daniel Sarmiento.

Prosseguindo com o raciocínio de Virgílio Afonso da Silva, na análise da relação entre a manutenção das competências sustentadas pela autonomia privada e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais eventualmente envolvidos na relação entre particulares, entende o autor ser necessário voltar ao paralelo entre a autonomia privada e a competência decisória do legislador, entendidas como razões para a garantia de certas competências. E essa garantia, reconhece, pode ser relativizada em face de diversos fatores, como

---

<sup>573</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas**

desequilíbrio na relação entre particulares ou eventual falseamento da real autonomia privada. Quando nenhum desses fatores estiver presente, deve-se partir de uma precedência *prima facie* da autonomia privada frente a eventuais direitos fundamentais envolvidos.

Essa precedência *prima facie* pode ser revertida, tendo em conta a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos na relação. Ainda que haja simetria de poderes e real exercício da autonomia privada em uma dada relação entre particulares, pondera Silva, o peso do princípio formal da autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos. Assim, não obstante não haja sopesamento, os argumentos contra a autonomia privada são tão maiores quanto maior for a intensidade da limitação ao direito fundamental envolvido. A autonomia privada, “(...) como já várias vezes sublinhado, é um princípio meramente formal, cuja função principal, no âmbito que aqui importa, é sustentar competências. Nesse sentido, ela é um princípio desprovido de conteúdo – por isso sua qualificação como formal. Não há como, portanto, sopesá-la com princípios materiais – os direitos fundamentais – porque falta um valor de comparação entre ambos”<sup>574</sup>.

Tendo como norte o que já fora estudado, não é possível avaliar a posição de Virgílio Afonso da Silva no sentido de que a autonomia privada é um direito fundamental desprovido de conteúdo. Muito pelo contrário, a autonomia privada é um princípio fundamental material; é o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livre e soberanamente, auto-regulem os próprios interesses, seja criando deveres, seja contraindo direitos.

Ademais, desconsidera esse autor o fato de que, em uma relação entre particulares, com ou sem simetria de posições, ambos são titulares de direitos fundamentais. É dizer, ambos têm o poder de celebrar contratos, com observância do que dispõe o ordenamento jurídico. Por esta razão, não parece razoável afastar, de modo radical, a possibilidade de sopesamento porque, no fundo, há grandezas a

---

**relações entre particulares.** 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 159.

<sup>574</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 160.

serem comparadas. No nosso caso, de um lado, a autonomia privada do banco, o seu direito de propriedade e de livre iniciativa econômica, o poder de impor as cláusulas contratuais que melhor amparem os seus interesses, que, de fato, merecem consideração; de outro, eventual direito fundamental do consumidor violado e até mesmo, como prefere Virgílio Afonso da Silva, a sua competência para livremente estabelecer os termos desta relação contratual em caso de eventual renúncia ao exercício de direito fundamental<sup>575</sup>.

Não se nega que a precedência da autonomia privada *prima facie* existe e que os contratos, regra geral, devem ser cumpridos, nos moldes em que foram pactuados. Também não é possível desconsiderar as opções do legislador ordinário (válidas e constitucionais) para os conflitos entre particulares. Mas afastar, de forma radical, a possibilidade de sopesamento denuncia certo exagero, até porque, ao final, na linha do que ora se defende, Virgílio Afonso da Silva reconhece que o peso do princípio da autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos.

Quanto ao emprego do princípio da proporcionalidade para solução de conflitos baseados na autonomia privada que restrinjam direitos

---

<sup>575</sup> O Ministro Nelson Jobim, em seu voto, proferido na “ADIn dos Bancos” lista várias vantagens da intermediação do crédito levada a efeito pelos bancos: “(1) **dispensa o contrato direto entre agentes**. É extremamente improvável, salvo em situações fáticas muito especiais, que os agentes deficitários aceitem tomar empréstimos nas mesmas condições que agentes superavitários se disponham a concedê-los. A intermediação financeira diminui incerteza, cria padrões de conduta nos empréstimos, desenvolve uma classe profissional que estabiliza essa atividade já que a desenvolve em escala, o que a permite criar condições de empréstimos muito mais variáveis e regras mais adequadas. (2) **minimiza os custos e os riscos no sistema sócio-econômico**. Uma operação financeira tem seu custo calculado não apenas com base nos elementos internos do contrato ou nos riscos da intenção ou situação do tomador. Esse cálculo também leva em conta *contingências* não dependentes dos agentes – desastres naturais, crise econômica geral, infortúnios etc. A intermediação financeira reduz esses custos já que o aparecimento de uma classe profissional diversifica a atividade aumenta as regiões abrangidas, o que força a redução do custo relativo da operação. (3) **Facilita o encontro de capital disponível**. Com a intermediação financeira, o agente deficitário tem condições mais adequadas de encontrar excedentes no momento de sua necessidade. (4) **Aumenta o acesso ao mercado financeiro**. A intermediação possibilita, com mais facilidades e rapidez, que grandes montantes de excedentes monetários se transformem em ativos financeiros e permite que pequenas poupanças sejam utilizadas em investimentos. Do outro lado, a possibilidade da tomada de grandes empréstimos viabiliza investimentos e a possibilidade da tomada de empréstimos diminutos permite o aumento do consumo de bens, móveis e imóveis, e serviços. (5) **Flexibilização dos critérios de empréstimos**. A diversidade da atividade de intermediação financeira possibilita um exame macro de critérios de rentabilidade e retorno que permite a flexibilidade e a facilitação no oferecimento de recursos”. Disponível em << <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266855> >>. Acesso em: 27 fev. 2011.

fundamentais, Virgílio Afonso da Silva entende o recurso problemático (Wilson Steinmetz). Primeiro, porque é impossível um sopesamento entre a autonomia privada e os direitos fundamentais. Segundo, porque o sopesamento é apenas um dos instrumentos abrangidos pelo referido princípio, que prefere chamar de regra da proporcionalidade. Adverte que, antes dele, exige-se do intérprete que realize os testes da adequação e da necessidade: “uma medida é *adequada* se, com ela, os fins perseguidos são fomentados; ela é, além disso, *necessária*, se não houver outra medida que seja, ao mesmo tempo, menos restritiva de direitos e tão eficiente quanto a medida adotada”.

A partir dessas primeiras constatações, passa Silva a criticar a orientação de Wilson Steinmetz que tem como ponto de partida o seguinte exemplo, que, embora já tenha sido referido, opta-se por reprisá-lo, para possibilitar a melhor compreensão do leitor. É conferir:

(...) em uma relação contratual entre dois particulares, estabeleceu-se, de comum acordo, a restrição a um direito fundamental de um dos contratantes – logo uma restrição a um direito fundamental de um dos contratantes – logo um restrição a direito fundamental decorrente do exercício da autonomia privada; após a finalização do contrato, e já em curso seus efeitos, o particular que teve seu direito fundamental restringido ingressa com ação judicial para anular o contrato firmado; o outro particular, em sua defesa, invoca o princípio da autonomia privada. Segundo Steinmetz, a solução para o caso somente pode ser encontrada na aplicação do chamado princípio da proporcionalidade. Seria necessário, diante disso, que se examinasse se a restrição contratual ao direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito<sup>576</sup>.

Para Silva, Steinmetz não se dedica – o que é verdade à luz do exposto – a desenvolver um modelo de aplicação dos primeiros passos da proporcionalidade (testes de adequação e de necessidade) nessas situações e se concentra no último teste, a proporcionalidade em sentido estrito, para o que desenvolve um modelo dogmático próprio, baseado, sobretudo, na ideia de precedências *prima facie*. Na ausência de maiores desenvolvimentos, pressupõe Silva que Steinmetz sustenta que os testes da adequação e da necessidade de uma medida restritiva de direitos fundamentais baseada na autonomia privada devem ser

levados a cabo da mesma forma como ocorre nos casos de medidas estatais que restrinjam direitos fundamentais. “Essa é, no entanto, uma transposição que não me parece possível”.

Virgílio Afonso da Silva resolve validar o modelo proposto de Steinmetz a partir de um exemplo: o caso dos *reality shows* da televisão brasileira. Confira-se: “Vamos supor que os dois particulares do modelo de Steinmetz sejam uma grande rede de televisão e um dos participantes de um desses shows e que o direito fundamental restringido na relação contratual tenha sido a privacidade do participante. Segundo Steinmetz, se o participante pretender anular o contrato firmado com base na alegação de restrição ao seu direito de privacidade, seria necessário aplicar a regra da proporcionalidade”. Se isso estiver correto, entende Silva que seria necessário perguntar: a medida é adequada? A medida é necessária?<sup>577</sup>

Quanto à adequação, entendida como a aptidão de fomentar a realização de uma finalidade, Silva reputa necessário indagar: qual era a finalidade da restrição ao direito fundamental atingido (a privacidade)? E, aqui, já começariam os problemas porque, ao contrário do que ocorre com as medidas restritivas estatais de direitos fundamentais, que, em geral, somente são legítimas quando pretendem, pela via da limitação a um direito fundamental, fomentar outro direito fundamental ou um interesse coletivo, nas relações entre particulares isso não é exigido. Em suas palavras:

Assim é que, na relação que se toma aqui, como exemplo, a finalidade perseguida é do lado da rede de televisão, um aumento de sua audiência por meio da exposição da privacidade dos participantes e, do lado dos participantes, a exposição na mídia e o possível prêmio oferecido aos vencedores daqueles *shows*. Steinmetz salienta que toda e qualquer restrição a direito fundamental – incluindo-se aí aquelas decorrentes de atos de particulares – deve estar vinculada a uma finalidade constitucionalmente legítima. O grande problema, neste ponto, é definir se aquilo que é legítimo para o Estado é também legítimo para o particular e vice-versa. Não parece ser o caso pelo que

---

<sup>576</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 161.

<sup>577</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 162.

acabou de ser exposto. Assim, no exemplo em questão, a medida seria adequada simplesmente porque a restrição à privacidade dos participantes propicia à rede de televisão uma grande audiência e, aos participantes, a desejada exposição na mídia e, eventualmente, um prêmio em dinheiro.

Sem embargo da falta de completude do raciocínio de Steinmetz, haja vista que remete sem maiores explicações os testes da adequação e da necessidade para o plano fático, há uma incongruência na posição de Virgílio Afonso da Silva quando afirma que, nas relações entre particulares, não é exigido que as medidas restritivas de direitos fundamentais tenham por objetivo fomentar outro direito fundamental ou interesse coletivo.

As relações jurídicas de natureza contratual têm em conta a proibição de prejudicar a coletividade ou terceiros. A função social do contrato, não há dúvida, está claramente determinada pela Constituição Federal, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa. Nessa ordem de convicções, o contrato, qualquer contrato, tem importância para a sociedade e essa afirmação, por força do texto constitucional, faz parte do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, nas relações privadas, embora não se possa enunciar em listagem completa e fechada todas as hipóteses que as medidas restritivas de direitos fundamentais, dentre eles, o princípio da autonomia privada, tenham por objetivo fomentar outros direitos fundamentais ou interesses coletivos, convém mencionar que não é adequado desmerecer o argumento de Steinmetz – ainda que não seja ele o mais correto - com base na afirmação, repita-se, de que, nas relações entre particulares, não é exigido que as medidas restritivas de direitos fundamentais tenham por objetivo fomentar outro direito fundamental ou interesse coletivo. Aliás, sequer a autonomia privada é um valor absoluto<sup>578</sup>.

Por outro lado, há ainda um pormenor que não pode ser olvidado e que nos força a retomar as conclusões de Virgílio Afonso da Silva no sentido de que o emprego da técnica do sopesamento não implica a invocação necessária do princípio da proporcionalidade.

---

<sup>578</sup> GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana.** – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, pp. 259-260.

No que tange à necessidade (“caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”), Virgílio Afonso da Silva afirma que é necessário que se indague acerca da possibilidade de aplicação desse raciocínio à relação entre particulares. A resposta parece ser negativa porque exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas - para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que lhes retirar a autonomia de livremente dispor sobre os termos contratuais. Em outros termos, exigir a obediência à regra da necessidade não é uma forma de solução da colisão entre direito fundamental e autonomia privada, já que essa autonomia estará necessariamente comprometida pelas próprias exigências dessa regra. Se aos particulares não restou outra solução senão a adoção das medidas estritamente necessárias, não se há, para o autor, mais de falar em autonomia<sup>579</sup>.

Diante disso, as precedências *prima facie* que Steinmetz desenvolve, para Silva, perdem um pouco de seu sentido. Isso porque se a aplicação da proporcionalidade for transportada para as relações entre particulares, essa relação de precedência será superada todas as vezes que os particulares não optarem pela medida estritamente necessária. Assim, mesmo que a relação tenha sido estabelecida em condições de igualdade, o que não é o caso dos contratos bancários de adesão, e o direito fundamental envolvido tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem os menos gravosos a esse direito, o contrato será sempre nulo.

De tudo o que foi exposto, não há como recusar a ponderação como forma de resolver o conflito entre direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois ela levará à formulação de uma regra de direito fundamental definitiva, a ser aplicada ao caso concreto.

---

<sup>579</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 163.

No entanto, ficam demonstrados alguns critérios de como se deve proceder diante de uma colisão de direitos fundamentais. Ao fim e ao cabo, como visto, tudo acabará por depender das circunstâncias específicas do caso concreto. Recorde-se: os princípios como mandamentos de otimização são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. É o que se chama de relação de precedência condicionada, que consiste em verificar quando um princípio deve prevalecer sobre outro dentro de determinadas condições fáticas e jurídicas.

Além disso, como averbam Alexy e André Rufino do Vale, não é possível esquecer que a forma mais ambiciosa de uma teoria dos direitos fundamentais seria a que tivesse para cada caso apenas uma solução correta. Tal teoria, para lograr o máximo de eficácia na determinação da solução para cada caso, teria que estabelecer uma relação, em concreto, de prioridade para todos os casos concebíveis em que estão em jogo direitos fundamentais. Isso significaria a elaboração de uma regra de decisão para cada caso. A teoria se resumiria, portanto, a um catálogo de regras de decisão para os casos que pudessem surgir. Como a vida impede a elaboração de um catálogo completo e exaustivo, estaria tal teoria fadada ao insucesso<sup>580</sup>.

Nada obstante, se não é possível, nesses termos, a construção de regras gerais e abstratas de solução das colisões de direitos fundamentais no âmbito privado, por outro lado, podem-se estabelecer alguns critérios a serem levados em conta na decisão dos casos controversos. Foi isso o que fizeram, com grande valia, Wilson Steinmetz, Virgílio Afonso da Silva e Daniel Sarmiento.

---

<sup>580</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 188.

## CONCLUSÃO

Ao longo da presente dissertação, inúmeras questões de Direito foram discutidas, e seria enfadonho repetir neste momento, ainda que de forma sucinta, tudo o que foi escrito anteriormente. Mostra-se interessante, todavia, trazer à tona, em breves proposições, as principais conclusões alcançadas com o estudo.

1. A concepção de uma teoria a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares perpassa necessariamente pelo modo como o Estado, em suas faces liberal, social e pós-moderna, promoveu e promove a proteção dos direitos fundamentais. A incidência valorativa dos direitos fundamentais, entendidos como realidades históricas em mutação, nas relações privadas, é processo de construção permanente.

2. No Estado Liberal, a separação entre este e a sociedade traduziu-se em garantia da liberdade individual. Não deveria haver interferência nos assuntos da ordem privada, mas tão somente garantia da aplicação da lei, da proteção da propriedade, da manutenção da ordem pública, da segurança nacional e das relações exteriores. Nas relações entre particulares, prevalecia a autonomia da vontade, e os direitos fundamentais vigoravam primordialmente no âmbito da relação indivíduo/Estado. Consolidava-se a dicotomia Direito Público e Direito Privado.

3. Com o advento do Estado Social, a tutela dos direitos fundamentais, até então concebida como sinônimo de não-intervenção na esfera privada do indivíduo, passou a reclamar daquele uma postura positiva, visando à concretização – em última análise - da garantia constitucional de igualdade material.

3. Com a superação do paradigma da Modernidade, há uma multiplicação progressiva de centros de poder que colocam os mais fracos na condição de subordinados. Mitigam-se os direitos fundamentais em prol da supremacia privada e da prevalência do poderio econômico. Por um lado, deduz-se

a necessidade de procura de soluções diferenciadas que levem em consideração as especificidades do Direito Privado e, por outro, o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica.

4. Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, imperiosa se fez a instrumentalização de uma teoria dos direitos fundamentais que fosse apta a harmonizar as forças econômicas, em detrimento, inclusive, do *pacta sunt servanda*. Isso porque, para a fruição desses direitos, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano. Era preciso intervir nas relações entre particulares porquanto ruíra a falsa ideia de que toda a disposição contratual de viés liberal era naturalmente justa e garantia a liberdade e a igualdade substantiva.

5. A autonomia da vontade, entendida como faculdade que tinham as pessoas de concluir livremente os seus contratos, foi substituída pela autonomia privada, como o poder de regulamentar os próprios interesses, de acordo com o ordenamento jurídico, entendido sempre de forma objetiva, mais voltado à realidade social, e não mais à manifestação de vontade em si. Consequentemente, o contrato perde a sua rigidez para admitir que, além da vontade das partes, outras fontes integram o seu conteúdo. O Direito Privado aproxima-se do Direito Público, diante da concepção de que a Constituição representa o fundamento da ordem jurídica e da sociedade.

6. A Constituição é norma jurídica de caráter cogente e vinculante, não apenas uma diretriz política ao legislador. Incorpora hoje a consciência jurídica geral em torno da ideia de dignidade humana, de Direito e de Justiça.

7. Os direitos fundamentais, com exceção daqueles que dizem respeito exclusivamente ao Poder Público, vinculam os particulares.

8. A função social do contrato não elimina o princípio da autonomia da vontade, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

9. Os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, albergam os valores jurídicos mais caros da sociedade, que – ao fim e ao cabo – são expressão da dignidade da pessoa humana. Formam um sistema axiológico, consagrado explícita ou implicitamente pela Constituição, a ser prestigiado tanto pelo Estado como pelos particulares em suas relações privadas. Constituem o alicerce do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

10. As regras são normas que estabelecem, de pronto, os efeitos que pretendem produzir no plano fático, ao passo que os princípios indicam efeitos relativamente indeterminados porque, a partir de certo ponto, a sua definição depende de outras considerações.

11. Não há hierarquia entre princípios e regras constitucionais porque não há normas constitucionais meramente formais, nem hierarquia de supra ou infra-ordenação na Constituição.

12. A dignidade da pessoa humana não é o conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais; no entanto é nítida a sua relação com esses direitos, notadamente na sua dimensão objetiva. À luz da Constituição Federal de 1988, o constituinte erigiu a dignidade humana a fundamento da República. Logo, todo o ordenamento jurídico nacional perpassa pela preocupação com a tutela da pessoa humana, seja nas relações Estado e indivíduo, seja nas relações entre sujeitos privados. A pessoa é o fim, e o Estado apenas o meio para a garantia e a promoção dos seus direitos fundamentais.

13. A autonomia privada, como poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livre e soberanamente, auto-regulem os próprios interesses, seja criando deveres, seja criando direitos, ostenta *status* constitucional, embora não tenha a Constituição Federal de 1988 se ocupado em defini-la direta e expressamente como direito fundamental.

14. Na perspectiva dos contratos bancários, a autonomia privada liga-se mais fortemente ao direito de propriedade e ao princípio da livre iniciativa.

Não é, contudo, ilimitada ou um princípio absoluto porque é submetida a juízos de licitude e de valor, por meio dos quais se determina a compatibilidade entre o ato e a atividade, de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, de outro.

15. A liberdade contratual é regida pelo quadro axiológico da Constituição que incorpora o princípio basilar da solidariedade social, o valor da dignidade da pessoa humana e a prevalência do bem comum, perfazendo, nesse contexto, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

16. Diante das situações de poder surgidas com a formação das novas estruturas sociais, afirmar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e não eficácia horizontal, não é mera questão terminológica. Os poderes sociais podem constituir uma ameaça mais efetiva a tais direitos do que a própria atuação estatal, na qual se imputa primitivamente a noção de verticalidade.

17. Segundo a teoria mediata ou indireta, para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é requerida, preferencialmente, a intervenção mediadora do legislador ou, ainda, a atividade interpretativa exercida pelo juiz na aplicação, em concreto, de um determinado comando legal (cláusulas gerais e conceitos indeterminados do Direito Privado) à luz dos direitos fundamentais.

18. A teoria de Schwabe autoriza a conclusão de que os particulares são irresponsáveis frente aos direitos fundamentais porque as relações privadas invariavelmente são deslocadas para o plano das relações entre eles e o Estado, plano este em que os direitos fundamentais operam eficácia imediata e direta, haja vista serem direitos de defesa.

19. Claus-Wilhelm Canaris defende que, mesmo onde os direitos fundamentais não sejam aplicáveis na sua específica dimensão jurídico-constitucional e onde não esteja em causa uma violação às proibições de excesso ou de insuficiência, podem ser importantes para a interpretação do Direito Privado e, em especial, para a concretização das cláusulas gerais. Nestes casos, os direitos fundamentais sempre podem produzir efeitos como princípios gerais do Direito com

nível infraconstitucional, tal como também os outros princípios gerais de Direito. Neste último, inclusive, a não consideração dos direitos fundamentais não pode sequer dar ensejo, com sucesso, a uma “queixa constitucional.

20. A eficácia direta ou imediata se opera por meio da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sem a necessidade de mediações concretizadoras.

21. O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 não é justificativa textual para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não obstante seja um fundamento adicional de reforço a essa vinculação.

22. As teorias mediata e imediata não são excludentes, mas, sim, complementares, uma vez coexistem diversos níveis de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados. Nas normas constitucionais se reconhecem e se garantem situações subjetivas muito díspares entre si. Esta diferenciação determina logicamente uma pluralidade de soluções quanto às modalidades de tutela. Se a possibilidade de realização destes direitos não é idêntica, tampouco a tutela ou mesmo a forma de eficácia pode sê-lo.

23. A Constituição Federal de 1988 corrobora a tese de que os direitos fundamentais, à exceção daqueles que se dirigem especificamente à relação entre Estado e indivíduo, vinculam, *prima facie*, direta ou imediatamente os particulares, sem a necessidade de atuação do legislador ordinário e sem se esgotar na interpretação de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados do Direito Privado.

24. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não é ilimitada e naturalmente encontra limites nos princípios estruturais e nos valores próprios do Direito Privado. O caráter de polivalência dos direitos fundamentais não se resolve com base em uma transposição mecânica desses direitos ao campo das relações jurídico-privadas. Consequentemente, não há como

deixar de observar que o que está em jogo é o frágil equilíbrio entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada.

25. O crédito é caracterizado pelos atos em que alguém transfere ou promete transferir coisas, presta ou promete prestar serviços, mediante estipulação de contraprestação futura. É o direito que tem o titular a uma prestação de natureza patrimonial que se exprime em moeda, mas não ostenta função de reserva de valor porque funciona como antecipação do poder de compra baseado na confiança do credor de que o devedor irá pagar sua dívida, em data futura previamente estabelecida.

26. O contrato bancário é o negócio jurídico realizado por um banco, por uma instituição financeira em geral, que tem por objeto ato de intermediação do crédito.

27. As instituições bancárias são detentoras de poder social porque dispõem de poderio econômico suscetível de conformar aspectos relevantes, senão fundamentais, da sociedade (crédito e dinheiro), chegando mesmo a dispor de poderes normativos, tolerados e institucionalizados.

28. O reconhecimento da livre iniciativa tem que se entender estendido às pessoas jurídicas, também titulares de direitos fundamentais, mas não como um fim em si mesmo, e sim como meio de assegurar os valores consagrados pela Constituição Federal de 1988. A livre iniciativa econômica se garante constitucionalmente em função do valor social que representa, de modo que os particulares não podem, com fulcro no princípio da autonomia privada, afastar livremente os direitos fundamentais.

29. Os contratos bancários de adesão são instrumentos de circulação de riquezas da sociedade e, hoje, também são instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, cujos paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional, mas também os mandamentos de igualdade entre os desiguais, de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas e, em especial, da dignidade daqueles sujeitos enquanto pessoa humana

30. A ordem econômica deve se harmonizar com a legalidade constitucional e com a finalidade social do contrato. É preciso assegurar o crédito sem sacrifício do projeto constitucional que tem na pessoa humana o seu valor mais caro. Deve-se buscar a harmonia entre a atividade bancária, na sua expressão maior, o contrato bancário de adesão, com os princípios norteadores do valor social da livre iniciativa, a que se refere o art. 170 da Constituição Federal de 1988.

31. Os contratos bancários enquadram-se no rol dos chamados contratos de adesão, pelos quais a participação de um dos contratantes se resume à aceitação, em bloco, das cláusulas estabelecidas pela outra parte, aderindo a uma situação contratual que se encontra previamente definida em todos os seus termos.

32. Nem toda a renúncia ao exercício de direito fundamental contida em contrato bancário de adesão é válida porque sabia o aderente estar previamente contratando. O caso concreto é que dirá quanto à sua validade. O que reforça a posição de que não são esses contratos imunes aos direitos fundamentais.

33. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN n. 2591-1/DF, amplamente conhecida como a “ADIn dos Bancos”, na perspectiva do entendimento vencedor, reconheceu que as liberdades de iniciativa e negocial não ostentam valor absoluto e não criam, em torno das instituições bancárias, qualquer círculo de imunidade que as exonere dos encargos de velar pelo interesse social e de promover o bem comum, por meio do respeito aos direitos fundamentais e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

34. O problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é um problema de colisão entre direitos fundamentais, o qual pode ser resolvido por meio da ponderação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível: <<  
<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/download/234/228> >>. Acesso em: 17 fev. 2011.

AGUILA-REAL, Jesús Alfaro. *Autonomía privada y derechos fundamentales*. Disponível em: <<  
[http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM\\_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/autonomia%20privada%201.pdf](http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/autonomia%20privada%201.pdf)>>. Acesso em: 7 fev. 2011.

ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. – Madrid: Fundacion beneficentia et peritia iuris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. – Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Luís Otávio de Oliveira. *Teoria geral do Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3 ed. reimp. - Coimbra: Almedina, 2006.

ARAGÃO, Alexandre. *Comentários à Constituição Federal de 1988* / coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BARBERÁN, Pablo Marshall. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. n. 10. 2006/2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3 ed. – Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público* (prefácio). In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2ª tiragem / colaboradores Alexandre dos Santos Aragão... [et al.]. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BASTOS, Ricardo da Silva. *Uma nova visão dos contratos à autonomia privada*. Disponível em: <<  
<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19811/Uma%20nova%20vis%C3%A3o%20dos%20contratos%20%20A%20autonomia%20privada.pdf?sequence=1> >>. Acesso em: 16 nov. 2010.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. – Campinas: Servanda Editora, 2008.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. - Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política* / Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino. Tradução de: Carmen C. Varriale... [et al.]; Coordenação de tradução de: João Ferreira; Revisão geral de: João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5 ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993.

\_\_\_\_\_. *Era dos direitos*. 10ª reimpressão. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 7 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. – Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. – Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento*. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição* / organização de Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto... [et al.]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de crédito*. 10 ed. atual. – São Paulo: Editora Atlas, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. – São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. Separata de: Revista Jurídica n. 312, out. 2003, Doutrina Cível.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. - Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. - Coimbra: Edições Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. *Apresentação*. In: VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. – São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

COTTIM, Armando António de Jesus. *Da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Contributo para uma teoria de construção*. 2006. 67 f. Relatório de Mestrado apresentado no seminário “Direitos Fundamentais B”, orientado pelo professor Dr. Jorge Reis Novais. – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal.

COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

DOBROWOLSKI, Sílvio. *Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988*. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª região, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <<<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. *Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a Constituição 20 anos depois*. In: DANTAS, Bruno ... [et. al.]. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. – Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o Direito*. – São Paulo: Atlas, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover... [et al.]*. 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FLACH, Karl Hermann. *O futuro da liberdade*. – São Paulo: Massao Ohno Editor, 1997.

FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coord.). *Contratos bancários*. – São Paulo: Quartier Latin, 2006

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009.

FROTA, Hidemberg Alves da. *A universalidade dos direitos humanos no mundo mulçumano*. Anuário mexicano de Derecho Internacional. Sem indicação de tradutor. Disponível em: <<<http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/6/art./art2.htm>>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

GÓMES, J. Miguel Lobato. *A livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar*. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coordenador). *Contrato & sociedade: princípios de direito contratual*. – Curitiba: Juruá Editora, 2006, pp. 245-246.

GOMES, Orlando. *Contratos*. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GONDINHO, André Osório. *Direito constitucional dos contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana*. – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieiri. *Direitos fundamentais e relações desiguais: (poder econômico e o indivíduo): teoria e prática*. – São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. - Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. [Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland]*. Tradução (da 20. ed. alemã) de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *Temas fundamentais de direito constitucional / textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho.* – São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

HUBERMAN, Leo. *A história da riqueza do homem.* – Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

IRIBARREN, Javier Ballarin. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).* - Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, n. 24, septiembre-diciembre, 1988.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.* – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.* 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Atlas, 2009.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* - São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição.* - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LEITE, Gisele. *Autonomia privada sob a visão jurídica contemporânea.* Disponível em: <<  
[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6992/Autonomia\\_Privada\\_Sob\\_a\\_Visao\\_Juridica\\_Contemporanea](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6992/Autonomia_Privada_Sob_a_Visao_Juridica_Contemporanea) >>. Acesso em: 4 nov. 2010

LIMA, George Marmelstein. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais.* Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<  
<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2625>>>. Acesso em: 3 nov. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil.* Disponível em: <<  
<http://jusvi.com/artigos/43> >>. Acesso em: 29 out. 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito contratual e Constituição.* Disponível em: <<  
<http://jusvi.com/artigos/44> >>. Acesso em: 29 out. 2010.

\_\_\_\_\_. *Princípio da igualdade e o Código Civil.* – Revista Jus Vigilantibus, 4 nov. 2010. Disponível em: << <http://jusvi.com/artigos/1771> >>. Acesso em: 04 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil.* Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<  
<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796>>>. Acesso em: 16 nov. 2010

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Los derechos fundamentales.* 8 ed. – Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

LUZ, Aramy Dornelles da. *Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos*. 3 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador); CHINELATTO, Silmara Juny (coordenadora). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3 ed. – Barueri, SP: Editora Manole, 2010

MARINHO, Josaphat. *Os direitos da personalidade no projeto do novo Código Civil brasileiro*. – Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000, tema Direito, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MATTIETTO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. rev., atual. até as Emendas 41 e 42, de 2003. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco*. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV. 3 ed. - Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOARES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: NOVAIS, Alinne Arquete Leite. *A teoria contratual e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *A caminho de um Direito Civil constitucional*. Disponível em: << [http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional\\_-\\_Maria\\_Celina\\_B\\_Moraes.pdf](http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional_-_Maria_Celina_B_Moraes.pdf) >>. Acesso em 29 out. 2010.

MORAIS, José Luís Bolzan. *O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade*. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição / organização de Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto... [et al.]*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

NAIM, Moisés. *Ascensão e queda do Consenso de Washington: o Consenso de Washington ou a Confusão de Washington?* – Reprodução autorizada pela Foreign

Policy 118 (Spring 2000) à Revista brasileira de Comércio Exterior da FUNCEX – Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior.

NEVES, Marcelo. *Del pluralismo jurídico a la miscelânea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina*. In: VILLEGAS, Maurício García; RODRIGUES, César A. (org.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los studios jurídicos críticos*. – Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA / Universidad Nacional de Colômbia, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. – São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de: Élcio Fernandes; Revisão técnica de: Carlos Aurélio Mota de Souza. – Bauru, SP: Edusc, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*. vol. III. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINA, Antônio López. *La autonomia privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional*. UNED. Teoria y realidad constitucional. Espanha, n. 20.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3 ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. 2ª reimpressão. – Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. - Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. – Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6 ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contratos de crédito bancário*. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. – Coimbra: Edições Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém Código Civil de 1916* / Coordenador: Cezar Peluso. 3 ed. rev. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2009.

SADDI, Jairo. *A natureza econômica do contrato bancário*. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coord.). *Contratos bancários*. – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SAFI, Dalton Abranches. *Oponibilidade dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas: teorias aplicáveis à espécie*. Disponível em: << <http://jusvi.com/artigos/29342> >>. Acesso: ago. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O estado do mundo segundo três interrogações*. Disponível em: << <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/183pt.php> >>. Acesso em: 17 set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel [coordenadores]. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Disponível em: << [http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:g-v7khuINTwJ:www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php%3Fa%3Dupload/arquivos/0213473001256227949.pdf%26b%3D+%22caso+seeling%22+e+direitos+fundamentais&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsGL2As5Oiygf7JpLJNMPLj93fJYKlzUJjZaEHhsFuorYaLVsHS7bQMv7DBmSQsrXbYsz5LuaxxqXrZol22vdqVCFmzAXc9xwXIL0dwL-wB\\_FwT1zBosNFN1GUDIbXqtKqMBBmv6&sig=AHIEtbSJlzVmRb6MihYgSX9pViqARGSw8g](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:g-v7khuINTwJ:www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php%3Fa%3Dupload/arquivos/0213473001256227949.pdf%26b%3D+%22caso+seeling%22+e+direitos+fundamentais&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsGL2As5Oiygf7JpLJNMPLj93fJYKlzUJjZaEHhsFuorYaLVsHS7bQMv7DBmSQsrXbYsz5LuaxxqXrZol22vdqVCFmzAXc9xwXIL0dwL-wB_FwT1zBosNFN1GUDIbXqtKqMBBmv6&sig=AHIEtbSJlzVmRb6MihYgSX9pViqARGSw8g) >>. Acesso em: 07 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de: Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de: Ricardo Doniselli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed., de acordo com a Emenda Constitucional n. 56, de 19/12/2007. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOMBRA, Thiago Luís. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. *A autonomia privada na perspectiva do Estado Democrático de Direito*. – Revista da Faculdade de Direito Milton Campos n. 16, 2008.

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

STIGLITZ, Joseph. *More Instruments and Broader Goals: Moving Toward the Post-Washington Consensus*. Disponível em: <<<http://www.globalpolicy.org/component/content/article/209-bwi-wto/43245.html>>>. Acesso em: 31 jan. 2010.

STOPPINO, Mario; LASSWELL, Harold D.; KAPLAN, Abraham; BALANDIER, Georges; LUKES, Steven. *Curso de Introdução à Ciência Política: autoridade e poder*. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982

TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<[http://www.advbr.info/textos/direito\\_civil/biblioteca6.pdf](http://www.advbr.info/textos/direito_civil/biblioteca6.pdf)>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

VIEIRA, Tatiana Malta. *Direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007.

WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo. *Legislação, jurisprudência e contratos bancários*. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coord.). *Contratos bancários*. – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

WILLIAMSON, John. *Depois do Consenso de Washington: retomando o crescimento e a reforma da América Latina* / John Williamson; Pedro-Pablo Kuczynski (org.). Tradução de: Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira; Revisão Técnica de: Lígia Maria de Vasconcellos. – São Paulo: Editora Saraiva, 2004.