

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS**

RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

DANIEL RIVORÊDO VILAS BOAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito privado, formas de resolução de controvérsias e direito fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Ricardo Soares Stersi dos Santos, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Daniel Rivorêdo Vilas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-093-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2 Direito privado. 3. Resolução de controvérsias. 4. Direitos fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS

Apresentação

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho (GT) Direito Privado, Formas de Resolução de Controvérsias e Direitos Fundamentais apresentam à comunidade acadêmica o livro correspondente aos trabalhos enviados e aprovados para XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte, entre os dias 10 e 14 de novembro de 2015.

É possível dividir os textos ora publicados em dois grupos. O primeiro, de conteúdo mais específico, cuidou das formas de resolução de controvérsias, especialmente da arbitragem.

Nesse grupo de artigos, encontram-se temas relevantes, como o papel da arbitragem no sistema de solução de conflitos, o estudo do instituto à luz da análise econômica do direito, as implicações do novo Código de Processo Civil, a interseção com os processos de recuperação judicial e falência e sua utilização no conflito de cunho trabalhista e ambiental. Nessa linha foram apresentados diversos trabalhos que abordam matérias consideradas sensíveis à utilização da arbitragem, demonstrando a maturidade da produção acadêmica para a discussão dos avanços e retrocessos do instituto da arbitragem no Brasil. Também foram abordados temas relativos aos aspectos teóricos da mediação, bem como sobre a possibilidade de utilização da transação com a Fazenda Pública.

O segundo grupo de artigos tratou, em abordagem mais genérica, dos direitos fundamentais, especialmente em interseção com o direito privado. A eficácia dos direitos humanos nesse tipo de relação e a influência da constitucionalização foram temas frequentes, merecendo também menção a pesquisa de campo junto ao Poder Judiciário, no artigo que encerra os textos deste GT.

O extrato de todo o trabalho já é conhecido: o CONPEDI mais uma vez serviu ao seu propósito de reunir a pesquisa em direito, com ênfase para os estudos da pós-graduação, voltando-se, especificamente, a temas de grande atualidade e importância.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS VERSUS A AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VERSUS LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES

**Stefania Fraga Mendes
Roberto Alves de Oliveira Filho**

Resumo

Inicialmente os direitos fundamentais somente eram concebidos em relação ao Estado e o particular, não se admitindo nas relações entre particulares. No entanto, verificou-se que era premente a violação dos direitos fundamentais entre os particulares, então tornou-se necessária a proteção contra outras formas de poder, que não fosse o poder do Estado. No Brasil, o tema passou a ser debatido atualmente e ainda sem grandes repercussões no Supremo Tribunal Federal. Não há no ordenamento nenhuma lei que discipline tal matéria. Assim, há uma grande expectativa da sociedade em relação ao posicionamento do Poder Judiciário, que apesar das várias decisões que envolvem relações privadas, não há nesses julgamentos nenhuma fundamentação teórica sobre o tema. Quando se analisa a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas, é necessário destacar o fenômeno da constitucionalização do direito civil, que no Brasil ganhou força a partir da última década do século XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Magna Carta de 1988.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Relações contratuais, Autonomia privada

Abstract/Resumen/Résumé

Inicialmente los derechos fundamentales solamente eran concebidos en relación al Estado y particular, no admitiéndose en relación entre particulares. No obstante, se verificó que era premente la violación de los derechos fundamentales entre los particulares, entonces se hizo necesaria la protección contra otras formas de poder, que no era el poder del Estado. En Brasil, el tema pasó a ser debatido actualmente y aún sin grandes repercusiones en el Supremo Tribunal Federal, no habiendo en el ordenamiento ninguna ley que discipline tal materia. Así, hay una gran expectativa de la sociedad en relación al posicionamiento del Poder Judicial, que a pesar de las varias decisiones que envuelven relaciones privadas, no hay en esos juicios ninguna fundamentación teórica sobre el tema. Cuando se analiza la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones contractuales privadas, es necesario destacar el fenómeno de la constitucionalización del derecho civil, que en Brasil

ganó fuerza a partir de la última década del siglo XX, entre los juristas preocupados con la revitalización del derecho civil y su idoneidad a los valores que habían sido consagrados en la Magna Carta de 1988.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos fundamentales, Relaciones contractuales, Autonomía privada

Introdução

O Direito Civil e o Direito Constitucional passaram por transformações e em virtude disso são constantemente chamados a dar respostas aos problemas da sociedade contemporânea. Isso porque atualmente muito se discute a redefinição de questões tradicionais do paradigma liberal da autonomia da vontade e a abstenção do Estado frente aos direitos de igualdade e liberdade.

No Estado Liberal, a autonomia da vontade era ampla e irrestrita, não admitindo intervenções, nem limitações à liberdade contratual. Entretanto, observou-se que essa liberdade exacerbada dava azo a inúmeras injustiças para sociedade, surgindo, a partir daí, o Estado Social de Direito.

Durante o *Welfare State*, prevalecia o interesse social em detrimento ao individual, isto porque no liberalismo o interesse individual preponderava, não se admitindo intervenções de qualquer ordem.

No entanto, o Estado Social era insuficiente para caracterizar um Estado Democrático, bem como para garantir a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana trata-se de princípio que fundamenta toda a ordem jurídica e se mostra como a base dos direitos fundamentais.

Com a globalização, houve um aumento do poder de outros setores da sociedade, tais como: associações, entidades religiosas, sindicatos, grupos econômicos, dentre outros, que muitas vezes desconhecem a nossa Magna Carta, com um rol extenso de direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, com essas transformações, o Estado deixa de ser o único inimigo do cidadão, considerando que o Poder está distribuído por toda a sociedade.

Nesse contexto, os direitos fundamentais podem ser vislumbrados sob dois aspectos: de um lado como garantidores do exercício da autonomia privada dos sujeitos; de outro lado, como aqueles que garantem a participação dos indivíduos no processo de formação do ordenamento jurídico, como por exemplo, os direitos fundamentais de exercício de uma autonomia política a partir da qual o direito legítimo é criado.

Assim, pretende-se com o presente trabalho ampliar e aprofundar os debates acerca do tema, visto que os operadores do direito no Brasil, inclusive a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se mostram ainda omissos quanto a esta abertura na aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Fazendo-se um estudo de direito comparado, sobre o tema, percebe-se que o debate teve início em outros países na década de 1950, fundamentado na necessidade de que os

direitos fundamentais poderiam ser assegurados contra outras formas de poder, não apenas o poder do Estado.

No Brasil, o tema passou a ser objeto de debate recentemente, não tendo ainda grande repercussão nos Tribunais Superiores, por não haver no ordenamento nenhuma lei que discipline esta matéria.

Assim, há uma expectativa social em relação ao posicionamento do Poder Judiciário, que apesar das várias decisões que envolvem matérias de direito privado, não há nos julgamentos nenhuma menção teórica sobre o tema.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes aduzem que ainda não foi encontrada nos tribunais uma fórmula para a aplicação adequada dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 61).

Os tribunais brasileiros, embora decidam muito sobre questões que envolvam direitos fundamentais nas relações privadas, continuam deficitários de uma fundamentação teórica sobre o tema, ou seja, mesmo sendo pacífico o entendimento da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, não há qualquer base teórica, nem mesmo a fixação de critérios para a utilização do método da ponderação em uma eventual colisão entre um direito fundamental e autonomia privada.

Conforme se pretende demonstrar, a despeito de os direitos fundamentais terem sido criados para regular a relação indivíduo-Estado, verificou-se ao longo do tempo que, diversas vezes, a ameaça aos direitos fundamentais não provém necessariamente do Estado, mas também das relações privadas.

Dessa forma, será estudada a possibilidade de aplicação do método da ponderação em todas as relações, inclusive as privadas, com a finalidade de minimizar as desigualdades existentes entre os indivíduos e os detentores de poder social.

1 Aspectos relevantes dos direitos fundamentais

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais corresponde a direitos humanos. Vários são os autores que conceituam tais direitos como prerrogativas do indivíduo perante o Estado a fim de evitar o abuso de poder do mesmo.

Há uma verdadeira confusão terminológica que assola a doutrina. André Ramos Tavares salienta que os autores usam nomes dessemelhantes ao referirem-se aos direitos humanos, tais como direitos humanos fundamentais, liberdades públicas, direitos dos

cidadãos, direitos da pessoa humana, direitos do Homem, sendo preciso sedimentar uma terminologia adequada, pois se trata de uma questão essencial (TAVARES, 2010, p.527).

O que se mostra incontestável é o fato dos direitos fundamentais serem aqueles inerentes ao ser humano, ou seja, indispensáveis a sua sobrevivência digna.

Nesse sentido, Gilmar Mendes ensina que os direitos fundamentais são simultaneamente, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, pois enquanto direitos subjetivos, tais direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face de órgãos obrigados, ao passo que enquanto elemento da ordem objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático de Direito (MENDES, 2004, p.34).

Com efeito, levando em conta uma concepção mais moderna, direitos fundamentais são verdades históricas, positivadas ou não, que devem nortear a conduta dos sujeitos nas relações jurídicas, seja na relação Estado-particular ou na relação entre particulares, de forma a garantir o máximo respeito à dignidade da pessoa humana.

São verdades históricas porque seu surgimento não foi repentino. Decorreram de lutas do homem ao longo da história e da evolução de seu pensamento, não estando necessariamente presentes em lei para serem considerados como tal, podendo ser positivados ou não nas relações jurídicas, independentemente dos seus sujeitos.

Tais direitos devem ser observados de forma a coibir abusos e por fim, a dignidade humana como a principal finalidade de tais direitos.

Historicamente, os direitos fundamentais nasceram da necessidade de limitar a atuação do Estado. Nesse contexto, observa-se que foi travada uma enorme luta para o reconhecimento e normatização desses direitos essenciais ao ser humano.

Porém, o simples reconhecimento de tais direitos revelou-se insuficiente, pois a sua constante violação era uma realidade que comprometia a sua eficácia. Destaca-se que no Estado Constitucional moderno, os direitos fundamentais não servem apenas para limitar a atuação estatal, mas também para limitar as violações praticadas por outro particular, o que se chama de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Edilson Santana Gonçalves Filho aduz que a origem do termo direitos fundamentais surgiu na França, no final do século XVII, como fruto do movimento deflagrador da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e com passar dos anos, o termo foi sendo difundido pelas sociedades até ganhar ponto de destaque no Direito Internacional (GONÇALVES FILHO, 2009, p.19).

A doutrina aponta como principais características dos direitos fundamentais a historicidade, relatividade, indisponibilidade, indivisibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, dentre outras, sendo essas as mais importantes para este estudo. É consolidada também a classificação dos direitos fundamentais em quatro gerações, baseando-se na ordem cronológica e histórica que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

A esse respeito, é de grande valor o entendimento de Celso de Mello:

Enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF, 1995. p. 39).

Quanto à classificação dos direitos fundamentais em gerações, cumpre salientar a observação de Celso Lafer, ao dizer que os direitos de terceira e quarta geração vão além da esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular e recaindo principalmente nos grupos primários e nas grandes formações sociais (LAFER, 1988, p. 39).

Direitos humanos de primeira geração dizem respeito às liberdades políticas e aos direitos políticos, vale dizer, direitos civis e políticos, que traduzem o valor de liberdade. Depreende-se que tal geração objetiva um não agir por parte do Estado, garantindo assim a liberdade aos particulares.

Foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade e relacionam-se à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Assim sendo, caracterizam-se por conterem uma proibição do abuso de poder pelo Estado, ficando este impedido de desrespeitar a liberdade religiosa, a vida etc. Trata-se de uma imposição de obrigações de não fazer ao Estado.

São direitos relacionados às pessoas, individualmente, como a propriedade, igualdade formal perante a lei, liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida etc.

Os direitos humanos de segunda geração têm por objetivo privilegiar os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade. Em oposição aos primeiros, os direitos de segunda geração necessitam de um agir por parte do Estado para a sua efetivação.

Referindo-se a tais direitos, é oportuna a análise feita por Themistocles Brandão Cavalcanti:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc. (CAVALCANTI, 1966. p. 202)

São direitos sociais os de segunda geração, assim entendidos os direitos dos grupos sociais menos favorecidos e que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar direitos positivos, como saúde, educação, moradia, segurança pública e a partir da Emenda Constitucional nº 64/10, também a alimentação.

Tais direitos baseiam-se na noção de igualdade material, traduzida na redução das desigualdades, no pressuposto de que nada adianta ter liberdade, vez que sem as condições mínimas de existência humana é impossível exercê-la.

Começaram a ser conquistados após a Revolução Industrial, quando grupos de trabalhadores passaram a lutar pela categoria.

Nesse caso, ao invés de se negar ao Estado uma atuação, exige-se a prestação de saúde, educação, alimentação etc. Portanto, cuida-se de direitos positivos impostos ao Estado através de uma obrigação de fazer.

Os direitos humanos de terceira geração buscam inserir o ser humano como sujeito de direitos em meio à coletividade, propagando a ideia de solidariedade. Tais direitos são reflexos dos fundamentos da República Federativa do Brasil, necessitando de atuação por parte do Estado e da sociedade.

São direitos transindividuais, vale dizer, direitos que são para várias pessoas e não pertencem a ninguém isoladamente, indo além do indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos *metaindividuais* ou *supraindividuais*, que estão acima do indivíduo isoladamente considerado.

Os chamados direitos de terceira geração têm origem na revolução tecnocientífica, conhecida como terceira revolução industrial, a revolução dos meios de comunicação e de transportes, que tornaram a humanidade *conectada* em valores compartilhados.

A humanidade passou a perceber que, na sociedade de massa, existem determinados direitos que pertencem a grupos de pessoas, grupos esses, muitas vezes, indeterminados.

Alguns exemplos de direitos de terceira geração são o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à paz, ao desenvolvimento, direitos dos consumidores.

No Direito Processual Civil, está positivada a distinção entre direitos coletivos *em sentido estrito*, direitos *individuais homogêneos* e direitos *difusos*, cuja definição desses direitos está no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade e a terceira complementar a máxima da revolução francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade” (FERREIRA FILHO, 1995. p. 57).

Os direitos humanos de quarta geração são segundo a orientação de Norberto Bobbio, direitos que decorrem dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético (BOBBIO, 1992. p. 14).

Os direitos fundamentais encontram-se fragmentados pelo ordenamento jurídico. A Constituição dedica o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais para enumerá-los de forma exemplificativa, bem como ao longo de seu texto também são encontrados vários dispositivos que versam sobre esses direitos.

O Código Civil também tem um capítulo dedicado aos direitos fundamentais, chamados pelo legislador como direitos da personalidade, podendo ser encontrados também em tratados internacionais e nos princípios que regem o Estado, no art. 1º da Constituição de 1988.

Com base nisso, pode-se concluir que os direitos fundamentais são considerados como direitos básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas, representando um núcleo intangível de direitos dos seres humanos envoltos a uma determinada ordem jurídica.

2 Breves considerações sobre a autonomia privada

O Código Civil protege a autonomia privada, porém apresenta a função social dos contratos como instrumento de controle que deve ser observado.¹ Não se pode tratar desse instituto sem referir-se a autonomia da vontade, visto que ausentes a autonomia e a vontade, não há que se falar em contrato.

O referido princípio garante às pessoas o direito de contratar livremente, cabendo exclusivamente a elas a escolha dos contratantes e o conteúdo do contrato. Com a ideologia trazida pela revolução francesa em 1789, concretizou-se o apogeu do princípio, em se tratado de proporcionar segurança jurídica a emergente classe burguesa daquela época.

¹ Art 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Pontes de Miranda reconhecia na autonomia da vontade o poder de constituição dos negócios jurídicos às pessoas com auto-regramento. De bom grado é a lição a esse respeito:

O princípio de que se parte é o do auto-regramento da vontade (dito da autonomia privada), mas os sistemas jurídicos estabelecem regras jurídicas cogentes, dispositiva e interpretativas para que algo se tenha de atender, ou se atenda, se o manifestante da vontade não disse diferentemente do que a lei editou, ou se há dúvida sobre o que ele disse (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 51).

Destarte, na sua aplicação, pouco importava questões que ulteriormente ganhariam relevo, tais como a dignidade da pessoa humana e a função social do contrato. Durante a revolução industrial, o direito contratual foi amplamente usado para legitimar a contratação de mão de obra dos operários que passaram a trabalhar nas fábricas.

A ideologia liberal vigente, conforme aduz José Carlos Silva Filho, servia para os donos das fábricas ditarem as regras, restando aos vassallos apenas aceitar suas condições ou sofrer com a falta das condições mínimas de vida, inclusive a falta de alimentos (SILVA FILHO, 2006. p. 248-249).

A evolução do entendimento e aplicação do referido princípio levou a concluir que a autonomia da vontade transcende o Direito Civil e se insere em outros ramos do direito, como anota Elsitá Elesbão:

Com os glosadores, firma-se o princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado, atribuindo aos particulares o poder de escolher a lei aplicável aos seus contratos. A vontade particular passa a estabelecer o critério de soluções dos conflitos de leis em matéria contratual e, assim, a ser fonte normativa. O que era para os internacionalistas uma noção puramente técnica passa a ser para os civilistas um conceito teórico, traduzindo a convicção para alguns autores de que a vontade pode, como a lei, criar direitos (ELESBÃO, 2000. p. 93).

Sendo assim, o princípio da autonomia da vontade traduz-se na plena capacidade que as partes têm para fazer lei entre si. Celebrada a obrigação, recai às partes o dever de cumprimento.

Para Orlando Gomes, tal princípio significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, particularizando-se no direito contratual como a liberdade de contratar (GOMES, 2002. p. 22).

Uma importante alusão é feita por Flávio Tartuce quanto à liberdade de contratar, na qual em primeiro plano, serão escolhidas as pessoas e as avenças, sendo o direito de contratar

inerente a autodeterminação da pessoa humana, que é elemento essencial à liberdade de contratar, diferentemente de liberdade contratual (TARTUCE, 2010. p. 81).

E o referido professor arremata:

Em um primeiro momento, a liberdade de contratar está relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado, sendo uma liberdade plena, em regra. Entretanto, em alguns casos, nítidas são as limitações à carga volitiva, eis que não se pode, por exemplo, contratar com o Poder Público se não houver autorização para tanto. Como limitação da liberdade de contratar, pode ser citado o art. 497 do CC, que veda a compra e venda de bens confinados a administração em algumas situações. Em outro plano, a autonomia da pessoa pode estar relacionada com o conteúdo do negócio jurídico, ponto em que residem limitações ainda maiores à liberdade da pessoa humana. Trata-se, portanto da liberdade contratual (TARTUCE, 2010, p. 81)

Do entendimento do aludido doutrinador, pode-se vislumbrar que o princípio da autonomia da vontade encontra seu viés constitucional, ao apresentar essa duplicidade de liberdades, em afinidade com o princípio da função social dos contratos.

A máxima “os contratos fazem lei entre as partes” e o princípio do *pacta sunt servanda* não podem ser considerados de forma absoluta, dando margem a abusos e desconsiderações da qualidade do ser humano de titular de direitos fundamentais.

Não obstante a autonomia privada deva ser respeitada, o princípio do *pacta sunt servanda* não pode ser usado como subterfúgio para encobrir práticas desrespeitosas e lesivas aos direitos fundamentais.

O que é defendido por meio deste trabalho é que a obrigatoriedade do cumprimento dos contratos pelas partes encontra limites quando em conflito com os direitos fundamentais, conforme será discutido adiante.

Em se tratando de liberdade, Daniel Sarmento conclui que afora raras posições radicais em sentido contrário, converge o pensamento jurisfilosófico contemporâneo no sentido de que a garantia da autonomia pública do cidadão, associada à democracia, assim como da sua autonomia privada, ligada aos direitos individuais, são vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana (SARMENTO, 2008. p. 154).

Igualmente, é correto dizer que é dominante esta concepção, até intuitiva, de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la de forma consciente.

Com relação à intervenção nas relações privadas, surge o entendimento de que no tocante às relações patrimoniais, parece ser possível divisar uma proteção mais forte da

autonomia privada quando estiverem em jogo bens de caráter supérfluo para a personalidade humana.

Contrariamente, quando a questão envolver bens essenciais para a vida humana, Daniel Sarmento defende que a tutela conferida à autonomia privada será menor, aceitando-se um dirigismo estatal mais intenso, voltado para a promoção da solidariedade social e para a busca do bem comum (SARMENTO, 2008. p. 180).

O Direito Privado está caminhando cada vez mais para uma unificação ao Direito Público, consagrando o Direito civil-constitucional. Esse novo paradigma é uma forma de proteção dos direitos fundamentais face à autonomia privada, contituindo o Direito como um sistema único e justo, sendo a Constituição Federal fonte de interpretação.

3 O conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia privada nas relações entre particulares

Ao analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas, merece destaque o fenômeno da constitucionalização do direito civil, que no Brasil tomou corpo a partir do final do século XX.

Os juristas passaram então a se preocupar com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição Federal de 1988.

Paulo Luiz Netto Lôbo, ao dissertar acerca da constitucionalização do direito civil brasileiro aduz que os conceitos, as classificações, os princípios de direito civil, há muito tempo ministrados nos cursos jurídicos e aplicados na prática jurídica demonstravam um distanciamento da realidade social, isto porque a sociedade que servira de paradigma para a codificação civil brasileira e os fundamentos do Estado Liberal já estava superada, pois o Estado Liberal das Constituições de 1824 e 1891 havia sido substituído pelo Estado Social das Constituições democráticas e autoritárias de 1934 em diante (LÔBO, 2008. p. 19).

Nesse sentido, é pacífico o entendimento dos civilistas que a centralidade de sua disciplina havia migrado definitivamente para a Constituição. Cumpre salientar que a constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial e sim uma consequência inevitável do surgimento do Estado Social, sendo a etapa que a humanidade vive atualmente no Estado Pós-moderno, apesar de suas crises e frustrações de suas promessas.

Nessa perspectiva, a Carta de 1988 consagra o Estado Social, tendo como objetivos fundamentais constituir uma sociedade livre justa e solidária, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais.

É oportuno destacar, que o processo de constitucionalização do direito civil não se resume à simples aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, pois esta é apenas um dos seus aspectos. Nessa senda, cabe trazer à colação a lição de Paulo Lôbo:

O significado mais importante é da aplicação direta das normas constitucionais, máxime os princípios, quaisquer que sejam as relações privadas de duas formas: a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito; b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. (LÔBO, 2008. p. 21).

Dessa forma, é possível afirmar que as normas constitucionais sempre serão aplicadas em qualquer relação jurídica privada integralmente, ou pela conformação das normas infraconstitucionais.

Pietro Perlingieri, ao discorrer sobre o direito civil na legalidade constitucional assevera que:

Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional – concebida como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo contemporâneo sobre o fenômeno da produção legislativa e, particularmente, das codificações – referem-se: (a) à natureza normativa das constituições; (b) à complexidade e ao caráter unitário do ordenamento jurídico e ao pluralismo das fontes do direito; (c) a uma renovação da teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos (PERLINGIERI, Pietro, 2008. p. 1)

A doutrina do direito civil na legalidade constitucional como preconizada pelo aludido professor pretende impor ao civilista um vasto e sugestivo programa de estudos, apenas em parte realizado, que se propõe à concretização de objetivos indicados há tempo, ou seja, individualizar um sistema de direito civil harmonizado com os valores constitucionais e acima de tudo, à dignidade da pessoa humana, redefinindo os fundamentos, as *rationes*, ressaltando lhes seus perfis funcionais, adequando as técnicas e os conceitos tradicionais, introduzindo uma nova argumentação jurídica e propondo uma teoria da interpretação com respeito à legalidade constitucional.

O processo de constitucionalização do direito civil, no entendimento de Luís Roberto Barroso avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina civilista, mesmo que esporadicamente se levantem objeções de natureza diversas, o fato é que essas resistências acabaram se dissipando em maior parte, isto porque é inegável o impacto da Constituição sobre o direito privado (BARROSO, 2006).

Dessa forma, fica evidente a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, todavia, o problema que se insurge é o fato de que com a aplicação desses direitos nas relações contratuais privadas poderá surgir uma tensão entre os direitos fundamentais em jogo e a autonomia privada, princípio fundamental do direito contratual.

Juan María Bilbao Ubillos, ao discorrer sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais afirmou que:

Son cada vez menos los autores que niegan la relevancia de los derechos fundamentales em la esfera del Derecho privado. Pero todavía hay quien considera que esa extensión, contra natura, del ámbito tradicional de aplicación de los derechos constitucionales es innecesaria (BILBAO UBILLOS, 2008. p. 225).

O referido autor complementa que quem refuta a eficácia dos direitos fundamentais frente aos particulares exprime como principal argumento a irreversível degradação que sofreria o princípio da autonomia privada.

Esses autores chamam a atenção sobre a lógica da liberdade que transcende o direito privado, pois suas normas apresentam-se como um modelo de equilíbrio que propugna pelas liberdades individuais.

Assim, ressalta-se que a concepção de negar a eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros mostra-se cada vez mais ultrapassada, não conseguindo lograr êxito perante os civilistas estrangeiros e brasileiros.

Em outro extremo, tem-se a concepção que defende a eficácia imediata dos direitos fundamentais. Os adeptos dessa teoria afirmam que a aplicabilidade de tais direitos deve-se dar de forma direta ou imediata, sem intervenção do legislador e nem do juiz.

Juan María Bilbao Ubillos cita outra teoria, que é a da eficácia atenuada, fazendo-se a ponderação como técnica para medir seu alcance em cada caso:

La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales encuentra, naturalmente, limites (como sucede cuando se ejercen frente al poder público: ningún derecho se impone de forma absoluta e inapelable, automáticamente, em cualquier circunstancia, y, sin embargo, nadie, discute su eficacia inmediata em esa esfera (BILBAO UBILLOS, 2008. p. 234).

Certamente, não se desconsidera a autonomia privada, princípio fundamental do direito contratual. Entretanto, a aplicabilidade dos direitos fundamentais não deve ocorrer de forma absoluta, isto porque, o exame do caso concreto é que irá decidir a prevalência ou não do direito fundamental em conflito.

É sabido que a autonomia privada é um princípio fundamental do direito contratual, que consiste na liberdade de contratar. No entanto ocorre que tal liberdade foi concebida nos moldes liberais, trazendo assim, injustiças, tais como, o desequilíbrio das relações contratuais e a prevalência do interesse individual sob o interesse social.

Dessa forma, no Estado Social, a autonomia privada continua sendo um princípio básico do direito contratual, porém sofrendo algumas limitações, como por exemplo, a função social do contrato e a supremacia da ordem pública.

Embora a Doutrina do *State Action* entenda que os direitos fundamentais não possam ser aplicados nas relações interprivadas, pelo fato de desnaturarem a autonomia privada, sendo este princípio basilar do direito contratual, não se poderia jamais desconsiderá-lo. Ora, como ficariam os direitos fundamentais por ventura violados numa relação entre particulares? Até que ponto a autonomia privada é mais importante que os direitos fundamentais?

A referida concepção encontra-se superada, visto que o processo de constitucionalização do direito civil, conforme já mencionado teve seu início na década de 1950. Ademais, tem-se como pressuposto que a incidência dos direitos fundamentais nas relações contratuais é fato consumado, portanto, se constitui assim a problemática da averiguação de como se dá tal aplicação, tendo-se em vista que essa incidência poderá trazer uma hipótese de conflito ou tensão entre o direito fundamental e a autonomia privada.

Nesse sentido, é necessária a averiguação de como se resolveria uma situação de tensão entre um direito fundamental e a autonomia privada e até que ponto o método de ponderação de bens e direitos poderia ser uma possível solução para resolver tal conflito.

Destaca-se por sua vez, o fato de que no Brasil, apesar dos estudos inerentes a constitucionalização do direito civil terem iniciado ao final do século XX, o que se constata é que a doutrina e jurisprudência brasileira ainda se mostram incipientes em se tratando da aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Como consequência dessa imaturidade jurídica, tem-se uma série de casos que não são solucionados como deveriam pela jurisprudência brasileira, por não se utilizarem, nas suas fundamentações, de bases teóricas necessárias para a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra na prática o raciocínio formulado:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES

PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV,

CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (STF, Segunda Turma. RE 201.819 - RJ. Rel. Min. Ellen Gracie. Dj. 11/10/2005.)

Depreende-se que o referido julgado do encaminhou-se para uma possível tendência de aplicabilidade dos direitos fundamentais da ampla defesa e contraditório na relação entre os associados, contudo, fica clara a ausência dos fundamentos teóricos basilares à aplicabilidade dos direitos fundamentais como já mencionado.

4 A técnica da ponderação como possível método para resolver a tensão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

A ponderação de bens e direitos é um método bastante utilizado para resolver conflitos entre direitos fundamentais, que consiste em uma técnica de decisão própria dos casos difíceis, em relação aos quais, a subsunção se mostra inadequada.

Ana Paula de Barcellos entende que a subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes, pois sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso (BARCELLOS, 2008. p. 63).

Em se tratando de normas constitucionais, não é possível simplesmente escolher uma norma em detrimento das demais, isto porque, o princípio da unidade da Constituição não admite tal solução.

A ponderação, apesar de por muito tempo, ter sido considerada apenas naqueles casos em que dois ou mais princípios de mesma hierarquia entravam em conflito, recentemente, passou a se destacar como figura principal dos princípios, sendo possível identificá-la como uma técnica de decisão autônoma.

Assim, a ponderação revela-se como método capaz de ser utilizado para solução de conflito entre um direito fundamental e a autonomia privada. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos sustenta que antes mesmo que o debate acadêmico pudesse refletir sobre os riscos e as potencialidades do emprego da ponderação, os órgãos jurisdicionais já incorporaram a possibilidade da ponderação como instrumento em seu arsenal hermenêutico (BARCELLOS, 2008. p. 66).

Entretanto, a ponderação como método para solucionar os conflitos entre direitos fundamentais, ou mesmo, entre direito fundamental e autonomia privada, se mostra como uma técnica dotada de alto teor de subjetivismo, dada a ampla discricionariedade do magistrado ao

resolver tal colisão, haja vista que ele decidirá qual princípio deverá prevalecer no caso concreto, levando-se em consideração o peso de cada um.

Dessa forma, mostra-se relevante a necessidade de se estabelecer critérios para a utilização do método da ponderação, evitando-se assim, decisões dotadas de alto teor subjetivo e, conseqüentemente decisões injustas.

Daniel Sarmiento estabelece alguns critérios para utilização da ponderação nos casos de conflitos entre direito fundamental e autonomia privada, todavia, tais parâmetros devem ser analisados com algumas restrições (SARMENTO, 2008. p. 247).

O referido autor entende que um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos, ou seja, quanto maior for a desigualdade, maior será a proteção ao direito fundamental em jogo.

Quanto maior for a situação de igualdade entre as partes, maior deverá ser a proteção a autonomia privada. Nesse sentido, há de se investigar se em uma situação de igualdade fática entre as partes, não poderá haver violação a um direito fundamental? Ou se havendo violação a um direito fundamental, mesmo assim, deve prevalecer a autonomia da vontade, considerando tratar-se de hipótese de igualdade fática entre as partes?

Assim, é possível vislumbrar que o critério da simetria/assimetria entre as partes deve ser analisado com restrições, visto que mesmo em uma situação de igualdade fática, deve-se impor a proteção direta dos direitos fundamentais, isto porque mesmo nesses casos, podem-se encontrar violações aos direitos fundamentais, pois ao se admitir que os direitos humanos devam proteger os bens jurídicos mais relevantes da pessoa humana, não há porque recusar proteção constitucional integral a estes bens.

Importante se faz a análise do peso que a autonomia privada assume nas hipóteses de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Daniel Sarmiento explica que a autonomia privada constitui um valor essencial nos Estados Democráticos, e exprime uma importante dimensão da ideia de dignidade da pessoa humana e lembra que nem todas as manifestações da autonomia privada desfrutam de proteção constitucional de mesma intensidade, isto porque, a tutela da autonomia privada no que se refere a questões existenciais é muito mais intensa do que em relação a questões patrimoniais (SARMENTO, 2008. p. 261).

Conclusão

A incidência dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas é fato consumado, isto porque a teoria que negou eficácia desses direitos nas relações entre particulares não prosperou.

No entanto, o problema encontrado na presente temática é que dessa incidência resulta uma possível tensão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, visto que no caso concreto, em uma relação contratual privada pode ocorrer violação a direito fundamental, considerando que hodiernamente esses direitos podem servir de limites não só para o Poder do Estado, mas também como limites a atuação do particular.

A ponderação pode ser utilizada como método para solucionar os possíveis conflitos entre direitos fundamentais e a autonomia privada. Contudo, viu-se que a aplicação desse método deve ser feita estabelecendo-se critérios com o objetivo de se evitar decisões eivadas de subjetivismos e injustiças, tendo em vista que a ponderação consiste em um método que concede ao julgador ampla discricionariedade na hora da decisão.

Bibliografia

BARCELLOS, Ana Paula de. **¿Qué existe detrás del significado atribuído a la expresión “propiedad”?** *In: BERGALLO, Paola. Derecho y propiedad.* – Buenos Aires: Editora Libreria, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. – Fortaleza: **Revista eletrônica da ESMEC.** v.4. n.2. p. 13-100 jul/dez 2006. Disponível em: <www.tjce.jus.br/esmec/pdf/themis_v4_n_2.pdf>.

BILBAO UBILLOS, Juan Mária. **Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica.** In TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional.* – São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público.** 3. ed. – Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

ELESBÃO, Elisita Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 93.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais** – São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.** Fortaleza/CE. 2009, p.19.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** – São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LÔBO, Paulo. **A Constitucionalização do Direito Civil brasileiro**. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à luz da Legalidade Constitucional**. – São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. - São Paulo: Saraiva, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional**. - São Paulo: Atlas, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. – Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXVIII.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. – São Paulo: Lumen Juris, 2008.

_____; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: **Revista do TST**: Brasília, v. 77, out. 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. 5. ed. - São Paulo: Método, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – São Paulo: Saraiva, 2010.