

O PODER PRIVADO E A EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: EM BUSCA DE CRITÉRIOS PARA MENSURAR A INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

**RODRIGO JOSÉ RODRIGUES
BEZERRA**

Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas.

RESUMO: A teoria da eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros foi desenvolvida a partir do julgamento do caso Luth, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, onde se reconheceu que a Constituição Alemã estabeleceu uma ordem objetiva de valores fundamentais, os quais também influenciavam o direito civil e as relações jurídicas entre particulares. Deve ser respeitado o juízo avaliativo dos particulares quando celebram negócios jurídicos e assumem obrigações que mantêm o conteúdo essencial de seus direitos, afastando-se uma intervenção judicial que sobreponha uma

ponderação objetivamente realizada em sede legislativa, desde que estejam reunidas, em ambos os contratantes, condições que permitam o exercício dessa autotutela. O elemento que irá mensurar a intervenção estatal na proteção dos direitos fundamentais é a existência de um poder privado de uma das partes, que comprometa o exercício de direitos fundamentais da outra. mesmo quando não há uma relação de poder que seja desfavorável a uma das partes, pode haver uma situação de debilidade negocial quando o modo de contratar impossibilita o exercício de qualquer influência nos termos contratuais, razão pela qual a fonte primária da desigualdade entre as partes reside na forma de contratar. Assim, o critério vem da própria relação contratual, e não de fora dela, na medida em que o eixo de valoração deixa de ser a disparidade de poder entre as partes e passa a ser o regime de contratação, realizado mediante cláusulas provenientes de uma vontade privada com incidência normativa, sem a possibilidade de intervenção de ambos.

Palavras-chave: Intervenção. Contratos. Proteção. Direitos Fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

A filtragem constitucional que se realiza na interpretação das normas que regulam a atividade contratual promove uma íntima aproximação entre o direito público e o direito privado, uma vez que atualmente, não se concebe a existência de interesses exclusivamente individuais apartados do aspecto social e coletivo.

Por outro lado, é próprio da constitucionalização do direito civil que haja uma maior incidência de normas programáticas cuja amplitude semântica passa a exigir do intérprete uma análise que promova a abertura axiológica do sistema normativo sem comprometer seu caráter autopoiético.

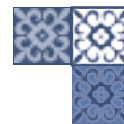
Assim, o presente texto pretende analisar esta forma de intervenção estatal nas relações contratuais, bem como suas consequências na própria estrutura do sistema normativo.

2. A TEORIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO A TERCEIROS

Surgida na Alemanha na metade do séc. XX, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros foi desenvolvida a partir do julgamento do caso Luth, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em que o Presidente do clube de imprensa de Hamburgo (chamado Erich Luth), em 1950, solicitou aos proprietários e frequentadores de salas de cinema que boicotassem um novo filme realizado pelo diretor Veit Harlam, que era anti-semita durante o período nacional-socialista. Este, por sua vez, ingressou em juízo alegando que aquela solicitação era ilegal. No julgamento, o Tribunal reconheceu que a Constituição Alemã estabeleceu uma ordem objetiva de valores fundamentais, os quais também influenciavam o direito civil e as relações jurídicas entre particulares, de modo que reconheceu o direito à liberdade de opinião de Luth.

Na verdade, o texto da Constituição alemã diz que os direitos fundamentais vinculam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo que só poderia ser dirigida ao Estado. Por isso, surgiu grande debate sobre o tema, gerando entendimentos diversos, desde a impossibilidade de estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares (sem a presença do Estado), passando pela restrição da eficácia, que seria sempre mediata e indireta (tese que prevaleceu na Alemanha).

No Brasil, em razão do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, prevalece o entendimento de que a eficácia é direta e imediata, sem a necessidade de interposição do Estado, o mesmo ocorrendo com a Constituição Portuguesa de 1976, a qual em seu art. 18, 1, prescreve que “os preceitos constitucionais respeitantes aos



direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

Com efeito, a divergência entre as conclusões alcançadas na Alemanha, em Portugal e no Brasil é, em grande medida, apenas aparente, em razão da distinção existente no próprio texto constitucional de cada país, que impede uma recepção acrítica das teses reciprocamente desenvolvidas.

Na verdade, Claus-Wilhelm Canaris reconhece que, mesmo sendo o Estado o único destinatário dos direitos fundamentais, a ele incumbe o dever de proteção nesta seara, inclusive quando as lesões são praticadas entre particulares¹.

De fato, os termos das Constituições Brasileira e Portuguesa, bem diferente daquilo previsto pela Constituição Alemã, poderiam sugerir que a solução fosse simples, sem a necessidade de um maior debate sobre o tema. Porém, forçoso se faz perceber que o tema é complexo, e exige uma reflexão cuidadosa, já que há relações contratuais em que, efetivamente, existe uma igualdade entre as partes que permite uma autolimitação de direitos, persistindo a dúvida sobre os precisos termos em que tal vinculação se dá.

3. CRITÉRIOS PARA MENSURAR A INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Teresa Negreiros desenvolve a ideia de um paradigma da essencialidade, como forma de realizar uma classificação dos contratos e definir o regime jurídico aplicável, devendo-se distinguir os contratos onde há interesses extrapatrimoniais daqueles que envolvem apenas interesses patrimoniais, já que a tutela da dignidade da pessoa humana estabelecida pelo texto constitucional impõe “o reconhecimento da influência de interesses não-patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais.”² Ainda, essa essencialidade do bem seria decisiva para caracterizar a vulnerabilidade da parte, nos casos onde não for presumida juridicamente. Assim, caberia ao juiz, diante do exame do caso concreto, analisar a natureza, a destinação e o grau de utilidade do bem contratado, para definir o regime jurídico aplicável.³

Para Teresa Negreiros, os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens tidos como essenciais, prossegue afirmando, estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável, ao passo que os contratos os quais tenham por objeto bens supérfluos regem-se pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando a regra da mínima intervenção heterônoma.⁴

Assim, o grau de intervenção na relação contratual seria definido de acordo com o grau de utilidade existencial do bem contratado, mediante aquilo que Piero Perlingieri chamou de “uma tutela qualitativamente diversa”⁵, que permitiria o funcionamento de um sistema econômico misto, conciliando o livre desenvolvimento da pessoa com o pluralismo econômico.

Já Daniel Sarmiento afirma que a autonomia privada deve ser mais preservada quando o negócio jurídico envolver bens de caráter supérfluo para a personalidade humana, ao passo que o dirigismo estatal deve ser mais intenso quando envolver bens essenciais para a vida humana. “Isso porque, embora os bens essenciais também circulem no tráfico jurídico através de negócios patrimoniais, eles se ligam a valores existenciais, na medida em que se afiguram indispensáveis para o atendimento de necessidades básicas.”⁶

Ocorre que é evidente a dificuldade de se estabelecerem critérios científicos para identificar o que é supérfluo, útil ou essencial, ou mesmo estabelecer abstratamente uma ordem hierárquica das necessidades humanas. Na verdade, isso exigiria que houvesse um amplo conhecimento entre as partes contratantes, como forma de saber se aquele bem objeto da avença é essencial, útil ou supérfluo para o outro contratante, o que não se mostra possível, já que a velocidade das relações contratuais dispensam esse conhecimento inter-subjetivo. Imagine-se que dois contratos de compra e venda de veículos, celebrados pela mesma concessionária, teriam regimes jurídicos diversos, quando os outros contratantes fossem um taxista e um cidadão comum.

Já para H. C. Nipperdey, alguns direitos fundamentais são tão fortemente uma expressão geral de princípios que devem existir em uma sociedade que pretende ser bem, justa, liberal e socialmente ordenada, de modo que seus efeitos não devem ser limitados à relação entre Estado e cidadão, sendo imprescindível também

1 A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 240.

2 Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 450.

3 Ob. cit. p. 459.

4 Ob. cit. p. 453.

5 Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional, 2ª ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 34.

6 Direitos fundamentais e relações privadas, 2. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 180.

incidir nas relações entre os “consortes jurídicos.”⁷ Por isso, Nipperdey diz que é diversa a intensidade do efeito dos direitos fundamentais na relação do particular com o Estado, quando comparada à relação entre sujeitos privados, pois nesta cada um deles é titular de direitos fundamentais, de modo que “os titulares de direitos fundamentais, que estão face a face, têm a liberdade de delimitar sua posição jurídica um do outro, isto é, de compatibilizar eficazmente certas limitações de sua posição jurídico-fundamental”⁸, desde que não atingido o núcleo essencial do direito fundamental particular, o que só pode ser analisado diante do caso concreto.

Porém, isso somente pode ocorrer quando há uma situação de igualdade real e jurídica, onde a influência sobre sua própria esfera jurídico-fundamental seja efetivamente livre, tornando possível exercer a autonomia privada e a liberdade de contratar, desenvolvendo-se seu efeito de norma de liberdade em “sentido autêntico”, especialmente na capacidade de se “contrair eficazmente limitações da esfera de liberdade própria”⁹, sendo defesa quando há a presença do poder privado de uma das partes, que se assemelha à natureza de superioridade existente na relação entre Estado e cidadão, o que só pode ser verificado com a análise do caso concreto. Por isso, diz que a existência de poderes sociais é “o ponto de início e de partida da doutrina do efeito absoluto dos direitos fundamentais”¹⁰.

Assim, deve ser respeitado o juízo avaliativo dos particulares quando celebram negócios jurídicos e assumem obrigações que mantêm o conteúdo essencial de seus direitos, afastando-se uma intervenção judicial que sobreponha uma ponderação objetivamente realizada em sede legislativa. Porém, tais colocações somente valem quando estão reunidas, em ambos os contratantes, condições que permitam o exercício dessa autotutela.

4. O PODER PRIVADO

Entretanto, se no campo do direito público não há dificuldade para identificar quem deve ser considerado forte e fraco na relação jurídica, no direito privado, um reconhecimento *a priori* de tais posições pode comprometer o equilíbrio entre algumas relações onde há uma autonomia real para exercer a liberdade contratual. Por isso, o elemento que irá mensurar a intervenção estatal na proteção dos direitos fundamentais é a existência de um poder privado de uma das partes, que comprometa o exercício de direitos fundamentais da outra.

Todavia, Joaquim de Souza Ribeiro questiona a ideia de que um cenário de disparidade do poder privado, por si só, impossibilita que a parte mais fraca exerça a defesa de seus interesses na relação contratual, o que justificaria um regime especial de tutela pelo Estado. É que o conceito de poder privado (*bargaining power*) teria um alto grau de indeterminação, especialmente quando tal conceito envolve todos os fatores suscetíveis de gerar a capacidade de impor indevidamente os interesses próprios na contratação.¹¹ Mesmo assim, reconhece que a medida do grau da limitação à liberdade contratual pela verificação da intensidade do poder privado será sempre um fator de insegurança, “mas esse é, à luz da ponderação global dos valores e princípios contrapostos que estruturam o ordenamento, um preço a pagar, para a garantia de soluções adequadas e justas.”¹²

Entretanto, isso não impede que se busque, por razões de certeza jurídica, um critério mais preciso para identificar a medida da intervenção, razão pela qual se afasta, de imediato, a viabilidade de se considerar apenas a disparidade de poder privado como critério abstrato de definição da intensidade da tutela estatal, especialmente porque seria utópico exigir uma paridade absoluta entre os contratantes, além de não definir os aspectos do poder privado que devem ser analisados.

Assim, mesmo quando não há uma relação de poder que seja desfavorável a uma das partes, pode haver uma situação de debilidade negocial quando o modo de contratar impossibilita o exercício de qualquer influência nos termos contratuais, razão pela qual a fonte primária da desigualdade entre as partes reside na forma de contratar. Assim, o critério vem da própria relação contratual, e não de fora dela, na medida em que o eixo de valoração deixa de ser a disparidade de poder entre as partes e passa a ser o regime de contratação, realizado mediante cláusulas provenientes de uma vontade privada com incidência normativa, sem a possibilidade de intervenção de ambos.

Para Joaquim de Souza Ribeiro, há hipóteses em que a autodeterminação é comprometida por circunstâncias alheias à esfera do contratante superior, tal como o contratante inferior, por meio de uma

7 Direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 62.

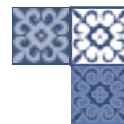
8 Ob. cit. p. 63.

9 Direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 86.

10 Ob. cit. p. 85.

11 Para Boaventura de Souza Santos, há uma pluralidade de formas de poder dentro da sociedade, e seu exercício decorre sempre da combinação destas formas, o que dificulta medir o grau de desigualdade entre as partes e analisar a intensidade que elas afetam as atividades das pessoas ou grupos envolvidos. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5ª Ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 267.

12 O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 155/156.



ponderação racional de seus interesses, torna-se fiador e assume compromissos superiores a sua condição por um laço de afeto do devedor. Assim, afirma que a fragilidade da posição de um dos contratantes “não surge em função da supremacia do seu parceiro contratual, mas de perturbações no processo formativo da sua vontade, causadas pela interferência de factores emocionais, do seu foro próprio, ainda que advindos de uma relação familiar com um interessado no negócio.”¹³

Com efeito, é importante destacar que não se está a restringir a incidência dos novos princípios contratuais às hipóteses onde há uma situação de poder privado ou quando há um regime de contratação diferenciado, uma vez que tal restrição não consta no texto constitucional ou na legislação ordinária. Apenas tal critério é utilizado para mensurar o grau de intervenção estatal necessário para assegurar a proteção dos contratantes.

Imaginem-se dois contratos de compra e venda de veículo, em que um deles é celebrado entre dois amigos que, após tratativas prévias, elaboram o conteúdo do contrato, e outro celebrado entre um consumidor e uma concessionária mediante contrato de adesão. Por certo, ainda que ambos estejam submetidos ao princípio da função social, o grau de disponibilidade, ou seja, de autonomia contratual, assegurado aos contratantes é bem diverso, tanto pela existência do poder privado como pela forma contratual utilizada.

No direito tedesco, Claus-Wilhelm Canaris¹⁴ menciona o caso apreciado pelo Tribunal Constitucional Federal em 1993, que alterou a conclusão alcançada pelo Superior Tribunal Federal em hipótese que versava sobre a celebração de fiança por pessoa que praticamente não possuía patrimônio suficiente para pagar mais do que os juros da dívida. O Superior Tribunal Federal considerou válido o negócio jurídico, fundamentando-se na legitimidade do exercício da liberdade contratual, o que permitiria inclusive a celebração de fiança dessa magnitude.

Ao apreciar tal decisão em grau revisional, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu que o exercício da autonomia contratual deve respeitar os direitos fundamentais, o que, naquele caso, não teria ocorrido, uma vez que lesado o direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Diferente foi a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 407.688¹⁵, em que se entendeu ser válida a penhora de bem de família de fiador em contrato de locação, não obstante ser vedada para o próprio locatário. No caso, colocou-se a existência de um embate entre o direito à moradia e a autonomia contratual, ambos com assento constitucional, o que tornaria necessário realizar um juízo de ponderação.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o exercício da autonomia contratual, por sua natureza constitucional extraída do direito à liberdade, pode afastar da esfera individual o direito fundamental social à moradia, permitindo-se a penhora de bem de família do fiador. Tal conclusão, longe de valorizar a autonomia contratual, expõe a forma velada como vem sendo realizada uma sobreposição do aspecto econômico em detrimento do jurídico-constitucional.

Trata-se, por certo, de situação semelhante ao caso alemão. Porém, naquela hipótese, reputou-se que, para exercer a autonomia contratual e assumir a fiança, era necessária a presença de um patrimônio relevante que garantisse o direito sem comprometer direitos fundamentais. Para Joaquim de Souza Ribeiro, a decisão alemã é mais representativa da tendência de um maior atendimento aos valores existenciais da pessoa do que a valores patrimoniais, pois a desoneração do encargo econômico decorreu da restrição que representava para as opções de vida do devedor, de modo que “a visão do patrimônio como suporte da personalidade, como condição material mínima de uma existência com sentido, sobreleva aqui nitidamente a sua função de garantia de créditos.”¹⁶

Alcançando conclusão semelhante, mesmo sem recorrer a uma ética comportamental e utilizando o critério da proporcionalidade, o Código do Consumidor francês, em seu art. L. 313-10 estabelece que a instituição de crédito não pode celebrar um contrato de garantia de uma operação de crédito [do consumidor ou de hipoteca], com um indivíduo cuja obrigação era, na sua conclusão, claramente desproporcional aos seus bens e rendimentos.

13 O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 161.

14 A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, in Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 230.

15 Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147)

16 Direitos dos Contratos: estudos, Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 29.

Isso decorre da tendência de se colocar a pessoa no centro do direito civil, em detrimento do aspecto meramente patrimonial, criando uma área comum entre o direito público e o direito privado e que sofre a interferência de normas de ambos os lados. Na verdade, reconhecer a pessoa humana como centro do direito civil significa realizar uma releitura dos institutos jurídicos do direito privado, de modo a permitir sua compatibilidade com os valores constitucionais, sem que isso implique o afastamento total do aspecto patrimonial.

Assim, questionando-se sobre quem é essa pessoa humana que passa a ocupar o ápice axiológico do direito civil, Judith Martins-Costa reconhece que já não se trata do sujeito de direito sempre igual titular de capacidade para fazer movimentar a ordem jurídica. Agora, o que se buscam são as pessoas concretas, fundamentalmente desiguais em suas possibilidades e em suas personalidades. “Um novo capítulo – dos Direitos da Personalidade – se inscreve, decididamente, no Direito Civil, ‘fazendo a ponte entre o público e o privado.’ E um novo princípio passa a habitar, implícita ou explicitamente, o universo constitucional: o princípio do livre desenvolvimento da personalidade.”¹⁷

Na verdade, o princípio da autonomia da vontade não pode mais inspirar o direito contratual atual, tal como ocorrido no início do século XIX, já que sua limitação é um fato inquestionável na sociedade moderna, seja em decorrência da ação do outro contratante, seja em virtude da ação estatal, a qual, mediante legislação específica, inclui nas relações contratuais obrigações que não nascem da vontade das partes, e sim da estipulação do direito objetivo vigente.

5. CONCLUSÃO

Há, inegavelmente, uma renovação da teoria contratual, que passa a apresentar uma argumentação mais aberta e contextualizada com as demais ciências sociais, uma vez que as consequências passam a condicionar a própria validade do conteúdo dos contratos.

A existência de um poder privado compromete o próprio exercício da liberdade, de modo que esta não mais pode ser considerada como o princípio supremo dos contratos, ganhando importância a situação social e econômica dos contratantes, pois esses elementos comprometem o exercício de outros direitos individuais garantidos pelo ordenamento, sendo inadequado analisar o contrato apenas em seu aspecto consensual.

A complexidade da sociedade atual exige que as respostas sejam encontradas mediante um diálogo entre as racionalidades sociais, rejeitando-se análises isoladas. Porém, os limites e os objetivos da atividade econômica permanecem sendo atribuições do sistema jurídico, e é o texto constitucional que realiza essa confluência, garantindo o exercício das liberdades econômicas e, por outro lado, condicionando seu exercício à satisfação de finalidades definidas pelo Estado.

Para tanto, o Estado estabelece uma regulação da relação contratual por normas cogentes orientadas pelos valores constitucionais e que reduz o âmbito de decisão dos particulares, promovendo uma aproximação entre o direito público e o direito privado, que além de manterem uma recíproca abertura cognitiva passam a possuir uma unidade valorativa constitucionalmente estabelecida que vincula todo o sistema jurídico e todas as relações subjetivas.

Assim, a intensidade da intervenção estatal na relação contratual é definida pelo grau de poder privado exercido por um dos contratantes, o que pode se verificar pela forma de contratar utilizada pelas partes.

17 Os direitos humanos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 71/72.