

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO
VÉRTICE CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO
SOCIAL DOS CONTRATOS PRIVADOS**

VICTOR AUGUSTO LEÃO

Itajaí-SC

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO
VÉRTICE CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO
SOCIAL DOS CONTRATOS PRIVADOS**

VICTOR AUGUSTO LEÃO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do Título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Álvaro Borges de Oliveira

Itajaí-SC

2014

AGRADECIMENTO

A Deus, no início, agora e para sempre.

Ao Professor Doutor Álvaro Borges de Oliveira, orientação precisa, objetiva e de qualidade.

À Direção, Coordenação e Mantenedores da UNIGUÁ.

A meus queridos pais Rejane e Vicente, amor incondicional, apoio imensurável.

Para minha adorável esposa Liliane, amor e compreensão incomparáveis.

Especialmente, para minhas amadas filhas Maria Eduarda e Ana Clara, prova de amor maior não há.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Professor Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí/SC, 2014

VICTOR AUGUSTO LEÃO

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

SUMÁRIO

RESUMO.....	08
ABSTRACT.....	09
INTRODUÇÃO.....	10
1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	13
1.1. DIMENSÕES DE DIREITOS.....	13
1.2. PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS DE IMANNUEL KANT SOBRE A DIGNIDADE HUMANA.....	22
1.3. CONCEITUAÇÃO INTRÍNSECA E EFETIVAÇÃO MÍNIMA DA DIGNIDADE HUMANA.....	28
1.4. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	39
2. FUNÇÃO SOCIOCONSTITUCIONAL DO CONTRATO PRIVADO.....	52
2.1. DO MONISMO JURÍDICO À ALOPOIESE CONSTITUCIONAL: UM CAMINHO A SER TRILHADO PARA SE ENTENDER A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	52
2.2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	65
2.3. FUNÇÃO SOCIOCONSTITUCIONAL DO CONTRATO PRIVADO.....	76
2.4. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: PRINCÍPIO OU CLÁUSULA GERAL?.....	92
3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VÉRTICE CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS PRIVADOS.....	96
3.1. PERSPECTIVAS CIVIS-CONSTITUCIONAIS DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS CONTEXTOS TEÓRICOS.....	96
3.2. BASES TEÓRICAS SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES.....	109
3.3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO ORDENAMENTO JURÍDICO HOLISTICAMENTE.....	115

3.4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VÉRTICE CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS PRIVADOS.....	119
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	132
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	135

LEÃO, Victor Augusto. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VÉRTICE CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS PRIVADOS. 2014. Dissertação. (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí/SC.

RESUMO

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito. Delimitou-se o tema e se o justificou com estudos sobre a influência de preceitos constitucionais (especialmente o fundamento constitucional da dignidade da pessoa – Constituição Federal, artigo 1.º, inciso III) nas interpretações concernentes a litígios contratuais, baseando-se na função social dos contratos (Código Civil, artigo 421), alçando a relação contratual conflituosa como prestadora de relevantes serviços ao progresso social, impondo-se que, sobre as vontades individuais em confronto, assente-se o interesse coletivo, por intermédio de regras de ordem pública, inafastáveis pelo querer de ambos ou de qualquer dos contratantes, com o propósito maior de evitar o predomínio injustificável e desproporcional do economicamente forte sobre o economicamente fraco na relação contratual. Então, justamente para se efetivar o princípio e fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, aplica-se o princípio função social do contrato, a fim de que se objetive e se aperfeiçoe o emprego daquele referido postulado constitucional. Assim, supõe-se que descabe qualquer argumentação da não aplicação prática e do atendimento respeitoso à dignidade da pessoa humana em nível contratual, eis que prevista em ambos os documentos legislativos pertinentes à espécie: Constituição Federal (o que, por si só, bastaria) e Código Civil. Centros e periferias, em níveis históricos e teóricos, da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato foram as escolhas abordadas nesta pesquisa.

Palavras-chaves: dignidade da pessoa humana; função social do contrato; princípios constitucionais; publicização.

LEÃO, Victor Augusto. THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AS A CONSTITUTIONAL APEX FOR THE EFFECTIVENESS OF THE SOCIAL FUNCTION OF PRIVATE CONTRACTS. 2014. Dissertation. (Master's degree in Legal Science). University of Vale do Itajaí / SC.

ABSTRACT

This dissertation is part of the line of research: Production of Law and Constitutionalism. The theme was delimited and justified with studies on the influence of the constitutional provisions (especially the constitutional foundation of dignity of the person - Federal Constitution, Article 1, section III) in the interpretations relating to contractual disputes, based the social function of contracts (Civil Code, Article 421). It addresses the conflicting contractual relationship as a provider of important services for social progress, requiring that the collective interest is imposed in the clash of wills of the conflicting parties, by means of rules of public order, and cannot be disregarded by the will of both or either of the parties, with the greater purpose of preventing the unjustifiable and disproportionate power of the economically strong over the economically weak in the contractual relationship. In order to implement the principle and constitutional foundation of human dignity, it applies the principle of social function of the contract, in order to address and perfect the use of this constitutional premise. Thus, it is assumed that any argument for non-application of respect for human dignity at contractual level, as is foreseen in both legislative documents in this field: the Federal Constitution (which, by itself, would suffice) and the Civil Code, is unacceptable. Centers and peripheries, at historical and theoretical levels, of the dignity of the human person, and the social function of the contract were the choices addressed in this research.

Keywords: human dignity; social function of the contract; constitutional principles; publicity.

INTRODUÇÃO

Nenhum homem tem autoridade sobre seu semelhante, e uma vez que a força não produz direito algum, restam, então, as convenções como base de toda a autoridade legítima entre os homens. É inútil e contraditória a convenção que estipula, de um lado, uma autoridade absoluta, e, de outro, uma obediência sem limites¹. Com esse ideal conceitual de contrato e de que sua gênese se encontra na livre e espontânea convenção pactuária entre homens, busca-se demonstrar que a função social do contrato seria atendida quando objetivasse a dignificação da pessoa humana.

Dada a dinamicidade de anseios por que passa a sociedade e, simultaneamente, em face da inegável insatisfação humana e mutações desses anseios, percebe-se que seria necessário revalorarem-se ditos desejos da sociedade.

Para tal desiderato, utiliza-se da hierarquização axiológica, que elege princípios, regras e valores, conforme seja necessário para a construção e reconstrução do Direito. A hierarquização axiológica entende o contrato, como marco basilador da hermenêutica contratual, como atendente de desejos sociais, e não simplesmente preocupada com os interesses dos contratantes.

Nesse plano, observa-se que a dignidade da pessoa humana não se cinge apenas aos contratantes, posto que a coletividade igualmente anseia pela pacificação social que os contratos, inicialmente, propiciam, eis que é atingida por seus efeitos.

A abordagem do presente estudo se circunscreve nessa temática: a aplicação da dignidade da pessoa humana com a finalidade de se alicerçar o fundamento constitucional da função social do contrato privado.

¹ ROSSEAU, J. J. **O contrato social**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1989, p. 13.

No primeiro capítulo examinaram-se as dimensões de direitos fundamentais e as perspectivas filosóficas de Immanuel Kant sobre a dignidade humana como base introdutória para uma análise da conceituação e efetivação mínimas da dignidade humana e seus entrelaçamentos com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A hipótese se referiu à afirmação da dignidade da pessoa humana como valor absoluto do homem e a confirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como conteúdo minimamente necessário a qualquer pessoa humana.

O segundo capítulo versou sobre a função socioconstitucional do contrato privado, expondo a trajetória porque passou a constitucionalização do Direito Civil. Explicou-se as razões que fundamentam a fundação social dos contratos como dogma constitucional implícito e sua assistematização, impondo ao intérprete um exercício hermenêutico, eis que é cláusula geral.

Neste tópico, a hipótese empregada delineou-se em atribuir aceção, coesão e causa à utilização da função social do contrato assentada em valores constitucionais, autorizando que o Estado intervenha nas relações contratuais incontestavelmente discrepantes.

O terceiro e último capítulo se iniciou com uma abordagem teórico-histórica sobre a sujeição dos particulares aos direitos fundamentais e como o assunto é explorado no Direito Brasileiro, bem assim se alçou o princípio da dignidade da pessoa humana como premissa básica do ordenamento jurídico em nível holístico e especialmente no que toca aos direitos fundamentais. Ao final, apresentou-se o princípio da dignidade da pessoa humana como orientador para a concretude da função social dos contratos.

Como hipótese desse derradeiro capítulo, expôs-se o princípio da dignidade da pessoa humana como ponto central para fundamentar a função social dos contratos a ser observado pelos contratantes nos momentos pré e pós-contratuais, como também durante sua execução.

Utilizou-se o critério metodológico indutivo² para a presente investigação das bases lógicas dos resultados apresentados, objetivando-se inquirições relativas ao tema e à formulação de meditações sobre a preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana a ponto de ser uma referencia para a interpretação da função social dos contratos privados, bem como se observarão a aplicação de pesquisas bibliográficas para conduzir e esclarecer o leitor.

Pretende-se uma provocação sobre o tema proposto e propiciar uma concreta discussão a respeito da importância do princípio da dignidade da pessoa humana como verdadeiro condutor das práticas contratuais privadas, tendo em vista a heterogeneidade e dimensão que comporta.

² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 87.

CAPÍTULO 1

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este capítulo é direcionado para a análise da dignidade da pessoa humana, objetivando-se evidenciar sua colocação nas históricas dimensões dos direitos fundamentais e nas ideias filosóficas kantianas subjacentes a sua conceituação. Diante da importância da temática abordada, expuseram-se as conceituações intrínsecas e a mínima efetivação da dignidade da pessoa humana, alçando-a ao patamar de núcleo axiológico dos direitos fundamentais. Reservaram-se tópicos específicos para o estudo da dignidade da pessoa humana como princípio e regra, denotando-se sua importância e provocando uma análise sobre seu caráter absoluto ou relativo.

Essas segmentações favorecerão o entendimento da problemática da aplicação da dignidade da pessoa humana como vértice para a efetivação da função social nos contratos privados.

1.1. DIMENSÕES DE DIREITOS

Vestibularmente, e desde já, insta salientar que este trabalho se preocupará em tratar os direitos fundamentais como postulados ínsitos à dignidade da pessoa humana, de tal modo a considerá-la substância valorativa daqueles, mesmo por que “[...] na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade, tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana”³ – à frente, esse aspecto será detalhado.

Assim, visitando as dimensões dos direitos fundamentais, lógica e naturalmente, estar-se-ão examinando suas transformações correlatamente à dignidade da pessoa humana. E isso é importante para assegurar o entendimento

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 56.

em relação aos aspectos em que se inserirão a dignidade da pessoa humana como direitos de primeira e segunda dimensão.

Inegável que os aspectos históricos influenciaram e influenciam as mutações dos direitos fundamentais, a ponto de a doutrina clássica dividi-los em três (quatro ou cinco) dimensões de direitos fundamentais, destacando-se pelo não acolhimento da imprecisão terminológica dos que utilizam a expressão “gerações” de direitos fundamentais⁴⁻⁵⁻⁶.

A primeira dimensão de direitos fundamentais é marcada por clamores populares de não-intervenção do Estado nas esferas de autonomias individuais, em uma época em que “Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rosseau e Kant)”⁷.

Construídos pelos embates políticos e revolucionários franceses e norte-americanos da época⁸, são direitos de liberdade e os primeiros a serem positivados em instrumentos constitucionais, quais sejam: direitos civis e políticos, correspondendo à fase inicial do constitucionalismo ocidental⁹.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 49. O autor, concordando com o conteúdo daquilo que se denomina dimensões e gerações de direitos, critica, em nível terminológico, a adoção da expressão geração de direitos, haja vista possuir uma conotação de substituição gradativa de direitos fundamentais ao longo do tempo, afirmando que a progressão de novos direitos fundamentais possuem o caráter cumulativo e complementar, fortalecendo-os.

⁵ No mesmo sentido: WOLKMER, Antonio Carlos, “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral de novos direitos”. In: WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens (org.). **Os novos direitos no Brasil. Natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19/20.

⁶ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 34/36.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 51.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63/64. O autor apresenta a diferenciação entre a democracia grega e a democracia reinventada pelas Revoluções Francesa e Norte-americana, para ensinar que: “[...] a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. Dai por que, se a democracia ateniense tendia, naturalmente, a concentrar poderes nas mãos do povo (*demos*), a democracia moderna surgiu como um movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra maioria rica.[...] De qualquer modo, esse feito notável de geração dos primeiros direitos humanos e de reinstauração da legitimidade democrática foi obra de duas “revoluções”, ocorridas em curto espaço de tempo, em dois continentes”.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 581.

Intui-se o afastamento de quaisquer comportamentos, ainda que tendenciosos, de intervenções arbitrárias estatais, pois, de plano, proíbem-se interferências do Estado, impondo-se-lhe uma obrigação negativa, ou melhor, uma abstenção interventiva no âmago de liberdade particular garantida constitucionalmente¹⁰.

Surge, então, o que se aponta como direitos de defesa preponderantemente negativos contra o Estado¹¹. Contudo, DIMOULIS e MARTINS criticam a expressão “direitos de defesa”, apregoando pela utilização da expressão “direitos de resistência”, pois, em que pese reconheçam que aquela é bastante difundida pela doutrina brasileira, esta traduziria melhor os desígnios desejados pela doutrina alemã com o termo *Abwehrrechte*. Além disso, aduzem que “direitos de defesa” persuadem à conclusão de defesas processuais, ao passo que “direitos de resistência” enunciam e anunciam possibilidades de se concretizarem impedimentos de intervenções inescusáveis do Estado¹².

Nesse rol de direitos e por sua evidente inspiração jusnaturalista¹³, incluem-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, dispersos em uma infinita lista de direitos originados daqueles¹⁴.

Ressalta-se a atualidade dos direitos de primeira dimensão, porquanto se verificam novas facetas desses direitos, que podem, perfeitamente, se incluir, com sustentação no princípio da dignidade da pessoa humana, na ideia de liberdades contra ingerência do Estado (e também dos particulares): garantias contra manipulações genéticas, direito de morrer com dignidade, direito à mudança de sexo¹⁵.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 65.

¹¹ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 23.

¹² DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 64/65.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 40. O autor atenta ao fato de que “Com a construção do estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, haver encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo”.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 52.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 55. O autor alerta, nessa passagem, para o fato de que parte da doutrina seriam direitos de terceira e até mesmo de quarta dimensão.

Ocorre que, com novas alterações fático-históricas (ascensão do indivíduo e perda da proteção familiar, estamental ou religiosa e sua consequente fragilidade ante as vicissitudes da vida)¹⁶, a desejada atuação negativa do Estado transforma-se em clamores prestacionais, à medida que se exigem prestações sociais efetivas estatais, demandando-se um dever-fazer em contraposição à exploração da iniciativa privada, à época, livre pela pouca ou quase inexistente intervenção estatal. Então, direitos sociais nas áreas da saúde, assistência social, educação, trabalho etc. são reclamados por aqueles que, por esse contexto social, carecem de dignidade em suas vivências.

Esse conjunto de insatisfações decorreu dos efeitos deletérios que a Revolução Industrial causou e à constatação de que a liberdade face ao Estado outrora obtida, trouxe a certificação de que a vitória se referiu apenas à liberdade e igualdade formais. Além disso, já no início do século XIX, amplos movimentos reivindicatórios assinalaram o Estado como responsável ativo pela realização da justiça social¹⁷.

O mote desses movimentos reivindicatórios se fundava na ausência de proteção a uma massa de trabalhadores que se sujeitava às condições de salários e trabalho impostas pelos patrões capitalistas, pois, perante a lei, ambos eram considerados iguais e inteiramente livres para negociarem as bases contratuais, assim como a todas as pessoas nas mais variadas classificações sociais, uma vez que se garantia “[...] a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança”¹⁸.

Os direitos sociais da segunda dimensão de direitos não se restringem aos direitos sociais de cunho prestacional, pois dizem respeito, também, às liberdades sociais, tais quais a liberdade de sindicalização, direito de greve, direito a férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação de jornada de trabalho etc. Importante frisar, neste ponto, que os direitos sociais se reportam à pessoa individual, não se confundindo com os direitos coletivos ou difusos da terceira dimensão, bem como que a expressão “social” justifica-se na densificação

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 64/65.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 52.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 65/66.

do princípio da justiça social das classes menos favorecidas¹⁹, as quais reclamam prestações positivas estatais que dignifiquem a pessoa humana²⁰.

O resultado dessa **atomização social**²¹ foi a imensa miserabilidade das massas desfavorecidas na primeira metade do século XIX e a formação e organização das classes trabalhadoras com pautas reivindicatórias sociais, cujas demandas começaram a ser constitucionalizadas e positivadas em pactos internacionais²² no pós-guerra mundial²³, especialmente com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919²⁴⁻²⁵⁻²⁶. Regionalmente, a Constituição da República de 1988 foi a primeira a tratar dos direitos sociais como autênticos direitos fundamentais²⁷.

Já para o final do século XX, surgem, como produto de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou com parco (ou nenhum) desenvolvimento e alicerçados na fraternidade e solidariedade, os direitos de terceira dimensão, transcendendo a ideia de homem-individual como titular dos direitos sociais para abranger grupos de pessoas²⁸, resultantes de novas reivindicações fundamentais e originadas, dentre outros fatores, “[...] pelo impacto

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 53.

²⁰ CUNHA FERRAZ, Anna Candida. “Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988”. In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo: Edifio, 2006. p. 162.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 66.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 585.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 53.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 66.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66. O autor explica que não havia condições, após a Primeira Guerra Mundial, de a Assembleia Constituinte convocada se instalasse na capital Berlim, razão pela qual se reuniu em Weimar e ensina que “Elaborou-se uma Constituição para a Alemanha republicana, da qual o ponto mais relevante para a história jurídica é a Parte II – Direitos e deveres fundamentais dos alemães. Nesta, dedica-se a primeira seção ao indivíduo, a segunda, à vida social, a terceira, à religião e sociedades religiosas, a quarta, à instrução e estabelecimentos de ensino, e a quinta, à vida econômica”.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. p. 64. “A Constituição Mexicana de 1917 é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais. Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo na América latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta representa como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador. Trata-se de um documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais”.

²⁷ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. p. 24.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 587.

tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências”²⁹.

Seu destinatário fundamental é o gênero humano, sua titularidade é coletiva, indeterminada e indefinida³⁰, com comprometimento transindividual e até mesmo universal, impondo esforços e responsabilidades em proporções mundiais³¹.

Por isso, arrolam-se, exemplificativamente, os direitos à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente³²⁻³³. No entanto, com essas incorporações, corre-se o risco de críticas, porquanto é de duvidosa acolhida a inclusão do próprio Estado e da Nação como titulares de direitos fundamentais, já que as reivindicações acima exemplificadas (autodeterminação dos povos, desenvolvimento e paz) não comportariam a qualificação de direitos fundamentais³⁴.

BONAVIDES, citando Etienne-R. Mbaya, explica que os direitos destinados aos Estados e Nações (autodeterminação dos povos, desenvolvimento e paz) seriam a característica da solidariedade e não da fraternidade, afirmando que a solidariedade exprimiria o dever de todos os Estados considerarem, nos seus atos, os interesses de outros Estados, no auxílio recíproco financeiro ou de qualquer outra natureza e uma coordenação sistemática de política econômica³⁵. FERREIRA FILHO aduz que o direito à paz, à autodeterminação dos povos e ao patrimônio comum da humanidade seriam titularizados, ativa e passivamente, pelo Estado com base na solidariedade entre os povos³⁶.

BOBBIO destaca que os direitos de terceira geração (o autor se utiliza deste termo) constituiriam uma categoria deveras heterogênea e vaga e que o

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 54.

³⁰ CUNHA FERRAZ, Anna Candida. “Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988”. In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. p. 163.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 54.

³² CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. p. 25.

³³ CUNHA FERRAZ, Anna Candida. “Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988”. In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. p. 163. A autora leciona que, à exceção do direito ao meio ambiente, alguns direitos dessa dimensão aparecem na Constituição da República de 1988 apenas como objetivos e princípios.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 54.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 588/589.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. p. 83.

mais importante de tais direitos seria “[...] o direito de viver num ambiente não poluído”, cujos direitos nasceriam de carecimentos impensáveis quando se propuseram os direitos de segunda geração³⁷.

Ainda com BOBBIO e em nível sociológico-jurídico, a fim de explicar as exigências de novos reconhecimentos e proteções desses novos carecimentos, percebe-se que, depois do final da guerra, o desenvolvimento dos direitos do homem ocorreu em duas vertentes: universalização (transformação dos indivíduos singulares em cidadãos do mundo) e multiplicação (fenômeno social referente aos direitos do homem). Sobre esta linha, explica a existência de um processo que decorre do aumento de bens considerados merecedores de proteção e da extensão de alguns direitos a sujeitos diversos do homem, assim como pela consideração do homem em sua especificidade de ser em sociedade, por exemplo: criança, idoso, doente, deficiente etc., esclarecendo:

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos Naturais (ou morais) – em outras palavras, da “pessoa”-, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes do homem, como os animais³⁸.

Por fim, destaca-se a preocupação de que a multiplicação de direitos fundamentais vulgarize e desvalorize a ideia central de fundamentalidade

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, traduzido por Carlos Nelson Coutinho, 2004. p. 5/6.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. p. 62/63.

desses direitos essenciais que ocorreriam com a inclusão do direito ao sono, de não ser morto em guerra, não ser sujeito a trabalho aborrecido, à coexistência com a natureza, o de livremente experimentar modos de viver alternativos, etc³⁹.

Com essa percepção, fecha-se a tríade da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. SARLET inclui o direito à vida e à dignidade da pessoa humana como os mais fundamentais dos direitos⁴⁰.

Fala-se, ainda, em quarta dimensão de direitos.

Sua base encontra-se nas lições de BONAVIDES e é construída na globalização do neoliberalismo extraída da globalização econômica, isto é, a desagregação do Estado nacional seria resultado dos problemas que o neoliberalismo globalizado produziu, uma vez que suavizaria os liames de soberania e traria uma falsa ideia de sociedade despolitizada, desprovida de referências de valores, significando um objetivo de perpetuidade de dominação. No entanto, o autor assinala uma outra globalização política e endereçada aos países de periferia e ausente de ideologias liberais: a teoria dos direitos fundamentais, a qual redundaria na sua humanização e legitimação e corresponderia à última fase de institucionalização do Estado social, elencando os direitos de quarta dimensão, quais sejam: direito à democracia, direitos à informação e direito ao pluralismo⁴¹.

Embora encontre adeptos⁴², enfrenta oposição⁴³. Seu não reconhecimento no direito interno e internacional, não passaria “[...] de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética [...]”. Além disso, CRUZ entende que os direitos de quarta dimensão concerneriam à informática e à manipulação genética em sentido amplo, reconhecendo, porém, seu estágio incipiente no constitucionalismo contemporâneo⁴⁴.

Englobando todas as dimensões de direitos fundamentais e aduzindo os direitos de terceira e quarta dimensões coexistentes tanto na primeira quanto na segunda dimensão, seguem as lições de BOBBIO:

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. p. 85/86.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 60.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 589/590.

⁴² CUNHA FERRAZ, Anna Candida. “Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988”. In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. p. 163/164.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 56.

⁴⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 145.

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes instituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira geração e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.

Como quinta e última dimensão de direitos fundamentais, BONAVIDES alça o direito à paz nessa categoria e não no elenco dos direitos fundamentais de terceira dimensão, fundamentando-se na doutrina de Karen Vasak, que os colocou neste rol de modo incompleto e lacunoso, mas que, a despeito disso, vários documentos foram redigidos com referência ao direito à paz, induzindo à conclusão de sua ressonância universal⁴⁵.

Esses aspectos dimensionais dos direitos fundamentais entoam a conotação de sua constante evolução, posto que “[...] a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas”⁴⁶ e que alguns direitos fundamentais se revitalizam, quer com suas respectivas positivações, quer com transformações hermenêuticas e jurisprudenciais⁴⁷.

Postas as digressões em níveis históricos e dimensionais, é o momento de se atentar para as contribuições filosóficas de Immanuel Kant sobre o conceito de dignidade da pessoa humana, haja vista ser referido filósofo o que mais influenciou o tratamento contemporâneo da dignidade da pessoa humana⁴⁸⁻⁴⁹.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 599.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. p. 41.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 60.

⁴⁸ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. p. 64.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 34.

1.2. PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS DE IMANNUEL KANT SOBRE A DIGNIDADE HUMANA

Imprescindível, como preparação para um exame das lições de Immanuel Kant sobre a dignidade da pessoa humana, que se realize um estudo histórico, ainda que superficial, no tocante à dignidade da pessoa humana, ante a afluência de diversas doutrinas e conceitos construídos ao longo do tempo.

A dignidade da pessoa humana é, ainda que redundantemente, inseparável do homem. MORAES indica que o Código de Hamurabi já codificara, em 1690 a.C., a dignidade humana como um direito inerente a todas as pessoas⁵⁰.

Nas linhas da antiguidade clássica, quantificava-se a dignidade das pessoas, criando pessoas com maior ou menor grau de dignidade, uma vez que o pensamento filosófico e político da época fazia uma correlação diretamente proporcional entre a dignidade da pessoa humana e seu nível social. Tal quadro fora contraposto pelo pensamento estóico, cuja proposição considerava a dignidade da pessoa humana como intrínseca a todos os homens, os quais seriam os únicos dotados de dignidade, razão por que se distinguiriam das demais criaturas⁵¹.

Havia, pois, uma modulação ou quantificação conforme a posição social da pessoa e o grau de reconhecimento que esta posição social refletia junto aos demais membros, permitindo que se reconhecessem pessoas mais ou menos dignas, em rumo antagônico ao pensamento estóico, que primava pela ideia de liberdade pessoal de cada indivíduo⁵².

Indiscutível a importância das concepções estóicas. Porém, a dignidade da pessoa humana “[...] ganha profundo alento com o desenvolvimento do pensamento cristão, especialmente considerada a cultura da igualdade de todos perante a criação”⁵³.

⁵⁰ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 6.

⁵¹ GOMES, Andreia Sofia Esteves. “A dignidade da pessoa humana e seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009. p. 24/25.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 30/31.

⁵³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. “Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade”. In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo Carlos

Pontua-se o ideário cristão:

[...] para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela “Santa Inquisição”) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento⁵⁴.

Na sequência - e já no contexto renascentista (séculos XIV a XVI), destaca-se o Discurso sobre a Dignidade do Homem, de Giovanni Pico Della Mirandola, em que se nota o antropocentrismo da época, já que o homem é o grande milagre da criação e centro do universo, bem como considerado o mediador das realidades terrena, celeste e divina⁵⁵ e, ainda, dotado de razão⁵⁶. Isto é: o homem pode construir livremente sua própria existência e seu próprio destino porque é dotado de racionalidade que é, por sua vez, inerente ao ser humano⁵⁷.

Enfatiza MIRANDOLLA sobre a racionalidade humana:

Assim se compreende que o homem seja aqui considerado como um camaleão, um animal de natureza vária, multiforme e mutável, dotado do livre-arbítrio para decidir o caminho de vida que quer levar e aquilo que quer vir a ser. Por isto mesmo, há

Bianca (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo: Edifício, 2006. p. 41.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 30.

⁵⁵ MIRANDOLLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. São Paulo: Editora Canuto, 2006. Edição Bilingue. p. XLIII.

⁵⁶ MIRANDOLLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. p. XLVI.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 31.

aqui uma consideração sobre o que seja a virtude do homem, sobre o que o que seja admirável e honrável na atividade humana⁵⁸.

CORDEIRO escreve que a continuidade do processo de laicização da dignidade da pessoa humana, ocorrida no século XVII, observou contribuição de Samuel Pufendorf, aduzindo ter sido o primeiro jusnaturalista a sustentar o direito natural baseado na razão e que adicionou liberdade e compartilhamento da razão à ideia de igualdade entre os homens no conceito de dignidade da pessoa humana⁵⁹.

Ingressando no pensamento de Immanuel Kant (considerado um divisor de águas na história da Filosofia moderna⁶⁰) e especificamente em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*⁶¹, o portal do iluminismo⁶², nota-se que o autor entende que apenas seres racionais e com vontade é que podem se determinarem a si mesmos a agirem nos moldes da representação de certas leis, distinguindo *fim* de *meio*:

Ora aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o *fim* (Zweck), e este, se é dado só pela razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. O que pelo contrário contém apenas o princípio da possibilidade da acção, cujo efeito é um fim, chama-se meio⁶³.

⁵⁸ MIRANDOLLA, Giovanni Pico dela. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. p. XLVII.

⁵⁹ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. p. 64.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. p. 96. O autor afirma, categoricamente, “[...] que a história da Filosofia, nos tempos modernos, assim se escreve: antes e depois de Kant. Não exageram, portanto, aqueles que dizem que Kant foi maior do que Aristóteles, maior que todos os pensadores que o antecederam”.

⁶¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

⁶² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. “Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade”. In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positividade e concretização**. p. 42.

⁶³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 67.

Explica que a base do imperativo categórico do homem com fim em si mesmo está na admissão de que algo com existência em si mesmo possui valor absoluto e que, em face do fim em si mesmo, é tido como um valor incondicional. Porém, a utilização do fim em si mesmo não pode se destinar ao uso arbitrário desta ou daquela vontade, porquanto “[...] em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem que sempre que ser considerado *simultaneamente como fim*” e que os seres irracionais, por dependerem da vontade da natureza, possuem um valor relativo como meio, ao passo que os seres racionais (pessoas) não podem ser empregados como simples meio, limitando, assim, todo e qualquer arbítrio⁶⁴.

O raciocínio desse imperativo prático resume-se no seguinte: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”⁶⁵.

KANT questiona a possibilidade de cumprir mencionado imperativo, elencando-a em quatro tópicos e se utilizando de exemplos que desenvolveu: uma pessoa que pretende o suicídio; o que faz promessas mentirosas; a pessoa talentosa que prefere não se esforçar e o homem que vive na prosperidade e que não se importa com os outros que estão em grandes dificuldades⁶⁶.

Em suas conclusões sobre tais hipóteses, afirma, respectivamente, que o suicida serve-se da pessoa como simples meio e não como um fim em si mesma; que o mentiroso serve-se da outra pessoa como simplesmente um meio para si; que o preguiçoso não promove o fim em si mesmo e, por fim, que o homem próspero, ao não se esforçar para contribuir com seus semelhantes, não atuaria com a humanidade como fim em si mesma⁶⁷.

Propõe, portanto, um Reino dos Fins (ou, como o próprio autor afirma, trata-se apenas de um ideal), objetivando uma ligação sistemática dos seres racionais por leis comuns objetivas, as quais os submetem a que cada um deles “[...]”

⁶⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 67/68.

⁶⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 69.

⁶⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 69 e 60/62.

⁶⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 69/71.

jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si”⁶⁸.

Neste Reino dos Fins, o princípio da moralidade é dever esterilizado de sentimentos, impulsos ou inclinações, uma vez que, para ser legisladora, a moralidade-dever baseia-se apenas nas relações dos seres racionais entre si, já que a vontade legisladora universal é concebida com todas as outras vontades e ações para com nós mesmos, “[...] em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá”⁶⁹.

Assim, a dignidade é valor incondicional e incomparável:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...] aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade⁷⁰.

Encerra-se a exposição kantiana sobre dignidade da pessoa humana com suas afirmações de que as únicas coisas que têm dignidade são a moralidade capaz de fazer um ser racional com fim em si mesmo e, por isso, membro legislador do reino dos fins, e a humanidade com moralidade⁷¹, como também que a autonomia é fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional, posto que a autonomia para legislar deve ser permeada de dignidade valorada de forma incondicional e incomparável⁷².

Em relação à autonomia e moralidade kantiana, BITTAR explicita sua conclusão sobre as ideias de Immanuel Kant com fundamento no uso da lei moral na forma de razão legisladora em prol da humanidade como-fim:

⁶⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 76.

⁶⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 77.

⁷⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 77.

⁷¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 77/78.

⁷² KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 79.

De fato, a dignidade tem a ver com esta capacidade de ser autônomo, na medida em que age a razão legisladora e moral. Se há o mundo dos fins absolutos (esfera do incondicional, do não relativizável, do inapreciável), em contraposição ao mundo dos fins relativos (esfera do preço, da troca, do útil, do variável), a definição humana decorre de sua condição invariável e inavaliável, na medida em que ninguém vale mais do que ninguém, ninguém pode ser avaliado mais do que ninguém, ao contrário das coisas *in commercio*⁷³.

Concentrando as lições de Immanuel Kant sobre dignidade da pessoa humana, FERREIRA DOS SANTOS ensina que esse autor assegura que o homem possui dignidade como pessoa porque tem valor absoluto e não pode ser usado como instrumento para algo que não seja o fim em si mesmo⁷⁴.

SARLET apresenta possíveis críticas ao que denomina de excesso de antropocentrismo kantiano, que constrói a pessoa humana em sua racionalidade e a coloca em posição privilegiada. Argumenta, exemplificativamente, que mais do que um fim em si mesma, a pessoa humana não impede que se a examine de modo genérico, “[...] ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais[...]”, agregando-se, nesse pensamento, todas as formas de vida e objetivando, com tal proteção da vida em geral, a vida humana e com dignidade⁷⁵.

Por fim, cumpre registrar que a solidez e aceitação quase unânime das lições de Immanuel Kant não foram capazes de evitar a instrumentalização do ser humano, especialmente pelos ultrajes experimentados

⁷³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. “Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade”. In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positividade e concretização**. p. 42.

⁷⁴ FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. **Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 27.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 35.

durante o Estado nazista, que aniquilou a noção de pessoa e, conseqüentemente, de sua própria dignidade⁷⁶.

Com essas anotações e abordagens históricas sobre as dimensões dos direitos fundamentais, incluindo-se a dignidade da pessoa humana como epicentro daqueles, bem como sobre as concepções kantianas de pessoa humana, passa-se à conceituação e efetivações mínimas daquela.

1.3. CONCEITUAÇÃO INTRÍNSECA E EFETIVAÇÃO MÍNIMA DA DIGNIDADE HUMANA

Prevista no artigo 1.º, inciso III da Constituição Federal Brasileira, a referência à dignidade da pessoa humana foi positivada em 1988 no Direito Brasileiro não sendo, contudo, sua criação, já que estabelecida em diversos diplomas legais de outros países ou organizações internacionais que a estabeleceram em seus respectivos Estatutos, especialmente como contraponto às atrocidades e desumanidades cometidas pelo nazifascismo⁷⁷⁻⁷⁸ e, igualmente, como fundamento de oposição ou, pelo menos, de inibição, para idênticas condutas que ainda ocorrem, notadamente em países regidos ditatorialmente (exemplos: torturas, mutilações, escravaturas).

Com esse relevo de importância protetiva do ser humano e com base no esboço histórico apresentado alhures, percebe-se que a dignidade da pessoa humana é conceito demasiadamente polissêmico e inelutavelmente poroso.

Dada a intangibilidade da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de direito democrático, sua conceituação comporta

⁷⁶ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4.

⁷⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. "O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 117.

⁷⁸ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. p. 62. Entretanto, a autora complementa que "[...] o estudo dos atributos intrínsecos da pessoa humana remonta à antiguidade. De fato, ao longo da história, teólogos e filósofos têm-se preocupado em desvendar os predicados que diferenciam a pessoa humana dos demais seres vivos fazendo-a merecedora de consideração e respeito especiais".

incontáveis possibilidades⁷⁹, inclusive contraditórias⁸⁰, embaraçando a formulação de seu conceito.

SARLET também destaca a dificuldade em se conceituar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista suas vaguidade e imprecisão terminológicas, justificando tal dificuldade no fato da escolha de critérios que a valorem para qualificá-la, já que é amplamente concorde, doutrinariamente, sua inerência a todo e qualquer ser humano, razão pela qual a dignidade da pessoa humana passou a constituir o valor específico que propriamente identifica uma pessoa:

Consoante já anunciado, não há como negar – a despeito da evolução ocorrida especialmente no âmbito da Filosofia – que uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ambiguidade e porosidade assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à noção de dignidade da pessoa⁸¹.

A essência da dignidade da pessoa humana é indeterminadamente conceituada, posto ser deveras aberta sua definição⁸²,

⁷⁹ MATOS, Inês Lobinho. “A dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, mormente em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009. p. 84.

⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 125.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

⁸² CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. p. 61.

impondo-se uma compreensão conforme o contexto histórico-cultural se apresente aprioristicamente:

Em cada país, em cada comunidade, o conteúdo da dignidade humana deve ser o resultado de uma construção por parte dos homens que habitam tais espaços territoriais, levando em conta seus respectivos contextos culturais. Portanto, a contextualização cultural é imprescindível para a obtenção do conteúdo da dignidade humana⁸³.

Ainda que para os céticos exista uma inoperabilidade da noção de dignidade da pessoa humana por se tratar de um conceito aberto e plurívoco, há que se entendê-la como resumo das ambições constitucionais, não sendo um mero conceito aberto da Constituição, eis que possuidora de um cunho de *télos* das políticas sociais e, ainda, base para se diferir o justo do injusto, o aceitável do inaceitável, o legítimo do ilegítimo⁸⁴.

Reconhecendo sua ousadia na proposição de um conceito jurídico da dignidade da pessoa humana, vale a lição de SARLET⁸⁵:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos

⁸³ LEITE, George Salomão. "Direito Fundamental a uma morte digna". In: SARLET, Ingo Wolfgang e LEITE, George Salomão (org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 159/160.

⁸⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. "Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade". In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**. p. 48/49.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 62.

destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁸⁶.

Desse conceito, é possível o reconhecimento de alguns caracteres da dignidade da pessoa humana, sobre os quais se desenvolverá seu conceito doravante: a qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano e a garantia de condições mínimas de existência consigo mesmo e com os demais seres humanos.

Como qualidade intrínseca, em outra obra⁸⁷, SARLET afirma que o pensamento clássico remonta à ideia de que a dignidade da pessoa humana seria intrínseca à pessoa humana, irrenunciável e inalienável, não podendo ser destacada do ser humano. Ademais, por um lado, deve ser respeitada, promovida e protegida e, por outro, não se admite sua criação, concessão ou retirada, eis que reconhecida em cada ser humano como algo que lhe seria inerente.

Outrossim, a dignidade da pessoa humana antecede ao próprio direito, porquanto seja atributo de qualquer pessoa, situando-se no epicentro de todo o ordenamento jurídico, protagonizando-o⁸⁸.

Com o simples fato da inerência da dignidade ao ser humano, conclui-se pela independência de outros qualificativos jurídicos, tais quais contratos ou declarações de vontade, bem como que aquela não se associa a papéis ou atividades que a pessoa desempenha ou até mesmo com sua capacidade, pois “Chega-se a afirmar que a dignidade da pessoa humana independe, inclusive, do nascer com vida, pois o nascituro, mesmo sem ainda ter nascido, possui a qualidade de humano. O pressuposto da dignidade é a qualidade de humano, não o

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 62.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. p. 19.

⁸⁸ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. p. 08.

nascimento com vida”⁸⁹. KLOEPFER doutrina na mesma senda de integração do nascituro no rol das pessoas naturais legitimadas⁹⁰.

Então, a pessoa nasce com dignidade, sendo-lhe inata e inerente à sua essência humana⁹¹. Não há uma equiparação, mas uma ligação intrínseca entre a dignidade e o ser humano como valor próprio natural de cada pessoa, não sendo resultado de uma **biologização**⁹² da dignidade da pessoa humana, a qual estaria a depender, por exemplo, de aspectos físicos para ser dignificada.

Inclusive, diferencia-se dignidade humana (reconhecida a todos os seres humanos, independentemente de sua condição pessoal) e dignidade da pessoa humana (concretamente considerada em seu contexto social e moral)⁹³, para, na sequência, estabelecer seu entendimento sobre a dupla dimensão, negativa e prestacional, da dignidade da pessoa humana como condicionamento mínimo de existência individual e coletiva.

Nesse sentido, sustenta que a dimensão negativa retrata que a autodeterminação da pessoa humana se refere às decisões essenciais a respeito da própria existência, não se permitindo interferências de terceiros, assim como não se admite sua total auto-colocação como mero objeto a permitir usurpações que diminuam ou exterminem sua condição de pessoa humana⁹⁴.

⁸⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 15/16.

⁹⁰ KLOEPFER, Michael. “Vida e Dignidade da pessoa humana”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. p. 171.

⁹¹ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. p. 22.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. p. 28. “Em caráter ilustrativo, é possível referir aqui uma série de situações que, para determinada pessoa (independentemente aqui de uma vinculação a certo grupo cultural específico) não são consideradas como ofensivas à sua dignidade, ao passo que para outros, trata-se de violação intensa do núcleo essencial da dignidade da pessoa”.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30.

MARTINS e DIMOULIS apregoam que a estrutura dessa dimensão se refere a uma obrigação negativa endereçada ao Estado no sentido de deixar de fazer algo, isto é, de intervir na esfera de liberdades de escolhas garantidas pela Constituição, denominando-a de imperativo de omissão ou a qualificando como pretensão de resistência à intervenção estatal⁹⁵.

Assim, a dimensão negativa da pessoa humana face ao Estado se encontra no rol dos direitos de primeira geração, como visto linhas acima (item 1), uma vez que delimita uma área de não-intervenção estatal, demarcando a liberdade universal e abarcando, insofismavelmente, as escolhas a que possa a pessoa humana pretender, abstrata ou concretamente.

Já pela perspectiva prestacional, SARLET expõe seu entendimento de que se faz necessária a proteção da pessoa humana, por parte do Estado e da comunidade, quando aquela estiver fragilizada ou incapaz de se autodeterminar dignamente, impondo aos órgãos estatais a promoção de medidas projetivas concretas nesse sentido⁹⁶.

FERREIRA DOS SANTOS restringe o aspecto prestacional (que denomina positivo), ao argumento de que tal dimensão não presumiria uma atuação estatal. Repugna apenas qualquer empecilho ou interferência na autodisponibilidade de cada homem, de um lado e, de outro, que a autodeterminação é fruto da livre projeção histórica da razão humana⁹⁷.

Caracteriza-se, portanto, a inclusão desse ângulo interpretativo na obrigação do Estado em evidenciar a promoção de direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade – segunda dimensão de direitos (vide histórico detalhado no item 1).

⁹⁵ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 65.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. p. 30/32.

⁹⁷ FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. **Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana**. p. 97.

Ambos os aspectos supra constituem, nesses vieses, imperativos da dignidade da pessoa humana, à medida que a inserem nos direitos de primeira e segunda dimensões⁹⁸.

Com esse aporte doutrinário a respeito do caráter intrínseco da dignidade da pessoa humana em níveis negativo e prestacional, passa-se à análise de seu aspecto relativo à garantia de condições mínimas de existência digna, conectando essa ideia, umbilical e principalmente, à tarefa de o Estado proporcionar tais condições dignas – sem se olvidar da obediência de particulares a esse preceito constitucional⁹⁹.

A problemática que se apresenta, pois, refere-se ao estabelecimento do que seja esse mínimo indispensável para a realização de uma vida digna.

BARCELLOS explica como seria materializado o mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana, posto entender que ambos os institutos jurídicos descreveriam o mesmo fenômeno, tendo em vista que o mínimo existencial corresponderia às situações imprescindíveis para a existência humana digna, quer no âmbito físico, quer no âmbito espiritual e intelectual, cujas observâncias seriam fundamentais para um Estado que se projete democrático (participação dos indivíduos nas deliberações públicas) e liberal (autodesenvolvimento pessoal)¹⁰⁰.

Na hipótese de o Estado não se desincumbir satisfatoriamente dessa missão que não se restringe, por exemplo, à simples garantia de moradia, educação, saúde e lazer, mas de moradia em condições urbanas dignas, com equipamentos de educação compatíveis ao aproveitamento escolar e, ainda, saúde e lazer adequados à pessoa humana, incumbe às instituições, tal qual o Ministério Público, obrigar o Estado à realização dessas inclusões sociais¹⁰¹. Entretanto, não

⁹⁸ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. p. 93.

⁹⁹ Adiante e em capítulo específico, tratar-se-á da vinculação dos particulares no tocante à dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. p. 198.

¹⁰¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. O Ministério Público e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana". In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009. p. 280.

competete ao Estado assegurar um padrão ótimo de bem-estar social; basta a efetivação de condições mínimas de existências dignas¹⁰².

Além da destinação ao Estado, a noção de mínimo existencial está igualmente dependente de providências concretas da sociedade que se intenciona fraterna (preâmbulo da Constituição Federal) e que possui tal desiderato como objetivo (Constituição Federal, art. 3.º, inciso I), não se admitindo exclusão social alguma em decorrência do agir humano responsável¹⁰³.

SARLET aborda vários segmentos para a concretização do mínimo indispensável para a realização de uma vida digna¹⁰⁴, na mesma trilha de BREUS, o qual elenca quatro grandes grupos abrangentes do princípio da dignidade da pessoa humana, quais sejam: igualdade, integridade psicofísica, liberdade individual e solidariedade social¹⁰⁵.

Então, uma vida priorizada na dignidade da pessoa humana deve garantir, social e minimamente, todos esses direitos descritos acima, os quais limitam, expressa e implicitamente, o Poder Público, visto que o impede de proceder a eventuais reformas constitucionais¹⁰⁶.

O Brasil e a sociedade brasileira falham no garantir esse mínimo existencial digno à pessoa, inviabilizando a fruição de diversos direitos fundamentais do homem, realizando-o somente no nominalismo e semantismo constitucional, concretizando-o apenas seletivamente a uma minoria¹⁰⁷, fenômeno também percebido em outros países¹⁰⁸.

¹⁰² LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109.

¹⁰³ BALERA, Wagner. "A dignidade da pessoa e o mínimo existencial". In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009. p. 490.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 113.

¹⁰⁵ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional. Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007. p. 174 e 190.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 117.

¹⁰⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 281.

¹⁰⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010. p. 195.

Ocorre que o atendimento dessas prestações conduzem à imprescindível arrecadação de recursos públicos, conforme estabelece o artigo 167 da Constituição Federal, apontando para o que se denomina de princípio da reserva do possível¹⁰⁹. Além disso, frisa-se que a Constituição Federal não se envolve com autorizações ou procedimentalizações pontuais dos gastos públicos, já que ordena tal tarefa para atos normativos infraconstitucionais, nada obstante a existência de algumas emendas constitucionais que criaram vinculações das receitas dos entes políticos com educação, saúde e pobreza¹¹⁰.

Entretanto, essa conjuntura econômica de possibilidades (ou de impossibilidades), é relativizada por ARAÚJO, já que a Constituição Federal, o ordenamento financeiro nacional e as leis orçamentárias podem ser utilizadas com o espectro redutor de despesas, enfraquecendo, ou até mesmo esvaziando, o princípio da reserva do possível como limitador ao atendimento das prestações sociais:

Temos, então, as exigências constitucionais do art. 167 e da Lei n.º 4.320/64 complementadas pela lei orçamentária anual, permitindo que, pela via do ato administrativo normativo do Executivo, dotações orçamentárias sejam criadas ou reforçadas por meio de superavit financeiro, excesso de arrecadação ou anulação total ou parcial de dotações, o que retira o apelo dramático de ruína econômica que o princípio da reserva do possível parece oferecer, como meio eficiente de frustração das legítimas prestações positivas de que o Estado é devedor¹¹¹.

¹⁰⁹ ARAUJO, Eugênio Rosa de. “O princípio da reserva do possível e a ponderação com regras a ele pertinentes. Viagem na irrealidade do cotidiano financeiro”. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2 ed. 2001. p. 558.

¹¹⁰ SARMENTO, Daniel. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2 ed. 2010. p. 73/74. O autor cita as Emendas Constitucionais 14/1996, 29/2000 e 31/2000.

¹¹¹ ARAUJO, Eugênio Rosa de. “O princípio da reserva do possível e a ponderação com regras a ele pertinentes. Viagem na irrealidade do cotidiano financeiro”. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2 ed. 2001. p. 563.

Nem mesmo crises econômicas sustentam a inviabilidade dos direitos fundamentais sociais (a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais serão tratados conjuntamente na sequência). Justamente nestes momentos é que se impescindem a efetivação daqueles direitos¹¹².

Por tudo isso, impensável que escassezes de recursos financeiros maculem a efetividade da dignidade da pessoa humana e não se concretize o mínimo considerado existencialmente para cada indivíduo viver respeitavelmente.

Ademais, ALEXY clarifica e corrobora essa ideia:

Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras¹¹³.

Indissociável a finitude dos recursos financeiros do Estado. Contudo, indelével a obediência do mesmo Estado aos padrões mínimos assegurados pela Constituição Federal. Logo, não se trata de uma mera escolha política na gerência do orçamento público. O que se deve fazer é simples: executar os parâmetros fixados na Carta Magna. Ao proceder dessa maneira, indubitavelmente, a dignidade da pessoa humana, **ainda que constitua uma categoria axiológica aberta**¹¹⁴, garantirá a efetividade do mínimo existencial, coletiva ou individualmente considerado.

O mínimo existencial está inserido nuclearmente na dignidade da pessoa humana, e esta - orientando a materialização dos direitos à educação,

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006. p. 513.

¹¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 513 – nosso destaque.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 108.

saúde e assistência social ampla¹¹⁵ de forma digna - impõe ao Poder Público a efetivação e a concretização das prestações que os indivíduos necessitem, quer em nível jurídico, quer em nível material. Assim, prima-se por uma atividade positiva do ente estatal ao particular destinatário da norma¹¹⁶.

Em face do patamar superior em que se erigiram as vigas da dignidade da pessoa humana, tem-se nela o subsídio para a formação e formatação do Direito, bem assim de sua orientação nas mais variadas seções jurídicas¹¹⁷⁻¹¹⁸.

No entanto, em que pese a dignidade da pessoa humana seja um piso mínimo a ser observado, BODIN DE MORAES apara uma possível aplicação desmensurada da dignidade da pessoa, a fim de impedir que sua total abstração inviabilize sua aplicação prática:

Isto significa que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que a noção é ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização absoluta, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer aplicação sua¹¹⁹.

Idêntica é a preocupação de SARLET ao afirmar que a definição minimamente objetiva da dignidade da pessoa humana é exigência para se

¹¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. p. 305.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 272.

¹¹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. p. 19/20. O autor indica vários dispositivos constitucionais que reforçam a preocupação com a dignidade da pessoa humana.

¹¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 192/199. A autora identifica diversos dispositivos constitucionais incluídos no que denomina sistema constitucional da dignidade da pessoa humana.

¹¹⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. "O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. p. 118.120.

evitar que essa legitime justamente uma concretização antagônica a seus desígnios conceituais¹²⁰.

A dignidade da pessoa humana é, dessa maneira, princípio político constitucionalmente conformador, posto que explicita a axiologia política norteadora do legislador constituinte, condensando as opções políticas nucleares e, ainda, refletindo a ideologia da Lei Máxima. Expressa o desejo mais primitivo e comezinho de um povo, qual seja, a valorização do ser humano como uníssona forma de se criar, estruturar e sustentar um Estado Democrático de Direito.

À vista disso, isto é, dificuldades de conceituações da dignidade da pessoa humana, utilizando-se para minorar tais óbices do conceito em que o bifurca em qualidade intrínseca da pessoa humana (dimensões negativas e prestacionais) e garantias de condições mínimas de dignidade (destinadas ao Estado e à sociedade), inclusive com sugestões de realocações de indicações orçamentárias, assim como o não desmensurado emprego da dignidade da pessoa humana, há que se incursionar na análise de sua posição estruturante e axiológica dos direitos fundamentais, para se rechaçar, de vez, quaisquer possibilidades do não atendimento de suas proposições.

1.4. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA¹²¹

Os princípios são proposições que objetivam fundamentar todo o sistema em que inseridos, ainda que não sejam, expressa ou claramente, definidos, já que se assentarão a cada sistema de conhecimentos e seus respectivos

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. p. 33.

¹²¹ Neste trabalho, a previsão de dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional (artigo 1.º, inciso III) será trabalhada como princípio, eis que portador de profundidade teleológica para todo o ordenamento jurídico – posteriormente será elucidada tal afirmação, nada obstante a abertura de entendimento de que seria “[...] valor unificador dos direitos fundamentais e fundamento do Estado Democrático de Direito”. MIRANDA, Jorge. “A Dignidade Humana e a unidade valorativa do sistema dos Direitos Fundamentais”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009. p. 164.

pressupostos necessários, independentemente da ciência a ser pesquisada: Filosofia, Teologia, Sociologia, Política, Física, Direito, dentre outras.

REALE expõe essa aplicação genérica¹²² e ESPÍNOLA conceitua tal contexto:

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam¹²³.

Especificamente na Ciência Jurídica, há que se observar que tanto os princípios como as regras destinam-se a formatar padrões de comportamentos (normas)¹²⁴⁻¹²⁵, donde surge uma clássica distinção entre princípios e regras. A despeito dessas distinções (abaixo articuladas), ÁVILA aponta que o decisivo para se qualificar tal norma como princípio ou regra submete-se ao que o intérprete constituir nesse ou naquele sentido:

Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete[...] Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de *reconstrução*: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar

¹²² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63.

¹²³ ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2 ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002 p. 53.

¹²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 87.

¹²⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 15.

suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional¹²⁶.

Concordando com Ávila no que se refere à imposição ao intérprete em definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio, AFONSO DA SILVA, critica os exemplos de que o primeiro autor se valeu, ao argumento de que apresenta redefinições sem um refinamento procedente ou com resultado prático algum em termos de clareza analítico-conceitual, bem como que suas definições de regras e princípios mais confundem do que esclarecem as respectivas distinções¹²⁷.

Referencial em nível doutrinário quanto à diferenciação entre regras e princípios¹²⁸, ALEXY leciona a existência de diversos critérios para se distinguir regras de princípios, destacando ser o mais utilizado o critério da generalidade, nada obstante indique outros parâmetros para tal desiderato: determinabilidade dos casos de aplicação, forma de seu surgimento, caráter explícito de seu conteúdo axiológico, referência à ideia de direito e a importância para a ordem jurídica¹²⁹.

No que toca ao critério da generalidade, aduz serem os princípios normas com alto grau de generalidade, ao passo que as regras possuiriam grau relativamente baixo nesse aspecto. Ao apontar esse critério como o mais utilizado, o autor censura seu aproveitamento como base singular para a distinção entre princípios e regras, evidenciando a tese, dentre três, que entende ser a mais adequada (a primeira recomenda a inexistência de distinção alguma e a segunda se utiliza somente da generalidade), pautando-se, pois, pela distinção qualitativa, a que nominou de mandamentos de otimização:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentre as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos*

¹²⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 26.

¹²⁷ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 57/58 e 62/63.

¹²⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. p. 32. Assinala ser Robert Alexy um dos juristas que melhor se ocupa do tema.

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 89.

de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio¹³⁰.

Na mesma senda de exame qualitativo como diferenciador de princípios impositivos e regras prescritivas, ESPÍNOLA forma sua definição:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida¹³¹.

Isso porque os princípios contêm prescrições *prima facie*. Ou seja, serão realizados compativelmente às possibilidades fático-jurídicas existentes, não se aludindo a uma ordem ou mandamento definitivo, haja vista que razões podem afastar ou minorar sua incidência, e a síntese das teses e antíteses para sua aplicação não será determinada pelos princípios. Com as regras o entendimento é oposto: vale no que se contém¹³².

Nessa perspectiva, há que se ponderar que a análise dos princípios permite a diversidade de graus. O ideal seria sua realização plena e máxima

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 90.

¹³¹ ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. p. 71.

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 103/104. Todavia, o autor advoga a ideia de que regras e princípios possam ter, ainda que distinto, caráter *prima facie*, quando existir uma cláusula de exceção em uma regra para se decidir determinado caso, ocasião em que a regra excluída perderá seu caráter definitivo.

se as condições fáticas e jurídicas fossem sempre apropriadas, o que se apresenta de difícil – ou quase impossível, ocorrência¹³³. CANOTILHO, ao expor um sistema interno de princípios divididos em princípios estruturantes, constitucionais gerais e especiais e, por fim, em regras constitucionais, justifica-o tendo em vista diferentes graus de concretização ou diferentes densidades semânticas¹³⁴.

Em sua obra, ÁVILA propõe uma significativa lista de critérios distintivos entre regras e princípios, formulando sua própria conceituação, fundamentando-a na finalidade dos princípios e na descrição das regras:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹³⁵.

Tradicionalmente, a eficácia jurídica dos princípios pode ser reconhecida em três modalidades, todas preocupadas em construir sua normatividade. A primeira é a interpretativa, em que se pondera o aclaramento de normas infraconstitucionais ou constitucionais com o intuito de se implementar, ao máximo possível, o princípio regente da matéria. A modalidade negativa entende pela impossibilidade de prática de atos ou de implementação ou de edição de comandos normativos contrários aos objetivos dos princípios. Por fim, a vedação ao retrocesso (ainda não firmada na doutrina e jurisprudência) prima pela não retirada de êxitos em

¹³³ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 46.

¹³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal: Almedina, 2002. 5 ed. p. 1157.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 70.

direitos fundamentais já materializados , sem que se proponha alternativas em igual nível de aproveitamento¹³⁶.

Após esse introito conceitual de princípios, sua distinção com regras e suas funções e eficácias, parte-se para o exame dos princípios constitucionais, com a convicção de que sua aplicação é um desafio a ser praticado e aplicado no cotidiano constitucional brasileiro.

Os princípios constitucionais transcendem e vinculam os valores absolutos em que se funda e para qual direção se orienta dada comunidade, já que possui o norte axiológico do ordenamento jurídico daquela, seja de aplicabilidade imediata, seja de incidência a ser concretizada¹³⁷.

Sua importância é resumida com as lições de ROCHA:

Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional. O princípio sediado na norma constitucional é que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado na sociedade estatal. Assim, o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalente na sociedade, mas não juridicizado, por carecer da normatividade que o torna impositivo ao acatamento integral. A norma que dita um princípio constitucional, põe-se à observância do próprio Poder

¹³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.** p. 111/112.

¹³⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais.** p. 82.

Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam¹³⁸.

Várias classificações de princípios podem ser adotadas¹³⁹, mas enfocados materialmente, os princípios constitucionais classificam-se em fundamentais (possuem alto grau de abstração e exprimem as decisões políticas mais importantes: Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana), gerais (densidade jurídica alta e aplicabilidade imediata, pois são requisitos da referidas decisões políticas) e setoriais (controlam alguns subsistemas elencados na Constituição: livre concorrência ou moralidade da Administração Pública)¹⁴⁰.

Concentradamente nos princípios constitucionais de direitos fundamentais, CUNHA FERRAZ explica que os princípios constitucionais são os critérios de interpretação e integração das normas contidas no sistema constitucional impondo-lhe coerência, já que se dissemina para diferentes frentes constitucionais e infraconstitucionais, sendo o critério para sua precisa compreensão¹⁴¹.

Inegável que os princípios – notadamente os princípios constitucionais, sob o viés de norma qualificada para reger relações jurídicas, são a **pedra de toque**¹⁴² para nortear as formulações interpretativas e para construir conceitos jurídicos.

Os princípios constitucionais alçam suas determinações ao nível máximo de dever-ser¹⁴³ ou uma teoria considerada coração das constituições modernas¹⁴⁴, impondo sua observância, especialmente quando versarem sobre o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, que congloba em si

¹³⁸ ROCHA, Carmem *apud* RUY SAMUEL ESPINDOLA. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2 ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002 p. 80/81.

¹³⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. p. 67/71.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2 ed., 2011. p. 319.

¹⁴¹ CUNHA FERRAZ, Anna Candida. “Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988”. In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. p. 129.

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 293.

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 103/104. O autor afirma que os princípios possuiriam caráter *prima facie*, ou seja, exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, não significando um mandamento definitivo, tendo em vista a extensão de seu conteúdo em face de outros princípios colidentes consigo e das possibilidades fáticas.

¹⁴⁴ ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. p. 75.

todos os direitos fundamentais estabelecidos no corpo do Texto Magno, tal qual tratado nesse trabalho.

BONAVIDES complementa com uma série de adjetivos capazes de demonstrar a importância dos princípios constitucionais ao afirmar que seriam a congruência e equilíbrio de um sistema jurídico legítimo e, ao serem colocados no ápice da pirâmide normativa, elevaram-se “[...] ao grau de norma das normas, de fontes das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio de legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição”¹⁴⁵.

Por tudo o que foi escrito sobre a dignidade da pessoa humana anteriormente, a tarefa de se entender o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é exercício deveras facilitado.

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana é, simultaneamente, instrumental existencial e operacional da Constituição, pois ao ser assim juridicizado, foi retirado do debate meramente político, sendo colocado a serviço do Direito Constitucional. Existencialmente, não se permitem alterações, à exceção ampliativa; operacionalmente, atribui-se a dito princípio constitucional a necessidade de implementação eficaz jurídica. Eis a razão por que o legislador constituinte regulou a matéria em diversos outros princípios, subprincípios e regras pretensamente concretizadoras e efetivadoras do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴⁶, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana a diretriz material para suas identificações¹⁴⁷ e densificações.

Com esse prestígio, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ocupa uma posição substancial no sistema jurídico: observância do Estado ao ser humano, antecedência humana ao ordenamento jurídico e supremacia de valores inerentes ao homem¹⁴⁸.

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 305.

¹⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 33/34.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 103.

¹⁴⁸ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. p. 51.

No prefácio da obra de SARLET, Paulo Bonavides infere que “Demais, disso, nenhum princípio é mais valioso para compreender a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁴⁹.

Exaltando o princípio da dignidade da pessoa humana como regra aberta ou de não tipicidade, CUNHA FERRAZ afirma ser indiscutível que:

O princípio da dignidade da pessoa humana imprime unidade ao sistema de direitos fundamentais abrigados na Constituição de 1988, pelo que pode e deve informar toda aplicação e concretização de direitos fundamentais, seja os consagrados no próprio texto da Lei Maior, seja aqueles decorrentes de legislação infraconstitucional que tenham como vertente tal aplicação ou concretização¹⁵⁰.

Esclarecendo ainda essa ideia, FACHIN:

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que se chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório de que se trata¹⁵¹.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**.

¹⁵⁰ CUNHA FERRAZ, Anna Candida. “Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988”. In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. p. 129.

¹⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p.179/180.

Imprescindível e oportuno trazer a lume, novamente, a observação antagônica a esses posicionamentos e da lavra de SARLET, cujo entendimento é o de que nem todos os direitos fundamentais possuiriam um conteúdo em dignidade, mas um núcleo essencial próprio e específico ou, ainda, pelo seu consequente esvaziamento em se aceitando uma identidade absoluta com a dignidade humana¹⁵².

De qualquer forma, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, então, há de ser aplicado especialmente às pessoas ou grupos considerados frágeis e sequiosos por proteção (crianças, adolescentes, idosos, portadores de necessidades especiais etc.), uma vez que tal princípio constitucional deve ser garantidor de respeito e salvaguarda no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante¹⁵³.

Critica-se a postura política retórica e desinteressada em se efetivar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, demonstrando-se que esse princípio coloca o sujeito como um fim em si mesmo e permeia todo o ordenamento jurídico, exprimindo-se sua efetivação quando se garantem condições de vida digna para todos¹⁵⁴. Até mesmo a jurisprudência é ainda escassa, não sendo mencionado princípio a razão de decidir¹⁵⁵.

A proeminência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como foco de convergência dos demais princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais é clarividente, na medida em que se firma como especial critério de ponderação para a efetivação dos interesses individuais e coletivos.

Resta saber se sua incidência é absoluta ou relativa frente aos demais princípios, sejam fundamentais ou não. Entretanto, antes dessa reflexão,

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 120.

¹⁵³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. "O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. p. 118.

¹⁵⁴ QUARESMA, Regina e GUIMARAENS, Francisco de. "Princípios Fundamentais e garantias Constitucionais". In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 468.

¹⁵⁵ FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. **Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana**. p. 79/80.

impende salientar que a dignidade da pessoa humana é analisada diferentemente do princípio da dignidade da pessoa humana, posto serem regra e princípio, respectivamente.

Como princípio, a dignidade da pessoa humana pode ser sopesada ante outros princípios constitucionais (avante se detalhará tal contrabalanceamento), como regra, não se necessitará de cláusula de restrição alguma preferencial, dada sua abertura semântica¹⁵⁶.

Ao contrário, AFONSO DA SILVA aventava a impossibilidade dessa dicotomia analítica da dignidade da pessoa humana, designando seu conteúdo essencial relativo, tais quais todos os princípios, excetuando apenas as hipóteses em que sejam regras constitucionais absolutas, exemplificando a vedação à tortura, a qual seria intransponível à dignidade da pessoa humana¹⁵⁷.

Há, ainda, autor que fundamenta esse absolutismo do respeito na regra da dignidade da pessoa humana. Porém, ao final de sua explicação, enfatiza que os operadores do Direito devem “[...] pautar sua conduta e decisões pela necessária implementação real do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio absoluto!”¹⁵⁸, de modo que não esclarece se adota, ou não, tal diferenciação.

Sobre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, FERREIRA FILHO critica o que entende como indecisão e imprecisão de Robert Alexy, ao fito de que esse autor deixa sem explicação quando a norma dignidade da pessoa humana seria regra e quando seria princípio. Assegura que dito princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, haja vista que a pessoa é um mínimo invulnerável e que a opção pela coletividade, quando decidível concretamente, não pode redundar em diminuição ou ferimento do valor pessoa,

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 113/114.

¹⁵⁷ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 201/202.

¹⁵⁸ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. p. 57.

adotando a concepção personalista de pessoa humana, conforme exposto anteriormente neste trabalho¹⁵⁹.

Impugnando essa posição e admitindo que no próprio direito alemão existem correntes que comungam desse pensamento absolutista, SARLET doutrina a possibilidade de gradações quando da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana em eventuais conflitos, defendendo a posição de Robert Alexy, porquanto coexistem duas espécies de normas de dignidade da pessoa humana, isto é, regra e princípio e, igualmente, da circunstância da existência de várias possibilidades em que o princípio da dignidade da pessoa humana assumirá precedência sobre outros tantos princípios¹⁶⁰.

Aliás, ao tratar de objeções ao conceito de princípios (invalidade de princípios e amplitude de seu conceito) e especificamente sobre o assunto ora discutido, ALEXY alega ser fácil levantar a tese contra princípios absolutos em um sistema jurídico de direitos fundamentais, dada sua incompatibilidade com os direitos individuais e coletivos, sustentando que, no Direito Constitucional Alemão (art. 1.º, § 1.º, 1), a dignidade foi positivada com espectro de inviolabilidade e que, nem mesmo assim, seria um princípio absoluto, tendo em vista que foi disposta parcialmente como regra e princípio e, ainda, a depender do grau de certeza, o princípio da dignidade da pessoa humana prevaleceria quando contrastado com outros princípios. Finaliza seu raciocínio com o que já exposto acima: “Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência”¹⁶¹.

CORDEIRO corrobora os enunciados que propalam que a dignidade da pessoa humana não seria infensa a toda e qualquer violação, principalmente se houver disposição expressa na Constituição, exemplificando as hipóteses de prisão, pronunciando a possibilidade de conflitos entre princípios, em

¹⁵⁹ FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. **Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana**. p. 9/954.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 78.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 111.

cuja situação o princípio da dignidade da pessoa humana possuiria um relevante peso abstrato¹⁶².

Com esses subsídios doutrinários, tem-se a dignidade da pessoa humana como valor absoluto do homem, do ser enquanto tal¹⁶³ e, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa, pelo que se o deduz ser o esteio dos direitos fundamentais, ainda que factível de ponderação.

¹⁶² CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. p. 91.

¹⁶³ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. "A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade". In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009. p. 253.

CAPÍTULO 2

FUNÇÃO SOCIOCONSTITUCIONAL DO CONTRATO PRIVADO

De agora em diante, consubstanciam os estudos na temática do instituto jurídico da função social do contrato, considerando-se ser a materialização explícita de princípios constitucionais que solidarizam a relação contratual em sentido amplo. Por isso, entendeu-se o princípio da função social do contrato como uma cláusula geral. Anteviram-se, por necessidade textual, arrazoados sobre a constitucionalização do Direito Civil com uma percepção histórico-jurídica pretensiosamente demonstrativa da evolução racional por que passou (e ainda passa) tal fenômeno. Seguiu-se para a função social da propriedade, ícone funcionalizante que auxilia no entendimento da função social do contrato.

Referidas fragmentações conduzirão à assimilação imparcial da função social do contrato como instrumento infraconstitucional com objetivos constitucionais.

2.1. DO MONISMO JURÍDICO À ALOPOIESE CONSTITUCIONAL: UM CAMINHO A SER TRILHADO PARA SE ENTENDER A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO BRASIL

Para se entender o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, mister antever, dada a relevância de temas que o envolvem, lições sobre monismo e pluralismo jurídicos, codificação, microssistemas legislativos e supremacia constitucional.

Examinando-se a queda do feudalismo e o surgimento do capitalismo, percebe-se que este era o novo modelo de desenvolvimento econômico e social, tendo como principal instrumental de sua produção material, o capital¹⁶⁴.

¹⁶⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p. 27. "O Feudalismo surgiu como resultado da combinação de dois significativos eventos: a decadência da sociedade escravista romana e a fragmentação da sociedade gentílica dominante entre povos nórdicos. Tratava-se de uma sociedade

Com idêntica preocupação de WOLKMER em não se esgotar uma análise rigorosamente sistemática do conceito de capitalismo sob o prisma jurídico¹⁶⁵, restringe-se ao que dito autor ensina sobre a forma com que o capitalismo se instaurou como referido novo modelo de desenvolvimento econômico e social:

O avanço dessas transformações dá-se, principalmente, nos horizontes de modificações originadas pelo grande impulso das atividades comerciais de algumas cidades européias com o Oriente (principalmente após as grandes Cruzadas), pela substituição das relações servis e da produção artesanal dos pequenos trabalhadores independentes (donos de suas ferramentas, matéria-prima e oficina), pela força do trabalho assalariada, pela passagem das pequenas oficinas autônomas para as manufaturadas, e, finalmente, pela constante busca do lucro, pela implementação da produtividade econômica de mercado livre e pela sistematização do comércio através das trocas monetárias. Assim, o capitalismo irá constituir-se paulatinamente, durante o final da Idade Média e alcançará quase toda a Europa depois dos séculos XVI e XVII¹⁶⁶.

A despeito da importância do esforço histórico sobre a Revolução Francesa, há que se estreitar, inexoravelmente, o foco central do presente trabalho para assegurar que, com o advento daquele movimento revolucionário, a burguesia-capitalista-liberal necessitava de uma forte autoridade central que protegesse seus bens e favorecesse seu progresso material e, ainda, a

estamental, fundada na posse da terra e na produção econômica agrária, profundamente marcada por relações sociais de servidão (laços de subordinação pessoal entre suserania e vassalagem) e por uma hierarquia de privilégios”.

¹⁶⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. p. 30.

¹⁶⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. p. 29.

resguardasse como classe dominante. Assim, o Estado assumiu a posição soberana de condicionador dessas necessidades, legislando¹⁶⁷.

Essa transposição indicava uma nova cultura política em que o Estado incorpora o projeto racional da humanidade em torno de um contrato social, assinalando, ao menos simbolicamente, a passagem de um Estado de natureza para um Estado civil (Moderno) apto a condicionar a vida em sociedade, controlando, organizando, gerindo e utilizando tais condicionamentos para atingir esse desiderato¹⁶⁸.

Comparando o Estado Moderno às fases pré-modernas e pré-capitalistas, aduz-se que o primeiro encerra a ideia de Estado de Direito, uma vez que projeta a ordem jurídica genérica e abstrata em legalidade escrita, obrigando-se a aplicar os preceitos normativos como poder soberano subjulgado pelo Direito, bem como legitima a juridicidade racional em contraponto às legitimidades tradicional e carismática das fases pré-modernas e pré-capitalistas¹⁶⁹.

Referindo-se, ainda que superficialmente, à evolução histórica, COELHO assinala a importância do princípio da estatalidade com a identificação entre Direito e Estado, cujo princípio se constitui passo a passo com a legitimação

¹⁶⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Editora Ícone, 2000. p. 127. Nesta obra, especificamente no capítulo II, o autor induz à ideia do Poder Soberano de um Estado tido Político ou por Instituição, decorrente da manifestação concorde de homens entre si em se submeterem voluntariamente a outro homem ou a uma assembleia de homens com o objetivo de serem protegidos contra todos os outros. Dito autor escreve sobre a transmutação do homem-natural para o homem-artificial (Estado).

¹⁶⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. p. 40/41.

¹⁶⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. p. 48/49. O autor destaca que, se inicialmente, as bases da liberdade, igualdade e fraternidade favoreciam tanto os burgueses como seus aliados economicamente menos favorecidos (camponeses e camadas sociais exploradas pelo antigo regime absolutista), com o passar dos tempos, o capitalismo da elite burguesa assumira o poder político e econômico, aplicando a teoria liberal como melhor lhe aprouvesse, consagrando desigualdades concretas e alijando-os do poder do acesso à distribuição social da riqueza.

do Estado Moderno¹⁷⁰, para, ao final, indicar que, no plano lógico, caberia ao Estado a produção normativa, eis que revestido dessa autoridade legisladora¹⁷¹⁻¹⁷².

Em igual sentido, ressalta-se a conexão umbilical entre o Estado Moderno e monismo jurídico, já que o monopólio exclusivo da produção de normas jurídicas seria legitimada ao exclusivo agente competente: o Estado, único capaz de criar legalidades que enquadrassem as formas de relações sociais que se apresentavam¹⁷³.

E, com o Brasil, houve idêntica estatalização. Percebeu-se inequívoco sobrepujamento do oficialismo estatal em face de formas de pluralidades normativas nos mais distintos momentos de sua evolução histórica (Colônia, Império e República). Nem mesmo o surgimento da República foi capaz de reverter um Direito Estatal direcionado para os anseios da burguesia dominante de então, assim como se observou que o monopólio da produção normativa estatal foi significativo para a formação dogmática integrada no ensino e na aplicação do Direito, notadamente dos operadores jurídicos criminalistas, os quais se perfilavam em um monismo jurídico extremo¹⁷⁴.

Ocorre que a regência social sobreveio por consolidações, cujos objetivos eram reproduzir continuamente o Direito com melhorias, mas sem modificá-lo. Esse procedimento gerava insegurança jurídica, na medida em que não se sabia qual disposição normativa estaria em vigor, haja vista que tal sistema descodificado se fundaria em uma ordem jurídica distinta, cronológica e casuística,

¹⁷⁰ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2003. p. 410. Mais à frente (página 413), o autor se refere ao princípio da estatalidade no âmbito da história externa da normatividade como história linear dos direitos que antecederam o direito do Estado Moderno, assim como no tocante à história interna, respeitante ao desenvolvimento das instituições sociais, houve separação entre direito e moral.

¹⁷¹ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. p. 411.

¹⁷² WOLKMER também se refere ao princípio da estatalidade, paritário aos princípios da unicidade, positividade e racionalização. WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. p. 46.

¹⁷³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. p. 46.

¹⁷⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. p. 84/89.

elevando o intérprete como principal protagonista. Sua natureza seria insular e não continental¹⁷⁵.

Essa diversidade de fontes de produção jurídica gerou conflitos pela incidência – simultânea - de vários ordenamentos, ante o fato de suas origens se basearem em planos diferentes, propiciando, no século XIX, que o liberalismo jurídico idealizasse a completude e unidade do Direito, produzido apenas pelo Estado, conteudologicamente neutro, concebendo o homem como sujeito abstrato e tendo o poder ideologicamente emanado do povo. Isto é: normas organizadas em um código¹⁷⁶.

Contextualizando a realidade brasileira da época, BORGES descreve:

As primeiras tentativas de elaboração de um Código Civil brasileiro aconteceram na época do Brasil Império, quando a legislação vigente era fragmentada e esparsa, inclusive com influências ainda do direito romano e canônico. Havia uma insegurança jurídica no território brasileiro, pois ora se invocavam as ordenações portuguesas, ora regras de direito canônico, ora preceitos do antigo direito romano. Normas de diversas fontes, sem a noção de hierarquia, não permitiam a noção de ordenamento jurídico enquanto sistema, para o Brasil naqueles tempos de Império. Diante disso, era cada vez mais nítida a necessidade de uma legislação que organizasse, de forma única, a sociedade brasileira, afastando a pluralidade de regras de diversas naturezas que se sobrepunham, desordenadamente, às relações sociais¹⁷⁷.

¹⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 42/43.

¹⁷⁶ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. "A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras". In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 04.

¹⁷⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 76.

Inseria-se a sociedade numa estrutura definida como o mundo da segurança¹⁷⁸, representado por um sistema monolítico de códigos totalizantes¹⁷⁹. A separação, quase impermeável¹⁸⁰, entre o privado e o público resultou na assunção do Código Civil como estatuto único e monopolizador das relações privadas, denominando-se o Código Civil Brasileiro de 1916 – bem assim outros contemporâneos, como a Constituição do direito privado, já que regulava todos os factíveis interesses jurídicos do sujeito privado por meio de situações-tipo¹⁸¹⁻¹⁸².

Do exposto, é perceptível que o Brasil é predominante e juridicamente monista, inspirado no modelo do século XIX europeu, apresentando-se como um país cujo Direito é escrito, de Constituição rígida e no qual existe uma forte tendência a se codificarem as relações sociais, seguindo a tradição jurídica delineada desde a época da dissolução do feudalismo¹⁸³, relegando ao Direito Estatal a pretensa solução de conflitos e o atendimento das necessidades sociais. Além disso, relegou-se ao Código Civil a incumbência de ordenar as relações particulares com a pretensão de ser o exclusivo diploma legal para esse fim¹⁸⁴.

Outrossim, por ser país formador da periferia subdesenvolvida e autêntico integrante do Terceiro Mundo¹⁸⁵ e periférico¹⁸⁶, o Brasil é caracterizado pela alopoiese, na qual (alo-referência) se observa uma ingerência direta dos

¹⁷⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

¹⁷⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 31.

¹⁸⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 05.

¹⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02/03.

¹⁸² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. A autora ainda afirma que o marco do movimento codificatório foi a elaboração do Código Civil francês, que separou juridicamente a esfera privada e a pública. p. 77.

¹⁸³ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. p. 195/196.

¹⁸⁴ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. “A interdisciplinariedade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil”. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 462. A autora critica a ausência de análise criteriosa daqueles que entendem, napoleonicamente, que o estudo do Direito Civil se restringe ao exame do Código Civil.

¹⁸⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **O Terceiro Mundo e a Nova Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Editora Ática, 1994. p. 29.

¹⁸⁶ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 98.

sistemas sociais no sistema jurídico, influenciando na autonomia do Direito, de tal modo que o respectivo sistema é inspirado por interferências externas, resultando na significativa minoração do conceito distintivo entre sistema e meio ambiente¹⁸⁷. Por ser um país periférico e não incluso nas sociedades complexas e altamente diferenciadas a ponto de se obter distinção funcional entre seus subsistemas, é induzido por vários outros segmentos sistemáticos. Isto é, não existe um sistema fechado e autonomamente produtivo¹⁸⁸ (autorreferência¹⁸⁹).

Dito cenário influenciador é percebido pelas transformações da sociedade brasileira que antecederam ao presente século e que fecundaram diversas leis que circundavam as principais instituições do direito privado: personalidade, família, propriedade, contrato, herança e responsabilidade civil, afirmando-se, inclusive, que o Código Civil foi relegado como fonte residual e supletiva, especialmente ao se considerar que algumas dessas instituições privadas foram transferidas para o plano constitucional¹⁹⁰.

A *cisão* da dicotomia direito público-privado pela *fusão* desses

¹⁸⁷ NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 125.

¹⁸⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. p. 73/74. Sem citar o Brasil, mas o colocando no contexto pela abordagem realizada, e após enumerar alguns exemplos sobre as discordâncias entre sociedades desenvolvidas e em desenvolvimento, o autor escreve que uma outra discrepância entre sociedades desenvolvidas e em desenvolvimento aparece no princípio da igualdade, também mencionado anteriormente: nas primeiras, enfrenta-se o problema – mais suave – de haver certa desigualdade no atendimento prestado pelos diversos subsistemas, sendo maior o acesso de determinadas camadas da população ao usufruto de recursos escassos. Em sociedades não-diferenciadas, o problema não é de grau mas de inclusão ou exclusão na ação do subsistema: para certos estratos da população é excluída inclusive qualquer possibilidade de participação, provocando até mesmo a formação de subsistemas e procedimento não-oficiais de solução de conflitos e, eventualmente, a constituição de uma ordem jurídica e processual à parte, com suas próprias estratégias de legitimação, indiferentes às tentativas de positivação oficial do direito.

¹⁸⁹ NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. p. 113. O sistema autorreferente (autopoiese) é autônomo e fechado relativamente às suas organização e interação e ocorre apenas entre seus próprios elementos, inexistindo entradas (*inputs*) ou saídas (*outputs*) para o ambiente. A autopoiese, baseando-se na teoria biológica de Maturana e Varela, é qualificada como sistema homeostático, dado seu fechamento na produção e reprodução de elementos. “O conceito de autopoiese tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela. Etimologicamente, a palavra deriva do grego *autós* (por si próprio) e *poieses* (criação, produção). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói. Definem-se então os sistemas vivos como máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a concretamente no espaço e especificando-lhe o domínio topológico”.

¹⁹⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 132.

interesses¹⁹¹⁻¹⁹², bem como a descodificação do Direito Civil, oportunizou a proliferação de leis esparsas, que se constituem em verdadeiros microssistemas¹⁹³ ou leis extravagantes¹⁹⁴.

O Código Civil explodiu, perdeu centralidade, sendo o centro antigo da cidade, a que se acrescentam novos bairros, com seus próprios centros e características¹⁹⁵.

Esse fenômeno alopoiético (que não se restringiu ou se restringe ao Direito Civil¹⁹⁶) já se sentiu logo após a promulgação e publicação do Código Civil de 1916, com a afluência dos microssistemas ou leis extravagantes, que não menosprezavam o sentido “constitucionalizador” das relações privadas pelo Código Civil, já que ordenavam, excepcionalmente, situações não previstas naquele Diploma legal. Tal conjuntura enfraqueceu ainda o Código Civil quando textos constitucionais começam a definir princípios relacionados diretamente com matérias pelo Código Civil:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes

¹⁹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional**. p. 09/10. A autora explica que a separação do direito em público e privado, tal qual posta pela doutrina tradicional, há de ser relegada à época dos romanos, tendo em vista as transformações sócio-econômicas que retiram qualquer lógica na sua manutenção.

¹⁹² MATTIETTO, Leonardo. “O Direito Civil Constitucional e a Nova teoria dos Contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 164/165. “É certo que a distinção entre direito privado e público está em profunda crise, pois em uma sociedade como a atual é tarefa bastante difícil localizar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público. Essa dificuldade aumenta ainda mais diante das categorias de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (Código de Defesa do Consumidor, art. 81)”.

¹⁹³ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. “A interdisciplinariedade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil”. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. p. 463/464.

¹⁹⁴ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. “A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. p. 07.

¹⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. p. 45.

¹⁹⁶ ADIERS, Moacir. “Constitucionalização do Direito Civil: um antigo tema novo”. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luís Antônio (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 57. O autor aduz que, em todos os ramos do Direito em que houve fragmentação ou especialização metodológicas e de estruturação, ocorreu o mesmo fenômeno. Inclusive, ressalta que as Emendas Constitucionais, inserem as Constituições neste nível de esfacelamento.

reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes¹⁹⁷.

Inegavelmente, houve uma transposição do modelo monolítico representado por códigos totalizantes para um padrão polissêmico, sintetizado pela expressão era dos estatutos¹⁹⁸, desconstruindo-se o próprio Código Civil, como resposta às novas e constantemente mutantes necessidades sociais, que reclamavam por leis especiais¹⁹⁹.

Essa prática transformou o ordenamento jurídico em uma “...selva normativa...” que, ao invés de “...ordenar a vida social, a desarticula e confunde”²⁰⁰.

A complexidade das relações sociais alopoiéticas frustrou o objetivo de se reunir num único diploma legal, de modo sistemático, completo e congruente, toda a disciplina jurídica – ou, ao menos, seus fundamentos, de modo que o envelhecimento dos códigos²⁰¹, atrelado à sua fragmentação e à crise do Estado de Direito em regular plenamente e sem lacunas a vida em sociedade civil

¹⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 07.

¹⁹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. p. 32.

¹⁹⁹ ADIERS, Moacir. “Constitucionalização do Direito Civil: um antigo tema novo”. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luís Antônio (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. p. 55.

²⁰⁰ MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 46.

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 37.

em face do liberalismo²⁰², assinalou os contornos de um estilo normativo constitucional para o Direito Civil.

A Constitucionalização²⁰³⁻²⁰⁴ do Direito Civil é episódio percebido a partir do processo de industrialização na primeira metade do século XX, haja vista as reivindicações dos movimentos sociais e pelas necessidades coletivas que respaldaram o surgimento dos microssistemas acima explicado.

Especificamente no respeitante após a segunda Guerra Mundial, as Constituições começaram a ter conteúdo mais amplo, desvinculando-se da mera estruturação do Estado e ocupando o lugar dos códigos, impondo a compreensão dos direitos infraconstitucionais a partir da Lei Fundamental, o que levou a uma visão diferente do papel da Constituição²⁰⁵. Por isso, as Constituições do pós-guerra estabeleceram diversos compromissos sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada, delimitando a autonomia privada, a propriedade e o controle de bens²⁰⁶.

Como marco inicial, tem-se a Constitucionalização do Direito Civil em julgamentos do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, sob o regime da Lei Fundamental de 1949, decidiu que os direitos fundamentais, a despeito de desempenharem a função subjetiva de proteção de situações individuais, instituiriam uma ordem objetiva de valores, tendo em vista o interesse geral da sociedade na satisfação de determinados direitos e valores, admitindo-se,

²⁰² FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. p. 35. Utiliza-se liberalismo no sentido clássico, abrangendo as mais variadas concepções ideológicas: constitucionais, políticas e econômicas, direitos humanos de primeira geração/dimensão.

²⁰³ 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. p. 19. O autor afirma que o fenômeno da constitucionalização dos direitos não se confunde com a denominação brasileira publicização, explicando que esta é entendida como supressão de matérias tradicionais de direito privado transportadas para o âmbito do direito público, por ações intervencionistas ou dirigistas do legislador e que aquela significa que as relações privadas e seus personagens principais em suas áreas afetas (personalidade, família, contrato, propriedade e dano) extrairiam suas bases em fundamentos constitucionais de organização social e econômica.

²⁰⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. p. 155. O autor prima não pela Constitucionalização do Direito Civil, mas pela ressystematização da matéria civil “[...] substituindo-se o modelo fechado e pretensamente completo, que dava segurança e certeza jurídica, pelo aberto e flexível, com princípios, regras, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, aumentando o poder criador do intérprete, mas também a insegurança e a incerteza no direito”.

²⁰⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. p. 60.

²⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 07.

dessa forma, a aplicação da Constituição às relações particulares²⁰⁷. No Brasil, citam-se como bons exemplos dessa tendência legislativa as Constituições de 1946²⁰⁸ e de 1988²⁰⁹.

A Constituição, então, é o esteio axiológico normativo do sistema²¹⁰, porquanto sustenta toda a argumentação jurídica e designa o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) plasmadas em um documento escrito (constituição escrita ou formal), apresentando-se, perante outras normas do ordenamento jurídico, como fundação ou primazia normativa.

Isso não ocasiona uma hiperinterpretação da Constituição, uma vez que o trabalho hermenêutico há de ser direcionado para a efetivação positiva e transformadora dos valores e princípios constitucionais uniformizadores do ordenamento constitucional, conforme explica BODIN DE MORAES:

Fortalece-se, assim, a cada dia, a tendência de não mais se permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos somente ao legislador ordinário, sustentando-se, ao contrário, o seu caráter transformador, que as entende como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional; como princípio geral de todas as normas do sistema²¹¹.

Essa supremacia resulta em um desiderato lógico, alicerçador da teoria constitucional, na medida em que se configura e se coaduna com o fato de ser a Constituição a norma das normas²¹².

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 355/356.

²⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 07.

²⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 60.

²¹⁰ ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 91.

²¹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional**. p. 14.

²¹² CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Editora Juruá, 2001, p. 80.

Assim, provocaram-se transformações no sistema de direito civil clássico ao se abordarem, constitucionalmente, assuntos eminentemente compreendidos no estatuto privado²¹³, informando todo o ordenamento de direito civil à subordinação suprema da Constituição²¹⁴ e não apenas os institutos civis que receberam previsão constitucional²¹⁵.

A despeito desse fenômeno, as normas jurídicas de direito civil ainda disciplinam relações jurídicas privadas havidas entre particulares e animadas pela satisfação de interesses individuais. Ocorre que tais objetivos transcendem às partes e não podem conflitar com os interesses sociais tidos como relevantes pela Constituição.

Isto é: examina-se o Código Civil e as leis civis especiais segundo princípios, valores e fins constitucionais, bases interpretativas paradigmaticamente²¹⁶.

O recente uso da locução jurídica Constitucionalização do Direito, denotando a supremacia constitucional formal (sempre existente), material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios²¹⁷, é analisada por FACCHINI NETO em sentidos antigo²¹⁸ e moderno. Neste, enfoca-se o assunto em caráter dúplice: com relevância constitucional das relações privadas (descrição constitucional de institutos tipicamente tratados nos códigos privados – família, propriedade etc.) e com alcance do que entende ser a Constitucionalização do Direito Civil (acepções hermenêuticas

²¹³ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. “A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. p. 10.

²¹⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. p. 84.

²¹⁵ MATTIETTO, Leonardo. “O Direito Civil Constitucional e a Nova teoria dos Contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil-constitucional**. p. 170.

²¹⁶ ADIERS, Moacir. “Constitucionalização do Direito Civil: um antigo tema novo”. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luís Antônio (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. p. 58/59.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 363.

²¹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. p. 35/36. Nesse sentido, o autor assinala que a constitucionalização do direito privado objetivava apenas a tutela da autonomia privada contra possíveis interferências estatais como, por exemplo, a inviolabilidade da propriedade, não se preocupando com princípios que disciplinassem as relações privadas.

mais recentes, tais como a força normativa dos princípios constitucionais, interpretação conforme a Constituição etc.)²¹⁹.

Assegura-se, peremptoriamente, que o texto constitucional possui a função unificadora de todo o sistema jurídico, resolvendo os conflitos existentes com base em regras principiológicas e normatizando a elaboração da legislação infraconstitucional. Ou seja, as normas infraconstitucionais é que devem ser interpretadas a partir da Constituição e não o contrário, pois nunca o mundo da infraconstitucionalidade poderá superar a força normativa emergente da norma constitucional.

Essa decadência legislativa resultou na afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e de sua produção normativa. Assim, a lei fica vinculada a uma instância jurídica superior, tal como é a Constituição, na tentativa de se solucionar a fragilidade estrutural do ordenamento jurídico²²⁰.

Por conseguinte, o Direito Civil Clássico, individualista, egocentrista, retratador de uma ideologia dominante do Estado Liberal ou Burguês – permanente, em sua maioria, no Novo Código Civil (manteve-se o descompasso com a realidade do Estado Social - vide estudos de dimensões de direitos no capítulo I, não progredindo a contento, conforme as justificativas de REALE, um dos idealizadores do Projeto de Lei que redundou no Novo Códex²²¹), é aceito com as nuances que lhe impõem a normativa constitucional, especialmente no tocante à principiologia constitucional, cujo entendimento é imprescindível para se entender o acoplamento da função socioconstitucional dos contratos às negociações privadas, iniciando-se seu exame pela função social da propriedade.

²¹⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. p. 37/42.

²²⁰ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade – uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, p. 26.

²²¹ REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil (situação após a aprovação pelo Senado Federal)**, 2.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 86. “A Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, como já se terá notado, não obstante o seu constante empenho em adequar a Lei Civil às exigências de nosso tempo, sempre preferiu preservar a estrutura da ora em vigor, enriquecendo os seus títulos com novos institutos e figuras”.

2.2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Desse prisma introdutório sobre a necessidade de se realizar uma releitura do Direito Civil amparado na Constituição e, simultaneamente, para se entender a função social do contrato como dogma constitucional implícito, melhor iniciar o estudo demonstrando-se sua associação conceitual com a função social da propriedade, já que o âmbito de atuação desses institutos jurídicos é próximo.

Inicialmente, e sem se descurar da importância do esforço histórico que aqui será tratado superficialmente face os objetivos já delineados²²², no Estado Liberal, observava-se a propriedade como um direito próprio e individualizado, inviolável e sagrado, fundamentando a ordem social, sendo definido e reconstruído pelos revolucionários do século XVIII, afastando-se dos balizamentos e delimitações do antigo regime, permitindo seu livre uso e disponibilidade²²³.

Assim, na civilização burguesa, a propriedade separou-se da perspectiva religiosa e significava utilidade econômica, linha seguida pelo legislador do Código Civil Brasileiro de 1916²²⁴ (artigo 524²²⁵), sendo, durante o século XIX, o instituto jurídico centralizador de todos os bens, fixando-se na propriedade do constitucionalismo liberal um direito individual a ser exercido conforme a sua subsistência e de acordo com os padrões de dignidade de cada época²²⁶.

Nas eras codificadas, notadamente privatistas (tal qual alinhavado acima), a propriedade surge como direito por excelência, já que todo o sistema jurídico naquela se baseava, encontrando limites escassos, atuando o

²²² MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 17/80 e ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e a sua função social no Direito Constitucional Moderno**. Londrina: Editora UEL, 1998. p. 31/122. Os autores fazem importantes estudos sobre os marcos históricos e a evolução da propriedade.

²²³ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 204/205.

²²⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. "A crise do princípio da isonomia e a propriedade". In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.). **Direito Civil Constitucional. Situações patrimoniais**. Curitiba: : Editora Juruá, 2007. p. 296. "A primeira codificação civil brasileira foi, nesse sentido, a síntese do anseio de garantia dos interesses da classe dominante somada à preocupação da classe média nascente em traduzir juridicamente as aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção".

²²⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 323. O autor afirma que o Código Civil de 1916 não definiu o direito de propriedade, limitando-se a indicar os poderes do proprietário.

²²⁶ LOTUFO, Renan. "A função social da propriedade na Jurisprudência Brasileira". In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 336/338.

Estado somente como árbitro de regras previamente estipuladas e como garante contra a inadimplência do devedor²²⁷. Assentava-se o Direito Civil no tríplice vértice: contrato, família e patrimônio²²⁸.

Contudo, gradualmente, nota-se que, no curso histórico, o direito de propriedade se transformou, em especial, no tocante às características de direito absoluto e ilimitado. Se a Revolução Francesa de 1789 moldou, durante séculos, o direito de propriedade com tais caracteres, desconsiderando-se quaisquer conotações ou denotações sociais, o aprimoramento dos regimes democráticos e do próprio sistema econômico capitalista fundante da propriedade implicou na sua deferência coletiva²²⁹⁻²³⁰.

Na esteira desse movimento evolutivo, a visão de Estado Social modificou a concepção de propriedade como um direito inviolável e sagrado, reconstruindo-a nos pilares e fundamentos que a ordem social reclamava, de maneira que admitia a propriedade particular com a imperiosa necessidade de que se a entendesse condicionada a um todo coletivo²³¹. Eis a função social da propriedade²³².

²²⁷ KATAOKA, Eduardo Takemi. “Declínio do Individualismo e Propriedade”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 460/461.

²²⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.159.

²²⁹ PONTES, Daniele; MILANO, Giovana Bonilha; IWASAKI, Micheli Mayumi. “Reflexões sobre a codificação da propriedade fundiária moderna brasileira: diálogos entre direito e economia política”. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.). **Direito Civil Constitucional. Situações patrimoniais**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 196/197.

²³⁰ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional**. RT. Ano 96, nº 860. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 93/94. O autor apresenta semelhante esboço histórico, acrescentando o postulado de liberdade individual projetado no direito de propriedade: “A propriedade delineou-se, desse modo, inspirada nos ideais liberais de fins do século XVIII e início do século XIX, impulsionados, em grande medida, pelas aspirações da burguesia de alcançar poder político, já que detinha grande poder econômico, e, por outro lado, pela reação da população contra privilégios do clero e da nobreza, menor numericamente e submetidos a uma ordem jurídica à parte. O direito subjetivo de propriedade, aí, remete diretamente à concepção de liberdade contemporânea, qual seja, a de existência de uma esfera de autonomia, intocável. **A propriedade privada é, sob esse aspecto, uma projeção de liberdade individual**”. – destaque não consta no original.

²³¹ vide explicações sobre a segunda dimensão de direitos expostas no capítulo I deste trabalho. Aliás, MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. p. 93, enaltece a Constituição Mexicana de 1917 como a que, de fato e mais completamente, reconstruiu o conceito de propriedade privada e seus condicionamentos, tendo em vista, principalmente, pelos conflitos entre camponeses livres e indígenas contra o novo regime de propriedade privada

²³² LEONETTI, Carlos Araujo. **Função social da propriedade: mito ou realidade**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano I, nº 3. Porto Alegre. 2000. p. 73. O autor afirma que o precursor da moderna concepção de propriedade, com a imposição de atendimento de sua função

GUIMARÃES JUNIOR pontua a revolução por que passou (e ainda passa) o conceito de propriedade:

Sua tradicional concepção egoísta transformou-se em concepção altruística. Em outras palavras, verificou-se uma mudança de referencial: o direito de propriedade deixou de ser medido exclusivamente a partir do ponto de vista do proprietário, para ser delineado conforme os interesses da coletividade²³³.

Frente à nova institucionalização da propriedade, particular (proprietário) e Estado são agentes concretizantes dessa transcendência individual, tendo em vista que a propriedade não existe apenas em função daquele, mas sobretudo em função da sociedade, não se encontrando mais sob a égide de um regime absolutista²³⁴. Independentemente da expressão que se utilize (relativização, publicização ou socialização)²³⁵, percebe-se, nitidamente, o condicionamento da propriedade ao bem-estar social.

Concentrando-se no direito brasileiro, alguns dispositivos constitucionais de 1988²³⁶ exemplificativamente abordam o assunto justiça social como relativizador do absolutismo da propriedade: artigos 5.^o²³⁷, 153, § 4.^o, 170, 182 §§ 2.^o e 4.^o, 185, 186, 215, 216, 225, 231, 232 e, ainda, 68 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias.

Não existe um rol taxativo a apontar como se materializa a funcionalização da propriedade, porquanto depende do contexto em que inserida,

social foi o francês Léon Duguit, para quem o proprietário não é detentor de um direito subjetivo, mas gestor da coisa que deve ser socialmente útil.

²³³ GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. **Função social da propriedade**. Revista de Direito Ambiental. Ano 8, nº 29. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 115.

²³⁴ ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e a sua função social no Direito Constitucional Moderno**. p. 215/217.

²³⁵ LEONETTI, Carlos Araujo. **Função social da propriedade: mito ou realidade**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano I, nº 3. Porto Alegre. 2000. p. 74.

²³⁶ Sobre o tratamento constitucional de outras Constituições brasileiras, vide LEONETTI, Carlos Araujo. **Função social da propriedade: mito ou realidade**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano I, nº 3. Porto Alegre. 2000. p. 74/76.

²³⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica**. p. 266. O autor critica a colocação de função social da propriedade no rol do artigo 5.^o, inciso XIII, porquanto se trata de propriedade com função individual. Adiante, o posicionamento do autor será melhor explicado.

dinamizando a natureza classicamente estática que a propriedade possuía, não impedindo que se considere o princípio da solidariedade como princípio apto a realizar a função social da propriedade, justificando, também, a justiça social como instrumento da relativização da referida propriedade:

O princípio da solidariedade explicita o sentido de funcionalização interna das titularidades, informando o titular no exercício dominial da necessidade de recepção dos interesses não titulares, no modo da exploração e do aproveitamento do bem. Inexiste direito, se esse é utilizado em prejuízo da coletividade, sem o mínimo intento de alinhamento de interesses, ainda que conflitantes, e independentemente da preponderância de valores²³⁸.

Independentemente por qual sentido se perfilhe o termo propriedade, seja no sentido jurídico de direito ou relação (propriedade de imóvel ou propriedade empresa), seja como coisa (média propriedade ou propriedade particular)²³⁹, a função social da propriedade entrelaça-se nos sobreditos artigos, impondo-se o reconhecimento de sua função social como busca do cumprimento de dever constitucional de solidariedade (artigo 3.º, inciso I).

Ainda que existam debates acerca do alcance da funcionalização da propriedade que, para alguns, seria simples indicativo de programa vago e sem conteúdo e, para outros, cogente e concretizável e não mera restrição ao direito do proprietário²⁴⁰, ORRUTEA entende ser imprescindível a composição de dois interesses diferentes (interesse social e direito de propriedade) mas que, constitucionalmente, combinam-se, atribuindo à função social um pressuposto dirigido à propriedade:

²³⁸ ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**. p. 124.

²³⁹ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. "O direito econômico fundamental à propriedade". In: SARLET, Ingo Wolfgang e LEITE, George Salomão (org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 192.

²⁴⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. "A função social da propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade)". In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.). **Direito Civil Constitucional. Situações patrimoniais**. Curitiba: : Editora Juruá, 2007. p. 244.

É que nesta regulamentação da propriedade o princípio da função social entra como um componente básico e essencial na composição do instituto, e que impõe a observância ao interesse público mediante o cumprimento de determinados compromissos. Frise-se que a presença do princípio da função social na composição citada é de tamanha importância que figurou ele na mesma titulação dos Direitos Fundamentais. Dessarte, o princípio da função social deve ser entendido na nova Carta como algo fundamental ao direito de propriedade, e neste caso, como um direito fundamental e indisponível que deve ser velado pela sociedade. Assim, o conceito de propriedade tem como pressuposto e como pré-requisito o princípio da função social. Já não se admite mais o primeiro desprendido do segundo²⁴¹.

Reconhece-se a falta de precisão técnica em se dispor sobre propriedade e função social em dois incisos sequenciais e de forma vaga (artigo 5.º)²⁴²; entretanto, a funcionalização da propriedade se impregna de conteúdo ao ser analisada como ônus ao proprietário, isto é, os fins não se desligam dos meios, já que “[...] é na dinâmica da escolha dos meios, da sua disposição e do resultado obtido que é preenchido o princípio da função social da propriedade.”²⁴³, de modo que é pela identificação e valoração do processo de utilização do bem é que se examinará a realização do preceito constitucional ora tratado. É a síntese de propriedade-dever ou propriedade-função propalada por Léon Duguit.

No entanto, MESQUITA critica a constituição do direito de propriedade apoiado por sua própria função social, ao argumento de que, assim considerada, a propriedade seria transitória e identificada em uma cláusula que seria ou de condição suspensiva (quando atendida a função social) ou de condição

²⁴¹ ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e a sua função social no Direito Constitucional Moderno**. p. 284/285.

²⁴² LEONETTI, Carlos Araujo. **Função social da propriedade: mito ou realidade**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano I, nº 3. Porto Alegre. 2000. p. 77/78.

²⁴³ DERANI, Cristiane. **A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”**. Revista de Direito Ambiental. Ano 7, nº 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 60.

resolutiva (desatendia tal imposição funcional), não existindo de pleno direito. Assegura, por outro lado, que a propriedade não se constitui pela função social, mas tem função socializante, razão por que a propriedade existiria por si só e que seria permeada de várias restrições, dentre as quais a sua função social, a qual seria um condicionamento positivo ou uma obrigação de fazer, de agir²⁴⁴.

Discordando desse posicionamento crítico, GRAU entende que o princípio da função social da propriedade integra o conceito jurídico-positivo da propriedade, provocando imensas alterações em suas estruturas conceituais, acentuando que a função da propriedade pode ser desenvolvida considerando-se os aspectos individual e social²⁴⁵:

Encontra justificação, a primeira, na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família; daí porque concorre para essa justificação a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança. Já a propriedade dotada de função social, é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função²⁴⁶.

BORGES DE OLIVEIRA destaca, utilizando-se de figuras matemáticas, o conceito moderno de propriedade, com ênfase aplicativa transnacional e não reduzida a mera incidência regional, separando as faculdades do proprietário, assim como suas obrigações positivas e negativas, explicando o método científico empregado:

Se existe uma relação que se estabelece entre o sujeito “A” e o objeto “X”, a propriedade é um direito real subjetivo (Poder) que

²⁴⁴ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional**. RT. Ano 96, nº 860. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 107/111.

²⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 268/270.

²⁴⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. “A função social da propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade”. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.). **Direito Civil Constitucional. Situações patrimoniais**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 240. Enfatizando, o autor afirma em igual sentido, pois “[...] a função social da propriedade acabou por tornar-se em categoria jurídica nuclear na determinação do conteúdo da propriedade”.

o proprietário “A” exercer sobre o objeto “X” de usar, gozar, dispor e reaver de quem quer o detenha ou possua injustamente, devendo (Dever) coadjuvar socialmente por meio da trilogia Inserção Social, Limitação e Restrição²⁴⁷.

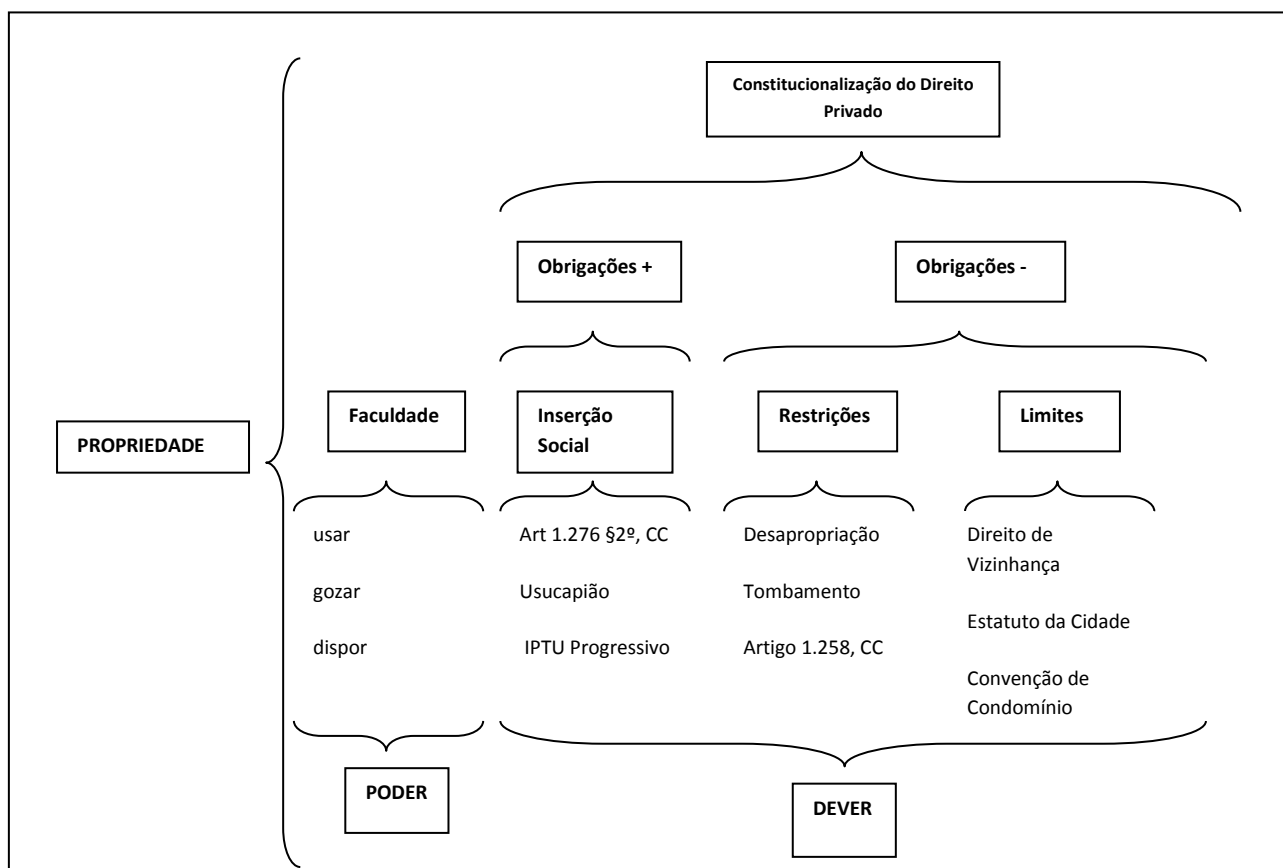


Figura 01. Definição de propriedade.

Nada obstante ser disseminada a ideia de função social da propriedade, FACHIN sustenta que tanto a **posse** como a **propriedade** possuiriam funções sociais, ainda que em dimensões diferentes, pois naquela seria mais evidente, já que, mesmo em desuso, na propriedade manteria tal condição, explicando que:

A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito

²⁴⁷ BORGES DE OLIVEIRA, Álvaro. Uma definição de propriedade. Revista Jurídica Cesumar. V. 8, 2009, p. 02.

estático, representando uma projeção de reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade²⁴⁸.

A conceituação de utilização da propriedade urbana e rural conforme sua função social é positivada constitucionalmente no Brasil nos artigos 182, § 2.º e 186, respectivamente, seguindo-se parâmetros do **Constitucionalismo Universal**²⁴⁹, e, infraconstitucionalmente no artigo 1.228, §§ 1.º e 2.º do Código Civil²⁵⁰, que imprimem ao proprietário imposições sociais no uso, gozo e fruição de sua propriedade, sem se desfazer ou se desconstituir sua propriedade.

Reservando-se ao exame do assunto, no plano constitucional, a previsão do atendimento à função social da propriedade urbana merece críticas, uma vez que só é aplicável às cidades com mais de vinte mil habitantes, tendo em vista que nessas existe a obrigatoriedade de Plano Diretor com tal exigência de requisitos para a funcionalização da propriedade (artigo 181, §1.º) o que, a *contrario sensu*, autorizaria a conclusão de que imóveis urbanos situados em cidades com menor população não teriam função social a cumprir²⁵¹.

Ocorre que, face o princípio federativo, ao disporem sobre a utilização social de suas propriedades urbanas, os Municípios com menos de vinte mil habitantes – assim como os Municípios com obrigatoriedade do Plano Diretor, hão de seguir as diretrizes estabelecidas na Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), que regulamentou a política urbana constitucional e previu sanções para o

²⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e da propriedade contemporânea. Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 19.

²⁴⁹ ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e a sua função social no Direito Constitucional Moderno**. p. 224.

²⁵⁰ Existem outros diplomas legais que merecem destaque no assunto: Decreto-lei Federal 25/1937, Lei Federal 4.504/1964, Lei Federal 6.766/1979, Lei Federal 6.803/1980, Lei Federal 6.938/1981 e Lei Federal 10.257/2001, por exemplos. GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. **Função social da propriedade**. Revista de Direito Ambiental. Ano 8, nº 29. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 119/122.

²⁵¹ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional**. RT. Ano 96, nº 860. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 123.

descumprimento da função social da propriedade: parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (artigos 5.º, 7.º e 8.º).

A propriedade urbana não constitui, necessariamente, um bem de produção nos moldes representados por GRAU²⁵², mas sua exploração há de assegurar o atendimento da função social, pois refletirá objetivamente na qualidade de vida dos habitantes urbanos e:

Por essa prescrição conclui-se que a função social do proprietário de bem urbano está na disposição, finalidade, transformação, modo de utilização desse bem, que deverá contribuir para o desenvolvimento de uma vida social urbana agradável e produtiva. São condições de urbanismo e de qualidade de vida nas cidades que devem ser atendidas pelo proprietário privado detentor de bem urbano, para que a propriedade atenda sua função social²⁵³.

A função social da propriedade rural será cumprida quando atender, simultaneamente os princípios constitucionais dispostos em incisos do artigo 186, que serão estabelecidos segundo graus e critérios legais, cuja redação poderia ter sido simplificada como “[...] a propriedade rural atende a sua função

²⁵² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica**. p. 268. O autor explica que a função social da propriedade em sentido dinâmico se refere aos bens de produção não destinados inicialmente a alguma função individual da propriedade, destacando a função social da empresa quanto ao processo produtivo e os vários interesses coletivos inseridos no contexto, os quais impõem a funcionalidade da empresa quanto à sistemática de produção.

²⁵³ DERANI, Cristiane. **A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”**. Revista de Direito Ambiental. Ano 7, nº 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 64/65.

social quando atende os critérios fixados na Constituição e na lei para aproveitamento do solo e respeita a legislação ambiental e trabalhista²⁵⁴⁻²⁵⁵.

A propriedade rural está diretamente conectada aos bens de produção, observando-se a incidência do que GRAU define como propriedade função-social²⁵⁶, na qual:

A propriedade agrária, como meio de produção, está submetida à função social no que tange ao modo como dela são extraídas as mercadorias e também à própria mercadoria produzida. Os bens ambientais contidos nas propriedades rurais são tornados sociais pelo trabalho (de manutenção ou transformação). O homem se apropria da terra e a faz objeto social imprescindível a sua existência e felicidade²⁵⁷.

O não atendimento da função social da propriedade rural propicia sua desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação de valor, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, exceto as benfeitorias úteis e necessárias, que serão indenizadas em dinheiro (Constituição Federal, artigo 184, *caput* e § 1.º), bem como fica passível de ITR progressivo (Constituição Federal, artigo 153, § 4.º, inciso I).

É certo, como visto, que o princípio da função social da propriedade não autoriza a suprimir a instituição da propriedade privada; o que

²⁵⁴ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional**. RT. Ano 96, nº 860. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 125.

²⁵⁵ A Lei n.º 4.530/1964 e a Lei n.º 8.629/1993 (que revogou parcialmente aquela), preveem critérios de atendimento da função social da propriedade rural.

²⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica**. p. 268. “À propriedade função-social, que diretamente importa à ordem econômica – propriedade dos bens de produção – respeita o princípio inscrito no art. 170, III. No mais, quanto à inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela função social – conúbio entre os incisos II e III do art. 170 – mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna”.

²⁵⁷ DERANI, Cristiane. **A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”**. Revista de Direito Ambiental. Ano 7, nº 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 65.

ocorre é a socialização de uma propriedade, na ocasião em que seja precisamente imprescindível à realização daquele princípio, que se coloca sobreposto ao interesse privado.

A funcionalização da propriedade não significa, pois, um esvaziamento ou diminuição dos poderes do proprietário, aumentando-se as limitações, haja vista indicar, por efeito imediato, uma **mudança de mentalidade**²⁵⁸.

Tais dispositivos normativos constitucionais e infraconstitucionais denotam o aparecimento do Estado Social como regulador da propriedade, eis que assume o papel de garantidor da propriedade quando atendida a sua função social, vislumbrando-se um conteúdo negativo à propriedade, próprio do poder de polícia que visa a impedir o uso da propriedade nocivamente à coletividade²⁵⁹.

Indubitavelmente, as restrições aos atributos, por excelência, da propriedade: uso, gozo e fruição absolutos, exclusivos e perpétuos decorreram de modificações sociais objetivadoras do bem-estar coletivo, criando condições para que o todo social esteja entre as metas da propriedade.

Esses atributos são oponíveis *erga omnes*, desde que não afrontem a essência social da propriedade, já que envolvem interesses sociais clarividentes, a tal ponto que a justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual.

A preponderância do interesse público sobre o privado se manifesta em todos os setores do direito, influenciando decisivamente na formação do perfil atual do direito de propriedade, que transforma a propriedade capitalista sem socializá-la²⁶⁰ e:

²⁵⁸ PONTES, Daniele; MILANO, Giovana Bonilha; IWASAKI, Micheli Mayumi. “Reflexões sobre a codificação da propriedade fundiária moderna brasileira: diálogos entre direito e economia política”. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.). **Direito Civil Constitucional. Situações patrimoniais**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 299.

²⁵⁹ GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. **Função social da propriedade**. Revista de Direito Ambiental. Ano 8, nº 29. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 125.

²⁶⁰ LOTUFO, Renan. “A função social da propriedade na Jurisprudência Brasileira”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 346.

A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma “mini-propriedade”, mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode ser examinada *“se non costruindo in una endiadi le situazioni del proprietario e dei terzi”*. Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional²⁶¹.

Enfim, a propriedade constitucional não apresenta as características de um direito absoluta e ilimitadamente individual, assumindo um direito com finalidade social.

2.3. FUNÇÃO SOCIOCONSTITUCIONAL DO CONTRATO PRIVADO

Nesse encadeamento de ideias é que se examinará, de agora em diante, a função social do contrato, ou seja, com enfoque constitucional, ainda que implícito, e atrelada à noção e objetivos da função social da propriedade, assim como ao fundamento constitucional do valor social da livre iniciativa, impondo ao jurista a visualização do contrato ampliada e não restrita somente às partes contratantes²⁶².

A socialização de um direito real (propriedade) é intuitivo, como se demonstrou linhas acima. A dificuldade se revela no exercício do transporte dos efeitos de um negócio puramente pessoal (contrato) para o âmbito dos interesses

²⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 343.

²⁶² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. Revista dos Tribunais. Ano 87, vol. 750. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. abril de 1998. p. 116.

sociais²⁶³. Assim, dada a articulação dos efeitos de um contrato que não se restringem às partes contratantes, afetando terceiros, é que se examina sua função social, isto é, com base nos aspectos da função socioconstitucional da propriedade, evidenciando, com isso, uma interdisciplinaridade entre o objetivo do Código Civil com a funcionalização dos contratos (artigo 421) e a previsão constitucional para a propriedade nesse sentido, bem como os artigos 1.º, inciso III (dignidade da pessoa humana) e inciso IV (valor social da livre iniciativa), 3.º, inciso III (solidariedade entre todos) e 170, *caput* (justiça social).

É, pois, necessária uma leitura interdisciplinar do direito contratual, em face da superação da dicotomia havida entre direito público e direito privado, acolhendo as emergências sociais, recepcionando o pluralismo jurídico e reconhecendo que o direito estatal concorre com ordens independentes dele, devendo ser trabalhado a partir da intercomunicação e interpenetração entre essas diversas ordens²⁶⁴.

Repensa-se o direito seguindo o modelo epistemológico, no contexto de uma ordem capaz de vincular o ordenamento jurídico e a realidade, explicando seus condicionamentos (sejam técnicos, históricos ou sociais, sejam lógicos, matemáticos ou linguísticos), sistematizando suas relações e esclarecendo os seus vínculos, bem como avaliando seus resultados e aplicações. Essa vinculação é possível e a inter-relação fragmentada do legal é uma perspectiva interdisciplinar perfeitamente possível em uma época jurídica policêntrica²⁶⁵.

Ademais, por oportuno, registra-se que a lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente (em tópico específico, ao final, tratar-se-á sobre a função social do contrato como cláusula geral), cabendo ao intérprete pesquisar sua presença difusa no ordenamento jurídico e, sobretudo, inserida nos princípios informativos da ordem econômica e social

²⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 81.

²⁶⁴ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. "A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras". In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. p. 13.

²⁶⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. p. 322.

traçados pela Constituição Federal²⁶⁶. É a comprovação da constitucionalização do direito civil.

Atrela-se ainda mais a vinculação da função social do contrato com fundamento na função social da propriedade, ao se pensar na evolução conjunta desses institutos:

Além disso, verificamos que também há um liame entre a evolução destes institutos. De fato, a propriedade e o contrato, em sua forma original, carregavam consigo a idéia de absolutismo, bem como o individualismo fervoroso. Contudo, estas características foram paulatinamente tomando uma feição mais social, o que ensejou uma evolução do conceito de propriedade e, conseqüentemente, de contrato²⁶⁷.

Nesse diapasão constitucional, o contrato fica em condições de prestar relevantes serviços ao progresso social, desde que sobre as vontades individuais em confronto se observe, minimamente, o interesse coletivo, através de regras de ordem pública, inafastáveis pelo querer de ambos ou de qualquer dos contratantes.

Com a função social do contrato, não se pretende colocar a sociedade em nível merecedor de proteção superior aos indivíduos contratantes. Intenciona-se tão somente que se cumpra programação constitucional inspirada na regulação do exercício de direitos fundamentais indicados nos artigos sobrecitados. Exige-se, com a aplicação da função social do contrato, que os contratantes empreguem determinados comportamentos entre si e com terceiros nos precisos limites que os princípios e garantias fundamentais indiquem, independentemente da existência, ou não, de direitos individuais, coletivos ou públicos, à medida que possibilita a livre negociação ainda que mitigada nesse sentido²⁶⁸.

²⁶⁶ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do contrato – elementos para uma conceituação**. Rio de Janeiro: Editora RT 13/108-109, jan./mar. 2003.

²⁶⁷ FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2013. p. 129.

²⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. p. 120/120.

Pensar a função social do contrato hermeticamente isolada do sistema em que inserida significa destruir o próprio instituto contratual²⁶⁹.

Tal qual já aludido neste trabalho, historicamente, o Estado Liberal desvinculou a burguesia do Estado Absolutista e a propriedade dos laços feudais e, por isso, necessitou de um instrumento que permitisse sua circulação e, concomitantemente, de bens de produção, cujo contexto foi perceptível no Código Civil brasileiro de 1916, inspirado no Código napoleônico que, por sua vez, fora influenciado pela Revolução Francesa de 1789:

Os lemas da Revolução Francesa, quais seja, igualdade, liberdade e fraternidade, demonstram a inserção da sociedade no liberalismo, este com seu ápice no século XIX. Nele os indivíduos eram livres para contratar, devendo o Estado intervir o mínimo nas relações entre particulares. Tal codificação dava uma importância irrestrita ao individualismo, à propriedade, ligando esta à liberdade. Nesse diapasão, o contrato ligava a propriedade ao homem, ele era o instrumento utilizado pela classe burguesa para adquirir bens da nobreza, por meio de manifestações de vontades²⁷⁰.

Manifesta-se, assim, a liberdade de contratar (princípio do consensualismo), bastando a vontade de se convencionar com quem se quisesse, estabelecendo-se o tipo, conteúdo, forma e efeitos das obrigações para que se estabelecesse o contrato, prescindindo-se de formas especiais²⁷¹.

A experiência histórica, entretanto, demonstrou o equívoco desse comportamento deliberadamente autônomo. No Estado Liberal, simplesmente se possibilitava o equilíbrio formal e a autonomia da vontade, pois o interesse individual era o valor supremo, apenas limitado pelo princípio da ordem pública ou dos costumes, não se preocupando com a funcionalização do contrato:

²⁶⁹ ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no Código Civil**. Revista dos Tribunais. Ano 92, vol. 815. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Setembro de 2003. p. 30.

²⁷⁰ NASCIMENTO, Emanuelle Nunes. **A evolução histórica dos contratos – da autonomia da vontade a função social**. Revista Mérito. vol. 03, n.º 01. Uberlândia: Editora Edibrás. Novembro de 2006. p. 68.

²⁷¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. p. 357.

Não foi, todavia, o que a experiência demonstrou ter ocorrido. Pelo contrário. Como já se expôs no início deste capítulo, quando se procurou traçar um novo perfil do contrato, o modelo não tardou a revelar uma real desigualdade, a reclamar recompreensão da liberdade de contratar. Em diversos termos, a desigualdade material, o desequilíbrio intrínseco e inerente a determinadas relações impôs – já em novo paradigma, do Estado Social, a que subjacentes novos valores, de dignidade da pessoa humana e de solidarismo, de que é instrumento um princípio de igualdade que seja substancial, e não só formal – a edição de novo instrumental jurídico que prestigiasse aqueles elementos axiológicos, fazendo-os efetivos, quer pela intervenção legislativa, quer judicial, no instituto do contrato e, pois, na liberdade de firmá-lo²⁷².

A sociedade percebeu, com os sacrifícios sociais impostos pelo clássico liberalismo dos séculos XVIII e XIX (excessos do capitalismo, escravização de homens, mulheres e crianças e, ainda, com a massificação das relações contratuais)²⁷³, a magnitude das relações interpessoais e a necessidade de se atentar para os interesses de toda a coletividade, evitando ou neutralizando conflitos entre os contratantes, notadamente inseridos em um contexto social²⁷⁴, funcionalizado à realização dos valores constitucionais e instrumentalizando a promoção da igualdade substancial entre os contratantes, ou seja, em sentido diametralmente oposto ao que se percebia no ápice do liberalismo que expressava a liberdade e a igualdade formal das partes no contrato, apenas²⁷⁵.

²⁷² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2007. 2. ed. p. 16/17.

²⁷³ NALIN, Paulo R. Ribeiro. “Ética e boa-fé no adimplemento contratual”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 200.

²⁷⁴ COSTA, Pedro Oliveira da. “Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 48.

²⁷⁵ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. “O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 307.

As obrigações dos contratantes, então, baseiam-se no princípio da sociabilidade, que impõe àqueles o cumprimento das obrigações entabuladas, uma vez que interessa à sociedade que ditos contratantes ajam socialmente conforme o que se comprometeram²⁷⁶:

O contrato atual não é um assunto individual, mas que tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente os interesses dos contratantes. À sociedade, representada pelo Estado e outras entidades soberanas, atribui-se o controle de uma parte essencial do Direito Contratual²⁷⁷.

Percebe-se que, com o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se. Generalizou-se. Qualquer indivíduo, sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução, contrata. O mundo moderno é o mundo dos contratos²⁷⁸⁻²⁷⁹.

Diante desse cenário, o legislador ordinário previu a função social do contrato baseada no bem-estar constitucionalmente assegurado, visando a coibir as deformidades, o teratológico, os aleijões da ordem jurídica que poderiam ocorrer pela degenerada utilização do contrato em prol, exclusiva - ou quase que exclusivamente, de uma das partes na relação contratual, não se suscitando impedimentos gigantescos nesse sentido.

²⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. p. 551.

²⁷⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. p. 110. O autor denomina o princípio de socialidade e não sociabilidade: “Mas, aqui, importa particularmente o princípio da socialidade, pois dele é exemplo, justamente a função social do contrato. Pela socialidade, em rigor, tenciona-se retirar a lei civil do individualismo típico do modelo liberal sob cuja influência se elaborou o Código Civil de 1916, forte na proteção da clássicas manifestações do direito subjetivo individual, ou na proteção de seus titulares: o proprietário, o contratante, o marido e o testador. Pretende-se, portanto, inserir a normatização civil em novo paradigma, de prestígio dos valores sociais, sem se perder, é certo, o valor fundante da pessoa humana, afinal a origem, centro e finalidade da ordenação”.

²⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Institutos de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. III, 2004. p. 11.

²⁷⁹ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais. Ano 91, vol. 801. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Julho de 2002. p. 148. Ocorre que o pleno direito subjetivo e individual de contratar não pode lesar os interesses superiores da sociedade constitucionalmente previstos.

Problemas se apresentam, todavia: como se falar em função social do contrato no âmbito interno de uma relação contratual? Como conciliar o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos com sua propugnada função social e acolher seus efeitos perante terceiros? Ou melhor: como aceitar efeitos externos em uma relação convencional eminentemente particular?

Para as respostas a tais indagações, e outras infinitas nesse sentido, examinam-se as eficácias internas e externas do contrato.

As críticas impostas à eficácia da função social do contrato no âmbito interno²⁸⁰ circundam o princípio da boa-fé objetiva contratual, cuja finalidade seria interpretar ou executar um contrato de modo que não resultasse em prejuízo injusto para os contratantes²⁸¹.

Nesse mesmo campo de atuação de aplicação da função social do contrato internamente aos contratantes, mas com análise temática distinta, FERREIRA ensina que a função social do contrato se manifestaria por meio de resolução por onerosidade excessiva, pelos institutos da lesão, das normas que tratam da boa-fé objetiva, pela atribuição do caráter de nulidade relativa aos negócios jurídicos praticados em estado de perigo e da repressão ao abuso de direito²⁸².

No entanto, para melhor ordenar o entendimento sobre o presente tópico, mister se examinar o princípio da boa-fé objetiva²⁸³ contratual

²⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Função social do contrato: primeiras anotações**. Revista dos Tribunais. Ano 93, vol. 823. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Maio de 2004. p. 84. Explica que a função social do contrato se baseia no entendimento de que somente teria reflexos no mundo exterior e pela impossibilidade de se reequilibrar contratos difusa e sistematicamente pela sua função social, já que a função social do contrato seria expressão de interesses institucionais e não individuais dos contratantes.

²⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. p. 51.

²⁸² FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. p. 88.

²⁸³ NALIN, Paulo R. Ribeiro. "Ética e boa-fé no adimplemento contratual". In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 195. O autor afirma que a boa-fé dos contratos se refere à objetiva e não à subjetiva, pois: "Exige a atual conjuntura dos contratos uma manifestação desprendida de subjetivismo, em que se possam os contratantes, independentemente do polo contractual que ocupem (credor ou devedor), ou da fase de execução da obrigação em análise, atingirem a plena satisfação de seus interesses econômicos. Não é dada a possibilidade de frustração das legítimas expectativas contratuais formuladas na esfera jurídica de qualquer dos contratantes, devendo, ambos, proceder (conduta objetiva) comportalmente de boa fé".

(Código Civil, artigo 422)²⁸⁴⁻²⁸⁵ - o mais utilizado para atribuir função social do contrato interna aos contratos privados - influenciador ético no transcurso de toda contratação, ou seja, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual²⁸⁶, cujo elemento subjetivo benigno é presumido pelo legislador²⁸⁷ e que, dados seus desdobramentos anexos, incide na implementação da função social do contrato.

A importância do princípio da boa-fé objetiva é tamanha que os três pilares fundamentais do regime contratual privado (autonomia particular, força obrigatória dos contratos e relatividade obrigacional) adquirem novos contornos quando pensados com base naquele princípio, ao qual se atrela o princípio da função social do contrato²⁸⁸.

Atribui-se ao princípio da boa-fé objetiva as funções interpretativa, restritiva de abusos no exercício contratual e criadora de deveres anexos ou acessórios ao cumprimento da obrigação principal contratada. A rigor, a função criadora de deveres anexos é de aplicação impositiva quando se pensa em função social do contrato, uma vez que impõe às partes contratantes deveres que não estão (e nem mesmo precisam estar²⁸⁹) previstos em contrato: deveres de lealdade, de proteção e de esclarecimento ou informação, os quais não incidem de forma ilimitada²⁹⁰. Respeita-se a autonomia da vontade privada de contratar, mesmo porque é de extrema relevância para a segurança das relações jurídicas privadas

²⁸⁴ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais. Ano 91, vol. 801. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Julho de 2002. p. 151. A autora afirma que: “Deve destacar-se que o dever de guardar conduta proba e de boa-fé nas diversas fases de formação e execução do contrato não representa inovação no direito dos contratos. A novidade restringe-se à sua inclusão no texto legal, pois antes era tido como princípio implícito no ordenamento jurídico. Dele já tratavam os diversos doutrinadores em obra já clássicas”.

²⁸⁵ AZEVEDO, Antonio Villaça. **O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*)**. Revista Jurídica. Ano 51, n. 308. Porto Alegre: Editora Notadez. Junho de 2003. p. 12/13. O autor cita o § 242 do Código Civil Alemão (BGB), o artigo 1.337 do Código Civil Italiano de 1942 e o artigo 227 do Código Civil Português de 1967 como exemplos alienígenas de sistemas jurídicos que disciplinaram o princípio da boa-fé.

²⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. p. 21/24.

²⁸⁷ NALIN, Paulo R. Ribeiro. “Ética e boa-fé no adimplemento contratual”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. p. 188.

²⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 250.

²⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. p. 21.

²⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo, SCHEIBER, Anderson. “A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 36/37. Os autores citam exemplo de limitações aos deveres anexos, descrevendo que, em um contrato de compra e venda de veículo, o vendedor tem o dever de informar eventuais defeitos do veículo, mas não tem o dever de prestar ao comprador esclarecimentos sobre sua preferência partidária, sua vida familiar ou seus hábitos cotidianos.

que o ordenamento jurídico garanta tal cumprimento²⁹¹. Limita-se, porém, a autonomia privada de contratar no princípio da boa-fé objetiva e se protege a confiança nas operações econômicas privadas contratadas.

Outrossim, com o emprego do princípio da boa-fé objetiva, consolida-se uma nova compreensão das partes contratantes que, da clássica posição de antagonistas, assumem uma postura colaboracionista objetivadora do adimplemento contratual e ao bem comum que é alcançado com o integral cumprimento do avençado, já que “O ponto de partida para a compreensão dos deveres de conduta é a constatação da relação jurídica como totalidade, na qual credor e devedor compartilharão de lealdade e confiança”²⁹².

THEODORO JÚNIOR reconhece a boa-fé como princípio geral do direito nos contratos (e de eficácia interna, apenas, como visto), posto que os contratantes devem basilar seus comportamentos contratuais (em todas as fases) aos ditames da boa-fé objetiva. Contudo, entende que a boa-fé objetiva contratual não integra a função social do contrato, posto que se circunscreveria ao disciplinamento ético do comportamento dos contratantes nas relações entabuladas havidas entre si:

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico²⁹³.

De fato, o princípio da boa-fé objetiva permeia as condutas dos contratantes diferenciando-as ética e moralmente, porquanto se fixa no espírito daqueles o firmamento, e posterior cumprimento, de obrigações recíprocas criadas, cumpridas e respeitadas eticamente. Ainda que não integrante da função social do

²⁹¹ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais. Ano 91, vol. 801. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Julho de 2002. p. 26.

²⁹² ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 93. O autor se refere aos deveres anexos como deveres de conduta.

²⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. p. 23 e 31.

contrato, é observação obrigatória para os contratantes em todas as fases contratuais.

Entretanto, atribuir ao princípio da boa-fé objetiva dimensão tal que justifique a não incidência da função social do contrato internamente, é tarefa deveras árdua, porquanto “[...] tal se dá na exata medida em que o contrato funcionalizado instrumentaliza a aquisição dos bens vitais à pessoa humana, mas, da mesma forma, marcado pela necessidade de atendimento não só do interesse da parte.”²⁹⁴ ou, ainda, que a Constituição Federal impõe aos contratantes (internamente) “[...] inúmeros deveres extrapatrimoniais, tendo como finalidade de realização da personalidade, bem como a tutela da dignidade humana em situações que geralmente seriam resolvidas sob a ótica exclusivamente patrimonial”²⁹⁵⁻²⁹⁶.

Serenamente, observa-se a feição eficaz interna da função social do contrato, tendo em vista que realiza bens vitais às pessoas dos contratantes. Inegável, pois, sua inserção interna nos contratos, ao lado de outros institutos jurídicos nitidamente aplicáveis, dentre os quais, destaca-se (mas não exclusivamente), o princípio da boa-fé objetiva.

Doravante, examina-se a feição externa do princípio da função social do contrato, pois “[...] terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse”²⁹⁷, delimitando seu estudo a terceiros que não sejam o mercado econômico, haja vista que, para isso, o Estado intervirá com instrumentos próprios²⁹⁸ e não afetos à presente pesquisa.

²⁹⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. p. 125. – nosso destaque.

²⁹⁵ FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. p. 90.

²⁹⁶ COSTA, Pedro Oliveira da. “Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 67. Corrobora esses entendimentos ao doutrinar: “Mais do que criar, auxiliar e promover trocas econômicas, os contratos conformam as relações entre os homens, aparando arestas, prevenindo conflitos e satisfazendo necessidades não apenas econômicas, mas também existenciais”.

²⁹⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. Revista dos Tribunais. Ano 87, vol. 750. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Abril de 1998. p. 119.

²⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Diretrizes interpretativas da função social do contrato**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 14, num. 56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Outubro/Dezembro de 2005. p. 36.

Está cediço que a função social do contrato se materializa mais facilmente nos efeitos externos do contrato - como novo paradigma funcionalizante da atividade contratual em sentido social²⁹⁹, flexibilizando-se o princípio do relativismo dos efeitos contratuais, já que transcendem às partes contratantes, nos termos dispostos no artigo 421 do Código Civil³⁰⁰.

Para tanto, relê-se dito princípio³⁰¹, que, a rigor não atinge benéfica ou prejudicialmente terceiros alheios ao contrato particular e se dota mencionado princípio do relativismo de eficácia social e, em viés contrário, autoriza-se o raciocínio inverso quando se impuser a proteção aos contratantes³⁰².

TEPEDINO conclui:

A função social subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Aos contratantes impõe-se o dever de tutelar os interesses socialmente relevantes, mesmo se extracontratuais, atingidos pela disciplina contratual. Compreende-se, assim, a dicção do art. 421 do Código Civil, segundo a qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Vale dizer, o sentido a ser atribuído à função social não pode se limitar a restrições pontuais e externas à atividade privada, inserindo-se no próprio fundamento da iniciativa econômica, de maneira a informar a interpretação de toda a disciplina contratual³⁰³.

MIRAGEM entende que a menor rigidez do princípio do relativismo à luz da função social do contrato encerra duas possibilidades: que o

²⁹⁹ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. “A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 16.

³⁰⁰ Conferir Enunciado n.º 21 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período entre 11 a 13 de Setembro de 2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado, do STJ: “A função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, indicando a tutela externa do crédito”.

³⁰¹ FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. p. 96.

³⁰² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. p. 135/136.

³⁰³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 269/270.

terceiro sofra as consequências do inadimplemento contratual ou que o terceiro contribua para o inadimplemento do devedor contratante³⁰⁴. FERREIRA aponta as três hipóteses em que se observa a função social do contrato externamente aos contratantes: contratos que ofendam interesses coletivos, contratos que ofendam terceiros determinados e, por fim, terceiros que ofendam contratos³⁰⁵.

É possível, ainda, denominar esses terceiros que prejudicam o andamento ordinário contratual como **terceiros cúmplices**, uma vez que, embora não tenham participado da obrigação originária em determinado contrato, contribuíram para seu descumprimento como, por exemplo, por meio da indução ao inadimplemento³⁰⁶⁻³⁰⁷. À vista disso e dos fundamentos da função social do contrato, não se afirma que os terceiros tornam-se parte contratante. Apenas se evidencia que terceiros “[...] não podem se comportar como se o contrato não existisse”³⁰⁸. Por exemplo: o terceiro firma um novo contrato intencionalmente em prejuízo de outro já existente e de seu conhecimento, ocasionando danos de cumprimento ao primeiro contrato³⁰⁹.

Além dessas hipóteses cunhadas negativamente por ofensas ao contrato, o próprio Código Civil estipulou, à guisa exemplificativa, dois artigos em que o terceiro é beneficiado diretamente por avenças havidas pelos contratantes originários: estipulação em favor de terceiro (artigo 436), pagamento de indenização securitária diretamente ao terceiro beneficiado (artigo 788).

³⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. **Diretrizes interpretativas d função social do contrato**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 14, num. 56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Outubro/Dezembro de 2005. p. 36.

³⁰⁵ FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. p. 97.

³⁰⁶ GODIM, Glenda Gonçalves; KENICHE, Pedro Henrique Gallotti; BERTASSONI, Thaís Braga. “A causa, os planos do negócio jurídico e a função social: análise a partir da Teoria do Terceiro Cúmplice”. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Juruá: Curitiba, 2011. p. 65.

³⁰⁷ FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. p. 113. “Portanto, além da eficácia interna em face do devedor, a doutrina da eficácia externa das obrigações admite que os efeitos de um contrato são capazes de impor que terceiros respeitem o direito de crédito do credor, sem criar qualquer empecilho ao devedor no cumprimento da obrigação”.

³⁰⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. Revista dos Tribunais. Ano 87, vol. 750. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. abril de 1998. p. 116/117.

³⁰⁹ GODIM, Glenda Gonçalves; KENICHE, Pedro Henrique Gallotti; BERTASSONI, Thaís Braga. “A causa, os planos do negócio jurídico e a função social: análise a partir da Teoria do Terceiro Cúmplice”. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Juruá: Curitiba, 2011. p. 66.

A despeito de tudo o que foi apresentado até o presente momento, a doutrina entende que o campo fértil para a visualização da incidência da eficácia externa do princípio da função social do contrato, com a consequente relativização do princípio da relatividade dos contratos, verifica-se nas relações contratuais de massa ou, mais especificamente, nos contratos das relações consumeristas, pois afetam terceiros não consumidores diretos do produto ou serviço, assim chamados de *bystander*, posto serem vítimas equiparadas aos consumidores diretos as pessoas abrangidas pelos malefícios do fato (acidente de consumo) ou vícios do produto ou serviço (qualidade/adequação)³¹⁰:

A função social continua sendo desempenhada pelo contrato de consumo nos reflexos que produz no seio social, ou seja, naquilo que ultrapassa o relativismo do relacionamento entre credor e devedor e se projeta no âmbito de toda a comunidade. A lei de consumo protege, é verdade, o lado ético das relações entre fornecedor e consumidor. Mas não é propriamente nesse terreno, que a verdadeira função social se desenvolve, mas no expurgo do mercado de praxes inconvenientes que podem inviabilizar o desenvolvimento econômico harmonioso e profícuo, tornando-o instrumento de dominação e prepotência³¹¹.

Quer sob o enfoque da teoria maximalista do conceito de consumidor, quer centrando-se na teoria finalista, os contratos regidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor atingem todas as vítimas do evento (*bystander*), ainda que não tenha qualquer relação contratual anterior com o fornecedor presente na cadeia relacional que originou o evento danoso, eis que “O mais importante, aqui, é tutelar todas as pessoas expostas às atividades de risco”³¹².

³¹⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. p. 148.

³¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. p. 68.

³¹² PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. “Relações jurídicas de consumo: critérios interpretativos”. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Juruá: Curitiba, 2011. p. 312. A autora explica a teoria maximalista ou objetiva: “Na visão maximalista, também chamada de objetiva, as normas do CDC visam um novo

Considera-se a figura do *bystander*, conseqüentemente, como o que efetivamente concretiza o princípio da função social do contrato, já que é a síntese eficaz externa de um contrato, tanto àqueles diretamente conectados ao contrato como também aos que assim não se encontrarem, nos moldes do artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor ³¹³, bastando a exposição às práticas comerciais como publicidade, oferta e práticas abusivas, conforme artigo 29 do mesmo diploma legal³¹⁴.

Em que pese toda a exposição explanada sobre a função social do contrato, ressalta-se, com idêntico objetivo destacado quando da análise da função social da propriedade, que a liberdade de contratar não foi proibida ou mitigada a extremos e sem fundamentação alguma. Apenas se houve por atender interesses que sobrepujam a restrita esfera dos particulares contratantes, em face da amplitude que alcançam os efeitos contratuais.

Pondera-se que “[...] no caso da propriedade, como no caso do contrato, cumprir uma função social significa atingir uma finalidade útil para a sociedade, e não somente aos sujeitos diretamente envolvidos [...]”³¹⁵, de modo que não se está a impor contratos altruísticos. Apenas revisam-se os parâmetros do direito privado:

A evolução que assim se promove, no entanto, não obstante a sua indiscutível e extremada importância, mantém-se atrelada a velhos conceitos. Embora reinterpretado, o contrato permanece delineado pelos mesmos princípios que informam a disciplina contratual desde a Roma Antiga. Liberdade contratual, obrigatoriedade e relatividade dos contratos aparecem nos manuais ainda como dogmas incontrastáveis. Contudo, é preciso reconhecer que a mudança de paradigmas

regulamento do mercado de consumo brasileiro, não servindo apenas para proteger o consumidor não profissional”[...] Destinatário final seria o destinatário fático do produto, ou seja, aquele que o retira do Mercado, para utilizá-lo ou consumi-lo”. E, sobre a teoria finalista, pondera que: “A interpretação finalista (ou subjetiva), por sua vez, restringe a figura do consumidor ao que adquire um produto para seu próprio consumo e de sua família. Consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar, de maneira especial, um grupo da sociedade que é mais vulnerável”.

³¹³ FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. p. 105 e 108.

³¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 245.

³¹⁵ FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. p. 131.

operada no direito privado, resultante da necessária releitura de todo o ordenamento de acordo com o projeto constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária, promove uma autêntica transformação na disciplina contratual, criando uma nova Teoria do Contrato, em que os princípios clássicos, já chamados de liberais, coexistem com novos princípios, ditos sociais: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico (ou equivalência material) e função social do contrato³¹⁶.

A propósito, integra-se a liberdade contratual na razão de sua função social, de modo tal que a fonte normativa do ajuste não estará mais específica e exclusivamente na força do entabulado entre os contratantes, mas nas valorações axiológicas do sistema normativo³¹⁷, mantendo-se, porém, o princípio da autonomia privada, princípio da eficácia relativa dos contratos e não autorizando o juiz a alterar cláusulas contratuais lícitas e fruto da vontade livre de partes capazes³¹⁸.

Pugna-se, por consequência, pelo exercício de direitos contratuais que beneficiem (ou pelo menos não prejudiquem) a sociedade de modo geral, além dos contratantes, obviamente, mitigando a força dos princípios liberais e impondo sua conciliação com o princípio da função social do contrato.

Exige-se, com a aplicação da função social do contrato, que os contratantes empreguem determinados comportamentos entre si e com terceiros nos precisos limites que os princípios e garantias fundamentais indiquem, independentemente da existência, ou não, de direitos individuais, coletivos ou públicos, à medida que possibilita a livre negociação ainda que mitigada nesse sentido.

³¹⁶ COSTA, Pedro Oliveira da. “Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 51/52.

³¹⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. p. 123.

³¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – a função social do contrato**. Revista dos Tribunais. Ano 94, vol. 831. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Janeiro de 2005. p. 73/74.

A atual funcionalização dos contratos encontra amparo, quando ofendida³¹⁹, na intervenção estatal ou dirigismo contratual (que, em si, não é novidade), seja pelo legislador, seja pelo juiz³²⁰, nas relações contratuais de consumo, mostra-se imprescindível para a manutenção equilíbrio dessa intervenção ou dirigismo, tendo em vista que a legislação de consumo estabeleceu novos padrões de conduta contratual³²¹.

Conclui-se que, muito embora a Constituição Federal não tenha mencionado expressamente a função social do contrato, fê-lo de maneira oblíqua, tangencial ou implícita, quando em diversos dispositivos referiu-se à função social da propriedade, atestando, em consectário, que a função social do contrato tem matriz constitucional, ainda que de maneira ínsita ou ingênita. Essa aplicação é tida por PERLINGIERI como sendo indireta e factível sempre que existirem na legislação ordinária específica cláusulas gerais ou princípios expressos, confirmando a eficácia da norma constitucional perante as relações jurídicas que se apresentarem³²².

Para a identificação social do cumprimento do contrato impõe-se, inafastavelmente, uma leitura constitucional de sua prática³²³, pois:

[...] a nova teoria contratual, à luz do princípio da função social, tem como fundamento as normas constitucionais que tratam da dignidade, solidariedade e igualdade, o que enseja uma observância não apenas da manifestação da vontade, mas também da condição social e econômica dos contratantes e,

³¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. p. 57/58. O autor admite a dificuldade de reunir as possibilidades de desvio da função social do contrato, mas exemplifica alguns casos: a) induzir a massa de consumidores a contratar a prestação ou aquisição de certo serviço ou produto sob influência de propaganda enganosa; b) alugar imóvel em zona residencial para fins comerciais incompatíveis com o zoneamento da cidade; c) alugar quartos de apartamentos de prédio residencial, transformando-os em pensão; d) ajustar contrato simulado para prejudicar terceiros; e) qualquer negócio de disposição de bens em fraude de credores; f) qualquer contrato que, no mercado, importe em exercício de concorrência desleal; g) desviar-se do objeto lícito da empresa para operações não permitidas; h) agência de viagens que contrata “turismo sexual” e i) qualquer tipo de contrato que importe desvio ético ou econômico de finalidade, com prejuízo para terceiros.

³²⁰ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais. Ano 91, vol. 801. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Julho de 2002. p. 154.

³²¹ NALIN, Paulo R. Ribeiro. “Ética e boa-fé no adimplemento contratual”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. p. 202/203.

³²² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2. ed. p. 11/12.

³²³ NALIN, Paulo R. Ribeiro. “Ética e boa-fé no adimplemento contratual”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. p. 180.

por fim, dos efeitos deste negócio jurídico em face da sociedade, para que o contrato possa ser considerado válido e eficaz³²⁴.

Essa dimensão multifatorial faz com que o Estado se habilite a intervir nas relações contratuais desvairadas através do dirigismo contratual³²⁵, constituído pela tentativa de se manter observado o equilíbrio contratual, no sentido de proteger os interesses sociais, a confiança, as expectativas das partes envolvidas em um negócio jurídico³²⁶.

É com remissão aos valores constitucionais que se atribui sentido, coerência e razão à aplicabilidade do princípio da função social do contrato, tendo em vista ser a Constituição Federal, a sistemática dirigente do ordenamento jurídico. Qualquer interpretação que se imprima aos contratos, considerando-se a redoma de seus elementos interno e externo, ponderar-se-á na matiz constitucional.

2.4. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: PRINCÍPIO OU CLÁUSULA GERAL?

Alinhou-se o presente trabalho na inteligência de diversas modificações por que passou, e ainda passa e passará, a sociedade. Um sistema jurídico privado baseado na codificação não é, dessarte, a melhor solução para a resolução de fatos sociais, ainda que se reivindiquem argumentos de segurança jurídica.

Por isso, a função social do contrato, da maneira como foi positivada, encerra ideia de cláusula geral, posto que é um expediente destinado à

³²⁴ FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. p. 123.

³²⁵ SILVA, Caio Mário da. **Institutos de Direito Civil**. p. 19. Ensina que o dirigismo contratual se justificaria na convicção de que o Estado teria de intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública, que estabelecessem restrições ao princípio da autonomia da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção de seus efeitos, alterando-os ou mesmo liberando o contratante lesado, por tal arte que logre evitar que, por via dele, se consume atentado contra a justiça.

³²⁶ FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. p. 33/34.

fixação de valores a serem observados e respeitados no cumprimento dos preceitos que formam o ordenamento jurídico. O artigo 421 do Código Civil³²⁷ expõe uma cláusula geral de cunho eminentemente axiológico, não se prestando a certas e determinadas condutas, da maneira como se aplicam normas de natureza preceptiva.

A linguagem aberta, fluida e vaga das cláusulas gerais³²⁸, flexibiliza o Código Civil sem se descuidar da propalada e necessária segurança jurídica nas relações privadas contratuais, a fim de se compatibilizar os sempre novos anseios de uma sociedade multifacetada:

A difusão das cláusulas gerais coincide, curiosamente, com a já mencionada multiplicação e decomposição dos institutos. Ou seja, mais e mais se focaliza cada um dos tipos contratuais em detrimento da teoria geral do negócio jurídico, ao mesmo tempo em que o legislador se vale de cláusulas gerais, sem a pretensão de ser exaustivo, na regulamentação dos institutos. A fragmentação dos conceitos, portanto, é acompanhada de técnica legislativa que se utiliza de cláusulas gerais, exatamente para que o intérprete tenha maior flexibilidade no sentido de, diante do fato jurídico concreto, fazer prevalecer os valores do ordenamento em todas as situações novas que, desconhecidas do legislador, surgem e se reproduzem como realidade mutante na sociedade tecnológica de massa³²⁹.

³²⁷ ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Cláusulas Gerais e proteção da pessoa”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 290. A autora afirma que experiências de outros países foram seguidas pelo legislador brasileiro: “O legislador brasileiro, segundo a orientação e as experiências de outros países, principalmente os da Europa, diante do quadro de insuficiência causado pelas limitações das leis para solucionar os problemas atuais, que os americanos chamam de *hard cases*, adota a cláusula geral como método legislativo, deixando a norma em aberto, quanto ao conteúdo, para que seja completada pelo intérprete e pelo juiz do caso concreto”.

³²⁸ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais. Ano 91, vol. 801. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Julho de 2002. p. 144.

³²⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 239.

Não prescrevem as cláusulas gerais uma certa conduta, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem, assim, como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas.

No campo do direito, essa nova técnica induz à conexão axiológica com a Constituição, definindo-se os valores e princípios conformadores da ordem pública, em cujo apoio se haverá de conceber, entre outras, a noção de função social do contrato³³⁰. Exige-se, paralelamente, que o espaço axiológico deixado pelo legislador infraconstitucional seja preenchido com o perfilhamento dos princípios constitucionais³³¹, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo entrelaçamento é parte coronariana deste trabalho.

Importante destacar que as cláusulas gerais não se confundem com os conceitos jurídicos indeterminados, embora em ambos exista uma atividade valorativa do intérprete.

Nos conceitos jurídicos indeterminados, nota-se um grau de abrangência e generalidade consideravelmente menores, uma vez que, dada sua vagueza, imprecisão e generalidade, o próprio legislador anteviu as consequências jurídicas advindas daqueles, não autorizando que o intérprete se valha de resultados diversos, cabendo somente determinar se é, ou não, o caso de aplicação no caso proposto. Tal espectro de incidência não ocorre com as cláusulas gerais, na medida em que:

Como não prescrevem condutas, mas apenas descrevem valores, as suas amplas diretrizes permitem ao juiz conceder ao caso a solução mais adequada à sua concretização, tendo em vista a função que melhor instrumentalize o conflito de interesses posto em decisão³³².

³³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. p. 116.

³³¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. "Cláusulas Gerais e proteção da pessoa". In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. p. 290.

³³² ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. p. 164.

Por fim, cabe uma última análise: a técnica da cláusula geral é a consagração, de forma explícita, do princípio da função social do contrato, efetivando-o e normatizando-o na legislação ordinária, atendendo, em rigor, o que já era um princípio constitucional, independentemente da discussão despiciente sobre a consideração que se faça sobre a função social do contrato: como princípio ou cláusula geral ou, ainda, ambos³³³. Tecnicamente, é cláusula geral que consubstancia, infraconstitucionalmente, princípios constitucionais.

Consequentemente, a cláusula geral da função social do contrato é a aplicação indireta de princípios constitucionais já esboçados: dignidade da pessoa humana, valor social da livre iniciativa, solidariedade entre todos e justiça social, harmonizando aqueles com a realidade social do momento, dada a flexibilidade autorizadora das cláusulas gerais haja vista que os princípios constitucionais “[...] não são princípios gerais de direito, mas normas jurídicas diretamente aplicadas às relações privadas”³³⁴.

³³³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. p. 107.

³³⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. p. 240.

CAPÍTULO 3

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VÉRTICE CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS PRIVADOS

Alcança-se o apogeu pretendido: examinar-se a dignidade da pessoa humana como instrumento equacional jurídico hermenêutico para se concretizar a função social dos contratos. Para tanto, seguiram-se exposições sobre as teorias que se propuseram a explicar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas, ordenando-se, na sequência, os fundamentos teóricos referentes às suas bases de aplicação no Direito Constitucional brasileiro. Evidenciou-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é núcleo essencial dos direitos fundamentais e, dessa premissa, trabalhou-se a efetivação da função social dos contratos particulares.

Intencionou-se, portanto, demonstrar as acepções aplicativas entre a dignidade da pessoa humana (como alicerce do ordenamento jurídico) e a autonomia privada contratual.

3.1. PERSPECTIVAS CIVIS-CONSTITUCIONAIS DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS CONTEXTOS TEÓRICOS

Há inevitável e crucial cisão metodológica a ser realizada face a amplitude dogmática do artigo 5.º, § 1.º da Constituição Federal que determina a aplicação imediata dos direitos fundamentais, vinculando-os aos Poderes Públicos e às demais pessoas, haja vista as teorias existentes sobre o assunto.

Ressalta-se que não se discute sobre a aplicação dos direitos fundamentais, ante sua inegável incidência, em uma relação jurídica havida entre particular e Poder Público, ao que se denomina de eficácia vertical dos direitos fundamentais³³⁵, obrigando-se os poderes-funções estatais em dupla acepção

³³⁵ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 107/108. *“Isto constitui o efeito vertical dos direitos fundamentais*

vinculativa àqueles: encontram-se cingidos às realizações máximas dos direitos fundamentais (aspecto positivo), assim como os direitos fundamentais não estão no âmbito de disponibilidade discricionária daqueles (dimensão negativa)³³⁶.

Assim, o pretense aprofundamento no presente tópico se referirá às implicações dos direitos fundamentais nas relações privadas, isto é, à sua eficácia horizontal, externa ou privada³³⁷⁻³³⁸. *Drittwirkung*.

Percebe-se que a conotação de vinculação de particulares a direitos fundamentais é, em nível histórico-jurídico, relativamente nova, iniciando-se, na Europa em meados do século XX. STEINMETZ indica a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1958 sobre o caso Lüth³³⁹ como sua baliza genérica inicial, DIMOULIS e MARTINS apontam essa referência para o pós-Segunda Guerra Mundial³⁴⁰, SARLET assevera no mesmo sentido de origem e marco temporal³⁴¹ e, por fim, REIS e FISCHER ressaltam que, embora o tema seja debatido há mais de

que se manifesta nas relações caracterizadas pela desigualdade entre inferior (indivíduo) e superior (Estado), que detém, privativamente, o poder de legislar e um enorme potencial de violência organizada”.

³³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 344.

³³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 603.

³³⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas jurídicas de Direito Fundamental nas relações jurídicas privadas”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 135/137. A autora aponta críticas a utilização das expressões *horizontal* e *eficácia*. Aduz que a horizontalidade significa igualdade entre as partes na relação, o que seria praticamente impossível, tendo em vista a existência de proeminência de uma parte sobre a outra, assim como assegura que os direitos fundamentais nas relações privadas deveriam ser tratados sob o aspecto de validade e não de eficácia, já que a análise seria de sua validade nas relações jurídicas entre particulares.

³³⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 123. Neste caso, usou-se a expressão *Drittwirkung* para justificar a aplicação dos direitos fundamentais em uma relação particular, a fim de se interpretar o Código Civil alemão em uma ação de indenização por perdas e danos decorrente de uma ação imoral, impedindo-se a aplicação da norma obrigacional no caso concreto particular, considerando-se que todo o direito privado havia de ser interpretado à luz dos direitos fundamentais. O “caso Lüth” se refere a um boicote realizado por Eric Lüth, então diretor do clube de imprensa de Hamburgo, contra o filme “Amada Imortal”, do cineasta Veit Harlan, tendo em vista o conteúdo anti-semita da obra cinematográfica, eis que exibido em época de ditadura nazista. Depois de decisões nos tribunais inferiores, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que as cláusulas gerais seriam os instrumentos de que se valeria o direito privado para concretizar o conteúdo dos Direitos Fundamentais, bem como que, em um litígio entre particulares, com inegável aplicação do direito civil, as necessárias influências dos Direitos Fundamentais imporiam ao juiz examinar se as normas de direito privado aplicáveis seriam materialmente influenciadas pelos Direitos Fundamentais e, em caso afirmativo, aplicá-las nesse sentido fundamental, uma vez que o juiz civil também estaria vinculado aos Direitos Fundamentais. Resultado: Eric Lüth ficou autorizado a se manifestar livremente.

³⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 108.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 353.

meio século na Europa, ainda se iniciam os debates no Direito Brasileiro sobre o assunto³⁴².

Reconhece-se a existência de controvérsias de aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas havidas entre particulares, principalmente pela falta de disposição Constitucional expressa nesse sentido (mesmo porque sua positivação constitucional ou infraconstitucional é insuficiente para a efetiva concretização dos direitos fundamentais em tais relações jurídicas³⁴³), incumbindo-se à construção dogmática jurídica constitucional e à sua jurisprudência a árdua tarefa dessa explicação, propiciando férteis controvérsias³⁴⁴ e o desenvolvimento de várias teorias.

Após apresentá-las, demonstrar-se-á, efetivamente, a incidência dos mencionados direitos fundamentais, cuja solução “[...] é um problema de construção entre os titulares desses direitos”³⁴⁵.

No Estado Liberal Clássico, negou-se relevância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, posto que, à época, preconizavam espaços sociais distintos entre o Estado e a sociedade que imperavam seus desígnios conforme suas próprias lógicas, de modo tal que se fortalecia a ideia de que os direitos fundamentais dos indivíduos fossem concebidos contra indevidas ingerências e intromissões do Estado, objetivando a salvaguarda da liberdade individual e social³⁴⁶.

Eis, portanto, a Teoria da Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

Afirmava-se que os direitos fundamentais desempenhavam exclusivos direitos de defesa em face do Estado, baseado em nítido pensamento liberal clássico e que a eficácia horizontal dos mencionados direitos operaria a dissolução da Constituição, rebaixando-a à ínfima ordem de valores, com o

³⁴² REIS, Jorge Eduardo dos, FISCHER, Eduardo Ferreira. “Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais”. In: REIS, Jorge Eduardo dos, FISCHER, Eduardo Ferreira (orgs). **Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1644.

³⁴³ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais. Sob a insuficiência do reconhecimento e da previsão legal e a necessidade de mais efetividade**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar. Ano 1, nº 9. Umuarama: Editora Unipar. 2006. p. 11.

³⁴⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 35.

³⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 528.

³⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 275/276.

consequente abandono dos métodos clássicos da hermenêutica jurídica constitucional³⁴⁷.

Ocorre que o cenário modificou-se: a sociedade deixa de atuar individualmente, já que os interesses se multiplicaram em atividades de grupos com distintos interesses e, ainda, o Estado reaparece em instituições privadas que exerciam tarefas coletivas em várias áreas sociais. Com essa dimensão objetiva, os direitos fundamentais tornaram-se valores constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar e fazer respeitar³⁴⁸, aplicando-se nas relações entre particulares, pois.

À vista disso, não prevaleceu a negação preconizada. No entanto, ainda encontra arrimo naqueles que entendem que possíveis conflitos entre particulares devam ser resolvidos na imersão do espírito próprio do Direito Privado, concebido como reduto inexpurgável³⁴⁹.

Atualmente, o mais próximo que se pode chegar da Teoria da Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares é no direito norte-americano (“*state action*”) em que, ainda que já relativizada, difundiu-se tal ideia, lastreada na interpretação literal do texto constitucional, referindo-se somente ao Poder Público na imensa maioria das cláusulas consagradoras de direitos fundamentais³⁵⁰.

STEINMETZ teceu críticas à Teoria do “*State Action Doctrine*”, haja vista que nem sempre é fácil subsumir uma ação judicial a seu conceito e que essa noção foi desenhada para a Constituição dos Estado Unidos da América, Estado genuinamente liberal, cuja tarefa procedimental é facilmente realizada:

O estratagema judicial é simples e inteligente: amplia-se o campo de abrangência do conceito de *state action* operando eficácia de direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda contra outro particular alegando violação de

³⁴⁷ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 197.

³⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 275/276.

³⁴⁹ UBILLOS, Juan María Bilbao. “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 310.

³⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privado**. p. 198/199.

direito fundamental individual e, ao mesmo tempo, preserva-se a tese segundo a qual os direitos fundamentais vinculam somente os poderes públicos. Como se operacionaliza na atividade judicial a *state action doctrine*? Um particular demanda judicialmente contra outro particular para fazer valer um direito individual constitucional ou uma pretensão nele fundada. Recebida a demanda, o juiz ou tribunal (i) verifica se a demanda é contra o Estado (funcionário, agência, entidade pública, etc.) ou um particular. Se o demandado não é o Estado, então o juiz ou o Tribunal (ii) verifica se a ação ou ações de demandado-particular podem ser imputadas, por alguma razão, ao Estado, isto é, se ela(s) podem ser subsumidas ao conceito de *state action*³⁵¹.

Os fundamentos estadistas liberais norte-americanos e seu respectivo pacto federativo, em que compete aos Estados – e não à União – legislar sobre direito privado, justificam a aplicação da *state action* naquele país. As exceções se identificaram nas 13.^a e 14.^a Emendas à Constituição, ocasiões em que o Congresso Nacional proibiu a escravidão e estabeleceu uma série de punições civis e penais àqueles que discriminassem qualquer indivíduo por motivos raciais – respectivamente, bem como pelas relativizações materializadas pela Suprema Corte Norte-Americana ao adotar a “*public function theory*”, pela qual particulares que exercessem atividades tipicamente estatais se sujeitariam às limitações constitucionais³⁵².

Observa-se, dessa maneira, que a Suprema Corte norte-americana já equaciona a noção de *state action* com a ponderação de interesses constitucionais subjacentes, ainda que conservadoramente³⁵³.

³⁵¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 1179.

³⁵² SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 200/201.

³⁵³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas jurídicas de Direito Fundamental nas relações jurídicas privadas”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 169/177.

Ingressando-se em outra teoria sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (Teoria Direta e com efeitos imediatos), DIMOULIS e MARTINS asseguram a aplicação imediata das normas constitucionais para os conflitos entre os particulares³⁵⁴⁻³⁵⁵. Postula-se a incidência “*erga omnes*” dos direitos fundamentais, assumindo-se a posição de verdadeiros direitos públicos subjetivos tanto em face de pessoas privadas com assunção de poder, como parametrizando aferições da validade de negócios jurídicos, a fim de proteger direitos fundamentais que envolvam iguais³⁵⁶.

Além de conferirem ao particular uma posição jurídica oponível ao Estado e aos demais particulares, seria um direito público subjetivo que somente não incidiria se o Poder Constituinte dispusesse em sentido contrário, ou seja, opera efeitos independentemente da existência de regulações legislativas próprias ou de eventuais aplicações de cláusulas gerais de direito privado³⁵⁷.

Contudo, CANARIS, em que pese concorde com as proposições acima, afirma a grande dificuldade prática da Teoria Direta³⁵⁸.

Se, porém, generalizarmos este entendimento, ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guinadas ao patamar do direito constitucional e privadas da sua autonomia. Foi, pois, com razão que a teoria da eficácia imediata acabou

³⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 109.

³⁵⁵ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 220. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas jurídicas de Direito Fundamental nas relações jurídicas privadas”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 158. Os autores atribuem ao juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão Hans Carl Nipperdey os primeiros estudos dessa teoria. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 529/530. Os autores asseguram que, para o idealizador dessa teoria (Hans Carl Nipperdey), os direitos fundamentais possuiriam efeitos absolutos, independentemente de as normas de direito privado serem direitos cogentes ou dispositivos, cláusulas gerais ou normas jurídicas específicas.

³⁵⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas jurídicas de Direito Fundamental nas relações jurídicas privadas”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 160. A autora atribui ao juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão Hans Carl Nipperdey os primeiros estudos dessa teoria.

³⁵⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 169.

³⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina SA, 2009, p. 53/54.

por não se impor – o que, hoje em dia, dispensa maiores considerações³⁵⁹.

Relativizando a contrariedade radical da aplicação da teoria dos efeitos imediatos, SARMENTO ensina que nem mesmo os adeptos dessa teoria negam suas especificidades e ponderações conforme a autonomia privada dos particulares, no caso eventualmente em apreço, assim como critica seus opositores, já que não pontifica uma irrestrita desconsideração da liberdade individual na relação jurídico-privada³⁶⁰.

O que se observa nesta teoria, então, é uma unidade jurídica, convergindo as relações privadas aos matizes dos Direitos Fundamentais, já que as possibilidades de infringências a tais direitos não se originariam apenas do Estado, mas também de poderes sociais de particulares e terceiros conectados.

Posteriormente, desenvolveu-se a eficácia horizontal mediata com a aplicação da Teoria Indireta³⁶¹, tendo em vista que seu destinatário seria o legislador, com a incumbência de atuar para proteger os interesses daqueles que se encontrassem em situação de fraqueza social ante adversários poderosos, cujos efeitos de direitos fundamentais irradiariam sobre a legislação comum³⁶². Assim, a vinculação se fundamentaria na dimensão objetiva dos direitos fundamentais e não na perspectiva subjetiva³⁶³. Eis seu efeito irradiante alcançando todo o ordenamento jurídico.

Há forte tendência da adoção dessa teoria no Direito Alemão como solução da problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações

³⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 171/174. O autor apresenta pesquisa doutrinária em que encontrou três objeções à Teoria Direta: sua não positivação na Constituição, equiparação da relação vertical particular-Estado à relação horizontal particular-particular e ameaça à identidade do direito privado. Além disso, o Tribunal Constitucional se transformaria em um supremo tribunal de conflitos jurídico-civil e haveria uma inflação de direitos fundamentais.

³⁶⁰ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 221.

³⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privado**. p. 277. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas jurídicas de Direito Fundamental nas relações jurídicas privadas”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 160. Os autores indicam Günther Dürig o precursor dessa teoria.

³⁶² DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 109.

³⁶³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 154.

jurídicas entre particulares, protegendo, em nível estatal, violações de particulares a direitos fundamentais pertencentes a outros particulares:

Cabe ao poder estatal – em primeiro plano, ao Poder Legislativo e, subsidiariamente, ao Poder Judiciário -, em razão da função dos direitos fundamentais como direitos à proteção do particular (correlatamente, deveres de proteção do Estado), proteger os direitos fundamentais da violação provocada por outros particulares. O Estado, como é no caso dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, figura como sujeito passivo e intervém, excepcional e justificadamente, nas relações entre particulares para proteger os direitos fundamentais de violações unilaterais ou recíprocas (entre os particulares)³⁶⁴.

É a posição dualista: admite-se a relevância indireta ou a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relação entre sujeitos privados, por intermédio de regulações legislativas do direito privado, cuja base epistemológica seriam os preceitos constitucionais que, no que concerne aos particulares, não se afirmaria de modo imediato, mas mediatamente, conforme os princípios e normas próprios do direito privado e, no máximo e com viés jurídico-privado, interpretaria as cláusulas gerais e conceitos indeterminados, clarificando-os ou colmatando suas lacunas³⁶⁵.

A Teoria Indireta parte da mesma base da Teoria Direta: os direitos fundamentais estabelecem direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado, ao qual incumbe dimensionar suas decisões axiológicas de acordo com os anseios sociais, na medida em que os representa, irradiando seus efeitos em todas as esferas do direito, inclusive mediando relações jurídicas entre particulares. Entretanto, diverge na incidência, já que, seja em nível legislativo, seja na esfera judicial, o Estado é mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, cuja eficácia dependeria de *portas de conexão* pelas quais os direitos

³⁶⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 152.

³⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privado**. p. 277/278.

fundamentais ingressariam na dinâmica das relações privadas, denominadas de cláusulas gerais e conceitos indeterminados legais, a serem preenchidos axiologicamente pelo Estado³⁶⁶, ao legislar ou ao julgar.

A relação entre a Constituição e o direito privado é de complementação e não de exclusão. Percepção acessível em vários institutos jurídicos, dentre os quais se destacam propriedade e contrato – dantes referidos neste trabalho.

Realça-se, igualmente nessa teoria, a inexistência de norma constitucional vinculando os particulares a direitos fundamentais, assim como não há norma constitucional que proíba tal conexão. Essa vinculação, todavia, deve ser menos estrita e intensa do que em relação aos poderes públicos, ante a igualdade de titulares de direitos fundamentais em possível rota de colisão de interesses fundamentais. Por isso, seria perigoso condicionar a eficácia de normas fundamentais entre particulares à mediação legislativa (o legislador pode ser omissos, moroso ou até deficitário em seu mister) ou à decisão judicial (jusfundamentalização do direito civil)³⁶⁷.

É evidente que a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais na esfera de suas relações privadas pressuporia proteção constitucional da autonomia privada o que seria inadmissível em uma relação havida com o Poder Público. Desse enunciado, certos atos contrários aos direitos fundamentais seriam ou não ilícitos se praticados, respectivamente, pelo Estado ou por particulares. A Teoria da Eficácia mediata nega a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo imprescindível uma conexão entre o direito privado e a Constituição:

[...] esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado – os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais. Neste sentido, a teoria

³⁶⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas jurídicas de Direito Fundamental nas relações jurídicas privadas”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 161/162.

³⁶⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 153/164.

da eficácia mediata liga-se à concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana³⁶⁸.

Isto é, a Teoria Indireta preconiza que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares de acordo com normas e parâmetros dogmáticos e interpretativos inerentes ao direito privado, cuja eficácia depende de mediações legislativas (na elaboração) e judiciais (na concretização litigiosa)³⁶⁹. Tais normas de direitos fundamentais precisam de uma intermediação sintetizada ou em uma transposição efetuada pelo legislador ou em uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas³⁷⁰. Se houver restrição legislativa desmedida no direito privado, a regulamentação dos direitos fundamentais, no caso, seria inconstitucional; em igual sentido conclusivo de vício de constitucionalidade, ter-se-ia em uma decisão judicial que protegesse insuficientemente um direito fundamental³⁷¹.

Seja sob o viés de superação da concepção liberal-burguesa de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado, seja pela sua irradiação axiológica objetiva para todo o ordenamento jurídico ou enfocando a incidência dos direitos fundamentais às entidades particulares dotadas de poder social, notam-se pontos de contatos entre as Teorias Direta e Indireta³⁷², sem se olvidar de suas nítidas diferenças já explanadas.

Muito próxima à Teoria Indireta – sendo até considerada sua matriz ou vertente teórica, mas com a vantagem de viabilizar um tratamento satisfatório dos direitos fundamentais no Direito Privado - já que a intervenção

³⁶⁸ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 211.

³⁶⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 137/138.

³⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. *Direito do Consumidor*. Ano 9, nº 36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 69.

³⁷¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. *Revista Jurídica*. Ano 51, nº 312. São Paulo: Editora Notadez Informação Ltda. 2003. p. 19/22.

³⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. *Direito do Consumidor*. Ano 9, nº 36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 84.

estatal seria apenas em caráter excepcional e justificado³⁷³ - nota-se a Teoria dos Deveres de Proteção (ou Teoria de Imperativos de Tutela)³⁷⁴, que se constituiria na tese mais exata para a proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas³⁷⁵, pois manteria inalterada a relação jurídica entre particulares e colocaria o Estado-legislador como sujeito devedor da prestação consubstanciada nessa diretriz.

Autores são afinados nas afirmações de que a Teoria dos Deveres de Proteção impõe ao Poder Legislativo, num primeiro momento, a harmonização entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, resguardando ao Poder Judiciário a incumbência de controlar a constitucionalidade das normas de Direito Privado quando não protegidos adequadamente os direitos fundamentais³⁷⁶.³⁷⁷ – percebe-se, precisamente, a proximidade ou a vertente dessa teoria com a Teoria Indireta.

O desenlace que antagoniza ambas teorias reside no fato de que a Teoria dos Deveres de Proteção (ou Teoria de Imperativos de Tutela) coloca o Estado como único e exclusivo devedor prestacional dos direitos fundamentais, com a obrigação de legislar plenamente vinculada a esses direitos fundamentais e de defendê-los, já que, aos particulares “[...] no exercício da sua autonomia privada, não se sujeitariam a esta mesma vinculação, pois o comportamento dos indivíduos e entidades privadas nas suas relações recíprocas não estaria submetido aos direitos fundamentais”³⁷⁸.

Depois de realizar um estudo mais detalhado sobre as teorias supra³⁷⁹, STEINMETZ aponta outras teorias aplicáveis ao cenário ora analisado: Teoria da Imputação ao Estado e Teoria Integradora.

No tocante à primeira, inicia seus estudos com o contexto teórico apresentado por Jürgen Schwabe. Critica-a por entender que se contrapõem

³⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. p. 72.

³⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. p. 58.

³⁷⁵ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 236.

³⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. p. 59.

³⁷⁷ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 239.

³⁷⁸ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 237.

³⁷⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 136/175.

às teorias direta e indireta, uma vez que, ao mesmo tempo em que aduz pela eficácia direta e imediata, desloca a problemática da vinculação de particulares a direitos fundamentais à responsabilidade do Estado, condicionando sua eficácia de maneira indireta e mediata, explicando seu conteúdo:

Segundo Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal. Se o Estado – por meio da legislação, jurisdição e administração – não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, então o Estado a permite. Se não as proibiu, então o Estado é o responsável direto e universal pelas lesões de direitos fundamentais entre particulares³⁸⁰.

Ainda no contexto teórico de Jürgen Schwabe, imputa-se ao Estado, sempre, a responsabilidade por lesões a direitos fundamentais originados nas relações interprivadas, tanto pela omissão legislativa em proibir, como pela permissão implícita ao não atuar administrativa ou judicialmente para evitar dita lesão, de modo que SARMENTO designa tais postulados de Schwabe como *Teoria da Convergência Estatal* e, na sequência, refuta-a, haja vista sua fragilidade sob qualquer ótica: a liberdade humana não é criada pelo Estado ou dependente de uma criação estatal, é impensável atribuir-se ao Estado todo resultado lesivo que não fosse vedado por lei e, ainda, os particulares estão vinculados ao respeito dos direitos fundamentais de outros particulares³⁸¹. Além disso, a concretização de um direito fundamental por ato do Poder Público não pode significar sua limitação inconstitucional, uma intervenção descabida e sua real não concretização³⁸².

Avulta-se que os pressupostos teóricos explicados por Jürgen Schwabe serviram de esteio para a teoria norte-americana conhecida como “*state action*” - anteriormente exposta - na qual os comportamentos particulares não são aferidos na Constituição, estando, pois, imunes a esse controle, porquanto os

³⁸⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 176.

³⁸¹ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 240/241.

³⁸² DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 152/153.

direitos fundamentais seriam invocados tão-somente nas hipóteses em que uma ação estatal (*state action*) fosse considerada ilícita³⁸³.

Por fim, a Teoria Integradora de Robert Alexy. Nessa, percebe-se a proposição de três níveis para a integração das teorias que considera básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação de Jürgen Schwabe.

ALEXY sustenta que mencionados níveis seriam o dever estatal (Teoria Indireta ou da Eficácia Mediata), os direitos em face do Estado (Teoria de Convergência Estatal) e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados (Teoria Direta ou da Eficácia Imediata). A escolha seria realizada na exata medida da respectiva conveniência, inexistindo prevalência ou primazia de um nível sobre outro³⁸⁴.

A integração das teorias acima examinadas derivaria do fato de que, na relação particular, ambas as partes seriam titulares de direitos fundamentais e de que sua gradação dependeria de uma ponderação de interesses, diferentemente do que ocorre na relação entre particular e o Estado³⁸⁵.

Essa construção dogmática integradora e que há de escolher a preponderância (e não exclusão) de um nível sobre o outro, dependerá das nuances de cada caso concreto, conduzindo à aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais com base na Teoria Imediata. Aludidos três níveis (dever estatal, direitos em face do Estado e relações jurídicas entre os sujeitos privados) não sustentam a tese de que uma dessas construções seja a correta, tendo em vista que “[...] Todas elas aceitam uma modulação da força de seus efeitos. Para todas elas a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de sopesamento”³⁸⁶. O resultado, portanto, é o mesmo: incide a eficácia imediata dos direitos fundamentais³⁸⁷.

Isso não significa que a autonomia privada seja exterminada ou que o Direito Privado tenha-se ocioso, bem assim é deficitária a discussão sobre a

³⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. p. 78/79.

³⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 540.

³⁸⁵ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 242.

³⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 532/533.

³⁸⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 182.

restrição da autonomia privada, porquanto importante é o debate sobre sua proteção, visto que a eficácia imediata dos direitos fundamentais não incidiria de forma absoluta, ante a incidência de instrumentos de ponderação³⁸⁸⁻³⁸⁹.

O juiz civil continua vinculado ao direito civil vigente, se pretender se afastar dessa temática jurídica para aplicar direitos fundamentais, assume o ônus argumentativo³⁹⁰ com a demonstração de que a resolução elaborada pelo legislador desatende à guarda dos direitos fundamentais nos moldes da Constituição.

Indagação percuciente se refere ao modo como a dogmática brasileira entende os reflexos dos direitos fundamentais nas relações privadas, para, a partir desse resultado, entrelaçarem-se conclusões sobre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana - núcleo axiológico dos direitos fundamentais - e a autonomia contratual com escopos constitucionais fundamentais e socializantes.

3.2. BASES TEÓRICAS SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES

Aspira-se, neste tópico e com vistas ao questionamento acima, explicar o alcance do conteúdo teleológico do artigo 5.º, § 1.º da Constituição Federal brasileira, que prescreve a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais em sentido amplo, a fim de se pautar a exegese constitucional brasileira sobre o assunto, uma vez que “[...] a carga eficaz será diversa em se tratando de direito fundamental proclamado em norma de natureza eminentemente programática ou sob forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento ao particular do direito fundamental”³⁹¹.

Sublinha-se, então, que o indigitado artigo não se refere a uma aplicação imediata linear e absoluta (tal qual conduz uma análise superficial),

³⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 540/541.

³⁸⁹ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 243.

³⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 541.

³⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 247. O autor acentua a inexistência de consenso doutrinário quanto ao significado e alcance do referido preceito normativo.

sustentando-se que sua eficácia imediata é *matizada ou modulada*³⁹², visto que se priorizará a aplicação de regulação legislativa específica concretizadora dos direitos fundamentais quando existente³⁹³, obstaculizando, nesse caso e em princípio (a menos que seja ato normativo inconstitucional, a exigir um *sério ônus de argumentação constitucional*³⁹⁴), que se empreguem as disposições dos direitos fundamentais diretamente.

Assim, observa-se que o artigo 5.º, § 1.º da Constituição Federal é evidente em apontar os direitos fundamentais possuidores de conteúdo comparativamente maior do que simples declarações ou programas políticos, eis por que imediatamente aplicáveis.

Entretanto, é imprescindível se explicar que dita aplicabilidade imediata não se concretiza por si só e inexoravelmente, mormente quando se percebe que determinada norma constitucional possui baixa densidade normativa para ser efetivada.

A aplicabilidade do citado artigo 5.º, § 1.º da Constituição Federal há de ser realizada considerando-o um racional instrumento hermenêutico concretizador, a fim de possibilitar a emancipação dos direitos fundamentais³⁹⁵, cuja racionalidade fomenta - e não enfraquece - a aplicabilidade plena e imediata dos direitos fundamentais:

Isso indica que, mesmo no caso dos direitos sociais e difusos, seria equivocado concluir tratar-se de simples “desideratos” ou normas programáticas. Sua aplicação imediata consiste na obrigação do legislador de cumprir imediatamente seus deveres de regulamentação e também no dever dos tribunais de obrigá-lo a respeitar essas normas e, eventualmente, suprir sua deficiência por meio do controle de constitucionalidade

³⁹² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 273.

³⁹³ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 145. “Esta técnica de remessa à lei, por um lado, é necessária, já que num regime de muitos direitos e garantias fundamentais, é preciso uma complexa normatização jurídica, que não pode ser alcançada pela Constituição. Além disto, implica a garantia de ser o legislador encarregado de desenvolvê-los”.

³⁹⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 274.

³⁹⁵ THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais & sua concretização**. p. 39/40.

(inconstitucionalidade por omissão legislativa) e das demais garantias fundamentais, incluindo a responsabilidade política e a possibilidade de ativar os mecanismos de imputação de crimes de responsabilidade a quem descumprir seus deveres de regulamentação³⁹⁶.

Ao se destacarem os direitos e garantias fundamentais sociais consistentes em pretensões perante o Estado, tal exercício imediato é relativizado, porquanto são normas insuficientemente definidoras de direitos, não se aplicando imediatamente na realidade social, dada a impossibilidade de se empregá-los sem se limitarem as hipóteses e condições de sua incidência, bem como as formas de exercícios. Trata-se, então, de normas de baixa densidade normativa, em consequência de uma decisão do legislador constituinte³⁹⁷.

SARLET compartilha parcialmente desse pensamento, afirmando que nem todos os direitos sociais não prescindiriam de atuação do legislador infraconstitucional para possuírem eficácia – reconhece que os direitos sociais prestacionais são dependentes de concretização legislativa. Para o autor, tendo em vista sua estrutura, os direitos sociais de defesas (eminentemente as liberdades sociais), enquadrar-se-iam no grupo de direitos sociais cuja normatividade é autoaplicável³⁹⁸.

Desenvolvendo o raciocínio, tem-se que os beneficiários das normas constitucionais definidoras de direitos a serem efetivadas, por prestações positivas ou negativas do Estado ou de outro particular, possuem direitos públicos subjetivos constitucionais³⁹⁹. Englobando os destinatários dos deveres constitucionais fundamentais, Dimoulis e Martins pontificam:

Em resumo, no ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que destinatário dos deveres que correspondem aos direitos fundamentais é o Estado, tanto no sentido do dever

³⁹⁶ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 106.

³⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 105.

³⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 255.

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2002. p. 84.

de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais (o direito fundamental à vida corresponde à punição do homicídio etc.). No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido efeito de irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente de cláusulas gerais⁴⁰⁰.

No que toca ao Estado, no primeiro capítulo deste trabalho, observou-se a concepção de suas obrigações positivas e negativas, subsumindo-se à ideia de direitos prestacional e de defesa, respectivamente. Enquadrando-se-os na presente percepção exegética do artigo 5.º, § 1.º da Constituição Federal brasileira quanto aos destinatários práticos dos direitos fundamentais, percebe-se que o Estado legisla sobre direitos fundamentais, impondo aos particulares a observância dessas normativas ou simplesmente fica inerte, ante a evidente aplicabilidade imediata de normas constitucionais fundamentais entre particulares.

Com isso, dimensionam-se objetivamente os direitos fundamentais, porquanto seriam normas de competência negativa, ou seja, aquilo que se outorgasse ao cidadão quanto à sua liberdade para agir, estaria sendo objetivamente retirado do poder do Estado e porque deveriam ser interpretados e configurados pelo direito infraconstitucional de maneira objetiva e conforme os direitos fundamentais, bem como o Estado teria o dever de atuar objetivamente para proteger ameaças ou violações dos direitos fundamentais contra atos do próprio Estado ou de particulares⁴⁰¹.

É a *mais-valia jurídica*, reforçando e agregando juridicidade às normas de direitos fundamentais, de modo a incumbir ao Estado a permanente concretização e realização dos direitos fundamentais, propulsionando a aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais nos moldes dos direitos fundamentais,

⁴⁰⁰ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 114.

⁴⁰¹ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 117/120. Complementarmente, os autores entendem que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais seria função clássica do direito do titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual.

ainda que com restrições, e instituindo ao Estado o dever de proteção contra agressões do próprio Poder Público ou de particulares⁴⁰².

Acresce-se que o exercício da competência para legislar sobre direitos fundamentais obedecerá a parâmetros sociais, procedimentais e materiais, quando a Constituição Federal brasileira previr reserva de lei para atribuir eficácia àqueles (limites externos – exemplo: artigo 5.º, inciso XIII). Ademais, é possível que a limitação se encontre no próprio Texto Constitucional (limites internos – exemplo: artigo 5.º, inciso XVI)⁴⁰³. Isto é, nem toda e qualquer posição jurídica subjetiva fundamental, pressupõe, necessariamente, a previsão em um direito objetivo fundamental normatizado, não se o considerando um mero *reverso da medalha da perspectiva subjetiva*⁴⁰⁴.

Essa feição garantista encerra a ideia de vinculação do Estado e do particular à existência mínima de condições de vida digna para as pessoas, uma vez que se cedem ou se transferem direitos ou deveres para que se garantam outros direitos e, “[...] No marco da ordem constitucional da República Federativa do Brasil, os melhores argumentos corroboram a tese de que os direitos fundamentais vinculam imediata ou diretamente os particulares”⁴⁰⁵ (com a existência de normas de direito privado ou simplesmente por sua desnecessidade, ante a aplicabilidade direta), pois a vinculação do Estado se configura na exata medida da baixa densidade da norma desse direito.

Além dos direitos fundamentais inerentes à liberdade e à igualdade, a visão garantista abrange tantas outras posições jurídicas a serem protegidas por que ditos direitos fundamentais reclamem, seja contra ingerências dos poderes públicos, seja em face de particulares⁴⁰⁶, de maneira que STEINMETZ aceita a aplicação da Teoria da Eficácia imediata no direito constitucional brasileiro, ante inafastáveis argumentos:

É uma construção dogmática que toma a sério os direitos fundamentais, é consistente e consequente com a posição

⁴⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 148/154.

⁴⁰³ THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 39/40.

⁴⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 148.

⁴⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 271.

⁴⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 177.

constitucional especial e preferencial desses direitos e com o conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica (fundamental) do Estado e da sociedade e está sintonizada como projeto – um projeto que não é só jurídico, mas também ético e político, sobretudo no marco de uma sociedade tão desigual e injusta socialmente como a brasileira – de máxima efetividade social dos direitos fundamentais⁴⁰⁷.

Na ordem constitucional brasileira – e para uma posição mais restritiva quanto à necessidade de normas infraconstitucionais, os particulares somente se vinculariam aos direitos fundamentais após suas respectivas previsões em normas já existentes, sobretudo ao direito privado e penal. Ou seja, ainda que sua aplicação ocorra pelo Estado-juiz, manter-se-ia a eficácia mediata/indireta dos direitos fundamentais, visto que o juiz é quem interpretaria e aplicaria o direito infraconstitucional:

Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais (o direito fundamental à vida corresponde à punição do homicídio etc.). No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido um efeito de irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente de cláusulas gerais⁴⁰⁸.

Compreende-se, portanto, que a interpretação da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais proposta pelo artigo 5.º, § 1.º da Constituição Federal e examinada pela doutrina, incorpora as Teorias da eficácia imediata e mediata, a depender de aferições que se realizem à luz do caso concreto, compatibilizando e superando quaisquer contraposições, uma vez que os direitos fundamentais com baixa densidade normativa (o que não significa pouca

⁴⁰⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 271.

⁴⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 114.

fundamentabilidade) precisam ser maximizados com atuações do Poder Público, quer porque a Constituição Federal condicionou o exercício do direito à existência de lei, quer na hipótese de vazio semântico, impondo-se a integração legislativa.

Especificamente nas relações jurídicas entre particulares, o raciocínio da aplicação imediata é um pouco diferente, já que não depende, intransigentemente, da existência de normas de direito privado, pois tais aferições serão realizadas à luz do caso concreto apresentado, donde se concluirá se há auto-aplicabilidade (norma constitucional independente de condicionamentos e de aplicabilidade imediata) ou espaço normativo a ser integrado infra-constitucionalmente (aplicação mediata).

3.3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO ORDENAMENTO JURÍDICO HOLISTICAMENTE

Afirma-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é a essência dos direitos fundamentais⁴⁰⁹, ao propósito de que o exercício dos direitos específicos de cada homem seria uma consequência lógica da proclamação do valor distinto da pessoa humana.

Porém, de início, destaca-se que o princípio da dignidade da pessoa não deve exercer a função instrumental integradora, hermenêutica e basilar apenas à interpretação e integração dos direitos fundamentais. É referencial para todo o ordenamento jurídico⁴¹⁰. Em outro viés – mas com idêntica conclusão – em se

⁴⁰⁹ FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. **Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 97.

⁴⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal: Almedina, 2002. 5 ed., p. 498. “...*raiz fundamental dos direitos fundamentais*”.

⁴¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 85.

tratando de desrespeito aos direitos fundamentais, nega-se a própria dignidade do ser humano⁴¹¹.

Como já ressaltado, o conceito de dignidade da pessoa humana, seja no contorno intrínseco, seja nos planos negativo e prestacional, impõe sua análise de maneira a se conceder unidade aos direitos e garantias fundamentais inerentes ao conjunto que forma a dignidade da pessoa. Isto é, o respeito aos direitos fundamentais concretiza a dignidade da pessoa humana, fatalmente.

MIRANDA narra que a ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais começou com os Textos Constitucionais e internacionais no período pós-segunda guerra mundial e que a Constituição Portuguesa de 1976 concebe o sistema de direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana, já que a pessoa é fundamento e fim da sociedade e do Estado⁴¹².

A qualificação da dignidade da pessoa humana como **princípio**⁴¹³ fundamental encerra uma declaração conteudologicamente ética e moral, como também uma condição de **valor** jurídico fundamental da comunidade, já que constitui norma jurídica positivada e plena de eficácia constitucional formal e material o que não significa, necessariamente, que todos os direitos fundamentais encontrem sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana, concluindo-se:

Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização

⁴¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 89/90.

⁴¹² MIRANDA, Jorge. "A Dignidade Humana e a unidade valorativa do sistema dos Direitos Fundamentais". In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. p. 168/169.

⁴¹³ Não se desconhece a clássica doutrina de Robert Alexy sobre a diferença entre princípios e valores. *"A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é prima facie o melhor é, no modelo de princípios, prima facie devido; aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e, axiológico, no segundo."* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 153.

como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)⁴¹⁴.

A dignidade é premissa e base de atenção para os direitos fundamentais e os objetivos estatais, com suas nuances variáveis. O que se diferencia é a amplitude e a intensidade com que se conectam a dignidade da pessoa humana, eis que sempre haverá um aperfeiçoamento para novas situações que possam colocá-la em perigo, gerando, por isso, um poder protetivo pluridimensional atualizado e atualizável⁴¹⁵.

Com essas variantes aplicativas e vinculativas, destaca-se a função integradora e hermenêutica da dignidade da pessoa humana, interpretando e integrando os direitos fundamentais e toda a Constituição Federal de maneira sistemática⁴¹⁶, no sentido de sistematização realizada em consonância com uma rede hierarquizável plasmada na Constituição, atribuindo aos princípios e aos valores, bem assim às normas, a melhor significação tópica⁴¹⁷.

Daí mencionar-se o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais e de todo o ordenamento jurídico, conferindo equilíbrio e aquiescência ao sistema dos direitos fundamentais, a tal ponto de possuir um dificultoso processo de revisão ou até mesmo impeditivo de alterações (como ocorre no Direito Brasileiro – Constituição Federal, art. 60, § 4.º, inc. IV), assim como significa uma abertura para a inclusão de outros direitos fundamentais⁴¹⁸.

Precisamente nesse sentido valorativo é que o princípio da dignidade da pessoa humana se assumiu com a Constituição Federal de 1988.

⁴¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 74.

⁴¹⁵ HÄRBELE, Peter. "A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 128/129.

⁴¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 85.

⁴¹⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 4 ed. p. 81.

⁴¹⁸ FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. **Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana**. p. 97/98.

CORDEIRO não nota dúvidas de que aquele não é apenas um princípio moral no Direito Brasileiro, subsumindo-se a ele, para além disso, é seu núcleo axiológico central⁴¹⁹.

Corroborando a mesma tese, RULLI NETO assevera que a ampla maioria da doutrina admite os direitos fundamentais como contidos nas declarações históricas e trazidos aos ordenamentos jurídicos com características próprias, tendo como cerne a concretização da dignidade humana⁴²⁰.

Enfatizando-se a abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana como centralizador analítico de todos os demais direitos, inclusive os direitos fundamentais, aponta CAMILO que “[...] toda a concepção de direitos fundamentais, individuais, sociais ou coletivos passa por uma origem comum: a dignidade. Este ponto intangível é a mola mestra de todo o ordenamento jurídico”⁴²¹.

Ainda, NUNES contrapõe-se a vários autores que entendem ser a isonomia a principal garantia constitucional, escrevendo que, nada obstante sua importância, “[...] no atual Diploma Constitucional, pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana”, atestando-a como primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e último arcabouço da guarda dos direitos individuais⁴²².

AFONSO DA SILVA critica duplamente a colocação da dignidade da pessoa humana como limite absoluto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, visto que, primeiramente, haveria uma relativização de todos os outros direitos fundamentais em face de um absurdo absolutismo da dignidade da

⁴¹⁹ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário.** p. 88.

⁴²⁰ RULLI NETO, Antonio. “Dignidade Humana e Direitos Fundamentais dentro de um contexto efetivista”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.** São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009. p. 338.

⁴²¹ CAMILO, Roberta Rodrigues. “Realidade nos estabelecimentos prisionais brasileiros e a dignidade da pessoa e o mínimo existencial”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.** São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009. p. 802.

⁴²² NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** p. 45.

pessoa humana e, também, porque haveria um concreto risco de hipertrofia deste instituto jurídico e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais⁴²³.

Nada obstante tecer ressalvas quanto à centralidade de todos os direitos fundamentais⁴²⁴, SARLET explica que a dignidade da pessoa humana fora objeto de previsão mesmo fora do âmbito dos direitos fundamentais⁴²⁵. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente examinado, abrange não só os direitos fundamentais individuais inseridos no Título II da Constituição Federal, mas se encontra difusamente estabelecido em seu Texto.

Evidente, portanto, que a colocação topográfica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana logo no Título I da Constituição Federal patenteia sua precedência, pelo menos em nível exegético, sobre todos os demais princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais.

3.4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VÉRTICE CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS PRIVADOS

Após a exposição sobre a centralidade dos direitos fundamentais no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e de sua aplicação não absolutista, atinge-se o ponto para se discutir a solução em caso de eventuais e possíveis colisões entre princípios fundamentais, especificamente o princípio da liberdade contratual, e o núcleo estruturante de todo o sistema jurídico, qual seja: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Essa investigação é primordial para que se estabeleçam postulados para o entendimento do ponto nevrálgico do presente trabalho, cuja temática central é a abordagem do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana frente ao princípio da autonomia da vontade das partes contratantes

⁴²³ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 192/193.

⁴²⁴ Vide nota 120.

⁴²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 104.

privadas, que possui força constitucional fundamental⁴²⁶, objetivando-se a funcionalização social dos contratos privados.

De plano, dada sua importância, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como centralizador e não como singularmente aplicável a todas as relações jurídicas que se apresentarem ou até mesmo como obstáculo para a incidência de outros princípios constitucionais, eis que sua observância possui um mister – este sim, singular: harmonizar e unificar todo o ordenamento jurídico baseado (e não exclusivamente) em suas nas linhas diretivas. Ademais, a aceitação de validade absoluta de alguns princípios em detrimento de outros propiciaria a existência de princípios incompatíveis entre si e destruidores da unidade axiológica-normativa da Constituição⁴²⁷.

Releva assinalar-se a compreensão de que “[...] as colisões entre princípios como uma possibilidade inerente à ordenação sistemática, e não como um indício da sua precariedade”⁴²⁸. De mais a mais, tempestivo realçar que conflitos ocorrerão mais facilmente em sociedades plurais e complexas, perceptíveis na modernidade, em atenção aos mais variados valores interesses e direitos contemplados nestas Constituições⁴²⁹.

Por isso, colisões entre princípios constitucionais e infraconstitucionais, inadmissíveis em abstrato, hão de ser resolvidas “[...] devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”⁴³⁰.

Há vários critérios que poderiam ser utilizados com os mais diversos postulados e matizes de fundamentação para solução de antinomias (por exemplo, razoabilidade, proporcionalidade, concordância prática, proibição do

⁴²⁶ REIS, Jorge Eduardo dos, FISCHER, Eduardo Ferreira. “Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais”. In: REIS, Jorge Eduardo dos, FISCHER, Eduardo Ferreira (orgs). **Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios contemporâneos**. p. 1644. Os autores entendem que, embora inexista um princípio explícito que represente ser a autonomia privada um direito constitucional fundamental, dito princípio da autonomia privada encontra fundamento em diversas normas que prestígiam as relações interprivadas contratuais.

⁴²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1166.

⁴²⁸ NEGREIROS, Teresa. “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 358.

⁴²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 329.

⁴³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 330.

excesso etc.)⁴³¹. Porém, preferiu-se restringir o exame ao critério da ponderação, largamente utilizado pela doutrina, ainda que predito critério socorra-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁴³².

ALEXY, indicando que o conflito entre princípios se resolve diferentemente da resolução de choque entre regras, solucionando-o na dimensão de validade, explica que a solução de embate entre princípios baseia-se na precedência ou ponderação de pesos entre eles:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência⁴³³.

Comungando do mesmo entendimento, inclusive com referências aos pesos e à importância dos princípios considerados à aplicação do direito, ESPÍNOLA entende que a opção eleita pelo intérprete não desobedece ao princípio afastado que pode, futuramente, ser aproximado em outros casos⁴³⁴.

⁴³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. ps. 93 e seguintes.

⁴³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 339.

⁴³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 93/94. Em caso de conflito entre regras, a solução indicada seria, primeiramente, a introdução de uma cláusula de exceção à aplicação de uma regra, autorizando a incidência da regra contraditória em caso de conflito. Persistindo o conflito, declara-se a invalidade, expressa ou implicitamente, de uma regra.

⁴³⁴ ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. p. 74.

A relação de precedência ou ponderação condicionada entre os princípios concorrentes é a solução apontada em caso de inevitáveis embates, uma vez que, em determinadas condições haverá um sobrepujamento de um princípio em relação a outro, cuja situação prevalente mudará se as bases mudarem, aduzindo-se que não existem direitos fundamentais absolutos⁴³⁵. Frise-se: há uma estrita e estreita conexão entre dignidade da pessoa humana (como regra ou princípio) com os postulados contratuais (por exemplo: função social dos contratos) os quais seriam centralizados naquela.

A ponderação de bens dependerá do exame de cada caso concreto, cabendo ao intérprete atribuir o peso específico a cada princípio em confronto na situação analisada, pelo que SARMENTO observa:

Caso se constate que a hipótese realmente é tutelada por mais de um princípio, passa-se a fase ulterior, da ponderação propriamente dita: aí o intérprete, à luz das circunstâncias concretas, impõe “compreensões” recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro⁴³⁶.

Estruturalmente, a ponderação pode ser entendida por intermédio de um processo trifásico, cuja solução final angariará a aferição de pesos entre os interesses conflituosos. Primeiramente, identificam-se os comandos normativos ou as expressivas normas eventualmente em colisão (ainda que se trate de conflito com bases constitucionais e infraconstitucionais), reunindo-os conforme a solução que estejam propondo, de tal forma que “[...] as informações que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos [...]”, a fim de facilitar a comparação para a fase seguinte. Nesta etapa subsequente, a análise se

⁴³⁵ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. p. 37. Ressalva-se que as restrições a direitos fundamentais não é objeto do presente estudo, mas indica-se a já citada obra de Robert Alexy para estudo complementar sobre o assunto, especialmente as páginas 277 e seguintes.

⁴³⁶ SARMENTO, Daniel. “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 56.

circunscreve aos fatos concretos do caso e dos impactos analisados sobre os elementos normativos anteriormente agrupados, razão pela qual se afirma que “[...] a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades[...]”. A última etapa, que é decisória, refletirá sobre os distintos grupos de normas e as repercussões dos fatos sobre aqueles, resultando em uma aferição dos pesos que serão atribuídos entre si, pois “Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais[...]”, graduando-se, então, a solução encontrada⁴³⁷.

BARROSO exprime essa mesma rota, exemplificando alguns temas que foram equacionados pelo critério da ponderação: relativização da coisa julgada, eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o papel da imprensa, liberdade de expressão e direito à informação em contraposição ao direito da honra, da imagem e da vida privada⁴³⁸.

Anuindo com o critério da ponderação, AVILA trilha o seguinte caminho para concluir que os princípios constitucionais merecem mais atenção quando se utilizar aludido critério, especificando também três etapas fundamentais para estruturá-lo: a) preparação da ponderação – examinam-se todos os elementos e argumentos esgotadamente; b) realização da ponderação – estabelece-se uma relação de primazia entre os elementos analisados e, por fim, c) reconstrução da ponderação – formulam-se regras com a pretensão de validade para além do caso⁴³⁹.

Entretanto, sem embargo da magnitude desse critério como solucionador de conflitos entre princípios, adverte-se para o risco de sua utilização desmedida, porquanto não propicia referenciais materiais ou axiológicos para sua valoração, propondo-se o desenvolvimento de alguns fundamentos a serem observados para legitimar sua aplicação nas decisões:

⁴³⁷ BARCELLOS, Ana Paula. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 58.

⁴³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 334/337.

⁴³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 95/96.

- a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador;
- b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas;
- c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos⁴⁴⁰.

Ademais, “[...] É possível falar, assim, em fragmentação dos princípios, onde parcelas de um ou diversos podem compor-se com parcelas de outro(s) e formar a norma de solução dos casos concretos”⁴⁴¹, de maneira que há uma complementação e restrição entre os princípios, propiciando que “[...] armem-se jogos de princípios”⁴⁴².

Independente de ser o conflito positivo ou negativo⁴⁴³, tanto o critério da precedência como o da ponderação, sugerem o mesmo comportamento interpretativo: a depender do caso concreto, modulam-se os princípios para que um sobrepuje (e não invalide) o outro que não será aplicado naquele exato momento, mas que poderá ser utilizado em posterior situação.

BARROSO sumariza a ideia de se definir o princípio constitucional a ser aplicado consoante o caso apresentado e de forma otimizada:

⁴⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 338.

⁴⁴¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. p. 37.

⁴⁴² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 116.

⁴⁴³ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. p. 37. “A primeira situação (conflito positivo): há colisão de princípios quando princípios conflitantes são suscitados, devendo-se resolver com base na precedência de um ou vários em detrimento dos demais, que são episodicamente afastados; por exemplo: vida privada *versus* liberdade de informação. A segunda: existe concorrência de princípios quando princípios convergentes incidem sobre o caso, resolvendo-se por composição; exemplo: os princípios da moralidade e da impessoalidade inspirando a Administração Pública”.

Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles [...]. Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo *status* hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que ao outro [...] Por isso se diz que princípios são *mandados de otimização*: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese⁴⁴⁴.

A casuística é imprescindível para que se solucione a colisão de direitos de matriz constitucional principalmente quando se percebe o alargamento de possibilidades de valores fundamentais a serem exercidos em uma Constituição aberta, campo fértil para tais espécies de colisões⁴⁴⁵.

Nota-se que a percepção jurídica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não permite a sustentação da tese de que dito princípio assuma, isolada e absolutamente, a posição de intocável princípio constitucional. Indiscutível sua colocação como centro direcionador dos direitos fundamentais; porém, tangível (e até mesmo afastável) por outros princípios fundamentais, consoante o caso avaliado.

CORDEIRO ultima essa compreensão:

Como princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional; atua como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais, embora de modo e intensidade variáveis, já que nem todos os direitos fundamentais positivados na Constituição podem ser reconduzidos de modo direto e igual ao princípio da dignidade da pessoa humana; opera como fator de

⁴⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 357.

⁴⁴⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 67.

restrição de direitos fundamentais e como elemento de proteção destes contra medidas restritivas; e, ainda, exerce uma função instrumental integradora e hermenêutica de todo o ordenamento jurídico, e não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais⁴⁴⁶.

Com efeito, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é base dos princípios fundamentais constitucionais e infraconstitucionais. Entretanto, é igualmente axiomática e intuitiva sua intercomunicação com os demais princípios fundamentais. Dessa forma, quando necessário, moderam-se os princípios para que se obtenha uma inserção mais efetiva de um princípio constitucional frente a outros; inclusive, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana pode ser reduzido nessa ótica.

Reforça-se tal raciocínio em possível conflito de dignidades, hipótese em que a resolução proposta seria pela aplicação do princípio da proporcionalidade, aqui denominada de proporcionalidade de segundo grau ou especial⁴⁴⁷.

O que importa, nessa tentativa de simetrização ou de assimetrização de conflitos principiológicos, é que haja a prevalência daquilo que a Constituição previu com vigor fundante em sua estrutura finalística, quer aplicando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, quer empregando outro princípio fundamental.

Refletindo esse processo discursivo de sistematização do ordenamento jurídico, percebe-se que mencionada aplicação de princípios, regras e valores, dada sua dinamicidade e objetivo preservador da unidade, conduz à conclusão de se decidir pela predileção. Isto é, em busca da dignificação da pessoa humana, a função social do contrato será exercida dessa ou daquela forma, conforme a valoração realizada. Essa valoração se funda na hierarquização axiológica que consiste na tarefa de qualquer intérprete, notadamente daquele que decide demandas, uma vez que sua atividade é especialmente silogística.

⁴⁴⁶ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário.** p. 92.

⁴⁴⁷ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** p. 56.

PASQUALINI prestigia, sobremaneira, o princípio da hierarquização axiológica, ao averbar que seria o núcleo indutor de todas as mudanças e que quem não o compreendesse com certeza também não compreenderia, em toda sua largueza, o vasto horizonte descortinado pela proposta de uma ampliada e abrangente hermenêutica, ao mesmo tempo, sistemática e transformadora do Direito:

Diferente dos outros critérios ou metacritérios, cuja relatividade a doutrina nunca deixa de assinalar, o princípio da hierarquização axiológica é, simultaneamente, a base e o ápice do sistema jurídico. Somente a partir dele o sistema se estrutura e apenas por sua causa mantém unidade e coerência. Na condição de princípio ordenador do Direito, tem o peso e o significado de um critério jurídico constante e intranscendível, ao qual, por esse motivo, não se opõe nenhum princípio antitético de acordo com aquela relação de polaridade comum aos outros inferiores metacritérios. Se algum princípio é um pólo, o pólo contrário é, então, dialeticamente necessário. Mas o princípio da hierarquização axiológica não é um pólo e, por consequência não promove qualquer pólo oposto. Ele é simplesmente o que deve ser para que a própria ordem jurídica possa ser⁴⁴⁸.

É juridicamente axiomático que o Direito não é um conglomerado caótico de preceitos, pois constitui conjunto harmônico de normas coordenadas em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu próprio lugar. Resulta, nesse alinhamento, que, de princípios, regras ou valores mais ou menos gerais, deduzem-se corolários; uns e outros se condicionam e se restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.

Na aplicação efetiva, em se constatando confrontação entre tais institutos jurídicos, aplica-se o que se aproximar dos valores perseguidos pelo caso

⁴⁴⁸ PASQUALINI, Alexandre, **Hermenêutica e sistema jurídico – Uma introdução à interpretação sistemática do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 109.

concreto, ou seja, cria-se uma hierarquia axiológica, a fim de evitar possíveis antinomias ou lacunas de valores e que “[...] ao hierarquizar prudencialmente princípios, regras e valores, a interpretação tópico-sistemática opera escalonando-os, renovando os seus significados”.⁴⁴⁹

Consoante referido nos respectivos itens, a função social do contrato e o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana são mutáveis no transcorrer dos tempos. Consequentemente, ditas escolhas valorativas hão de acompanhar aludidas mutações, sob pena de se cristalizar o próprio direito e sua efetivação.

Portanto, a hierarquização axiológica não é mero elemento interpretativo, haja vista necessitar abarcar todos os métodos, realizando o mister de harmonizá-los na prática, de sorte a resguardar e a manter a unidade em meio à multiplicidade axiológica, na construção e na reconstrução do Direito.⁴⁵⁰

Desse raciocínio, infere-se que haverá uma procura pela qualidade valorativa mais adequada à espécie em análise, uma vez que a função social do contrato é **regra** (artigo 421 do Código Civil – em que pese encontre também fundamento constitucional quando analisada paralelamente à função social da propriedade) e a dignidade da pessoa humana é **princípio ou regra fundamental** positivado (artigo 1.º, inciso III).

Há que se os harmonizar quando aplicados, cujo procedimento harmônico se perfectibilizará baseado na hierarquia axiológica que o sistema oferecer. No caso, aquilo que preponderar constitucionalmente, em face do *status* sistematizador atribuído à Constituição Federal, que prima pelo bem-estar do bem coletivo, pois “[...] é necessário ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada do particular, e que o grau de desigualdade da relação jurídica constitui dado relevante para a decisão do caso”⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. p. 70/71.

⁴⁵⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. p. 72.

⁴⁵¹ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 257.

Significa, pois, que a função social do contrato, como regra ou princípio constitucional obliquamente implícito e infraconstitucionalmente expreso, refere-se à impossibilidade de se proteger contratações particulares que sejam prejudiciais ou danosas à outra parte contratante. Caracterizando-se como tais, reconhece-se que a convenção privada infringiu o postulado que privilegia e apoia a pessoa humana em sua dignidade.

Como referido no tópico da constitucionalização do Direito Privado, o Estado não pode ficar alheio ao deparar com situações contratuais subsumidas nesse aspecto, visto que o Estado defende o prevalecimento do interesse coletivo em detrimento do particular. As desigualdades econômicas e sociais, a necessidade de contratar, desconhecimentos gerais das consequências dos contratos e outros fatos viciados pela vontade de contratar são hábeis o bastante para colocar a parte contratante – normalmente hipossuficiente, em condições que não estão predispostas a atender à função coletiva do contrato, apenas as suas próprias.

A linha da socialidade empregada pelo Código Civil indica a inspiração no princípio da solidariedade social. Aceita-se a contratação. Apenas se exige que o intelecto pré-contratual não se baseie em um egoísmo individualistamente superior ao outro contratante ou que o solidarismo alcance patamares intervencionistas desarrazoados.

THEODORO JÚNIOR aponta:

O indivíduo, na nova ordem da socialidade, não pode exercer a liberdade contratual ignorando os interesses de terceiros e da coletividade. Nem os terceiros podem ignorar os direitos e interesses emergentes do contrato para seus figurantes. É assim que se há de compreender o valor ético-jurídico perseguido pelo instinto da função social do contrato, no contexto do Código Civil e da Constituição⁴⁵².

⁴⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. p. 122.

A função social do contrato da maneira como foi positivada, encerra ideia de cláusula geral, posto que é um expediente destinado à fixação de valores a serem observados e respeitados no cumprimento dos preceitos que formam o ordenamento jurídico. O artigo 421 expõe uma cláusula geral de cunho eminentemente axiológico, não se prestando a certas e determinadas condutas, da maneira como se aplicam normas de natureza preceptiva, que contém preceitos.

Na seara do direito, essa nova técnica, que recorre às cláusulas gerais, remete, no caso do Direito Civil, à sua conexão axiológica com a Constituição, definindo-se os valores e princípios conformadores da ordem pública, com cujo apoio se haverá de conceber, entre outras, a noção de função social do contrato.

É com remissão aos valores constitucionais que se atribui sentido, coerência e razão à aplicabilidade da função social do contrato, tendo em vista ser a Constituição Federal e imprescindivelmente a correta incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, a sistemática dirigente do ordenamento jurídico:

[...] o principal instrumento de tutela da pessoa nas relações entre particulares é a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, capaz de incidir em todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referencia objetivo⁴⁵³.

Qualquer interpretação que se imprima aos contratos, considerando-se a redoma de seus elementos interno e externo, ponderar-se-á a matiz constitucional condutora a um estudo que, indubitavelmente, impeça raciocínio capaz de se prostrar a pessoa humana de forma atentatória à sua dignidade.

Os postulados da dignidade da pessoa humana serão alcançados quando se considerarem os efeitos sociais atingidos pela relação jurídica contratual, não significando, frise-se novamente, generalizada e direta influência do aparelho Estatal, mas, sim, tão somente a coibição a comportamentos contratuais (pré ou pós),

⁴⁵³ SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2003. p. 258.

aptos a desqualificar a pessoa humana e, conseqüentemente, todos os demais direitos fundamentais, expressos ou implicitamente previstos na Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana será atendida, em nível contratual, quando os contratantes se preocuparem, cumulativamente, em preservar esse explícito postulado constitucional concernentemente ao outro contratante e a terceiros.

Muito embora a Constituição Federal não tenha mencionado explicitamente a função social do contrato, fê-lo de maneira oblíqua, de modo tal que serve de fundamento para uma interpretação objetivadora e mantenedora da qualidade honorífica do indivíduo, cujo fundamento origina-se de uma análise sistemática do ordenamento jurídico premido por sustentações constitucionais proeminentemente à dignidade da pessoa humana.

De todas as premissas apresentadas, é conclusão inarredável de que o princípio da função social dos contratos privados fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, quer ao se implementar entre os contratantes, quer ao se realizar perante terceiros não-contratantes, mas afetos aos efeitos do que entabulado pelos contratantes. Assim o é, porquanto a socialização do direito privado contratual se esteia no mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, cerne do ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resultaram das pesquisas realizadas a verificação de que a Constituição Federal prevê expressamente no catálogo dos direitos fundamentais ou difusamente em todo seu texto, diversos postulados a serem considerados pelas pessoas em suas variantes cotidianas, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade humana, que é paradigma e núcleo essencial do ordenamento jurídico, uma vez que possui carga axiológica-valorativa hierárquica superior, dado seu conteúdo conceitual. Por isso, inegável que o princípio da dignidade da pessoa humana é subjaz à harmonização do sistema jurídico em que inserido, interrelacionando-se com os demais princípios constitucionais expressa ou implicitamente previstos, tal qual o princípio da função social dos contratos.

Confirmou-se a hipótese ventilada no primeiro capítulo. Em pese as diversas possibilidades de conceituações de dignidade da pessoa humana, reconheceram-se as qualidades intrínseca e individualizadora de cada qual, a merecerem considerações pelos outros particulares e pelo Estado, evitando-se quaisquer atos atentatórios à sua dignidade.

Percebeu-se, assim, que a dignidade da pessoa humana é precedente ao próprio direito e inerente e pertencente ao ser humano, distinguindo-se, inclusive, a dignidade reconhecida a todos os seres humanos, independentemente de sua condição pessoal, da dignidade da pessoa humana baseada no contexto social e moral em que inserida a pessoa.⁴⁵⁴

Com efeito, observou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o instrumento existencial e operacionalizador da Constituição Federal, já que retirou a dignidade da pessoa humana das controvérsias políticas e politiqueras

⁴⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. p. 28. “Em caráter ilustrativo, é possível referir aqui uma série de situações que, para determinada pessoa (independentemente aqui de uma vinculação a certo grupo cultural específico) não são consideradas como ofensivas à sua dignidade, ao passo que para outros, trata-se de violação intensa do núcleo essencial da dignidade da pessoa”.

e porque impediu alterações que enfraquecessem sua efetiva implementação jurídica, a tal nível que mencionado princípio é o plexo do ordenamento jurídico.

Em se considerando que o Brasil partiu de um monismo jurídico para uma alopoiese constitucional, solidifica-se a hipótese apresentada no segundo capítulo. O exame do Código Civil, que prevê a função social do contrato, e das leis especiais se realiza de acordo com princípios, valores e objetivos constitucionais.

Nesse sentido, aperfeiçoou-se a função socioconstitucional do contrato privado ao se exibir a ideia de que os efeitos de um contrato não se delimitam às partes contratantes, porquanto a relação contratual, quando bem intencionada antes, durante e depois do entabulado, reflete no progresso social, pelo que há um interesse coletivo de que se cumpra satisfatoriamente o que contratado.

Entretanto, o intérprete não analisará a função social do contrato destacadamente do sistema jurídico, social, econômico e político em que inserta, pois restou historicamente evidenciado que a liberdade de contratar auferida com o Estado Liberal possuía cunho unicamente formal, despreocupada com sua funcionalização.

Por isso, e principalmente pelos efeitos internos e externos dos contratos e por que qualquer pessoa contrata ou pode contratar, exibiu-se a necessidade de que o Estado interviesse para regular e efetivar a função social do contrato: não há impedimento, há regulações que pretendem equilibrar ou dirigir as relações contratuais.

Para tanto, o hermeneuta contratual vale-se de institutos jurídicos essenciais nessa tarefa, quais sejam, as cláusulas gerais, que não determinam condutas, mas que definem valores e parâmetros valorativos para adequações hermenêuticas imprescindíveis para aquele dado momento e sem a necessidade de positivações que fossilizariam o sistema da função social do contrato.

Como diretriz hipotética do último capítulo, o princípio da dignidade da pessoa humana ostentou a particularidade de ser o núcleo axiológico de todo o ordenamento jurídico, incluindo, inafastavelmente, a função social do contrato.

A despeito desse patamar vetorial, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser interpretado como equilibrante do sistema contratual, ainda que se entrelaça com o princípio da função social do contrato, que, como realçado, possui matiz principiológica constitucional implícita. E na eventual ocorrência de colisão, propuseram-se critérios para solucionar essas antinomias, relegando-se à casuística tal solução, sem se olvidar que a precedência ou valoração poderá ocasionar uma redução (e não exclusão total) do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme a conjuntura do momento em que analisada.

Isto é: a melhor escolha contratual primará pela dignidade da pessoa humana dos contratantes. Contudo, atestou-se que a escolha valorativa de ontem não pode cristalizar uma escolha atual em que o quadro social seja diferente, harmonizando-se os princípios da dignidade da pessoa humana e o da função social do contrato.

Enfim, a dignidade da pessoa humana enquanto contratante será alcançada quando a preocupação dos contratantes escudar a dignidade do outro contratante, promovendo-a e, por mais paradoxal e sofista que possa parecer, protegendo-a, pois nata a qualquer ser humano.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2002.

ADIER, Moacir. “Constitucionalização do Direito Civil: um antigo tema novo”. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luís Antônio (orgs.). **A Constitucionalização do Direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no Código Civil.** Revista dos Tribunais. Ano 92, vol. 815. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Setembro de 2003. p. 30.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Cláusulas Gerais e proteção da pessoa”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 290.

ARAUJO, Eugênio Rosa de. “O princípio da reserva do possível e a ponderação com regras a ele pertinentes. Viagem na irrealidade do cotidiano financeiro”. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os**

princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2 ed. 2001.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos Direitos Reais Limitados.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual.** Revista dos Tribunais. Ano 87, vol. 750. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. abril de 1998.

AZEVEDO, Antonio Villaça. **O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*).** Revista Jurídica. Ano 51, n.. 308. Porto Alegre: Editora Notadez. Junho de 2003.

BALERA, Wagner. “A dignidade da pessoa e o mínimo existencial”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.** São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____, Ana Paula. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2 ed., 2011.

_____, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2002.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais. Sob a insuficiência do reconhecimento e da previsão legal e a necessidade de mais efetividade**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar. Ano 1, nº 9. Umuarama: Editora Unipar. 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. “Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade”. In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo: Edifício, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, traduzido por Carlos Nelson Coutinho, 2004.

_____, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 37.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 117.

_____, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

_____, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

BORGES DE OLIVEIRA, Álvaro. **Uma definição de propriedade**. Revista Jurídica Cesumar. V. 8, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional. Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade – uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMILO, Roberta Rodrigues. “Realidade nos estabelecimentos prisionais brasileiros e a dignidade da pessoa e o mínimo existencial”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. Revista Jurídica. Ano 51, nº 312. São Paulo: Editora Notadez Informação Ltda. 2003.

_____, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina SA, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal: Almedina, 2002. 5 ed.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

COSTA, Pedro Oliveira da. "Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos". In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Editora Juruá, 2001.

CUNHA FERRAZ, Anna Candida. "Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988". In: CUNHA FERRAZ, Anna Candida; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo: Edifício, 2006.

CZAJKOWSKI, Rainer. "A crise do princípio da isonomia e a propriedade". In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.). **Direito Civil Constitucional. Situações patrimoniais**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

DERANI, Cristiane. **A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”**. Revista de Direito Ambiental. Ano 7, nº 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2 ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e da propriedade contemporânea. Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

_____, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2012.

FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. **Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA ZARDI, Gustavo Pinto. **A função social do contrato**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2013.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 4 ed.

GODIM, Glenda Gonçalves; KENICHE, Pedro Henrique Gallotti; BERTASSONI, Thaís Braga. “A causa, os planos do negócio jurídico e a função social: análise a partir da Teoria do Terceiro Cúmplice”. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Juruá: Curitiba, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2007. 2. ed.

GOMES, Andreia Sofia Esteves. “A dignidade da pessoa humana e seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GRISARD FILHO, Waldyr. “A função social da propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade)”. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.). **Direito Civil Constitucional. Situações patrimoniais**. Curitiba: : Editora Juruá, 2007.

GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. **Função social da propriedade**. Revista de Direito Ambiental. Ano 8, nº 29. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

HÄRBELE, Peter. “A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Editora Ícone, 2000.¹

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KATAOKA, Eduardo Takemi. “Declínio do Individualismo e Propriedade”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

KLOEPFER, Michael. “Vida e Dignidade da pessoa humana”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, George Salomão. “Direito Fundamental a uma morte digna”. In: SARLET, Ingo Wolfgang e LEITE, George Salomão (org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LEONETTI, Carlos Araujo. **Função social da propriedade: mito ou realidade**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano I, nº 3. Porto Alegre. 2000.

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.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. “A função social da propriedade na Jurisprudência Brasileira”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 17/80

MATOS, Inês Lobinho. “A dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, mormente em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009.

MATTIETTO, Leonardo. “O Direito Civil Constitucional e a Nova teoria dos Contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais. Ano 91, vol. 801. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Julho de 2002.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. “O direito econômico fundamental à propriedade”. In: SARLET, Ingo Wolfgang e LEITE, George Salomão (org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional**. RT. Ano 96, nº 860. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Diretrizes interpretativas d função social do contrato**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 14, num. 56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Outubro/Dezembro de 2005.

MIRANDA, Jorge. “A Dignidade Humana e a unidade valorativa do sistema dos Direitos Fundamentais”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009.

MIRANDOLLA, Giovanni Pico dela. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. São Paulo: Editora Canuto, 2006. Edição Bilingue. p. XLIII.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. “A interdisciplinariedade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil”. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. “Ética e boa-fé no adimplemento contratual”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NASCIMENTO, Emanuelle Nunes. **A evolução histórica dos contratos – da autonomia da vontade a função social**. Revista Mérito. vol. 03, n.º 01. Uberlândia: Editora Edibrás. Novembro de 2006.

NEGREIROS, Teresa. “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. O Ministério Público e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e a sua função social no Direito Constitucional Moderno**. Londrina: Editora UEL, 1998.

PASQUALINI, Alexandre, **Hermenêutica e sistema jurídico – Uma introdução à interpretação sistemática do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Institutos de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. III. 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas jurídicas de Direito Fundamental nas relações jurídicas privadas”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. “Relações jurídicas de consumo: critérios interpretativos”. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Juruá: Curitiba, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2. ed.

PONTES, Daniele; MILANO, Giovana Bonilha; IWASAKI, Micheli Mayumi. “Reflexões sobre a codificação da propriedade fundiária moderna brasileira: diálogos entre direito e economia política”. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.). **Direito Civil Constitucional. Situações patrimoniais**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

QUARESMA, Regina e GUIMARAENS, Francisco de. “Princípios Fundamentais e garantias Constitucionais”. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. “A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Miguel. **O projeto do novo Código Civil (situação após a aprovação pelo Senado Federal)**, 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

REIS, Jorge Eduardo dos, FISCHER, Eduardo Ferreira. “Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais”. In: REIS, Jorge Eduardo dos, FISCHER, Eduardo Ferreira (orgs). **Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

RULLI NETO, Antonio. “Dignidade Humana e Direitos Fundamentais dentro de um

contexto efetivista”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. “O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Função social do contrato: primeiras anotações**. Revista dos Tribunais. Ano 93, vol. 823. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Maio de 2004.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do contrato – elementos para uma conceituação**. Rio de Janeiro: Editora RT 13/108-109, jan./mar. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

_____, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____, Ingo Wolfgang. **Direito fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Direito do Consumidor. Ano 9, nº 36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 84.

SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Daniel. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2 ed. 2010.

_____, Daniel. “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. “A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade”. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2009.

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

TEPEDINO, Gustavo, SCHEIBER, Anderson. “A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

UBILLOS, Juan María Bilbao. “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – a função social do contrato**. Revista dos Tribunais. Ano 94, vol. 831. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Janeiro de 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **O Terceiro Mundo e a Nova Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Editora Ática, 1994.

_____, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.