

O EFEITO HORIZONTAL DOS DIREITOS SOCIAIS NO DIREITO CONTRATUAL EUROPEU

THE HORIZONTAL EFFECT OF SOCIAL RIGHTS IN EUROPEAN CONTRACT LAW¹

Martijn Hesselink²

Texto traduzido da versão de: *The horizontal effect of social rights in European contract law*. In: *Europa e diritto privato*. Milão: Giuffrè, 2003, p.1-18.

SUMÁRIO: Introdução. I. Direito contratual europeu. II. O efeito horizontal dos direitos fundamentais. III. Efeitos horizontais nos contratos. IV. Direitos sociais nos contratos. V. A política de direitos.

RESUMO: O presente artigo discute que diante da falta de direitos sociais suficientemente executáveis nas relações horizontais – isto é, entre partes privadas – toda a batalha do século XX para a socialização do direito contratual (deveres da boa-fé, proteção do consumidor) corre o risco de começar novamente, mas agora em um nível mais alto – o constitucional.

Palavras-chave: Direito contratual europeu. Direito europeu. Direitos fundamentais. Direitos sociais. Efeito horizontal

ABSTRACT: This paper argues that in the absence of social rights that are sufficiently enforceable in horizontal relationships - i.e. between private parties - the whole 20th Century battle for the socialization of contract law (good faith duties, workers', tenants' and consumer protection) would risk to start all over again, but now on a higher - i.e. the constitutional - level.

Keywords: European contract law. European law. Fundamental rights. Social rights. Horizontal effect.

INTRODUÇÃO

O tema deste artigo diz respeito ao efeito horizontal dos direitos sociais no direito contratual europeu. O assunto será encaminhado da seguinte maneira: primeiramente, serão feitas considerações gerais acerca do direito contratual europeu. Posteriormente, serão brevemente abordadas questões gerais a fim de saber se, e como, os direitos fundamentais tem um efeito horizontal. Após, tratar-se-á do efeito horizontal em casos específicos de contratos. No tema principal se discutirá o papel que os direitos sociais podem desempenhar nos casos de contratos. Finalmente, a conclusão será pautada por algumas considerações acerca da política de direitos.

I. DIREITO CONTRATUAL EUROPEU

Hoje, vários estudiosos da legislação europeia estão envolvidos em um debate sobre o futuro do direito contratual na Europa. Este debate está se desenvolvendo há dez anos, mas ganhou relevo no último verão, quando a Comissão Europeia publicou um comunicado sobre o futuro do direito contratual europeu³. Nesse comunicado, a Comissão considera quatro possíveis caminhos de ação: 1) nenhuma ação; 2) promover a pesquisa em direito comparado com a finalidade de encontrar princípios comuns; 3)

¹ Tradução realizada por Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto - Discente da graduação em Direito pela FCHS - UNESP Franca. Membro do Grupo de Estudos em Direito Civil; Kelly Cristina Canela - Graduada em Direito (USP), mestre (Università di Roma Tor Vergata), doutora (USP) e docente junto ao Departamento de Direito Privado da UNESP.

² Graduado em Direito (University of Amsterdam e Université Pantheon-Assas), Doutor (University of Utrecht), membro da Comissão Europeia de Direito Contratual.

³ Comunicado da Comissão para o Conselho e Parlamento Europeu COM (2001), 398 final (11.07.2001), nº 52.

aprovar uma versão consolidada do *acquis communautaire*, especialmente na área de direito do consumidor⁴, 4) aprovar um código europeu de contratos, seja ele opcional ou obrigatório.

Os direitos fundamentais podem ser de grande relevância em cada uma dessas opções, destacando-se duas maneiras. Primeiramente, na fase de elaboração de um código formalmente vinculativo (clássico) ou de um “guia de comportamento” como “princípios”, eles poderiam provar ser uma importante fonte de inspiração normativa. De fato, no contexto europeu, que mostra uma esmagadora diversidade cultural entre os vários Estados-Membros e até dentro deles (sociedade multicultural), e em uma era caracterizada pela recrudescente individualização e fragmentação da sociedade (secularização, ideologia do pós Guerra Fria, pós-modernidade), parece fazer sentido basear um direito privado comum europeu em valores comuns que são normalmente reconhecidos através da União Europeia.

De especial interesse a esse respeito é a recente Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia que foi adotada na cidade de Nice em dezembro de 2000⁵. Os valores contidos na Carta podem ser considerados como uma interessante afirmação de valores comuns da União Europeia, que poderiam ser usados como base para um Código Civil Europeu⁶. O Preâmbulo da Carta preleciona⁷: “Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade”. A própria Carta dedica um capítulo – contendo direitos, liberdades e princípios – a cada um desses valores⁸.

Todavia, direitos fundamentais europeus não podem servir apenas como uma fonte de inspiração para os elaboradores do Código Civil Europeu ou dos Princípios do Direito Contratual Europeu⁹. Uma vez que tal código for formalmente

⁴ Ver também o *Green Paper on European Union Consumer Protection* COM (2001) 531, Outubro 2001.

⁵ Para o texto completo com comentários <http://ue.eu.int/df/default.asp>. Ver também BRAVO, DI MAJO e RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Milão, 2001. A Carta é entendida como não obrigatória, pois não foi formalmente aprovada. Entretanto, ver *Corte d'appello di Roma*, 11 de abril de 2002, que propôs (entre outras disposições) art. 47 da Carta (direito a um remédio efetivo e a um julgamento justo) a fim de afastar uma lei do parlamento, depois de ter considerado que “*la Carta dei diritti, anche se non ancora inserita nei trattati, è ormai considerata pienamente operante come punto di riferimento essenziale non solo per l'attività delle istituzioni comunitarie, ma anche per l'attività interpretativa dei giudici europei, tanto che è costantemente richiamata negli atti degli organi europei, ma anche invocata più volte nelle conclusioni dell'avvocato generale nei giudizi dinanzi alla Corte di giustizia europea*”. [a Carta de direitos, mesmo que ainda não incorporada nos tratados, é considerada plenamente aplicável como ponto de referência essencial não só para as instituições comunitárias, mas também para a atividade interpretativa dos juizes europeus, de modo que é constantemente referida nos atos de organismos europeus, mas é também invocada diversas vezes nos pareceres do procurador geral nos processos perante o Tribunal de Justiça Europeu]. O Tribunal de primeira instância se referia à Carta (arts. 41 e 47) em seus julgamentos de 30/01/2002 (Caso T-54/99, *max. mobil Telekommunikation Service GmbH*) e de 03/05/2002 (Caso T-177/01, *Jégo-Quérel et Cie SA*).

⁶ Ver ZENO-ZENCOVICH, “*Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*” apresentado na conferência *Diritti fondamentali e formazione del diritto privato europeo* em 28/06/2002 em Roma.

⁷ P.11

⁸ Dignidade (capítulo 1), Liberdades (capítulo 2), Igualdade (capítulo 3), Solidariedade (capítulo 4), Cidadania (capítulo 5), e Justiça (capítulo 6).

⁹ A Comissão Lando não diz explicitamente ter sido inspirada pelos direitos fundamentais europeus ou nacionais, como por exemplo, a ECHR (Convenção Europeia de Direitos Humanos, em português) ou a ESC (Carta Social Europeia). Entretanto, deve ser notado que não foi possível levar em conta na Carta de Nice, uma vez que o PECL (Princípios do Direito Contratual Europeu) foi publicado posteriormente à

aprovado, direitos fundamentais continuarão, provavelmente, a serem extremamente relevantes para o direito privado. Isso nos traz a segunda maneira em que os direitos fundamentais podem ter relevância para o direito contratual europeu: eles podem ter um efeito horizontal.

II. O EFEITO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão do efeito horizontal (*Drittwirkung*) é controversa. Inicialmente, direitos fundamentais foram percebidos como uma proteção dos cidadãos diante do Estado (relação vertical). Entretanto, recentemente tem se tornado claro que não apenas o Estado, mas também partes privadas podem colocar em risco o pacífico gozo dos direitos fundamentais. Algumas vezes, por exemplo, no caso de poderosas companhias privadas, o risco de lesão aos direitos fundamentais é até maior. Um exemplo italiano pode ilustrar a situação.

Neste caso, um indivíduo, Sr. Pedrazzoli, tinha um contrato de seguro de vida com uma seguradora chamada *Mediolanum Vita*. Quando o dono da companhia – Sr. Silvio Berlusconi – decidiu entrar na política ele fundou seu próprio partido político, o *Forza Italia*. A fundação desse partido, que demorou apenas dois meses, teve tal eficiência pois foi organizada com a ajuda da rede de aquisição da seguradora *Mediolanum Vita*.

Sr. Pedrazzoli, que não compartilhava do ideal político do Sr. Berlusconi, quis se desvincular da relação contratual em que se encontrava, mas a companhia indicou que, de acordo com o contrato, ele perderia todos os prêmios que tinha pagado.

Ele, então, invocou sua liberdade de associação, a qual é protegida pelo art. 18 da Constituição italiana. Demonstrou que, como um resultado da política da *Mediolanum*, ele estaria contribuindo efetivamente para a fundação de um partido político que não desejaria integrar e, como um resultado da cláusula, ele era efetivamente impedido de se desligar do contrato. O caso foi julgado em 1994 pelo *Tribunale di Milano*, que decidiu a seu favor. O tribunal considerou que a manutenção da cláusula acarretaria na violação de sua liberdade de associação e, portanto, invocar a cláusula contra si próprio seria contrário à boa-fé¹⁰.

Esse caso mostra claramente que não apenas o Estado, mas também partes privadas podem colocar em risco o gozo dos direitos fundamentais. Casos como esse levantaram várias questões em países europeus, discutindo-se se alguns ou todos os direitos fundamentais deveriam ter um efeito horizontal, isto é, um efeito entre os cidadãos¹¹.

Tal “horizontalização” foi, de fato, aceita¹² em vários países europeus, tanto nos direitos constitucionais¹³ quanto nos direitos derivados de tratados internacionais,

aprovação da Carta. Ver LANDO, BEALE *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, Haia, 2000.

¹⁰ *Trib Milano*, 30/03/1994, *Foro it.* 1994, I, 1572.

¹¹ Para ECHR (Convenção Europeia de Direitos Humanos) ver VAN DIJK e VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3.ed, Haia, Londres, Boston, 1998, p.24: “Precisamente, de acordo com o caráter fundamental desses direitos, é difícil apreciar por que eles devem merecer proteção em relação a autoridades públicas, mas não em relação aos indivíduos”.

¹² É comumente reconhecido que se o Estado atua em “direito privado” ou “como um indivíduo privado” isso ainda continua como um caso de efeito vertical. Ver, por exemplo, POT/DONNER, 2001, p.247; PALANDT/HEINRICH 2001, §242, n° 11.

¹³ A via pela qual a revisão constitucional está organizada difere, consideravelmente, entre as várias jurisdições europeias. Por exemplo, na França apenas ao *Conseil constitutionnel* é permitido fazer a revisão de constitucionalidade de atos do parlamento e somente antes de sua aprovação e de uma maneira

especialmente na Convenção Europeia de Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁴. Entretanto, ainda é controverso em vários países se esse efeito deveria operar diretamente ou indiretamente. No caso apresentado, um particular (o cidadão) tinha, em seu processo contra outro particular (a seguradora), uma reivindicação ou uma defesa diretamente baseada na Constituição. Nesta situação, o requerimento ou a defesa são baseados em uma disposição do Código Civil, por exemplo, a previsão de responsabilidade em casos de danos ou a cláusula geral de boa-fé em casos de contratos, que é interpretada à luz da Constituição (*Konkretisierung*).

Os principais argumentos a favor do efeito horizontal direto são: conferir uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais, e, se um direito é fundamental, ele não deveria fazer diferença, a princípio, se fora violado pelo Estado ou por um particular.

Todavia, vários argumentos surgiram contra o efeito horizontal de efeito direto. Primeiramente, tem sido colocado que enquanto nas relações verticais apenas uma parte pode ter direito fundamental (desde que o Estado não tenha direitos contra os cidadãos), em situações horizontais frequentemente as duas partes têm conflitos de direitos, e esses direitos devem ser balanceados, de modo que o efeito direto é impraticável. Em segundo lugar, é colocado que, se direitos constitucionais tivessem efeito direto em casos de direito privado isso elevaria o direito privado a um nível constitucional, pois não apenas a norma, mas também os remédios ganhariam um status constitucional, o que é considerado indesejável. Finalmente, entende-se que o direito privado é um ramo autônomo do direito, com sua própria lógica interna e baseado em suas próprias considerações de justiça.

A questão tem sido muito debatida em vários países, notadamente na Alemanha. Lá, verificou-se o entendimento de que direitos fundamentais podem ter um efeito horizontal, mas somente de maneira indireta, através das cláusulas gerais¹⁵. Entende-se que, apesar de os direitos fundamentais terem um efeito direto no direito privado, eles apenas vinculariam o legislador e os tribunais; não são endereçados aos cidadãos. Isso significa que ao legislador e aos tribunais não é permitido fazer ou desenvolver leis de direito privado que violem direitos constitucionais. Entretanto, um cidadão não pode invocar um direito constitucional diretamente contra outro cidadão. Especialmente, não pode ser invocado um direito fundamental como defesa contra uma reclamação baseada em um preceito de direito privado, por exemplo, uma reclamação contratual ou uma reclamação por danos. A única coisa que um cidadão pode fazer é invocar uma das cláusulas gerais, especialmente a boa-fé (*bona fides*) – *Treu und Glauben* (242 BGB) e os bons costumes (*boni mores*) – *gute Sitten* (138 BGB, 826 BGB).

abstrata considerando que na Inglaterra e na Holanda a nenhum tribunal é permitida a declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Para um panorama, ver VON BAR, *op.cit.*, 562-564.

¹⁴ Na Holanda, os tribunais são proibidos de revisar a constitucionalidade de atos do parlamento (art. 120 da constituição). Uma vez que a Holanda não possui um Tribunal Constitucional, o legislativo, por si só, é o único juiz da constitucionalidade de sua própria legislação. Como resultado, litigantes holandeses e os tribunais têm demonstrado um particular interesse em tratados internacionais, já que, como consequência do sistema monista (art. 93 da constituição), a auto-executoriedade de disposições nesses tratados tem efeito direto. Ver HARTKAMP, "On European Freedoms and National Mandatory Rules: The Dutch Judiciary and the European Convention on Human Rights", 8 *ERPL* (2000), p. 111-124.

¹⁵ Ver BVerfG 7, 198 (*Lüth Urteil*) (15/01/1958); CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlim, Nova York, 1999; SOERGEL/WOLF (1999), Vor § 145, 47.

Soluções similares têm sido adotadas em vários outros países europeus¹⁶, incluindo-se a Itália. De fato, nesse exemplo que foi apresentado previamente, pudemos perceber que a liberdade de associação era protegida pela cláusula geral da boa-fé¹⁷.

III. EFEITOS HORIZONTAIS NOS CONTRATOS

Caso um Código Europeu de Contratos fosse aprovado, qual seria sua relação com os direitos fundamentais? Uma variedade de rol de direitos seria de relevância, incluindo aquelas contidas em Constituições nacionais, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Carta Social Europeia, o Tratado da União Europeia que contém alguns direitos fundamentais (por exemplo: propriedade, igualdade), as Convenções das Nações Unidas e, provavelmente a esse tempo, a Constituição europeia que, sem dúvidas, conterá um capítulo sobre direitos fundamentais¹⁸, provavelmente similar à Carta de Nice¹⁹.

Essa Carta contém um amplo número de disposições que podem ser de relevância direta para as relações entre cidadãos. Uma alusão ao seu efeito horizontal pode ser encontrada no preâmbulo²⁰: ‘O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas’. Entretanto, continua obscuro se ‘implica’ diz respeito a um efeito direto ou indireto.

Existem inúmeros exemplos de efeitos horizontais de direitos fundamentais no direito contratual de várias jurisdições europeias²¹. Os efeitos horizontais reconhecidos são comumente indiretos, operando através de uma das cláusulas gerais. As cláusulas gerais mais frequentemente utilizadas no direito contratual são aquelas baseadas nos bons costumes²² e na boa-fé²³.

¹⁶ Uma vez que o efeito horizontal é um assunto relativamente novo, a maioria das constituições e tratados internacionais são silentes na matéria. No debate parlamentar, antes da reforma da constituição da Holanda em 1983, o assunto foi discutido, mas foi expressamente deixado aos tribunais para seu futuro desenvolvimento. Para ECHR (Convenção Europeia de Direitos Humanos) ver VAN DIJK/ VAN HOOFF, *op. cit.*, p.24.

¹⁷ Sobre a Itália ver RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milão, 1969, p. 169; ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma, 1996, p. 89; DI MAJO, *Delle Obligazioni in Generale*, artt. 1173-1176, in: *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna/Roma, 1988, pp. 65, 289 (ver também p. 342); CIAN/TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, 5. ed., Padova, 1997, art. 1175, II, 2; CANTILLO, *Le Obligazioni*, in: *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1992, I, pp. 203-282. Ver também RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, 2000, p. 36; SACCO/ DE NOVA, *Il contratto*, in: *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, I, p. 416. Entretanto, em outros casos, fora do direito contratual (p.ex: direito de personalidade), o efeito horizontal direto é aceito. Ver amplo debate sobre direito de personalidade. ALPA, *Trattato di diritto civile, I Storia, fonti, interpretazione*, Milão, 2000, p. 521. Igualmente, nem o legislador holandês (na ocasião da reforma constitucional de 1983) nem os tribunais holandeses são dogmáticos no que diz respeito ao efeito direto ou indireto; eles adotam uma abordagem mais pragmática (e inconsistente). Ver TK 1975-1976 13872 nr. 3, p. 16-17. HARTKAMP, *loc. cit.*, p. 119 e VAN EMPEL/ DE JONG, “*Constitution, International Treaties, Contracts and Torts*”, in: HONDIUS /JOUSTRÁ (eds.), *Netherlands Reports to the Sixteenth International Congress of Comparative Law*, Antwerp, Oxford, New York, 2002, pp. 283-304.

¹⁸ Ver o seu progresso em <http://european-convention.eu.int>.

¹⁹ Isso nos traz a questão de uma gestão de vários níveis. Ver JOERGES, “*The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective*”, *ELJ* 1997, pp. 378-406.

²⁰ P.12

²¹ Para uma visão recente na Holanda ver HARTKAMP, *loc. cit.*, e VAN EMPEL/DE JONG, *loc. cit.*

²² Por exemplo, § 138 *BGB*. Ver DEN BRINK, 2002, *De rechtshandeling in strijd met de goedezeden*, Haia, 2002.

²³ Na Alemanha, por exemplo, os §§ 137 *BGB*, 242 *BGB*, 9*AGBG*. Ver PALANDT/HEINRICHS 2001, § 242, nº 7; WOLF/HORN/LINDACHER 1999, § 9 (WOLF), 113 (“*Eingangstor für die mittelbare*

Um claro exemplo é o caso alemão em que um locador impediu seu inquilino de instalar uma antena parabólica no telhado. O inquilino e sua família, que eram de nacionalidade turca, desejavam receber sinal de programas da televisão turca, não disponíveis na antena convencional que recebia sinal de apenas cinco canais alemães. O Tribunal Constitucional Alemão julgou que o art. 5º da Lei Fundamental Alemã, que protege a liberdade de discurso incluindo a liberdade de receber informação, tem um efeito horizontal na relação contratual entre o locador e o inquilino através da obrigação geral do locador (parágrafo 536 BGB) e da cláusula da boa-fé (242 BGB)²⁴. Portanto, uma vez que o inquilino dependesse de uma antena parabólica para receber a informação que ele gostaria, o locador estaria obrigado a permitir-lhe a instalação de uma²⁵.

Outros direitos contratuais que têm a garantia de efeito horizontal reconhecida incluem o direito da dignidade humana²⁶, o direito geral de personalidade²⁷, o direito à igualdade²⁸ e à livre consciência²⁹. É frequentemente dito por estudiosos que, em princípio, todos os direitos constitucionais poderiam ter um efeito horizontal indireto através da cláusula geral de boa-fé³⁰. Eles podem, assim, proporcionar a base para a futura ‘constitucionalização’ do direito contratual europeu³¹.

IV. DIREITOS SOCIAIS NOS CONTRATOS

Não apenas aos direitos de liberdade, que são frequentemente referidos como clássicos, são dados efeitos horizontais indiretos, todavia, os direitos sociais também podem ser considerados clássicos em vários países.

Na Itália, por exemplo, o art. 2º da Constituição garante a solidariedade social³². O artigo preleciona: “*La Repubblica (...) richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”³³. Tem sido aceito pelos tribunais italianos que esse artigo tem um efeito horizontal indireto. Por exemplo, em 1994 a *Corte di Cassazione* decidiu que a obrigação de solidariedade determina o

Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht”). Na Holanda, por exemplo, art. 3:40; 6:2, 6:162, 6:248. HARTKAMP, loc. cit., p. 117; VAN DEN BRINK, *op. cit.*, p. 38.. VAN EMPEL & DE JONG, *loc. cit.*

²⁴BVerfGE 90, 27 (09/02/1994).

²⁵ Como dito acima, em relações horizontais há, frequentemente, uma colisão de direitos. O mesmo aconteceu nesse caso, em que um locador invocou seu direito de propriedade (art. 14, Seção 1 GG) que permitia a ele manter a integridade estética do prédio. No entanto, na visão do BVerfG, nas circunstâncias específicas desse caso, o direito de se informar do inquilino prevaleceu.

²⁶ Art. 1 GG. Ver MÜNCHENER KOMMENTAR (ROTH) 2001, § 242, n° 54.

²⁷ Ver RESTA, “*Diritti della personalità e limiti della libertà contrattuale e nell’evoluzione del diritto europeo*”. Na Alemanha, art. 2º GG. MÜNCHENER KOMMENTAR 2001, § 242, n° 54. Na Holanda um direito geral de personalidade era desconhecido como tal. Posteriormente foi desenvolvido pelos tribunais civis.

²⁸ Art. 3 GG. Ver PALANDT/HEINRICHS 2001, § 242, n° 10; MÜNCHENER KOMMENTAR 2001, § 242, n° 56.

²⁹ Art. 4 GG. Ver PALANDT/HEINRICHS 2001, § 242, n° 9; MÜNCHENER KOMMENTAR 2001, § 242, n° 54.

³⁰ Ver, por exemplo, PALANDT/HEINRICHS 2001, § 242, n° 12.

³¹ Sobre a “constitucionalização do direito privado” ver BASIL MARKESINIS, “*Comparative Law - A Subject in Search of an Audience*”, 53 *MLR* (1990), pp. 1-21. Sobre a constitucionalização da responsabilidade civil, ver CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, München 1996, Vol. I, n° 553., e ALPA, *Trattato di diritto civile, I Storia, fonti, interpretazione*, Milão, 2000, que dedica a primeira seção do capítulo às fontes do direito privado até “*La Costituzione e la costituzionalizzazione del diritto civile*”.

³² Ver, na história, o significado e a importância do conceito de solidariedade. ALPA, *op.cit.*, p.604

³³ “A República requer o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”. Tradução nossa.

conteúdo, os efeitos, a interpretação e o adimplemento dos contratos através das cláusulas gerais de boa-fé³⁴.

Na Alemanha é amplamente aceito que o *Sozialstaatsklausel* (arts. 20 e 28 GG)³⁵, é a base legal para fiscalizar o conteúdo do termo das normas (*Inhaltskontrolle*) (art. 9º AGBG)³⁶. Além disso, essa cláusula pode, de uma maneira geral, ser a base de proteção para partes contratantes frágeis, quer através do parágrafo 138 BGB (invalidade em caso de imoralidade), quer através do parágrafo 242 BGB (a cláusula geral de boa-fé)³⁷.

Um notável exemplo ocorrido na Alemanha, baseado em parte na *Sozialstaatsklausel*, é o famoso caso decidido em 1993 sobre a validade da garantia pessoal³⁸.

Neste caso, um banco ofereceu empréstimo de 100.000 marcos alemães a um empresário sob a condição de sua filha fornecer uma garantia pessoal. A filha, que tinha 21 anos, baixa instrução, desempregada e sem qualquer patrimônio, aceitou ser a fiadora de todo o débito de seu pai. Quatro anos depois o negócio do pai passou por dificuldades financeiras e o banco cobrou da filha os 100.000 marcos alemães além de juros. Após ter sido rejeitada pelo tribunal de apelação, a alegação do banco foi acolhida pelo mais alto tribunal civil (BGH).

³⁴Cass., 20/04/1994, n.º. 3775, *Corr. giur.* 1994, p. 566, nota Carbone: “*chel’ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientar nel’interpretazione (art. 1366 c.c.) e l’esecuzione (art. 1375).*” [que o respeito à legalidade formal não se traduza em sacrifício da justiça e não resulte, portanto, na não observância desse dever (inderrogável) de solidariedade, agora constitucionalizado (art. 2 Cost.), que, aplicado aos contratos, determine o conteúdo ou seus efeitos (art. 134 c.c) e deve, de cada vez, orientar a interpretação(art. 1366 c.c.) e a execução (art. 1375)]. Ver o anterior *Trib. Bologna*, 21/07/1970, *Riv. dir. comm.* 1971, II, 277, nota Alpa, *Giur. it.* 1971, I, 2, 211 (= *Trib. Bologna*, 05/11/ 1970, *Foro it.* 1971, I, 1030). Para mais obrigação de solidariedade, sem explícita referência ao art.2º: *Cost.: Cass.*, 05/01/ 1966, nr. 89, *Corr. giur.* 1994, p. 566, nota Carbone, *Foro Pad.* 1966, I, 524; *Cass.*, 18/07/ 1989, no. 3362, *Foro it.* 1989, I, 2750, notas Di Majo e Mariconda; *Cass.*, 20/07/1989, no. 3386, *Foro it.* 1989, I, 3100, nota Mariconda; *Cass.*, 09/03 1991, no. 2503, *Foro it.* 1991, I, 2077, nota Bellantuono. ALPA, *L’arte di giudicare*, Roma, 1996, p. 89.

³⁵ Art. 20 (1): “*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.*” [A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social]; Art. 28 (1): “*Die verfassungs mäßige Ordnung in den Ländern muß den Grund sätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat es im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen. (...)*” [A ordem constitucional nos Estados tem de corresponder aos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito, no sentido da presente Lei Fundamental.]

³⁶ Ver PALANDT/HEINRICHS 2001, § 242, no. 12.

³⁷ Ver PALANDT/HEINRICHS 2001, §138 no. 6: “*Der in der Rechtsprechung seit lange man der kannte Grundsatz, dass mit Hilfe des § 138 dem Mißbrauch wirtschaftlicher Macht entgegen zu wirken ist, hat im Sozialstaatsprinzip seine Grundlage.*” [A lei reconheceu há muito tempo com a ajuda do § 138 do BGB, o abuso do poder econômico contraria o princípio da justiça social]. Entretanto, MÜNCHENER KOMMENTAR 2001, § 242 (ROTH), n.º. 53 dispõe que esse papel deveria ser limitado: “*dem Sozialstaatsprinzip kann wieder um nicht die Bedeutung beigemessen werden, daß es jedermann im Privatrechts verkehr zu unbegrenzter Rücksicht nahme auf die Interessen des wirtschaftlich Schwächeren verpflichte (...)* tendenziell [kommt] dem Sozialstaatsprinzip bei den im Rahmen des § 242 erforderlichen Abwägungen keine hervorragenden Bedeutung [zu].” [ao princípio do bem-estar, por sua vez, pode não ser dada a importância das relações jurídicas de direito privado a respeito dos interesses dos economicamente mais fracos (...) o princípio do bem-estar, nas considerações do § 242, não tem grande importância.

³⁸BVerfGE 89, 214, *NJW* 1994, 36. Casos similares ocorreram em outros países também. No entanto, lá a solução foi encontrada em termos de obrigações de informação pré-contratuais. Ver, por exemplo, *Barclays Bank plc v. O'Brien* [1994] 1AC 180. Ver CARTWRIGHT, *Taking Stock of O'Brien* [1999] R.L.R. 1.

Entretanto, a filha apelou para o Tribunal Constitucional (*BVerfG*). Ela alegou que o BGH, através de sua decisão, teria violado seus direitos de proteção à dignidade (art. 2º, Seção 1, GG) em conexão com o *Sozialstaatsprinzip* (art. 20, Seção 1 e art. 28, Seção 1 GG). E ela obteve sucesso.

Interessante notar que nessa decisão o tribunal julgou, em termos muito gerais, que, apesar do dever de tribunais de considerar os contratos como a expressão da autonomia constitucionalmente protegida das partes, tribunais civis devem interferir, com base nas cláusulas gerais (parágrafo 138 e 2424 BGB), em casos que um desequilíbrio estrutural de poder de barganha acarreta em um contrato oneroso para a parte mais frágil. Essa obrigação dos tribunais civis em interferir é baseada, de acordo com o Tribunal Constitucional, na obrigação constitucional de proteger a autonomia da parte em conexão com o *Sozialstaatsprinzip*³⁹.

Tanto o art. 2º da Constituição italiana quanto o art. 20 da Lei Fundamental Alemã são pós 2ª. Guerra Mundial. Várias constituições europeias, especialmente as mais antigas, não contêm regras similares. Todavia, inúmeras constituições nacionais e, especialmente um expressivo número de convenções internacionais – notavelmente a Carta Social Europeia – contêm outros direitos sociais, especialmente direito dos trabalhadores. Um típico exemplo de um direito que ganhou proteção constitucional em várias constituições da Europa e também da Carta Social Europeia (art. 24) é o direito do empregado contra demissão sem justa causa.

No entanto, em alguns países, os tribunais têm sido relutantes em dar qualquer efeito real, especialmente nas relações horizontais⁴⁰. E, em alguns casos, seus efeitos são comumente limitados aos contratos de trabalho, não se estendendo para outros contratos.

V. A POLÍTICA DE DIREITOS

Toda a conjuntura discutida encaminha para a reflexão acerca da questão política de direitos. Em seu famoso livro *L'età dei diritti*⁴¹ (A Era dos Direitos - 1990) o aclamado jurista e filósofo político italiano Norberto Bobbio diz: “*i diritti dell'uomo, per fondamentali Che siano, sono diritti storici, cioè nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre.*”⁴²

No caso da chamada primeira geração dos direitos de liberdade isto é óbvio: eles foram afirmados com a independência americana e com a Revolução Francesa. Similarmente, os direitos sociais são claramente o resultado da emancipação dos trabalhadores e suas organizações em sindicatos⁴³. No mesmo sentido, o feminismo e as lutas de minorias étnicas têm estabelecido o direito à igualdade. E os direitos do consumidor não teriam sido tão fortes como hoje sem os esforços de organizações de consumidores e grupos de pressão.

³⁹ Ver pp. 231-234 da decisão do *BVerfG*.

⁴⁰ Ver VAN EMPEL & DE JONG, *loc. cit.*, p. 290. No entanto, ver HR, 30/05/1986, *NJ* 196, 688, em que o art. 6 ESC, que garante o direito de greve, foi julgado como auto-executável.

⁴¹ NORBERTO BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1997, p. XIII. No mesmo diapasão TRABUCCHI 2001, § 43 (p. 97).

⁴² Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (Tradução nossa)

⁴³ Similarmente, a Constituição italiana no pós-guerra foi claramente marcada (em parte) pelos partidários comunistas.

Na Europa de hoje a situação é clara e abertamente marcada pela negociação política. Isso ficou ainda mais óbvio desde a Convenção Europeia, presidida por Valéry Giscard D'Estaing, que está atualmente preparando uma Constituição europeia. Assim, Bobbio está correto quando diz que direitos humanos, fundamentais como devem ser, não são “naturais”, mas resultado de lutas políticas. Qual, então, seria um aceitável resultado dessa luta para o direito contratual europeu?

Hoje é amplamente aceito que o direito contratual é mais bem entendido se baseado em duas fundamentais – e conflitantes – ideias. Vale dizer, autonomia e solidariedade. A ideia de autonomia está politicamente atrelada ao liberalismo (“a direita”), e seus dogmas típicos no direito contratual são a “liberdade de contratar” e a “força obrigatória do contrato”. A ideia de solidariedade, por seu turno, está politicamente atrelada ao socialismo (“a esquerda”), e seus principais dogmas no direito contratual são o “dever da boa-fé” e a “necessidade de leis cogentes específicas para a proteção das partes mais vulneráveis”.

A função prática mais importante dos direitos fundamentais, não apenas nas situações verticais, mas também nas horizontais, é a sua força retórica⁴⁴. Leis de direito privado e tribunais civis tentam resolver conflitos de cidadãos equilibrando seus interesses. O equilíbrio de interesses é suscetível de inclinar em favor de uma parte se ela alega que seu interesse é constitucionalmente protegido como um direito fundamental⁴⁵.

Desse modo, é crucial que as adequadas proteções constitucionais estejam ao alcance para ambos os tipos de direitos, fundamentais para o direito contratual: um direito geral de autonomia e um direito geral de liberdade de um lado, e um direito geral de solidariedade aliado a um direito social específico por outro lado⁴⁶.

Além disso, e ainda mais importante⁴⁷, ambos os direitos deveriam ser formulados de uma maneira em que fosse possível fazê-los igualmente efetivos, também em casos de direito privado, seja direta ou indiretamente (através das cláusulas gerais)⁴⁸.

⁴⁴ DUNCAN KENNEDY, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Cambridge Massachusetts 1997, p. 297

⁴⁵ BOBBIO, *op. cit.*, p. XX: “Il linguaggio dei diritti ha indubbiamente una grande funzione pratica, che è quella di dar particolare forza alle rivendicazioni di quei movimenti che richiedono per sé e per gli altri soddisfazione di bisogni materiali e morali” [A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais].

⁴⁶ No mesmo sentido BRIGITTA LURGER, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Wien, New York 2002, p. 242 que discute um direito ainda mais específico para relações contratuais que são ao menos “de algum modo justos”: “das ‘soziale’ Grundrecht auf einigermaßen faire Vertragsbeziehungen, die eine einseitige schwerwiegende Verletzung der wirtschaftlichen Interessen einer der Parteien verhindern.” [o direito “social” fundamental para relações contratuais razoavelmente justas serve para evitar a violação unilateral abusiva dos interesses das partes.] Um pedido forte para um conjunto de direitos sociais Europeus, não apenas redistribucionistas mas também no campo da eficiência, é feito por MIGUEL POIARES MADURO, “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU”, in: PHILIP ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, pp. 449-472. .

⁴⁷ Grande importância prática e também que a corte deveria ter o poder - certamente a obrigação – para declarar inconstitucionalidade do contrato permitido.

⁴⁸ Eu seria a favor de um efeito horizontal direto. (Do mesmo modo, para os Países Baixos EVERTVERHULP, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers em ambtenaren*, Haia, 1996, p. 32.) No meu ponto de vista, os argumentos contra os efeitos horizontais direto (veja acima) não são muito convincentes. O argumento que o direito privado é autônomo e é baseado em suas próprias considerações de justiça é um *petitio principii*. O argumento de que o efeito direto horizontal aumentaria muito o direito privado para um nível constitucional não é convincente, uma vez que o mesmo argumento se aplicaria a algumas disposições do Tratado EC, como por exemplo art. 85 em competição, a qual tem um efeito horizontal direto, que é geralmente aceito e não parece aumentar insuperáveis problemas. Finalmente, a

Especialmente, o direito não deveria ser formulado de maneira vaga pelo legislador. Na Alemanha, estudiosos diferenciam os direitos fundamentais em duas categorias, 1) *Eingriffsverbote*, que proíbe a interferência do Estado na liberdade pessoal e, 2) *Schutzgebote*, que meramente impõe uma obrigação ao Estado de compreender um certo valor. No primeiro caso a análise constitucional é intensa (*Übermaßverbot*), no último caso o controle é apenas marginal (*Untermaßverbot*). Nessa visão, direitos clássicos de liberdade pertencem à primeira categoria, enquanto que o direito à igualdade e, especialmente, direitos sociais pertencem à segunda. Para o direito privado o efeito da adoção dessa distinção seria que as intervenções com a autonomia das partes seriam severamente escrutinadas, ao passo que a realização dos direitos sociais ficaria restrita a “casos extremos”. Essa visão é defendida especialmente por Canaris⁴⁹. No entanto, é fortemente – e convincentemente – rejeitada por Brigitta Lurger como uma tentativa clássica de vencer uma batalha política, introduzindo uma suposta distinção dogmática “técnica”⁵⁰: “*auch die am staatlichen Eingriff orientierte Differenzierung nach Schutzgebots- und Eingriffsverbotsfunktion (Canaris) [läuft] nur auf den Versuch hinaus, der formellen Vertragsfreiheit gegenüber sie einschränken dem zwingen dem Schutzrecht größeren Raum einzuräumen, eine inhaltliche Argumentation, die sich natürlich auch auf einfachgesetzlicher Ebene findet*”⁵¹. Nem deveria um direito social geral ser objeto de tantas qualificações, desde que aquelas técnicas legislativas são frequentemente julgadas de serem um impedimento ao efeito (vertical e horizontal) direito, desde que eles deixem o legislador com a (supostamente ampla) margem de apreciação⁵².

Na ausência de direitos sociais suficientemente executáveis em relações horizontais – isto é, entre partes privadas – toda a batalha de socialização do direito contratual do século XX (deveres da boa-fé, proteção dos trabalhadores, inquilinos e consumidores) estaria em risco de recomeçar, mas agora em um nível mais alto - o constitucional – onde as apostas no debate político são ainda maiores⁵³ (Note o paralelo com a reinvenção do capitalismo cru à guisa da “globalização” em que a “liberdade de contratar” é defendida como ideia central para um novo direito privado⁵⁴).

escolha é política (política constitucional). BRIGITA LURGER (*op.cit.*, p.228) certamente aponta que o tópico realmente importante não é quão fundamental são aos direitos operarem num relacionamento privado mas quão forte são os seus impactos. Apesar disso, deve-se saber que este efeito é mais propenso de ser mais forte quando ele é direto. Por esta razão, a estratégia conservadora para limitar os efeitos para um efeito indireto. ALPA, *op. cit.*, pp. 497 e 516.

⁴⁹ CANARIS, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁰ Ver políticas de questões técnicas: DUNCAN KENNEDY, ‘The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law’, 10 *ERPL* (2002), pp. 7-28.

⁵¹ LURGER, *op. cit.*, p. 238. Também a intervenção do governo, orientada pela diferenciação sobre a função de oferta de proteção e a função de proibição de intervenção, corre apenas na tentativa de os contratos formais de liberdade, comparados com essas funções, garantirem maior espaço ao direito de proteção restrito e obrigatório; uma argumentação consistente, a qual se encontra também em um nível infraconstitucional. (Tradução nossa).

⁵² HARTKAMP, *loc. cit.*, p. 117

⁵³ Compare os Estados Unidos onde a Suprema Corte, no caso *Lochner v. Nova York* (1905), estabeleceu lei de horas máximas para os padeiros e, assim, efetivou a constitucionalização da liberdade de contrato, sem garantir qualquer contrapartida social em nível constitucional.

⁵⁴ Por exemplo, KLAUS PETER BERGER, “*Transnational Commercial Law in the Age of Globalization*”, in: *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero* (dirigido por M.J. Bonell), *Saggi, conferenze e seminari*, n. 42, Rome 2001. Sobre o custo social da globalização, ver NOAM CHOMSKY, *Profit over people; neoliberalism and global order*, New York, 1999 e NAOMI KLEIN, *No Logo*, London, 2000. Fortemente a favor da regulamentação do direito privado dos mercados (europeu e global): UGO MATTEI, “*Hard Code Now!*”, *Global Jurist Frontiers*(2002): Vol. 2: N°. 1, Art. 1°.

A Carta Europeia contém um artigo, no Capítulo II – nas “Liberdades”, que poderia servir de base para a proteção constitucional em casos de autonomia das partes nos contratos: O art. 6º, que é chamado de “direito à liberdade e à segurança”. Entretanto, uma disposição geral similar está em falta no Capítulo IV – na “Solidariedade”. Portanto, recomenda-se aos elaboradores da Constituição europeia que adicionem uma lei similar à *Sozialstaatsklausel* alemã e à *solidarietà politica, economica e sociale* italiana. O argumento de que tal lei necessitaria ser vaga é inaceitável. A lei deveria ser elaborada simplesmente de maneira a ser possível a operacionalização pelos tribunais, especialmente em relações horizontais. Citaremos novamente Norberto Bobbio⁵⁵: “*Si ricordi che il più forte argomento addotto dai reazionari dritti i paesi contro (...) i diritti sociali, non è già La loro mancanza di fondamento, ma La loro inattuabilità. (...) Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. È un problema non filosofico ma politico*”⁵⁶.

⁵⁵ P.15.

⁵⁶ Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra (...) os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. (...) O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (Tradução nossa).