



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCELO SAMPAIO PIMENTEL ROCHA

**DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS
RELAÇÕES PRIVADAS.**

**FORTALEZA
2007**

MARCELO SAMPAIO PIMENTEL ROCHA

**DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES
PRIVADAS.**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho.

FORTALEZA
2007

MARCELO SAMPAIO PIMENTEL ROCHA

**DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES
PRIVADAS**

Monografia apresentada no Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho.

Aprovada em 19 / 01 / 2007

BANCA EXAMINADORA

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará

Prof. Danilo Santos Ferraz
Universidade Federal do Ceará

Aos verdadeiros destinatários deste trabalho, os humilhados, excluídos pela mão impiedosa da opressão, oferto este sopro de esperança e de crença em uma sociedade mais justa.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que em sua infinita bondade permite o milagre de novos dias.

Aos meus pais, pelos princípios e pela vida, por toda a vida.

Ao meu orientador, Francisco de Araújo Macedo Filho, paradigma de saber e de hombridade “a toda prova”.

Aos membros da banca, William Paiva Marques Júnior e Danilo Santos Ferraz, por abrilhantarem este momento.

Ao Eduardo Robinho, meu irmão, pela serenidade que me inspira a vãos mais auspiciosos.

Às *pedras não-lapidadas* que se colocam em nosso caminho e encerram a verdadeira *beleza*.

Aos amigos Alberto, Bandeira, Felipe, Jonatan, Lorena e Sarah, pela presença passada e hodierna e pela certeza da amizade.

A Rodrigo Couto, Rubens Limão, Bruno Silveiras e demais componentes dos “Truta”, com quem não me canso de aprender sobre o Direito e sobre a vida.

A todos que, de alguma forma, deixaram marcas no meu caminho ainda tão imberbe.

“(…)

Quero paz e liberdade

Sossego e fraternidade

Na nossa pátria natal

Desde a cidade ao deserto

Quero o operário liberto

Da exploração patronal

Quero ver do Sul ao Norte

O nosso caboclo forte

Trocar a casa de palha

Por confortável guarida

Quero a terra dividida

Para quem nela trabalha

Eu quero o agregado isento

Do terrível sofrimento

Do maldito cativo

Quero ver o meu país

Rico, ditoso e feliz

Livre do jugo estrangeiro

A bem do nosso progresso

Quero o apoio do Congresso

Sobre uma reforma agrária

Que venha por sua vez

Libertar o camponês

Da situação precária

Finalmente, meus senhores,

Quero ouvir entre os primores

Debaixo do céu de anil

As mais sonoras notas

Dos cantos dos patriotas

Cantando a paz do Brasil”

(Patativa do Assaré)

RESUMO

Analisa a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Aborda a evolução histórica dos direitos fundamentais nos diferentes paradigmas de organização estatal. Apresenta o entendimento da doutrina e jurisprudência brasileiras sobre a matéria, expondo as diversas teorias que se prestam a explicar o modo de incidência dos direitos fundamentais nas relações privatísticas.

Palavras chave: Eficácia dos Direitos Fundamentais. Direito Privado. Eficácia Horizontal.

ABSTRAIT

Analyse la possibilité de l'application des droits fondamentaux aux relations privés. Aborde l'évolution historique des droits fondamentaux aux différents paradigmes de l'organisation de l'État. Présente la compréhension de la Doctrine et la Jurisprudence brésiliennes sur la matière, en signalant les différents théories qui expliquent la façon de l'applicabilité des droits fondamentaux à l'applicabilité des droits fondamentaux aux relations privés.

Mots clés: L'efficacité des droits fondamentaux. Droit Privé. Efficacité horizontale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 Evolução dos Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social	14
<i>1.1.1 Direitos Fundamentais no Paradigma Liberal</i>	<i>15</i>
<i>1.1.2 Direitos Fundamentais no Paradigma Social</i>	<i>19</i>
<i>1.1.3 Direitos Fundamentais no Paradigma Pós-Social.....</i>	<i>27</i>
1.2 A Constituição como Norma	32
1.3 Princípios Constitucionais e Pós Positivismo	36
1.4 A Constituição como Cerne do Direito Privado.....	40
1.5 A Dignidade da Pessoa Humana e a Tutela da Personalidade	45
1.6 A Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais	48
2 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS	54
2.1 Teoria da State Action.....	55
2.2 Teoria da Eficácia Indireta e Mediata	59
2.3 Teoria da Eficácia Direta e Imediata	61
2.4 A Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas, na Constituição Brasileira.	64
2.5 A Posição da Doutrina e da Jurisprudência Brasileiras	67
<i>2.5.1 Recurso Extraordinário 201.819/RJ</i>	<i>70</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais vêm merecendo crescente atenção da dogmática jurídica, multiplicando-se os ensaios sobre tal fenômeno. Fala-se inclusive na 6ª “geração” de direitos fundamentais, quando na verdade sequer esgotou-se o significado da primeira.

Com efeito, após os horrores do Holocausto, acorreram os estudiosos de todo o mundo, na direção dos direitos fundamentais, como que a uma tábua de salvação em meio à barbárie que se pode ocultar por detrás da Lei.

A propalada distinção entre Direito e Moral, de tanta carestia à Escola da Exegese, não serviu para impedir as atrocidades perpetradas nas duas Guerras Mundiais, desvelando a perigosa contradição que um ordenamento jurídico asséptico, absolutamente dissociado de valores, pode encerrar.

A par de tudo isso, as profundas transformações sociais experimentadas desde os estertores do século XIX inauguraram um cenário de opressão e iniquidade nunca dantes vistos, passando o homem a submeter-se ao julgo do próprio homem.

É nesta realidade, de império do poderio econômico, falência do Estado e concentração de renda a níveis exorbitantes, que avulta a importância de tomar-se a sério a disciplina dos direitos fundamentais.

O vertente estudo propõe-se a analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais, diretamente influenciada pela ruptura das três conformações estatais, aqui expostas: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Pós-Social ou Neoliberal, como queiram.

As principais premissas teóricas, que servem de fundamento à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas também serão alvo de minudente análise,

quais sejam a força normativa da Constituição, o pós-positivismo, a “publicização” do Direito Privado, a dignidade da pessoa humana e a tutela da personalidade na Constituição de 1988, bem como a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Recorre-se, amiúde, a determinados temas enfrentados pela doutrina pátria e alienígena, que em muito dizem respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como, por exemplo, à ponderação de valores, nova hermenêutica constitucional e à autonomia privada como garantia constitucional. Procura-se, entretanto, manter uma linearidade, tão almejada em qualquer estudo.

Perpassa-se aqui, também, o cerne das principais teorias imbricadas com o tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, iniciando-se com a teoria da State Action, que merece a hegemonia no direito norte-americano e nega qualquer eficácia horizontal aos direitos fundamentais.

Em seguida, visita-se a doutrina da eficácia indireta e imediata, vigente no direito alemão, segundo a qual os direitos fundamentais guardariam aplicação, ora no espaço atinente às cláusulas gerais de direito privado, ora permeando os conceitos indeterminados utilizados pelo legislador infraconstitucional.

Ao cobro, expõe-se a teoria mais progressista, a qual nos filiamos, que apregoa a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, sempre que silente o legislador, ou quando este não conciliar, devidamente, os bens constitucionais em conflito.

É de nosso intento, ao fim do trabalho, traçar um panorama que revele o tratamento que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem encontrado no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, pretende-se perscrutar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e instâncias ordinárias, bem como colacionar o entendimento doutrinário prevalecente no Brasil.

Insta advertir, embora se tenha tentado abordar os tópicos mencionados, com a devida substância, os limites deste estudo tolheram por diversas vezes a alusão a temas importantes como a teoria dos deveres de proteção, a eficácia horizontal na jurisdição supra-nacional dos direitos humanos, dentre outros. Note também, que este tema ressoa-se de mais vastas fontes de pesquisas, conquanto tenhamos procurado imprimir a análise mais abrangente possível.

1. **Direitos Fundamentais**

Cumprir tecer, inicialmente, algumas considerações de ordem terminológica acerca do tema examinado, mormente para que se delimite a sua extensão e o alcance de tal estudo. Em que pese o visível dissenso conceitual quanto à matéria, optou-se pela terminologia mais afinada com o texto constitucional, conforme adiante exposto, sem maiores veleidades doutrinárias.

Observa-se a utilização indiscriminada de expressões, como “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “liberdades fundamentais”, “liberdades públicas”, dentre outras. Cada uma, a seu modo, confere maior relevo a determinado aspecto da disciplina.

A opção por “direitos fundamentais” enquanto epíteto mais abrangente, a englobar às demais espécies, afigura-se consentânea com a dicção, via de regra, adotada pela Constituição de 1988, que no Título II refere-se a “Direitos e Garantias Fundamentais”. Consiste, portanto, em gênero de que são espécies os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V).

Todavia, sem embargo de tal distinção, cabe alertar que o enfoque aqui proposto encontra-se sobremaneira voltado para a eficácia dos direitos individuais na seara privada, de sorte a quase identificar gênero e espécie.

Ocorre que, a nosso sentir, os direitos individuais, frutos da primeira dimensão de direitos fundamentais, afiguram-se mais consolidados na dogmática constitucional, revelando liames mais nítidos, além de maior substrato fático para fins de pesquisa, que os direitos de terceira e quarta geração, por exemplo. Ademais, a gênese daqueles direitos, no seio do Estado Liberal e, em franca oposição ao arbítrio estatal, enseja

considerações de outra ordem quando se tem em vista os direitos sociais, cunhados precipuamente para regular a relação entre empregado e empregador, entes privados por natureza. Note-se que mesmo na relação trabalhista há espaço para incidência dos direitos individuais, o que, todavia, desborda do objeto deste trabalho.

Por fim, debruça-se, ainda que brevemente, sobre o termo “Aplicação” constante de nossa epígrafe, “Da Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas”, para também justificar a sua adoção em meio a outras nomenclaturas utilizadas, como “vigência” e “validade”.

Trata-se aqui de “aplicação” como sinonímia de “eficácia”, abstraindo-se de pretensa distinção doutrinária acerca dos vocábulos em questão. De fato, a problemática enfrentada parte de um dos predicados da norma jurídica que, ao nosso ver identifica-se mais claramente com a eficácia, conforme preceitua Meirelles Teixeira¹:

Designa-se por aplicabilidade, ou eficácia da norma a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os efeitos jurídicos, ao regular desde logo, em maior ou menor escala, as situações, relações e comportamentos de que cogita.

Deflui da própria conceituação de “eficácia”, um de seus aspectos que iniludivelmente converge para a o vertente estudo, qual seja a existência de graus de eficácia de uma mesma norma jurídica, aqui considerada a norma definidora de direito fundamental. Consoante analisaremos, no momento oportuno, uma das dificuldades enfrentadas na construção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é, basicamente, definir o ângulo de incidência da norma constitucional, no bojo da relação privada, dizendo de outra forma, o “como” incide o preceito constitucional, em meio à relação jurídica privatística.

¹ TEIXEIRA, J.H. Meireles. Curso de Direito Constitucional, Forense Universitária, 1a ed., 1991, p. 289.

1.1 Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social.

A compreensão da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas supõe um breve apanhado histórico acerca da evolução de tal fenômeno no seio das diferentes conformações que Estado e Sociedade assumem. Não se pretende aqui a divisão estanque entre os modelos Liberal, Social e Pós-Social, mas o reconhecimento da gradativa alteração que as diferentes realidades juspolíticas impingiram aos direitos fundamentais.

Ressalte-se ainda que, em face do caráter histórico que permeia a origem dos direitos fundamentais, faz-se necessária a análise dos fatores políticos, sociais e culturais determinantes para o reconhecimento e afirmação de tais direitos. Conforme passagem de Hannah Arendt, “os direitos humanos não são um dado mas um construído”²

Reclama portanto, tal disciplina, um sítio histórico, cujas feições mais claras se verificam na Modernidade, seja no modelo do Estado Social, Liberal ou mesmo Pós-Social. Trata-se, ademais, de um fenômeno que se deflagrou no mundo ocidental, conforme ilustra Daniel Sarmiento:

De fato, não há como negar que a história dos direitos humanos retrata, antes de tudo, o percurso de uma idéia que brotou e se desenvolveu na civilização ocidental. Estes direitos são a tradução normativa de determinada cosmovisão que, em sua essência remonta à filosofia Iluminista.³

Nada obstante a ressalva que faz aquele autor, quanto a questionamentos de ordem multiculturalista acerca dos direitos humanos, o que se constata é que tal enfoque faz-se preferível, à violência diuturna que se abate sobre a dignidade humana

² Hannah Arendt **apud** SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, p.19.

³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, p.19.

nos mais diversos lugares do globo, o que em hipótese alguma se pode ocultar sob o manto do respeito à diversidade cultural.

Partindo-se das premissas de cunho temporal e topológico aqui citadas, propõe-se, entretanto, uma abordagem dos direitos humanos enquanto fenômeno jurídico universal, a permear os mais variados ordenamentos jurídicos, bem como a ordem normativa supra-estatal. Passa-se agora aos contornos do objeto deste trabalho, nos diferentes paradigmas.

1.1.1 Direitos Fundamentais no Paradigma Liberal

Remonta ao Iluminismo, notadamente na expressão do constitucionalismo, o conceito moderno de direitos humanos, enquanto prerrogativas inatas do indivíduo, que antecedem o Estado e a comunidade política. Dentro do contexto absolutista de arbítrio e opressão, subsequente à centralização do Poder que se operou a partir do século XV, emergem os direitos fundamentais como salvaguarda dos indivíduos em face do poder estatal, dantes tido como portador da *summa potestas*.

Entremeavam o pensamento político da época as idéias de Locke, Kant e Rousseau, que buscavam no contrato social o fundamento da legitimidade do poder estatal. Precipuamente em Locke, emerge a idéia de proteção aos direitos fundamentais, enquanto valores indissociáveis do indivíduo. Como leciona Wilson Steinmetz⁴

No modelo de contrato social que formulou, os indivíduos não alienavam todos os seus direitos, como em Hobbes e Rousseau. Eles retinham direitos naturais, inatos e inalienáveis, que os governantes tinham de respeitar, e cuja infringência justificava até mesmo o exercício do direito de resistência. Dentre tais direitos, o mais essencial segundo Locke, era a propriedade, cuja proteção representava a mais importante função estatal.

Daí advém a concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa frente ao Estado, da concepção lockeana, ou “liberdade dos modernos”, a retratar tais

⁴ STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004. p.68.

direitos como deveres de abstenção do Estado, diante das liberdades privadas do indivíduo. A somar-se a tal limitação do poderio estatal, o modelo de separação dos poderes, idealizado por Montesquieu terminava por aparar as arestas do arcabouço institucional do Estado Liberal.

Carl Schmitt observa no modelo em questão, a existência de dois princípios típicos do Estado Burguês de Direito. O “princípio da distribuição” estaria relacionado à própria concepção de direitos fundamentais. Já o “princípio da organização”, estaria associado à separação de poderes:

Segundo o princípio de distribuição, a esfera de liberdade do indivíduo é havida como um dado anterior ao Estado, sendo ilimitada em princípio, ao passo que a faculdade de o Estado invadir essa esfera de liberdade é ilimitada em princípio. Segundo o princípio da organização, o poder do Estado é dividido e vinculado a um sistema de competências delimitadas. A função desse princípio é garantir a efetividade do princípio da distribuição⁵

Consolidam-se os contornos do paradigma liberal, com a Revolução Gloriosa inglesa (1688), a independência das colônias inglesas da América do Norte (1776) e a Revolução Francesa (1789), positivados os dogmas do Iluminismo triunfante, nas constituições e “*bill of rights*” que se seguiram. Eis o embrião do “Estado burguês de Direito”, cuja maturidade viria com o Estado Liberal de Direito oitocentista.

É de se observar que, embora enunciados como uma realidade pré-estatal, os direitos fundamentais, como concebidos pela doutrina iluminista, foram inexplicavelmente aliados da ordem privada, assumindo relevância unicamente em face do arbítrio estatal. O que se fez foi estabelecer uma cisão no mecanismo de proteção à liberdade individual, de modo que as relações Estado-indivíduo orbitassem em torno da Constituição, ao passo que o cerne das relações entre os indivíduos era o

⁵ Carl Schmitt, **apud** STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69.

Código Civil, de normas gerais imutáveis, fundado no jusnaturalismo racionalista, cujo centro é a autonomia privada.

A divisão estanque entre público e privado, antes perpetrada pelo *Corpus Juris Civilis*, ressurgiu ainda mais hermética no Estado Liberal, conforme ilustra Eugênio Facchini Neto:

É nesse contexto histórico que se revela mais intensa a divisão dicotômica entre público e privado e suas derivações – a separação entre Estado e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral. Essa visão dicotômica de mundo repercute no mundo jurídico, com a acentuação da diferença entre Direito Público e Direito Privado. O Direito Público passa a ser visto como ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como o ramo do direito que disciplina a Sociedade civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico (sob o signo da liberdade). As relações privadas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (reinos esses que o Direito Público não podia atingir) em todos os Códigos civis que surgem nesse primeiro ciclo das codificações.⁶

A par da separação entre o “jardim e a praça”, estabelecia-se a prevalência do privado sobre o público, ou como afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, “o ‘homem civil’ precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês estaria antes do cidadão’”⁷.

Compreendia-se o indivíduo, sob a óptica liberal, como um ser isolado, “quase uma abstração metafísica, um ser desenraizado, e não a pessoa concreta, historicamente situada, portadora de anseios e necessidades reais.”⁸ Obliterava-se assim a perspectiva do homem enquanto ser político, de laços sociais e vínculos comunitários, por natureza.

O *laissez faire* burguês permeava o pensamento jurídico, confiando a pacificação social a uma pretensa harmonia que, naturalmente haveria de instaurar-se sobre a sociedade, sem a perniciosa ingerência estatal.

⁶ NETO, Eugênio Facchini. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 17.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed., Coimbra, Editora Almeida, 1998. p. 93

⁸ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p.28.

Registre-se a preocupação da classe dominante, subjacente ao arcabouço institucional em comento, que, segundo Boaventura de Souza Santos, visava a “imunizar a esfera das relações econômicas do poder político, que ia se democratizando com a implantação paulatina do sufrágio universal –, legitimando assim a exploração econômica capitalista”.⁹

De fato, o ideário jusnaturalista sedimentou-se no “jardim” e na “praça”, deflagrando o surgimento do positivismo jurídico. Acolhidos os direitos fundamentais nos diversos textos constitucionais, encontrava-se devidamente limitado o poder estatal, ao passo que compilada a ordem privada no Código Civil, colmatava-se a última lacuna para a preservação da segurança jurídica. Vislumbrava-se nos direitos fundamentais, não mais um *a priori* lógico e axiológico, mas sim a autolimitação que encontrava seus contornos na lei.

A teoria dos direitos públicos subjetivos conduziu à sujeição dos direitos fundamentais à lei, uma vez que estes apenas guardavam aplicação na medida do comando legislativo. Daí dizer-se, portanto, que o Poder Legislativo no Estado Burguês não se encontrava limitado pelos direitos fundamentais, senão na exata medida de seu próprio arbítrio.

Em que pese a sujeição dos direitos de 1ª “geração” à lei, surgem estes conforme assinado, como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Conforme leciona Celso Lafer, tais direitos de resistência, “são, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (...) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia”.¹⁰

⁹ SANTOS, Boaventura de Souza **apud** SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 29

¹⁰ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. P. 126-7.

1.1.2 Direitos Fundamentais no Paradigma Social.

A intensificação das relações sociais, subsequente ao advento da Revolução Industrial, logo revelou a imprestabilidade do modelo Liberal para atender aos anseios daqueles que suportavam o peso da “mão invisível do mercado”.

A contradição mais flagrante, na opinião de Paulo Bonavides, consiste em um “erro do liberalismo em sua rígida e impertinente concepção de liberdade, quando situava essa liberdade primariamente no indivíduo, na posição hostil que toma perante o grupo, posição quase sempre obstinada e intolerante, cujos danos à ordem social se acham sobejamente caracterizados.”¹¹

De fato, as críticas ao liberalismo econômico assumem vertentes como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, cada qual a seu modo, desvelando as iniquidades que o individualismo liberal albergava.

A doutrina marxista insurgia-se contra a ficção perpetrada pela burguesia, que supunha os indivíduos auto-suficientes e livres para negociar como melhor lhes aprouvesse. Chegou Marx a afirmar que o ideário burguês concebia “uma realidade imaginária (...) totalmente contraditória com a realidade efectiva, que era antes a de indivíduos condicionados por constrangimentos econômicos-sociais e negociando em posições desequilibradas”.¹²

Outra consideração pertinente à nova concepção de liberdade, que permearia o Estado Social, adveio da doutrina Social da Igreja em diversas encíclicas, a partir de 1891 com a *Rerum Novarum*. Propugnava a Igreja, a garantia de condições essenciais mínimas, a fim de viabilizar a efetivação dos direitos individuais, que de outra forma não passariam de adornos dos mais falazes.

¹¹ Bonavides, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1972, p.202.

¹² MARX, Karl. **Apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, p.32.

Ao encontro de tais reclames, vieram as primeiras legislações de proteção ao trabalhador e assistência social, cujo esboço se atribui a Bismarck, na Alemanha, em meados do século XIX. No mesmo esteio, a Revolução Russa de 1917, que se alastraria abruptamente, ameaçando inclusive a manutenção do *status quo*, nos países de capitalismo evoluído.

A par desse cenário, rompia-se a hegemonia burguesa no Parlamento, por força da gradativa universalização do sufrágio, a solapar as restrições ao exercício do poder pelo ideário liberal-oligárquico. Verificada tal abertura, os estratos menos favorecidos passaram a contar com um canal aberto, capaz de fazer ecoar diretamente os seus anseios, libertando-se assim do prestímano intérprete burguês.

Surge, portanto, na passagem para o século XX, o Estado do Bem-Estar Social, consagrando a afirmação constitucional de um novo catálogo de direitos, que não se resume à simples não-interferência, abandonando a posição absenteísta e promovendo efetivamente as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento da personalidade humana.

Impende traçar-se aqui o paralelo que Bonavides estabelece entre o Estado Social e o Estado Socialista, uma vez que de curial importância a distinção conceitual. De fato, ambos os conceitos não se identificam. Nas palavras daquele jurista

“O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue desde as bases do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia.”¹³

Sem embargo de tal distinção, o que se observa é a coexistência dos mais variados sistemas de organização política, no seio do Estado Social, que pode albergar,

¹³ Bonavides, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1972, p.205.

a um só tempo, o nazismo alemão e o *New Deal* estado-unidense, ou mesmo o Brasil pós-revolução de 30.

A lógica do *laissez faire, laissez passer* mostrou-se incapaz de contornar a crise do capitalismo, notadamente no período que medeia as duas grandes guerras, culminando no colapso da Bolsa de Nova Iorque em 1929. As idéias de intervencionismo estatal dirigido, propugnadas por John Maynard Keynes e instrumentalizadas por Roosevelt em seu *New Deal*, rompiam de vez com a ficção liberal, contornando o crítico cenário em que se encontrava a economia norte-americana.

No plano normativo, assiste-se à afirmação do Direito do Trabalho enquanto ramo autônomo, desmembrado do Direito Civil, como a representar o aparelhamento estatal em defesa dos hipossuficientes, nas relações sociais. Observa-se, ainda, a proliferação de normas de ordem pública na seara do Direito Privado, a ampliar as hipóteses de restrição da autonomia da vontade, em atenção ao interesse coletivo.

Ao passo em que o Estado assume o papel de prover condições mínimas de existência aos que delas necessitam, dá-se a positivação dos direitos sociais e econômicos no catálogo da 2ª “geração” de direitos fundamentais, cuja gênese vem contemplar ainda o ideal de igualdade, em sua feição material.

Alerta o Prof. Ingo Wolfgang Sarlet, para a existência de direitos sociais que, ao invés de tão somente uma prestação positiva, consagram liberdades sociais, a exemplo da liberdade de sindicalização e do direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, como o direito a férias, e ao repouso semanal remunerado, por exemplo. Adverte ainda, o mencionado jurista que “a exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais (...) se reportam à pessoa

individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão”.

Insta registrar-se, à guisa de esclarecimento, que os direitos individuais, sociais ou transindividuais a que fazemos menção, embora sobrelevem mais acentuadamente em um ou outro modelo, não guardam entre si relação de exclusão, mas superpõem-se no devir histórico. Ademais, é iniludível que todas as espécies de direitos fundamentais guardam suma importância na solidificação do Estado Democrático de Direito, não podendo o ser humano prescindir de nenhuma delas.

Oportuna, pois, a crítica da doutrina ao termo “gerações de direitos fundamentais”, que se presta comumente a designar as famílias de direitos, em suposta alternância, ou mesmo em substituição gradativa. O que se observa é que “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade”.¹⁴

Opta-se aqui pelo termo “dimensões”, mais apropriado à idéia de concomitância, conforme se quer exprimir. Nesta óptica, quando da análise de determinada estrutura juspolítica, seja ela Liberal, Social ou Pós-Social, embora nos atenhamos a determinada dimensão de direitos fundamentais, tal enfoque não supõe uma cisão com as dimensões anteriores, mas antes a abertura de novas perspectivas que atuam inclusive de modo a influenciar na delimitação destas.

Outrossim, afasta-se desde já qualquer pretensão de suposta hierarquia entre direitos de primeira, segunda ou terceira geração, uma vez que evidenciada a idéia de universalidade e indivisibilidade, inerente a tais direitos. É esse o posicionamento da ONU, inclusive, como se depreende do art. 5º da Declaração de Viena de 1933, que dispõe que “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54.

inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Sem embargo do que se expôs, é bastante cediço que, factualmente, a implementação dos direitos sociais enfrenta mais severa resistência, que a dos direitos individuais e políticos, característicos da 1^a geração. O que se argüi, a fim de justificar tal desequilíbrio, é que os direitos sociais demandariam prestações de cunho positivo, a depender de recursos públicos por vezes escassos, erigindo-se o que se convencionou chamar de “reserva do possível” em anteparo esterilizante de questionamentos mais profundos.

De fato, a simples inserção de um catálogo de direitos conferidos aos indivíduo, não importa a transmutação da teoria em prática, fazendo-se necessária a concretização de tais direitos, por meio da implantação de políticas públicas, que via de regra, frise-se bem, demandam sim recursos públicos. Todavia, embora tal análise desborde do presente tema, também os direitos individuais reclamam aparelhamento estatal para sua consecução, não consistindo somente em um simples “não-agir” estatal.

Mais plausível é o argumento de que os direitos de 2^a geração encontram-se comumente vocacionados à transformação do *status quo*, importando dizer que já mobilizariam contra si os interesses dos estratos privilegiados da sociedade, avessos a possíveis mudanças.

Em face de tais questionamentos, chegou-se inclusive a pretender os direitos sociais como meras normas programáticas, destituídas de normatividade. É de se ver, a própria Suprema Corte norte-americana, na Era Lochner (primeiras décadas do século XX), buscou obstacularizar o *New Deal* de Roosevelt, valendo-se do princípio do “due process of law” em sua acepção material, para declarar a inconstitucionalidade das leis federais que aparelhariam as políticas públicas da época. Todavia, conforme adiante

exposto, tal posicionamento foi flexibilizado, tendo a corte constitucional norte-americana recuado.

Não obstante a necessária coexistência entre direitos de 1ª e 2ª geração, vislumbra-se inegável a necessidade de relativização dos direitos individuais e econômicos, frente aos direitos sociais. Nessa toada, condiciona-se, por exemplo, o direito de propriedade, ou mesmo o exercício da empresa à função social, a par de diversos outros direitos umbilicalmente atrelados ao estuário liberal que passam a sofrer restrições em nome do interesse da coletividade.

Todavia, conforme adverte Daniel Sarmiento, “Este fenômeno, em princípio natural e positivo, deve ter limites, sobretudo quando estiverem em jogo direitos da personalidade, de caráter não patrimonial, pois o esvaziamento das liberdades públicas, ainda que em nome de supostos interesses da coletividade, importa em totalitarismo e aniquilamento da dignidade humana”.¹⁵

No plano normativo, em franca oposição ao marasmo legislativo do modelo Liberal, observa-se a proliferação acentuada de normas jurídicas, como supedâneo da crescente ingerência estatal no contexto da Sociedade. Sobreleva o Executivo em tamanho e importância, uma vez que passa a ostentar a condição de agente tecnocrático responsável pela intervenção na economia.

Curial repisar as transformações experimentadas pelas constituições deste período, que passam a ocupar-se de assuntos dantes estranhos, como a ordem econômica e as relações privadas. Verifica-se a penetração do Direito Constitucional em novos campos da ordem jurídicas, erigindo-se a Constituição em Estatuto Fundamental do Estado e da Sociedade”. São as constituições dirigentes, como nominadas por Canotilho, que se por um lado revestem-se de um projeto de

¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, p.39.

transformação social, por outro perdem em normatividade, pelo acúmulo exacerbado de promessas sem a devida prestação, comprometendo o sentimento de efetividade que tais textos deveriam despertar.

Se no Estado Liberal imperava a primazia do privado sobre o público, em claro prestígio à autonomia individual e às forças do mercado, o panorama do Estado Social é de completa subversão dessa ordem. O que se vê é a progressiva atuação estatal, de modo a regular o comportamento dos indivíduos e de grupos intermediários. Norberto Bobbio descreve o fenômeno da seguinte forma

(...) com o declínio dos limites à ação do Estado, cujos fundamentos éticos haviam sido encontrados pela tradição jusnaturalista na prioridade axiológica do indivíduo com respeito ao grupo, e na conseqüente afirmação dos direitos naturais do indivíduo, o Estado foi pouco a pouco se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa¹⁶

Perlustra-se de imediato a afinidade do Estado Social com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na medida em que aquele não abandona as relações privadas a uma pretensa igualdade entre os indivíduos, reconhecendo, sim, a existência de distintas esferas de poder, igualmente nocivas à própria autonomia privada.

A complexidade das relações privatísticas não mais comportava a fábula da igualdade entre o indivíduo e, por exemplo, entes supra-pessoais, como empresas ou grandes associações, fazendo-se mister a busca de uma igualdade material, que limitasse os abusos cometidos pelos particulares, mesmo que tal medida viesse relativizar a autonomia privada.

Cai por terra a falácia liberal de que a Sociedade é necessariamente “boa” e o Estado necessariamente “mau”, sujeitando-se tão somente este último aos direitos

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 4ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.25.

fundamentais. Era esse o pensamento apregoadado por Thomas Paine que idilicamente afirmava:

a sociedade é produzida por nossas carências e o governo por nossa perversidade; a primeira promove a nossa felicidade positivamente mantendo juntos os nossos afetos, o segundo negativamente mantendo sob freio os nossos vícios. Uma encoraja as relações, o outro cria as distinções. A primeira protege, o segundo pune. A sociedade é sob qualquer condição uma benção; o governo, inclusive na sua melhor forma, nada mais é do que um mal necessário, e na sua pior forma é insuportável.¹⁷

Corrige-se, portanto, a óptica equivocada liberalismo, que encarava o poder como um fenômeno restrito à atuação estatal, concepção que carece de fundamento no paradigma contemporâneo de sociedades, em que se constata a verdadeira luta de grupos privados pelo poder, inclusive em oposição ao próprio Estado. Não se pode ignorar, por exemplo, os ataques especulativos orquestrados por grupos privados financeiros, nacionais ou supra-nacionais, ou mesmo a violência diária perpetrada por agentes econômicos de menos porte, nas relações de trabalho, consumo, família, etc.

O que se verifica é a proliferação de agentes capazes de restringir ou mesmo aniquilar posições jurídicas básicas de liberdade, não podendo o Estado permanecer alheio a tal realidade. A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas é sem dúvida uma premissa da qual se deve partir a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, do alvedrio dos poderes privados.

Passa-se à análise do panorama Pós-Social, em construção na realidade contemporânea, a fim de deslindar-se em que senda seguiria o novo modelo, se de modo a repelir ou a impor ainda mais a vinculação de entes privados aos direitos fundamentais.

¹⁷ Thomas Paine **apud** STEINMETZ, Wilson. Ob. cit., São Paulo: Malheiros, 2004. p.84.

1.1.3. Direitos Fundamentais no Paradigma Pós-Social

Seguem-se à consolidação do *Welfare State*, dois choques do petróleo, que viriam a solapar a lógica do dirigismo estatal, especificamente na década de 70. O Estado-Providência tornara-se demasiadamente inchado, encontrando dificuldade em atender as demandas sociais latentes. A par da dificuldade na obtenção de recursos financeiros, exsurge o envelhecimento populacional, decorrente dos avanços na medicina e no saneamento básico, agravando-se a crise no custeio da saúde e da previdência social, pedras angulares do Estado Social.

Ademais, o processo de globalização, para muitos irreversível, restou por acelerar os efeitos de tal conjuntura, dentro do modelo de encurtamento de distâncias, ampliação de mercados, homogeneização de costumes e aniquilamento de fronteiras, inerente a esse fenômeno. Ocorre a debilitação do poderio estatal, na medida em que este perde o controle sobre variáveis determinantes em sua economia, delineando-se cenário de verdadeira impotência do Estado, que não mais consegue conter o mercado pela implementação de políticas públicas.

Chamada de “Nova Direita”, a orientação política que se instaurou a partir dos governos de Margareth Thatcher na Inglaterra e de Ronald Reagan nos Estados Unidos, propõe-se a diminuir o tamanho do Estado, relegando ao quase esquecimento os gastos sociais. É a materialização do pensamento do austríaco Friedrich August Hayek, elaborado na primeira metade do século XX, que receberia, nos dias atuais, a denominação de neoliberalismo.

Dentro dessa concepção de confinamento do aparato estatal, propugnam os neoliberais, os direitos fundamentais assumiriam feições minimalistas, de “direitos que

simplesmente pretendem proteger a liberdade individual, como ausência de coerção arbitrária”.¹⁸O prof. Ingo Sarlet assim define o panorama neoliberal:

Com efeito, no âmbito da globalização econômica e da afirmação do pensamento neoliberal, verifica-se que a redução do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e diminuição gradativa da intervenção estatal na economia e sociedade, tem ocasionado, paralelamente ao enfraquecimento da soberania interna e externa dos Estados nacionais (sem que se possa, contudo, falar em seu desaparecimento), um fortalecimento do poder econômico, notadamente na esfera supranacional.¹⁹

Vislumbra-se então a imposição hegemônica da cartilha neoliberal, infundida via Consenso de Washington, que na opinião de Boaventura Santos, seria um desdobramento de um “consenso mais amplo”, sendo aquele a vertente de cunho eminentemente econômico. Tal receituário vaticina a abertura de mercados internos, disciplina fiscal estrita, cortes de gastos sociais, privatizações, desregulamentação do mercado, reforma tributária e flexibilização das relações de trabalho.

Os efeitos da engenharia neoliberal fazem-se sentir por todo o globo, mormente nos países em desenvolvimento, como o Brasil, nos quais a exclusão social assume feições das mais aterradoras. Os estratos menos privilegiados assistem ao esfacelamento do Estado-Providência, vendo à frente o cenário de darwinismo social tão almejado pelas grandes economias privadas. No altar do neoliberalismo, são imoladas as últimas garantias ao mínimo existencial, em nome da *Lex Mercatoria*.

Falece ao Estado a capacidade de efetivamente subordinar, de modo soberano, os fatores econômicos e sociais determinantes em dada comunidade. A substituição do modelo de produção Fordista, pelo Toyotista, associada à tendencial volatilidade do

¹⁸ Friederich August Hayek **apud** SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p.45.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 de dezembro de 2006.

capital financeiro, termina por acorrentar o ente estatal, que não mais consegue obstar a ação dos agente econômicos supranacionais, por meio da adoção de políticas públicas.

Ademais, o colapso do comunismo sepulta o último lume de resistência à ideologia capitalista, abrindo-se o espaço para a imposição de sua vertente mais extremada, como bem ilustra José Augusto Lindren Alves:

Com o fim da bipolaridade estratégica e da competição ideológica entre liberalismo capitalista e o comunismo, a ideologia que se impôs em escala planetária não foi, entretanto, a da democracia baseada no welfare state (...). Foi a do laissez-faire absoluto, com a alegação de que a liberdade de mercado levaria à liberdade política e à democracia. Eiticamente justificou-se, dessa forma, o investimento econômico maciço em países de regime autoritário, neles se aceitando a substituição das liberdades civis e políticas pelo crescimento econômico, como problema a ser resolvido pela ‘mão invisível do mercado’. Por outro lado, nos países do sistema democrático, não somente as proteções mercadológicas, trabalhistas e previdenciárias passaram a ser objetadas em nome da modernidade, mas a própria noção do Estado-providência tornou-se condenada como inepta à competitividade, num momento em que o desemprego era aceito como fatalidade estrutural.²⁰

Os reflexos de tal paradigma no modelo constitucional são dedutíveis. Extirpa-se a carga substantiva e transformadora da constituição, relegando-a tão somente à regulação procedimental nos moldes mais sintéticos. Volta, como de antanho, a tratar-se a constituição como mero estatuto do Estado.

Diante das novas exigências do mundo globalizado, alguns Estados passam a revisar seu modelo constitucional, no afã de adequá-lo ao paradigma neoliberal. O Brasil, a partir de 1995, dá início a um ciclo de reformas de índole constitucional, em franca obediência ao receituário de Washington.

Extinguem-se determinadas restrições ao capital estrangeiro (EC n° 6 e 7), a par da flexibilização de monopólios estatais sobre o gás canalizado, as telecomunicações e o petróleo (EC n° 5, 8 e 9). Na mesma toada, a Emenda n°19 engendrou o

²⁰ José Augusto Lindren Alves **apud** SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, p.48-49.

enxugamento da máquina estatal, imprimindo feições gerenciais à Administração Pública. Ainda no plano constitucional, a emenda nº20/98, bem como a emenda nº41/03 encetaram o desmanche da previdência deficitária.

Na seara infraconstitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 105) vem atender a lógica monetarista, estabelecendo o controle de gastos públicos nos três níveis da federação. Propugna-se então, a “flexibilização das relações trabalhistas” cuja epígrafe muito pouco diz sobre o verdadeiro teor de mais essa reforma, levantando assim temores quanto à possível desregulamentação da legislação laboral.

Todavia, embora tais reformas mostrem-se por vezes anacrônicas, não têm o condão de desvirtuar a índole intervencionista e dirigente do Estado brasileiro, que se não guarda mais completa identidade com o Estado-providência, anda longe de identificar-se com rótulo de Neoliberal. É este *tertium genus* que se convencionou chamar de Pós-Social.

Opera em tal modelo, a cisão do monopólio normativo que antes detinha o Estado, uma vez que certas instâncias sociais, detentoras do poder econômico, passam a ditar regras de conduta dentro de determinados âmbitos específicos. Prolifera o surgimento de instâncias normativas dissociadas da chancela estatal.

Cumpra, entretanto, alertar para a perigosa contradição que tal fenômeno encerra, uma vez que, segundo Daniel Sarmiento:

a regulação jurídica emergente destas fontes não estatais não se submete aos mecanismos de legitimação democrática das leis, e opera num espaço nem sempre transparente, muitas vezes impenetrável à fiscalização pela opinião pública. Tal fato aumenta os riscos para os direitos humanos, e expõe o indivíduo a novas formas de opressão, por vezes mais difíceis de enfrentar que a proveniente do próprio Estado.²¹

²¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, p.52.

Conforme adverte o eminente jurista, a interpenetração de público e privado, em um cenário de desigualdade e exclusão social, como o é o brasileiro, desperta graves receios de que se legitime a exploração dos estratos menos favorecidos, bem como o alijamento destes, das decisões políticas.

Deflui portanto, que o fenômeno de retração Estado, a par do surgimento de instâncias privadas que atuam em substituição àquele, munidas pois, de igual ou maior potencial lesivo às liberdades públicas, só pode importar, com muito mais razão a vinculação de tais entes à disciplina dos direitos fundamentais.

É inaceitável que a outorga de atribuições, dantes públicas, aos agentes privados, importe em exposição do indivíduo ao alvedrio daqueles atores, sob pena de impingir à sociedade, verdadeiro estado de natureza, juridicamente legitimado.

Conceber a inaplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas significaria aceitar o que Boaventura Santos chamou de “fascismo societal”. Sarlet bem identificou os reflexos de tal realidade:

a) a intensificação do processo de exclusão da cidadania, especialmente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e subemprego, cada vez mais agudo na economia globalizada de inspiração neoliberal; b) redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, no mínimo, a "flexibilização" dos direitos dos trabalhadores; c) ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais ou inoficiais capazes de controlar o processo, resolvendo os litígios dele oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal.

Prossegue o eminente jurista, afirmando que a mencionada crise não é tão somente apanágio dos direitos sociais, maculando também direitos de primeira e terceira gerações, como intimidade, meio-ambiente e patrimônio genético, por exemplo.

Imperiosa, portanto, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, em face dos contornos que tal questionamento assume, notadamente nos estados periféricos e em desenvolvimento, como o Brasil. Passa-se, então, à análise dos fundamentos e das diversas teorias que buscam fundamentar tal vinculação.

1.2. A Constituição como Norma.

A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas supõe, necessariamente, uma análise acerca do caráter normativo da Constituição, uma vez que aqueles encontram-se, via de regra, insertos no texto constitucional, de onde retiram fundamento. É cediço que, na Sociedade como um todo, impera certo sentimento de descrença generalizada no texto constitucional, ecoando a máxima de que “a constituição não é pra valer”.

De fato, o que se observa é verdadeira inversão da pirâmide normativa, de sorte que as portarias e regulamentos são alçados a lugar de destaque, seguidas estas pela lei, sobrando o rés à Constituição. Cumpre, portanto, perscrutar os motivos de tal descrédito e analisar as teorias relacionadas com a força normativa da Constituição.

Ferndinand Lassale, em célebre palestra, proferida em 1862, identificou a essência da constituição à “soma dos *fatores reais de poder* que regem uma nação, àquela *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*.²²

Em seu famoso ensaio, denominado “A Essência da Constituição”, o eminente jurista alemão equipara a lei constitucional a mero “pedaço de papel” sustentando a imprestabilidade daquela em transformar a realidade social subjacente. É

²² COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2006

na visão niilista de Lassale que exsurge a idéia de que a Constituição proclamaria meros valores retóricos, por vezes de mau gosto.

Cumprе observar que, com exceção do ordenamento norte-americano, os demais Estados ressentiam-se da existência de uma jurisdição constitucional. Conforme já exposto, vigia a teoria dos direitos públicos subjetivos, de Jellinek, segundo a qual os direitos fundamentais guardariam aplicação na medida da lei, não podendo a Constituição ser invocada diretamente pelo jurisdicionado. Tão somente a partir do século XX, verifica-se a adoção generalizada de sistemas de controle de constitucionalidade, de modo a afirmar o valor jurídico e a supremacia constitucional.

Na mesma senda, o nascimento do Estado Social e a conseqüente proliferação de normas programáticas, por vezes divorciadas da realidade fática, concorreu para difundir, ainda mais, a idéia de que o texto constitucional não passaria de mera proclamação retórica. Em que pese a resistência ideológica das elites privilegiadas à alteração do *status quo*, o grau de indeterminação semântica de determinadas normas, a escassez de recursos e a premente necessidade de adoção de políticas públicas para a consecução dos fins constitucionalmente almejados terminou por sedimentar a idéia de imprestabilidade do texto constitucional para a transformação da realidade posta.

Em oposição ao supradito fenômeno, insurge-se a doutrina de Konrad Hesse, cuja obra intitulada “A Força Normativa da Constituição” propugna a normatividade do texto constitucional, identificando, em contraponto ao determinismo sociológico de Lassale, verdadeiro “condicionamento recíproco” entre a Lei Fundamental e a realidade político-social subjacente.

Hesse faz alusão à existência de um “sentimento constitucional” de cunho axiológico, de que dependeria a eficácia da Constituição, entendido tal sentimento como a convicção do corpo social acerca da inviolabilidade da Lei fundamental. Ao

encontro de tais idéias, vem Peter Häberle, com sua obra “A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, que aproxima a Constituição jurídica da Constituição Social, identificando intérpretes não oficiais do texto constitucional, que chamou de “agentes conformadores da realidade constitucional.”

Acerca do pensamento de Häberle, Inocêncio Mártires Coelho afirma que:

À guisa de esclarecimento sobre a atuação hermenêutica dessas forças produtoras de interpretação, Peter Häberle sustenta que deve ser considerado intérprete da Constituição tanto o cidadão que formula um recurso constitucional, quanto o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento.²³

As idéias de ambos os autores ensejariam considerações mais aprofundadas, que infelizmente desbordam dos modestos objetivos deste trabalho. Todavia, o que se nos afigura mais relevante é notar a progressiva afirmação da juridicidade do texto constitucional, precisamente talhada em decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana em 1958 (caso *Trop v. Dulles*), que se transcreve aqui:

Os preceitos da Constituição não são adágios gastos pelo tempo ou contra-senhas destituídas de sentido. São princípios vitais e vivos, que autorizam e limitam os poderes governamentais em nossa nação. Eles são regras de governo. Quando a consitucionalidade de um ato do Congresso é questionada perante este Tribunal, devemos aplicar estas regras. Se não o fizermos, as palavras da Constituição nada mais serão do que bons conselhos.²⁴

Insta tecer ainda, algumas considerações sobre a evolução do pensamento doutrinário acerca da eficácia das normas constitucionais, no Brasil. Partindo do clássico pensamento de Ruy Barbosa, de inspiração notadamente norte-americana, até os dias atuais, em que se vive o consenso acerca da eficácia generalizada da Lei Constitucional, em diferentes graus.

²³ COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2006.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 254.

Desde a Constituição de 1934, de cunho social e programático, a teoria clássica passou a merecer críticas da doutrina pátria. A partir do pensamento de alguns dos principais publicistas italianos do segundo pós-guerra, bem como à luz das lições de juristas alemães da época de Weimar, refutou-se a doutrina clássica que concebia a idéia de que a maioria das normas constitucionais seriam estéreis, incapazes de produzir efeitos sem posterior mediação legislativa.

A distinção sustentada pelo eminente Ruy Barbosa, que segregava normas “auto-aplicáveis” das “não-auto-aplicáveis”, afigurava-se anacrônica e encerrava perigoso equívoco terminológico. O pensamento corrente na dogmática constitucional é o de que inexiste norma constitucional destituída de eficácia, uma vez que toda norma constitucional mostra-se apta a produzir algum efeito jurídico.

Nesse sentido desenvolveu-se a doutrina de José Horácio Meirelles Teixeira, que apoiado em Crisafulli, identificou diferentes graus de eficácia, na norma constitucional, obliterando a idéia de que as normas constitucionais cujo conteúdo não encerrasse a devida completude não seriam aplicáveis.

Meirelles Teixeira estabeleceu classificação diversa, chamando normas de eficácia plena, aquelas que “produzem, desde o momento da promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhe constitui objeto”.²⁵

Prossegue o eminente autor, rotulando de eficácia limitada ou reduzida “aquelas normas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário”.²⁶

²⁵ Ob. cit., p. 255.

²⁶ Idem, Ibidem, p. 255.

Na mesma senda, embora com diferentes métodos de sistematização, autores como José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ayres Brito e Maria Helena Diniz formularam cada um a sua teoria, apropinquando-se e afastando-se de determinados pontos da doutrina de Meirelles Teixeira. Convergem, todavia, em afirmar que inexistente norma constitucional destituída de significado, uma vez que, não obstante a existência de diferentes graus de eficácia, mesmo a norma constitucional aparentemente mais lacônica revestir-se-ia de eficácia esterilizante em face da legislação ordinária, eventualmente contrária.

Sem embargo, sedimentou-se na dogmática constitucional que há determinadas normas, cuja incompletude semântica impossibilitaria a produção imediata de seus efeitos principais. Tais normas careceriam portanto da atuação concretizadora do legislador ordinário, a fim de suprir tal lacuna, o que levaria a chamá-las de normas de eficácia limitada ou reduzida.

Por fim, é cediço afirmar, no esteio do que ensinava Ruy Barbosa, que a completude semântica revela-se verdadeiro pressuposto para aplicabilidade da norma, o que deve ser compreendido ao lume da mais moderna doutrina, como indício de maior ou menor densidade normativa, nunca a castrar a efetividade da norma constitucional.

1.3. Princípios Constitucionais e Pós-Positivismo.

A partir da segunda metade do século XX, observa-se um fenômeno de proporções globais que se faz sentir no Brasil, notadamente com a promulgação da Constituição de 1988, chamado de Pós-Positivismo. Trata-se da supremacia dos princípios jurídicos no ordenamento jurídico, em franca oposição ao legalismo asséptico que imperava até então.

Não se confunde, embora a tangencie em alguns pontos, com a Pós-Modernidade, uma vez que o Pós-Positivismo busca, sim, no direito, um instrumento

para a mudança social, valendo-se pra tanto da argumentação racional, calcada nos princípios.

Nos precisos dizeres de Luis Roberto Barroso:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.²⁷

Após a experiência nacional-socialista, constatou-se que a “vontade geral”, veiculada pela lei positiva, poderia conduzir a barbáries inimagináveis, caso estivesse o Direito desvinculado da Moral. Em tal contexto, exsurgem os princípios como portas de entrada dos valores no seio do ordenamento.

Em um primeiro momento, dá-se a positivação dos princípios no texto constitucional, assumindo estes a condição de “comandos-valores”, em substituição ao antigo direito natural, de modo a imprimir uma leitura necessariamente axiológica da Constitucional. Ao encontro da positivação de valores na Constituição, vem a retomada da racionalidade prática no Direito, encampando a possibilidade de argumentação racional sobre os valores e a justiça, concepção refutada pelo positivismo.

A emergência do novo Direito Constitucional teve como referência a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, bem como a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, adventos que promoveram a disseminação

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2006.

do ideário pós-positivista. A Constituição italiana de 1947 e a redemocratização de Portugal (1976) e Espanha (1978) assomaram-se à nova visão constitucional vicejante.

Também no Brasil, o renascimento do Direito Constitucional veio servir de supedâneo ao processo de redemocratização de que foi expressão a Constituição de 1988. Em que pesem as incontáveis emendas que, ainda que de maneira pontual, possam ter desfigurado o texto original, o quadro que se experimenta é de relativa estabilidade institucional, mormente quando se tem em conta fatos como “impeachment”, “mensalão” e alternância de poder entre grupos políticos adversários.

Estabelecidas as balizas históricas que se mostram pertinentes, cabe identificar nessa nova tendência vivenciada pelo Direito Constitucional contemporâneo, os traços que concernem diretamente ao tema da eficácia dos direitos fundamentais. Seguramente, um dos pontos de intersecção entre as matérias está na adoção da racionalidade prática nos chamados “hard cases” ou “casos difíceis” de que fala o juspositivista Herbert Hart.

Importa afirmar que, ao contrário do que apregoava a escola positivista de Kelsen e Hart, a interpretação não é mero ato volitivo do juiz, devendo submeter-se ao crivo da discussão racional e do controle social. Deflui, portanto, uma nova compreensão, deveras mais rica, da hermenêutica jurídica.

Cumprir lembrar que o positivismo relegava aos princípios constitucionais a qualidade de meras normas não-auto-aplicáveis, às quais faleceria qualquer eficácia jurídica. Não por acaso, a superação de tal visão vem abraçar os postulados da força normativa da constituição, aqui já perlustrados, de modo que hoje parece assente que os princípios são, sim, espécies do gênero norma jurídica.

Curial evocar a multicitada distinção de Canotilho, que diferencia princípios e regras, valendo-se dos seguintes critérios:

“a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto; os princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) ‘Proximidade’ da ideia de direito: os princípios são ‘standarts’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’(Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante”.²⁸

Ronald Dworkin, em sua obra *Taking Rights Seriously* (1977), estabelece um paralelo qualitativo entre princípios e regras, que consistiria no modo de incidência inerente a cada espécie. Segundo o jusfilósofo americano, as regras seriam comandos disjuntivos, que incidiriam sob a forma “tudo ou nada”, em nítida relação de exclusão. Outrossim, diante de eventuais antinomias envolvendo regras, haveria o intérprete de recorrer aos critérios clássicos, de ordem hierárquica, cronológica ou de especialidade, aferindo qual seria apta a incidir sobre o caso concreto.

Já os princípios, segundo aquele autor, encerrariam uma dimensão de peso, ausente nas normas-regras, que impossibilitaria a simples exclusão em caso de conflitos. Dworkin assevera que, diante da colisão de princípios, há que se levar em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias do caso concreto.

Posteriormente, Robert Alexy em sua *Teoria de los Derechos Fundamentales*, vem agregar à teoria de Dworkin a ideia de que, nas colisões de princípios, deve-se proceder à ponderação entre estes, por meio de restrições e compressões recíprocas que devem respeitar o princípio da proporcionalidade. Afirma ainda, desta feita em oposição à visão liberal de Robert

²⁸ Ob. cit., p.82.

Dworkin, que tal ponderação deve ser observada mesmo na hipótese de colisão entre direitos e bens jurídicos da coletividade, orientação mais consentânea com a ideologia do Estado Social.

Em que pesem os questionamentos de autores como Jürgen Habermas, Klaus Günther e Friedrich Muller, acerca de eventual “decisionismo” e insegurança jurídica que decorreria da ponderação axiológica, afigura-se, a nosso ver o juízo mais adequado para a solução de tais conflitos, desde que fortalecida a argumentação jurídica, balizada pelo princípio da proporcionalidade.

Como bem observou Daniel Sarmiento, “Isto, se não elimina completamente o subjetivismo na ponderação, pelo menos poderá cingi-lo a limites mais aceitáveis para o Estado de Direito.”²⁹

Por fim, registre-se a necessária coexistência de regras e princípios na Constituição de 1988, bem como o papel de abertura do sistema constitucional encetado por estes últimos, que atuam de modo a promover o influxo de novos valores sociais ao ordenamento privado, ao que nos dedicaremos adiante.

1.4. A Constituição como Cerne do Direito Privado.

O advento do Código de Napoleão, em 1804, encetou um movimento acelerado de codificação que percorreu a Europa, ao longo do século XIX, afirmando os ideais de segurança jurídica e racionalidade, propalados pelo pensamento Iluminista. Difundia-se o arcabouço jurídico do Estado Burguês de Direito, calcado na sistematização do Código, que materializaria o direito natural, imutável e com pretensões à exaustão.

A pedra angular do Código residia no arquétipo burguês de indivíduo, proprietário de bens, individualista, possessivo e livre para contratar. Nada mais era que a conhecida abstração conceitual que Marx chamara de “mônada ensimesmada”, tão típica do Estado Liberal.

²⁹ Ob. cit., p.87.

A Escola da Exegese, desenvolvida na França, no século XIX, foi um dos expoentes do mencionado “fetichismo legal”, mais propriamente a exaltação do Código de Napoleão, que alguns identificavam com a própria idéia de Direito.

No mesmo esteio, embora partindo de premissas outras, editou-se o Código Alemão, o BGB, em 1896. Embora arejado pela jurisprudência dos conceitos, bem como pela proliferação de cláusulas gerais, o BGB insistia na dicotomia público/privado, precisamente na divisão estanque entre Código e Constituição.

Imperava a idéia de que as relações privadas deveriam ser regidas pelo Código, uma vez que as normas deste seriam dotadas de maior estabilidade e, por conseguinte, estariam mais afinadas com o ideal de segurança jurídica almejado pelo capitalismo. De outro lado, a Constituição, expressão maior do que seria contingente, deveria incidir na relação entre indivíduo e Estado, cedendo espaço à prevalência da “liberdade dos modernos”.

Insta repisar que o legislador oitocentista, inspirado pelas pretensões de imutabilidade iluminista, utilizava-se da técnica de regulamentação exaustiva das condutas juridicamente relevantes. Da mesma forma, regulava matérias comuns aos demais ramos do saber jurídico, fazendo com que as raras leis esparsas gravitassem em torno do Código.

Todavia, o cosmos jurídico centrado na infalibilidade do Código não sobrevive à superação do Estado Liberal, notadamente por dois duros golpes. Primeiramente a autonomização do Direito do Trabalho, este regidos por princípios outros, conflitantes até com os princípios do Código Civil. Ressalte-se ainda, o surgimento de vasta legislação esparsa que ora se afasta dos valores consagrados no Código, professando orientação verdadeiramente consentânea com cenário social do segundo pós-guerra.

No Brasil, vislumbrou-se certo descompasso cronológico com o fenômeno experimentado na Europa, dada a codificação tardia que veio substituir as Ordenações Filipinas, tão somente em 1916. Na década de 30 já se assistia à instauração do Welfare State em solo brasileiro, bem como ao conseqüente intervencionismo e a inflação legislativa resultante. A partir daí, vicejariam diplomas especificamente voltados para o indivíduo concretamente considerado, versando a lei sobre situações como o inquilinato, os condomínios, o estatuto da mulher casada.

Outrossim, perde o Código o *status* de Lei Geral, posto que em todo destoante da nova ordem valorativa subjacente aos novos microssistemas, falecendo àquele a propriedade de antanho para integrar o significado e preencher as lacunas da legislação emergente. Forçoso reconhecer que, com a desagregação sofrida pelo Direito Privado, desloca-se a Constituição para o cerne das relações econômicas e privadas, revestindo-se do papel unificador que antes fora do Código Civil.

A posição hierárquica superior da Constituição, a abertura de suas normas e a opção deliberada do constituinte em regular relações privadas autoriza dizer que o ordenamento gravita sobre novo centro, erigida a Carta Constitucional à condição de Estatuto do Estado e da Sociedade.

A mudança do cerne do Direito Privado, que hoje encontra sua unidade nos valores que permeiam o texto constitucional, reclama uma releitura de institutos como propriedade, posse, contrato, família e empresa, por exemplo, sob pena de experimentar-se verdadeiro anacronismo institucional, por demais pernicioso.

Nessa esteira, a possibilidade de aplicação direta da Constituição às relações privadas, mais que uma possibilidade, afigura-se imperiosa em face do caráter normativo que esta norma assume, notadamente no caso brasileiro. Condicionar a

aplicação de toda e qualquer norma constitucional à mediação legislativa importa perigosa inversão da pirâmide normativa, conforme já se demonstrou.

Diante desse novo quadro, reverberam alguns autores, temendo o que seria a descaracterização do direito privado. Aduzem que a aplicação direta da Constituição nas relações privadas poderia ocasionar ativismo judicial exagerado, em virtude de as normas constitucionais, supostamente, veicularem comandos mais vagos que as regras clássicas de Direito Civil.

Ainda sob a perspectiva de tais juristas, a evocação direta da Constituição pelos juízes conduziria ao amesquinamento do papel do legislador, órgão ao qual, pela natureza precipuamente democrática, caberia a tarefa de ponderação entre direitos fundamentais colidentes. Em suma, para autores como Carlos Alberto Bittar, a problemática expendida reconduziria a questão à separação dos poderes e ao papel do Legislativo e do Judiciário na interpretação constitucional.

Entretanto, tal leitura afigura-se imprecisa quando confrontada com a realidade constitucional brasileira e com os postulados da força normativa da Constituição, uma vez que retirar do texto constitucional a aptidão para produzir efeitos, submetendo os comandos do Poder Constituinte ao julgo do legislador ordinário, seria negar veementemente a idéia de Constituição como norma jurídica.

Há que se reconhecer a existência de determinados espaços, constitucionalmente delimitados e confiados à atuação concretizadora do legislador, nos quais a jurisdição não se imiscui, em observância mesmo à opção das instâncias democráticas. Todavia, isso não importa cerrar os olhos do magistrado aos preceitos da Lei Maior, sempre que o legislador exorbita da missão constitucional, ou omite-se.

No que tange à vagueza das normas constitucionais, não se trata de apanágio destas, tão somente, uma vez que a legislação infraconstitucional encontra-se freqüentemente vazada por “cláusulas gerais”, carentes de concretização judicial.

Enfim, quanto à imutabilidade, ao que parece, em uma Constituição rígida (ou super-rígida como queiram) como a nossa, não obstante o sem número de emendas constitucionais a entrecortar-lhe o significado, parece que é na Lei Maior que reside a estabilidade, mormente em face das cláusulas pétreas constantes do art. 60, §4º, inciso IV.

1.5. A Dignidade da Pessoa Humana e Tutela da Personalidade.

A constitucionalização do Direito Privado, como dito, importou não só alterações de cunho topológico, ou o acolhimento de normas privatísticas no seio da Lei Maior, mas também a releitura de todos os institutos concebidos ao lume do ordenamento anterior. Avultam em significado duas balizas dessa releitura, pela posição privilegiada de que desfrutam na Constituição de 1988, quais sejam a dignidade da pessoa humana e a tutela da personalidade.

De fato, a elevação dos Direitos Fundamentais à condição de cláusulas pétreas evidencia a decisão constitucional de emprestar-lhes indisputável primazia no atual regime. Tais direitos, enquanto facetas da dignidade da pessoa humana, permeiam todo o ordenamento jurídico e irradiam efeitos no Direito Público e Privado, assumindo a condição de “valor-fonte fundamental do Direito”.

Oriundo da doutrina cristã do Evangelho e no humanismo renascentista de Pico della Mirandola, o princípio da dignidade da pessoa humana experimenta a maturidade na filosofia Iluminista de Emmanuel Kant, que, em síntese das mais perfunctórias, reconhece no ser humano um fim em si mesmo, tendo portanto dignidade e não preço. Embora sua origem remonte ao Iluminismo, a positivação desse princípio nas Constituições deu-se apenas após a 2ª Guerra Mundial, em resposta à necessidade de reconstrução dos direitos humanos, destroçados em meio à barbárie nazista. Nesta toada, observa-se a inserção da dignidade da pessoa em textos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, as Constituições alemã de 1949 e italiana de 1947, bem como a Constituição de Portugal em 1976 e a da Espanha em 1978.

Vislumbra-se no estuário de direitos fundamentais, exteriorizações e concretizações daquele princípio, que serve também como manancial inesgotável para a afirmação de novos direitos. Mais que limites à atuação do Estado, passam tais direitos

a reclamar a atuação comissiva de todos os entes públicos no sentido de proteção e promoção do desenvolvimento da personalidade humana.

Diante do importante influxo de valores que a positivação do princípio em tela representou no quadro constitucional brasileiro, faz-se mister analisar a sua repercussão nos cânones do Direito Privado, uma vez que tal fenômeno avizinha-se em muito do tema em estudo.

De fato, a alocação do princípio da dignidade humana no vértice do ordenamento jurídico implica a consagração dos valores existenciais da pessoa, em um espaço até pouco tempo privativo de signos econômicos e patrimoniais. É nesse sentido que se fala em “despatrimonialização” do Direito Privado, definida pelo Prof. Carmini Donisi como “(...) progressiva e cada vez mais destacada sensibilidade do direito privado contemporâneo, em todos os seus componentes (legislativo, doutrinário e jurisprudencial), a dados não confináveis nos esquemas e lógicas de índole econômica, mesmo— note-se — nos setores institucionalmente reservados às relações patrimoniais”.³⁰

Embora não ignore as relações econômicas, uma vez que também intrínsecas ao comportamento humano, a despatrimonialização vem reconhecer nos bens e direitos patrimoniais o caráter de meios para a realização da pessoa, consagrando a prevalência do “ser” sobre o “ter”. Alerta-se, entretanto, para o fato de que a pessoa aqui considerada não se confunde com a abstração conceitual de indivíduo, propalada pela doutrina liberal. Trata-se do ser humano com raízes e necessidades, assim situado no corpo social, ao contrário da ficção burguesa que concebia o homem isolado e soberano.

³⁰ Carmine Donisi **apud** SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p.115.

Em suma, a socialização do Direito Privado vem conciliar o ideal de liberdade com a igualdade material e a solidariedade, estas tão esquecidas na lógica capitalista da *Lex Mercatoria*, abandonando-se a predileção por critérios apriorísticos que ora pendiam para a prevalência da liberdade, ora para o interesse da sociedade, a depender da orientação ideológica de cada intérprete. O que se passa a buscar é propriamente a satisfação das necessidades da pessoa humana, nela residindo o parâmetro para a ponderação do interesse individual com o interesse social.

Assim explicita Daniel Sarmiento:

Neste contexto, ampliam-se e se elatem as hipóteses de restrição à autonomia da vontade, impostas pela legislação, ou extraídas da jurisprudência a partir da interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado, ou da aplicação direta dos direitos fundamentais. A autonomia privada continua sendo valorizada como emanção da liberdade humana, mas a ordem jurídica vai temperá-la com preocupações sociais. Nesta perspectiva o intervencionismo estatal nas relações privadas justificar-se-á, basicamente, em duas situações: proteção da parte mais fraca nas relações jurídicas, e promoção de interesses gerais da coletividade.

A visão personalista do direito privado projeta seus efeitos em variados campos. No Direito das Obrigações, pode-se mencionar a proliferação das normas de ordem pública, a relativização da autonomia da vontade, a intensificação da tutela aos hipossuficientes, bem como a preocupação com a boa-fé objetiva, com o equilíbrio contratual e o reconhecimento da função social do contrato. Na mesma toada, direitos reais como a propriedade e a posse são repensados, passando a revestir-se da chamada “função social”, a fim de compatibilizarem-se com o direito à moradia e a proteção ao meio ambiente. Fazem-se sentir os efeitos da despatrimonialização, ainda, na seara da Responsabilidade Civil, no Direito de Família e no Direito Comercial, por exemplo.

O deslocamento da Constituição para o epicentro do Direito Privado teve imbricações outras, influenciando como um todo a legislação infraconstitucional. Neste contexto a tutela da personalidade avulta como instrumento de conformação dos

institutos privatísticos aos novos valores constitucionais, resguardando o mínimo existencial, núcleo intangível da personalidade humana.

Incorporados à dogmática civilista da segunda metade do século XX, os direitos da personalidade enfrentaram certa oposição até merecerem a tutela jurídica de que dispõem hoje. Concebidos inicialmente dentro da moldura por vezes estreita do direito subjetiva, os direitos da personalidade inspiram hoje proteção muito mais ampla. O Novo Código Civil não só prevê o ressarcimento posterior em caso de lesão, mas também estabelece a tutela preventiva de tais direitos, insculpida no art. 12 daquele diploma.

Evitando a discussão doutrinária acerca da existência de um direito geral de personalidade, é certo que se verifica uma abertura sistemática do Código Civil nesta sede, por força da cláusula geral de responsabilidade por dano moral constante do art. 186 do novel Código. Assome-se a isso a incidência dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade da pessoa às relações privadas, desvelando a ampla guarida conferida pelo ordenamento aos valores inerentes à personalidade humana.

Cumprir repisar-se aqui, que a tutela da personalidade, tal qual concebida na Constituição e transmutada para a legislação infranconstitucional, não se subsume na moldura, por vezes estreita, do direito subjetivo. Ao contrário, deve expandir-se para as mais diversas posições jurídicas, como poder jurídico, direito potestativo, interesse legítimo, faculdade, ônus, estado, e suas variantes. Destarte, toda e qualquer lesão à dignidade deve ser repelida pelo ordenamento jurídico, seja pela invalidação de negócios privados, imposição de obrigações de fazer ou não-fazer, enfim, por meio de todo o instrumental de que dispõe o julgador, tendo em vista a preservação do princípio da dignidade da pessoa.

1.6. Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais.

Dentre as numerosas transformações experimentadas pela dogmática constitucional nos estertores do século XIX e início do século XX, notadamente com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, o reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é, seguramente, uma das que mais se avizinha à idéia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, talhando decisivamente a sua teórica.

Superada a concepção liberal de que os direitos fundamentais seriam unicamente pretensões dedutíveis pelo indivíduo em face do Estado, viceja, em reforço à idéia de normatividade de tais direitos, a perspectiva objetiva. Nas conclusivas palavras do Prof. Ingo Wolfgang Sarlet:

(...)Verifica-se que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui, na verdade, um terreno fértil para desenvolvimentos, podendo, neste sentido, ser considerada não tanto uma função nova dos direitos fundamentais, mas, sim, fundamento para outras funções, cujos contornos e importância específica dificilmente podem ser avaliados de forma precisa e apriorística. A descoberta (ou redescoberta?) da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela, acima de tudo, que estes – para além de sua condição de direitos subjetivos (e não apenas na qualidade de direitos de defesa) permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação.³¹

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais reconhece que tais normas, embora mantenedoras da clássica função de direito subjetivo, encerram também o caráter de “bases da ordem jurídica da coletividade”, conforme assinalou Konrad Hesse. De certa forma, passam os direitos fundamentais a ser pensados sob o enfoque da pessoa, enquanto membro de uma comunidade, em detrimento do indivíduo insular do liberalismo.

³¹ Ob. cit., p. 175-176.

Essa nova visão, ora mencionada, tem como marco fundamental o multicitado caso Lüth, cujo julgado foi proferido em 1958 pela Corte Federal Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht). Naquela oportunidade, reconheceu-se que, a par da vetusta finalidade de resguardar a liberdade do indivíduo em face do Estado, os direitos fundamentais encerrariam também uma perspectiva objetiva, uma vez que, conforme sedimentado no aresto:

a GG, que não quer ser neutra ante os valores, no título referente aos direitos fundamentais também instituiu uma ordem objetiva de valores e expressou um fortalecimento principal dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu centro no livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade social, deve reger como decisão constitucional básica em todos os âmbitos do direito; dele recebem diretrizes e impulso a legislação, a administração e a jurisdição. Dessa forma, influi evidentemente também sobre o direito civil; nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com ele e todas elas devem interpretar-se conforme ao seu espírito.³²

A dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais é fruto de uma teoria axiológica, sendo, por isso, alvo de agudas críticas, na própria dogmática alemã. Forsthoff (1902-1974) questionava a instabilidade metodológica que a orientação valorativa carregaria à Constituição, afirmando que tal interpretação “(...) torna inseguro o direito constitucional, dissolvendo (...) a lei constitucional na casuística”³³

Todavia, em meados da década de 1980, a teoria estrutural de Alexy, oportunamente analisada neste trabalho, virá resgatar a teoria axiológica, encampando-a na sua teoria dos princípios. Em que pese a ausência de contornos bem definidos para o que seria a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é relevante a proposta de Alexy, que afirma ser “(...) aquela segundo a qual o objetivo é o que permanece quando

³² STEINMETZ, Wilson. Ob. cit., p.106.

³³ Ernst Forsthoff **apud** STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004. p.107.

se prescinde ou se faz a abstração do flanco subjetivo dos princípios jusfundamentais”.³⁴

Por demais recorrente e elucidativa a exemplificação do jurista tedesco, que propõe uma tríplice abstração dos elementos subjetivos da norma de direito fundamental, qual sejam o titular do direito, o destinatário (sujeito obrigado) e determinadas peculiaridades do objeto. Cita como exemplo a liberdade de opinião: o titular é o indivíduo; o destinatário, o Estado; e o objeto, a omissão de intervenções estatais na liberdade de opinião. Procedendo-se à abstração dos elementos subjetivos, restaria o princípio objetivo cuja essência seria a liberdade de opinião propriamente dita, esta sim, valor de elevada abstração e ressonância em todo o ordenamento jurídico. Constituir-se-iam, assim em preceitos que “como pontos de partida de fundamentações dogmáticas de exigências jusfundamentais estrutural e materialmente muito diferentes, são realizáveis em todos os âmbitos do sistema jurídico.

Reconhece-se que tais direitos têm o condão de limitar a autonomia dos atores privados, protegendo a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes econômicos que se encontram pulverizados por todo o corpo social.

Conquanto presente já na obra de Martin Wolff e Carl Smith, bem como na teoria da Constituição como integração, de Rudolf Smend, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais só seria explicitamente acolhida sob o pálio da Lei Fundamental de Bonn, sendo mais tarde chancelada pelo Tribunal Constitucional alemão no caso Lüth, como mencionado.

O litígio em questão versava sobre a legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, de passado nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950. À época, a produtora do

³⁴ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, p.507-510.

filme em questão obteve decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a cessação, com base no art. 826 do Código Civil Alemão, que determinava “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Quando da análise do recurso, interposto por Lüth perante o Tribunal Constitucional Alemão, acolheu-se a tese de que as cláusulas gerais do direito privado, no caso os “bons costumes” deveriam ser permeadas pelos valores constitucionalmente consagrados, notadamente os direitos fundamentais.

Restou a fundamentação do aresto por traçar as primeiras balizas em matéria de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, fundamentação que transcrevemos por oportuno:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferências das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também do desenvolvimento histórico que levou à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países(...)

É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito.

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um

conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação.”³⁵

Desde então, instaurou-se na dogmática constitucional alemã intenso debate acerca da matéria, o que fomentou a produção de teorias das mais progressistas sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, como a doutrina da “eficácia irradiante” (Ausstrahlungswirkung), da “eficácia horizontal” (Drittwirkung), a das “garantias institucionais”, a dos “deveres de proteção” (Schutzpflichten). A teoria da “eficácia horizontal” será abordada a seguir, sob a epígrafe de “aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas”, uma vez que objeto precípua deste estudo.

³⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, p.142.

2. Da Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas.

Debruçou-se até então sobre a impositiva aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, fundamentada nas diversas transformações de ordem política, social e jurídica experimentadas, máxime com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social e com as duas Guerras Mundiais. Passa-se agora a uma análise mais detida no que diz com a medida daquela aplicação, ou, dizendo de outra forma, respondido o quesito “aplica-se”, adentramos a seara do “como se aplicam”.

Há que se ter em conta, na presente investigação, que em uma relação privada interagem indivíduos, os quais desfrutam em igual medida da proteção dos direitos fundamentais. O mesmo não se verifica na relação indivíduo-Estado, à toda evidência que o último não dispõe do predicativo da dignidade, inerente à pessoa humana, sendo investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses. Justifica-se, pois, uma limitação inegavelmente mais severa da atuação estatal, não se cogitando de transmutar para as relações privadas a disciplina dos direitos fundamentais, tal e qual concebida para a relação entre indivíduo e Estado.

Ademais, assome-se a tais nuances a necessidade de compatibilização dos direitos fundamentais com a autonomia privada, uma vez que esta é também por si própria uma expressão do direito fundamental à liberdade. Vislumbra-se, portanto, uma questão de ponderação de valores constitucionais, subjacente à problemática em comento, estando tal ponderação umbilicalmente atrelada ao papel do Poder Judiciário e do Poder Legislativo na tutela dos direitos fundamentais, como já visitado no capítulo anterior.

Resta tentar traçar, com esteio na dogmática constitucional, pátria e alienígena, balizas relativamente seguras que permitam a máxima efetividade dos direitos fundamentais, sem incorrer no sacrifício da segurança jurídica, bem como sem

aniquilar a tão almejada liberdade negocial. Nesta toada, perlustra-se brevemente as principais teorias concernentes ao temas, detendo-se um tanto mais minudentemente na teoria que recepciona a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, corrente aqui esposada.

2.1. Teoria da State Action

Não obstante reconheça-se o aparente consenso quanto à possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, verificou-se, logo quando do surgimento da teoria da eficácia horizontal, severas críticas da doutrina liberal clássica. Invocavam os críticos a tradição histórica de construção dos direitos fundamentais, a ausência de previsão constitucional, bem como a própria vontade do constituinte, que, influenciado pela experiência nazista, teria voltado-se tão somente contra o Estado. Ademais, asseveravam a doutrina liberal reconhecia naquela teoria a colonização do Direito Privado, bem como a dissolução da Constituição, que seria rebaixada de norma a mera ordem de valores, em face do abandono dos métodos clássicos da hermenêutica jurídica no Direito Constitucional.

Encampada em alguns Estados de matiz liberal mais exacerbada, a doutrina que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privatísticas não logrou maior repercussão, em face das reiteradas decisões judiciais em sentido contrário. Todavia, no direito norte-americano a referida teoria ganhou espaço, sendo guindada à condição de verdadeiro axioma do direito constitucional estadunidense.

Em solo ianque, é assente o entendimento que, com exceção da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão, a literalidade do texto constitucional só se aplica ao Estado. Aduzem em defesa dessa tese a existência de um espaço para a liberdade individual que deveria ser imunizado da ingerência estatal, argumento de rótulo visivelmente liberal. Invoca-se também razões atinentes ao pacto federativo, uma vez que no modelo

americano cabe aos Estados legislar sobre Direito Privado, vedando-se pois a intervenção da União por meio de suas cortes federais sob o pretexto de aplicar aos entes privados a Constituição.

Outrossim, a partir de 1875, com a declaração da inconstitucionalidade do Civil Rights Act, sedimentou-se o entendimento de que os direitos fundamentais só vinculariam os Poderes Públicos, bem como que a União não poderia editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que seria esta matéria afeta ao legislador estadual. Embora esta última premissa tenha sido revista na década de 60, com o movimento em prol dos direitos civis, a primeira permanece inalterada, respaldando a doutrina denominada State Action, segundo a qual os direitos fundamentais não vinculariam os atores privados.

Todavia, a partir da década de 40, começam a surgir temperamentos à posição daquele Tribunal, que para evitar a burla Estatal consistente na delegação de suas funções a empresas privadas ou particulares, passa a adotar a *public function theory*.

Por essa teoria, o ente privado que exerça função tipicamente estatal, por delegação ou não, estaria também adstrito aos condicionamentos constitucionais. No paradigmático caso Marsh v. Alabama, julgado em 1946, discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais, etc. podia ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior de sua propriedade. A suprema corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma cidade privada (*private owned town*), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que assegura a liberdade de culto.

Noutro julgado, aquela Corte entendeu ilícita a conduta de partidos políticos (lá também um ente privado) dos estados do sul dos EUA, que negavam o pedido de

filiação de pessoas negras. Na mesma senda, no caso *Evans v. Newton*, reconheceu-se a ilicitude da negativa de acesso de negros a um parque que, embora privado, era aberto ao público em geral. Recentemente, no caso *Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc.* a teoria em azo respaldou a invalidade do exercício do direito de recusa de jurados (*peremptory jury challenges*) por um advogado privado em processo no tribunal do júri. Em contrapartida, a mesma Suprema Corte decidiu que uma fornecedora de energia elétrica, embora para tanto licenciada junto ao governo norte-americano, não estava adstrita ao devido processo legal, porquanto não exercia função pública.

Em que pese relativa ausência de critério seguro na aplicação da *public function theory*, é visível a tendência restritiva que a Suprema Corte vem adotando desde a década de 70. Não obstante, a jurisprudência da Corte Constitucional norte-americana reconhece outra possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, quais sejam os casos em que é possível estabelecer uma correlação entre a conduta do particular e alguma entidade governamental. Exemplo emblemático foi o caso *Shelley v. Kraemer*, no qual se tentava fazer valer judicialmente uma convenção que proibia a venda de imóveis, em dada região, a integrantes de minorias raciais. A Suprema Corte reconheceu então a impossibilidade de o Judiciário tutelar tal pleito, sob pena de albergar discriminação conflitante com a Constituição.

Ainda sob o signo da *state action*, assentou a Suprema Corte que o Estado não pode fomentar atividades particulares que atentem contra os direitos fundamentais. Em *Norwood v. Harrison*, impediu-se que o Estado mantivesse o fornecimento gratuito de livros aos alunos de instituições particulares de ensino praticantes de políticas etnicamente discriminatórias.

Todavia, tal parâmetro não se aplica a empresas simplesmente sujeitas a determinada regulação estatal, segundo a orientação da Corte norte-americana, uma vez

que tal situação não bastaria para configurar a state action. Em *Columbia Broadcasting System v. Democratic Nacional Committee*, negou-se a qualidade de state action a redes de rádio e televisão que se recusavam a exibir propaganda de grupos pacifistas contra a Guerra do Vietnam, sob o argumento de que, embora sujeitas a licenciamento e à regulamentação do governo, tais entes não se revestiam daquele apanágio.

Recorre-se aqui ao clarificante julgado do caso *Lugar v. Edmondson Oil Co.* que bem sintetiza a doutrina da state action

Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da 'atribuição razoável'. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. (...) Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um 'ator estatal'. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.³⁶

Entrevê-se portanto que a orientação doutrinária e jurisprudencial que impera no território norte-americano é das mais retrógradas, o que tem impellido grupos minoritários como os homossexuais, as feministas e os negros a questionarem publicamente a validade da State Action. Ao encontro do movimento oposicionista, o polêmico artigo do Prof. Erwin Chemerinsky que traduz fielmente o contraponto a se fazer, nos seguintes termos

(...) afirmar que a doutrina da state action é desejável porque preserva a autonomia e liberdade é olhar apenas para um dos lados da equação (...). De fato, de acordo com a doutrina da state action, os direitos do violador privado são sempre favorecidos em relação aos direitos das vítimas. Dessa forma, a state action só promove a liberdade se se considerar que a liberdade de violar a Constituição é sempre mais importante do que os direitos individuais que são infringidos”.

³⁶ Ob. cit., p.233-234.

No que concerne à pretensa afronta à autonomia dos Estados para legislar sobre direito privado, aduz Chemerinsky que tal autonomia está jungida à Constituição, não podendo ser invocada contra ela.

Entretanto, à revelia de todas as críticas, a doutrina norte-americana foi acolhida pela Suprema Corte do Canadá, bem como pela Constituição provisória da África do Sul, tendo sido, neste último caso, abolida com a promulgação da Constituição definitiva, em 1997.

2.2. Teoria da Eficácia Indireta e Mediata.

Cunhada na doutrina alemã por Günter Dürig, é a tese hegemônica em solo teutônico, situando-se a meio caminho das teorias da State Action e da Eficácia Direta e Imediata. Segundo Dürig, os direitos fundamentais não poderiam ser diretamente invocados da Constituição, uma vez que a natureza da relação entre indivíduos seria diversa da relação de direito público. Destarte, certos atos, *prima facie* contrários aos direitos fundamentais, estariam albergados pelo direito privado sob a égide da autonomia da vontade.

Segundo o pensamento de Dürig, a intersecção entre os direitos fundamentais e o Direito Privado dar-se-ia por meio das cláusulas gerais (e.g., ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, abuso de direito, finalidade social do direito) e dos conceitos indeterminados acolhidos pelo legislador infraconstitucional, que deveriam permeados pelos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, constitucionalmente consagrados.

Mantém-se a premissa de direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa em face do Estado, incidindo portanto sobre este o comando constitucional. Conforme asseverou Hesse, um dos principais defensores da teoria, “(...) em um conflito jurídico entre privados todos os interessados gozam da proteção dos direitos

fundamentais, enquanto que na relação do cidadão com o Estado tal tutela não corresponde ao poder público”.³⁷

Os correligionários dessa corrente negam a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, sob o argumento de que isso importaria sacrificar a autonomia da vontade. Ademais, sustentam que o grau de indeterminação, característico das normas constitucionais, encorajaria o decisionismo judicial, sacrificando a segurança jurídica.

Destarte, seriam os direitos fundamentais, egressos da ordem de valores encerrada na Constituição, revestidos por elementos de Direito Privado, para só então fazer incidir sobre as relações entre particulares.

Caberia, pois, ao Legislativo, estabelecer a ponderação entre os bens jurídicos constitucionalmente tutelados, firmada na lei a medida de tal limitação. Outrossim, resguardar-se-ia a segurança jurídica e o princípio democrático, sem descuidar da autonomia da vontade, tão importante para a seara civilística.

Destarte, nos casos de colisão de direitos fundamentais entre particulares, “(...) ao Direito Civil corresponde assim a tarefa, sumamente complicada, de encontrar por si mesmo o modo e a intensidade da influência dos direitos fundamentais mediante o equilíbrio ou a ponderação dos direitos fundamentais que entram em consideração”.³⁸

De outro lado, ao Judiciário incumbiria preencher as cláusulas indeterminadas, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como rejeitar por inconstitucionalidade as leis incompatíveis com tais direitos. Vislumbra-se, portanto, que apenas em casos excepcionais, de lacuna no ordenamento e ausência de cláusulas gerais, é que seria dado ao juiz aplicar diretamente os direitos fundamentais.

³⁷ Konrad Hesse **apud** STEINMETZ, Wilson., Ob. cit., p.140.

³⁸ Idem, ibidem, p.141.

Além do caso Lüth, já mencionado, avultam exemplos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, na linha da eficácia indireta. Em 1972, aquela corte invalidou cláusula de acordo de divórcio, pelo qual o ex-marido comprometia-se a viver, durante certo período, em cidade diversa do domicílio de sua antiga cônjuge, em claro prestígio ao direito fundamental à liberdade de circulação e residência.

A doutrina da eficácia mediata foi acolhida na Áustria, e, em parte, no ordenamento francês. Na França, de tradição estritamente legalista ainda encontra-se um tanto restrita a aplicação dos direitos fundamentais nos conflitos privados, sendo mais efetiva a via do controle preventivo de constitucionalidade, bem como a interpretação conforme a constituição.

Por fim, impende registrar as críticas desferidas pelas outras duas vertentes mais extremadas de teóricos da eficácia horizontal. Os adeptos da corrente que nega a eficácia afirmam que ela solaparia o princípio da legalidade, prejudicando a segurança jurídica na aplicação das normas civis e comerciais. Já a vertente que defende a aplicação direta acusa-a de deixar os direitos fundamentais à mercê do legislador, havendo até quem a reconheça na já clássica interpretação conforme a Constituição.

2.3 Teoria da Eficácia Direta e Imediata.

Sustentada embrionariamente por Hans Carl Nipperdey, a partir de 1950, a teoria da eficácia imediata reconhece que alguns direitos fundamentais revestem-se de oponibilidade erga omnes, prescindindo de qualquer atuação do legislador. Nipperdey constata que, no mundo contemporâneo, a opressão também pode ser perpetrada por atores privados, conforme já se demonstrou. Por conseguinte, a opção constitucional pelo modelo de Estado Social importaria o reconhecimento de tal realidade e a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas.

Em *Die Würde des Menschen* (“A dignidade do ser humano”, 1954), o autor afirma que determinadas normas de direitos fundamentais garantem aos particulares, um *status socialis*, ou uma posição jurídica, ante o outro ente privado. Ademais, a eficácia imediata não se cinge unicamente aos casos em que há desigualdade entre os particulares, uma vez que a garantia constitucional é dissociada de tal realidade, consistindo em um estado autônomo, inerente ao ser humano.

Desenvolvida posteriormente por autores como Walter Leisner e Reinhold Zippelius, a tese da eficácia imediata foi acolhida pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, em 1957, oportunidade em que aquela corte invalidou, fundada em preceito constitucional, cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio.

Ainda sobre o escólio do Tribunal Federal do Trabalho, convém transcrever

Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que as disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública.³⁹

Embora inaugurada na doutrina alemã, é em países como Portugal e Espanha que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais conquista hegemonia, contando com o respaldo de diversos autores.

Embora silente a Constituição Espanhola acerca da matéria, Naranjo de La Cruz sustenta que

(...) os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a

³⁹ STEINMETZ, Wilson, ob. cit., p. 166.

sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.⁴⁰

Note-se que, embora obscura a orientação perfilhada pela Corte Constitucional espanhola, entrevê-se em algum julgados uma inclinação ao reconhecimento da eficácia direta e imediata.

Já em Portugal, tal teoria encontra acolhida na própria Constituição, no art. 18.1 da Lei Maior lusitana, que vaticina “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. É esse o entendimento esposado pela doutrina de J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira e Ana Prata, aparentemente de indubitável constatação.

Canotilho e Vital Moreira, em obra conjunta, afirmam que a Constituição de Portugal “traduz o estatuto fundamental da ordem jurídica em geral”, representando “fonte directa de regulação das relações entre os próprios cidadãos”.

Também na Itália e na Argentina, vem sendo acatada a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, revelando a considerável difusão que tal doutrina obteve, além dos limites do território alemão, onde foi concebida.

Os opositores de tal doutrina objetam-na nos seguintes aspectos: a) ausência de previsão constitucional; b) a eficácia direta sacrificaria a autonomia privada e igualaria as relações indivíduo-Estado às relações entre indivíduos, o que desconsideraria o fato de que nestas últimas, ambos são portadores de direitos fundamentais; c) possível perda de identidade do direito privado, que seria colonizado pelo direito constitucional, sepultando-se a mola-mestra da autonomia da vontade em favor de um fascismo dos direitos fundamentais.

⁴⁰ Idem, Ibidem, p. 167.

Hesse aduz, ainda, que os conflitos privados, versados então no âmbito constitucional, transformariam os Tribunais Constitucionais em cortes gerais de revisão, ao arrepio da Constituição.

2.4 A Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas na Constituição Brasileira.

Empós analisar-se as diversas nuances que cercam a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, insta verificar-se como se deu no ordenamento jurídico brasileiro a recepção das teorias alienígenas. Mister recorrer-se portanto aos julgados proferidos pelas cortes nacionais, bem como à doutrina pátria que, diga-se aqui, ainda não dedicou ao tema a devida atenção.

Na mesma senda, cumpre analisar o tema em consonância com a opção da Carta de Outubro, evitando a transposição mecânica do direito europeu, despida de adaptações necessárias à nossa realidade. Partindo de uma teoria constitucionalmente adequada, há que se verificar que a nossa Lei Maior consagrou um vasto estuário de direitos sociais e econômicos, bem como, que identificou na necessidade de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, um objetivo primeiro da nossa República.

Revela-se diametralmente oposta a nossa Carta Magna, no que diz com o modelo liberal norte-americano, diferindo também do paradigma alemão insculpido na Lei de Bonn. Quanto ao modelo americano, parece evidente que nossa Constituição afasta-se da ficção liberal, abraçando o modelo de Estado Social que destoa por completo das premissas absenteístas da State Action. Já em face Constituição alemã, verifica-se que o modelo de intervenção social instaurado no Brasil é visivelmente mais intervencionista, com a previsão de ampla gama de direitos sociais, alguns expressamente voltados para os trabalhadores.

Em que pese o caráter de vinculação passiva universal que permeia os direitos fundamentais como concebidos em nossa Carta Magna, subjazem relevantes motivos de ordem fática, a reclamar uma incidência mais aprofundada dos direitos fundamentais. O cenário de gritante exclusão social, a par da segregação velada, seja de cunho racial ou econômico, o estado de permanente vilipêndio do empregado, os milhões de brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza, desprovidos de toda e qualquer liberdade, por mais ficta que seja, tudo reclama especial atenção para a tutela dos direitos fundamentais, sob pena de isolar-se o Direito em uma torre de marfim, acima das nuvens e distante da realidade, sem qualquer possibilidade de alteração no *status quo* de iniquidade e opressão que nos cerca.

Retomando-se as críticas proferidas contra a teoria da eficácia imediata, chega-se à presente síntese: a) a vinculação direta comprometeria em demasia a autonomia privada; b) seria antidemocrática por importar poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislado, este a quem cabe precipuamente o papel da ponderação; c) implicaria sacrificar a segurança jurídica, dada a abstração dos preceitos constitucionais; d) solaparia as bases do direito privado, pondo em risco a sua autonomia. Por fim, o argumento já visitado de que os Tribunais constitucionais transformar-se-iam em tribunais gerais de revisão.

Pois bem, não parecem prosperar tais críticas, notadamente na ordem brasileira. Em relação à autonomia privada, esta não é um valor absoluto, comportando restrições. Há que se ter em conta que o matiz teórico aqui defendido, para a eficácia direta, é aquele que propõe uma adaptação na incidência dos direitos fundamentais, de ordem diversa da que se dá na relação Estado-indivíduo, o que atenuaria as restrições à liberdade. Assim, a superação de tal argumento reside propriamente na necessidade de ponderação entre o direito ameaçado e a autonomia provada. Ademais, já registramos

que não há falar em autonomia, quando um dos agentes não desfruta dos requisitos essenciais ao mínimo existencial, vindo a eficácia imediata propriamente resguardar a plena autonomia do indivíduo hipossuficiente, ao invés de cerceá-la.

Quanto ao caráter pretensamente antidemocrático da teoria da eficácia imediata, não se questiona a existência de um *locus* constitucional reservado ao legislador, para a disciplina da autonomia privada no ordenamento brasileiro. Todavia o que apregoa tal tese é sim a prioridade na atuação do legislador, agindo o Judiciário quando este viesse afastar-se do comando constitucional, ou nos casos de omissão. Sabe-se que ao Judiciário, enquanto guardião da Constituição, cabe pugnar pelo respeito aos preceitos constitucionais por todos os poderes. Ademais, a concretização dos direitos fundamentais é verdadeiro pressuposto da democracia, impondo-se a expansão da axiologia solidarista da nossa Carta Magna para além dos muros da atuação estatal

Já a propalada insegurança jurídica não é tema recente na dogmática, uma vez que a jurisprudência dos conceitos e a edição do BGB na Alemanha, nos estertores do século XIX, já encetaram a proliferação de normas jurídicas de reduzido grau de determinação semântica no direito privado. Ademais trata-se de um fenômeno generalizado, não adstrito aos direitos fundamentais, uma vez que decorre do estado atual vivenciado pelo Direito, qual seja o pós-positivismo. Parece portanto atenuada a questão da insegurança jurídica, quando se tem em vista a fixação de *standards* para a aplicação de cada direito fundamental, o que Robert Alexy chamou de “relações de precedência condicionada entre princípios” que se daria com a sedimentação dos parâmetros utilizados pela doutrina e pela jurisprudência, sujeitos ao controle social.

Por fim, quanto à perda da autonomia do Direito Privado, não parece que tal questionamento esteja em sincronia com a atual realidade constitucional, em que impera a força normativa da Constituição, promovida e fiscalizada por vários

instrumentos de jurisdição constitucional. O que se vê é a fecundação salutar de todos os ramos do Direito, por expressa previsão constitucional, em casos como a família e a propriedade, por exemplo.

Parece então, não apenas recomendável, mas imperiosa a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, no contexto da Constituição de 1988. Assim o é porque a tutela da personalidade humana, consagrada em seu texto como o princípio mais importante, restaria precária e por demais incompleta, caso cingida às relações entre indivíduo e Estado, máxime no cenário de intensa desigualdade e opressão vivenciado na sociedade brasileira.

Como bem ilustra Luís Roberto Barroso, “(...) em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional.”⁴¹

É essa a posição a que nos filiamos, por mais consentânea com o ideal de justiça substantiva albergado pela nossa Constituição, orientada a uma tutela da dignidade humana, por vezes postergada em nossa sociedade.

2.5 A Posição da Doutrina e da Jurisprudência brasileiras.

Ainda não tão explorado quanto deveria, o tema da eficácia horizontal foi objeto de estudos na doutrina brasileira, cabendo aqui registrar o posicionamento de nossos juristas. Ingo Sarlet, na obra mais minudente sobre a matéria, posicionou-se a favor de uma eficácia direta e imediata, ressaltando a importância da ponderação nos casos de conflito com a autonomia privada.

Carlos Roberto Siqueira e Gustavo Tepedino também propugnam a aplicação direta e imediata, este último sequer fazendo alusão à teoria da eficácia indireta. O

⁴¹ Op. cit, p.289.

Professor Gilmar Ferreira Mendes, por sua análise descritiva parece filiar-se à corrente da teoria da eficácia imediata, o que se deixa entrever em recente julgado de sua lavra.

Já na jurisprudência pátria, o que se observa é a aplicação dos direitos fundamentais a litígios entre particulares, sem a necessária fundamentação quanto a tal possibilidade no nosso ordenamento.

Cite-se como exemplo o julgamento do Recurso Extraordinário nº 158215-4/RS, pelo STF, caso em que se deu a exclusão de associados de determinada cooperativa, sem que fosse ofertada a chance de defesa. No caso em questão, sequer levantou-se a discussão sobre a eficácia horizontal, acolhendo-se a pretensão dos associados excluídos com base no art. 5º, LV, CF:

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

Na mesma senda o Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, ao tratar do caso de um empregado brasileiro, subordinado à empresa Air France, que pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto do Pessoal da Empresa, que a princípio só beneficiariam os empregados de nacionalidade francesa. Mais uma vez foi acolhida a pretensão do autor, nos seguintes termos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da

igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. **(RE 161243 / DF - DISTRITO FEDERAL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator: Min. CARLOS VELLOSO; Julgamento: 29/10/1996; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação DJ 19.12.1997)**

A questão também foi enfrentada pela 4ª Turma STJ, em junho de 2000. Desta feita, debateu-se especificamente a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, no caso concreto a prisão civil por dívida de um motorista de táxi, cujo débito, decorrente de contrato de alienação fiduciária do veículo fora quintuplicado, em 24 meses, por conta dos juros. A quitação portanto, consumiria todos os recursos que a impetrante supostamente receberia até o fim da provável vida. Assim foi ementada a decisão:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida. **(Processo: HC 12547 / DF ; Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR; Órgão Julgador: QUARTA TURMA; Data do Julgamento: 01/06/2000; Data da Publicação/Fonte: DJ 12.02.2001 p. 115, RSTJ vol. 148 p. 387)**

Ademais, é bastante recorrente a invocação direta dos incisos V e X do art 5º da CF, eventualmente confrontado com o direito de liberdade de expressão consagrado no

inciso IV do rol de direitos fundamentais. Trata-se de típico caso de ponderação judicial entre bens constitucionalmente tutelados.

2.5.1 Recurso Extraordinário 201.819/RJ

Retornando à jurisprudência do STF, observa-se que em recentíssimo Acórdão, ementado em outubro de 2005, o Supremo quebrou o silêncio sobre a possibilidade de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, analisando finalmente tal possibilidade.

Cuidava o Recurso Extraordinário 201.819/RJ da exclusão de um associado da União Brasileira de Compositores – UBC, sem o contraditório e a ampla defesa. Postulava a Recorrente, UBC, a reforma do julgamento proferido nas instâncias ordinárias, com base na inaplicabilidade das normas de direitos fundamentais às relações privadas.

Quando da votação, chegou a Relatora, Ministra Ellen Gracie, a afirmar que

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

Felizmente tal entendimento não prosperou, iniciando dissidência o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que redigiu o seguinte acórdão, restando vencidos os Ministros Ellen Gracie e Carlos Veloso:

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

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos articulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a

possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. (RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 11/10/2005; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 27-10-2006)

Outrossim, resta sepultada qualquer controvérsia acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas no ordenamento brasileiro, não obstante tendo o STF titubeado em analisar a matéria com a acuidade que ela reclama. Cabe, portanto, aos operadores do direito, conscientes de sua importância social, desenvolver o tema, explorando as potencialidades que ele encerra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Pretendeu-se, com este trabalho, demonstrar a necessidade e a juridicidade que viabilizam a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Expôs-se como pano de fundo, a situação de extremada iniquidade que atravessa a sociedade, notadamente a nossa, brasileira, que nem sempre é devidamente amparada pelo legislador infraconstitucional, por vezes omissivo e distante da população. Prova disso são os inúmeros direitos sociais, muitos dos quais permanecem como mero adorno no texto magno, por conta do descaso legislativo.

2. Partiu-se aqui das transformações por que passaram os direitos fundamentais, concebidos pelo Iluminismo burguês como direitos subjetivos de liberdade em face do Estado e posteriormente erigidos à condição de valor basilar da ordem constitucional, a ser perseguido por este. Demonstrou-se que a dicotomia entre Público e Privado é oriunda da

3. Adentrou-se também a profícua produção teórica que sucedeu-se ao caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958. Viu-se que o reconhecimento de uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais, que os transportaria para todos os ramos do direito, fez com que vicejasse teorias das mais inovadoras, no que concerne à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

4. A revolução copernicana operada no direito privado, que hoje passa a orbitar em volta da Constituição, como viu-se, vai ordenar uma releitura completa dos institutos do direito civil, como família, propriedade e empresa, por exemplo.

5. Recorreu-se a exemplos que bem ilustraram a infinidade de casos em que se pode propugnar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como uma maneira de resguardar o cidadão da opressão perpetrada pela face obscura dos poderes privados.

6. Por fim, percorreu-se o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, respaldou a nossa tese, acatando a aplicabilidade direta, embora diferenciada, dos direitos fundamentais às relações privadas.

7. Resta, ao que parece, àqueles que vêm no direito uma ferramenta de alteração do *status quo*, explorar as potencialidades de um tema que guarda insofismável importância para a construção de uma sociedade mais justa, equânime e solidarista.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997. 607 p.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2006.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 4ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 484 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. 421 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías - La ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999. 180 p.

FERREIRA F., Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. 396 p.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 362 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999. 172 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, 386 p.

_____. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357p.

SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 270 p.

_____ **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2004. 768 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo IV. Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. 485 p.

NETO, Eugênio Facchini. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, 379 p.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004. 296 p.

TEIXEIRA, J.H. Meirelles .**Curso de Direito Constitucional,** Forense Universitária, 1a ed., 1991

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.stj.gov.br>