

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

LUCAS SAMPAIO SANTOS

APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 1ª DIMENSÃO
NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

LUCAS SAMPAIO SANTOS

APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 1ª DIMENSÃO
NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais (Direito Civil), sob a orientação do Professor Silvio Luis Ferreira da Rocha.

SÃO PAULO

2012

Banca Examinadora

Autorizo, exclusivamente para fins científicos e acadêmicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processo de fotocópias ou eletrônicos.

_____ São Paulo, de março de 2012

Dedico esse trabalho aos meus avôs, José Lucas Novaes Santos (*in memoriam*) e Octávio de Almeida Sampaio (*in memoriam*), que sempre me incentivaram a perseguir meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

O ato de agradecer é um dos mais nobres do ser humano, mas, ao mesmo tempo, um dos mais difíceis, eis que é sempre complicado externar em palavras o sentimento de gratidão. Além disso, a despeito da solidão ao escrever essa dissertação, tenho plena consciência de que ela só se tornou possível com a contribuição de várias pessoas, o que torna o agradecimento ainda mais difícil, pois as pessoas não citadas podem ter a errônea impressão de que não foram importantes. Contudo, deixo aqui registrado que todos aqueles que de alguma forma contribuíram com esse trabalho estarão para sempre guardados em minha memória.

Primeiramente, gostaria de agradecer meus pais e minha irmã, José Joaquim, Maria Lúcia e Marina, pelo estímulo nos estudos. Vocês são as pessoas que eu sei que sempre poderei contar, mesmo nos momentos de maiores dificuldades, neste trabalho tem muito do esforço de vocês também.

Aos meus avôs que sempre me incentivaram a perseguir meus objetivos. A minha avó, Maria Clara, pelo amor incondicional. A minha avó, Brasilina, por me ensinar que deve aprender com meus erros e, sempre que possível, rir deles. Aos meus tios, primos e amigos de Ourinhos por me ensinarem que vida deve ser vivida.

Aos meus amigos de faculdade, aos quais agradeço pela amizade, desde 2003, a qual fez com que o aprendizado do Direito fosse muito mais prazeroso. Agradeço a eles também pela paciência e compreensão que tiveram comigo nos momentos de estudo e pesquisa. Agradeço especialmente a Guilherme Coelho, Mauricio Guetta e Antonio Carlos Nachif por terem dividido e vivenciado comigo as angústias e ansiedades proporcionadas pelo Mestrado.

Agradeço, também, ao Rui, funcionário da PUC, que sempre me atendeu de forma diligente e cordial, especialmente nos momentos de matrícula e outros importantes assuntos acadêmicos e burocráticos.

Sou extremamente grato a Christina Rostworowski da Costa e Antonio Marcos Hernandes pelo auxílio com as traduções dos textos em língua alemã, ajuda indispensável para que esse trabalho pudesse abordar temas espinhosos.

Meus agradecimentos aos Professores Gilberto Jabur Haddad, Maria Helena Daneluzzi e Eduardo Takemi pela leitura atenciosa da minha dissertação e por todos os engrandecedores comentários e observações feitos ao presente trabalho, que foram decisivos para o aprimoramento das conclusões aqui obtidas.

Agradeço, por fim, a figura sem a qual esse trabalho nunca teria se concretizado, o Professor Silvio Luis Ferreira da Rocha, não só pela orientação segura, calma e sensata que propiciou o desenvolvimento do presente trabalho, mas por todas as lições de vida ministradas, em especial pela lição de humildade que sempre ministrou, a despeito de seu notório saber jurídico.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar uma sistematização do pensamento jurídico sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais elencados na Constituição Brasileira de 1988, isto é, se tais direitos podem vir a ser aplicados nas relações jurídicas privadas e, em caso positivo, de que forma se dará a aplicação de tais direitos nessas relações.

Tal tema ganhou força nos dias atuais, pois se verificou que não só o Estado é capaz de violar os direitos fundamentais, sendo que, muitas das violações verificadas, tem como agente violador entes privados, como empresas multinacionais, bancos, sindicatos, etc.

Dessa forma, pretendemos analisar de que forma e de que modo é possível sustentar, com base no ordenamento jurídico brasileiro em vigência, uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para tanto, foi feito um estudo da doutrina e da jurisprudência, tanto nacional, quanto estrangeira.

Da análise do texto se depreende que pretendemos fornecer um modelo de aplicação de tais direitos, em especial os de primeira dimensão, nas relações privadas, especificando de que forma e de que maneira os particulares se vinculam a esses direitos, além de traçar parâmetros verificáveis intersubjetivamente para a aplicação dos direitos nas relações entre privados.

Ao final, lançamos algumas considerações sobre a necessidade de se reconhecer essa vinculação, bem como a necessidade de estruturar um modelo que facilite a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais – Eficácia Horizontal – Relações Privadas.

ABSTRACT

The purpose of this study is to present a systematization of legal thought on the horizontal effectiveness of the fundamental rights listed in the Brazilian Constitution of 1988; in other words, in order to better understand whether these rights may be applied in private legal relations, and, if so, how will such rights be applied in said relations.

This issue has become increasingly significant because of the verification that not only the State is capable of violating said fundamental rights, but also that, in many cases, private entities such as multinational companies, banks, unions, etc., are the agents involved in said violations.

As such, this study analyzes how and through which means is it possible to sustain the horizontal efficiency of fundamental rights based on the Brazilian legal system currently in effect. Both national and foreign doctrine and jurisprudence were assessed in order to do so.

The assessment of the text reveals that our intention is to provide a model for the application of such rights in private relations, especially with respect to first 'dimension' of fundamental rights, thereby specifying how and in which way private parties are bound to said rights, and also to establish intersubjectively verifiable parameters to apply the rights in relations between private parties.

The conclusion to the study includes certain considerations on the need to acknowledge said bind, in addition to the need to structure a model to favor the application of fundamental rights in relations between private parties.

Keywords: Fundamental Rights – Horizontal Efficiency – Private Relations.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	01
1.1. Generalidades	03
1.2. Contextualização Histórica	04
1.3. Delimitação do Tema	10
1.4. Premissas Teóricas	11
1.5. Opções Terminológicas	12
1.6. Desenvolvimento do Trabalho	16
2. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS	18
2.1. Introdução	18
2.2. O ordenamento jurídico	20
2.3. Norma como gênero	21
2.4. Espécies do gênero norma: regras e princípios	22
2.5. Conceitos e diferenças entre regras e princípios	24
2.5.1. Josef Esser	26
2.5.2. Karl Larenz	26
2.5.3. Ronald Dworking	27
2.5.4. Robert Alexy	28
2.5.5. Claus-Wilhelm Canaris	29
2.5.6. José Joaquim Gomes Canotilho	29
2.5.7. Humberto Ávila	31
2.5.8. Breve Conclusão	32
2.6. Análise dos critérios diferenciadores dos princípios e regras utilizados por grande parte da Doutrina	33
2.6.1. Critério hipotético- condicional	33
2.6.2. Critério do modo final de aplicação	35
2.6.3. Critério do conflito normativo e ao fundamento axiológico	36
2.7. Os critérios adotados para a distinção entre regras e princípios	38
2.7.1. Natureza do comportamento descrito	39
2.7.2. Critério da natureza da justificação exigida	39
2.7.3. Critério da contribuição para a decisão	40

2.7.4. Breves conclusões	41
2.8. Eficácia dos princípios e das regras	41
2.8.1. Eficácia dos princípios	41
2.8.2. Eficácia das regras	43
2.9. Conclusão	44
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS	45
3.1. Conceito	45
3.2. Elementos indispensáveis para a existência dos Direitos Fundamentais	48
3.3. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais	49
3.4. Características dos Direitos Fundamentais	51
3.5. Perfis dos Direitos Fundamentais	54
3.5.1. O perfil subjetivo	55
3.5.2. O perfil objetivo	56
3.5.2.1. Notas Introdutórias	57
3.5.2.2. Origem Teórica	58
3.5.2.3. Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais	61
3.5.2.4. Breves conclusões	62
3.6. Possíveis classificações	63
3.6.1. Classificação histórica: as dimensões dos Direitos Fundamentais	63
3.6.2. Direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos	66
3.6.3. Direitos Fundamentais de cunho defensivo e prestacional	68
3.7. A posição topográfica dos Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil	70
3.8. Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade	74
3.9. Conclusão	79
4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	81
4.1. A Tradicional distinção entre Direito Público e Direito Privado	82
4.2. O processo de constitucionalização do Direito Privado	84
4.2.1. A codificação do Direito Civil	84
4.2.2. A constitucionalização do Direito Civil	86
4.2.2.1. A força normativa da Constituição	87

4.2.2.2. A repersonalização do Direito Civil: A Dignidade da Pessoa Humana	89
4.2.2.3. O novo centro gravitacional do Direito Civil	91
4.2.3. A descodificação do Direito Civil	93
4.2.4. A recodificação do Direito Civil	94
4.3. Constitucionalização vs. Publicização do Direito Privado	95
5. VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	101
5.1. Introdução	101
5.2. Vinculações dos particulares aos direitos fundamentais e o direito fundamental à autonomia privada	105
5.2.1. As condições de Liberdade	105
5.2.2. Autonomia Privada: Princípio Fundamental do Direito Privado	109
5.2.3. Correlação entre as condições de Liberdade com o desempenho da Autonomia Privada	115
5.2.4. A Ordem Constitucional Brasileira e a proteção à Autonomia Privada	117
5.3. Análise da vinculação dos particulares ao Direito Fundamental da Igualdade	122
5.3.1. Introdução	122
5.3.2. O Direito Fundamental a Igualdade	122
5.4. Breves Conclusões	126
6. TEORIAS SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	129
6.1. Introdução	129
6.2. Efeitos na Legislação	130
6.3. Efeitos nas Relações Privadas	131
6.3.1. Negação da eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas	131
6.3.2. Teoria da Eficácia Mediata	133
6.3.2.1. Críticas	139
6.3.3. Teoria da Eficácia Imediata	141
6.3.3.1. Críticas	145
6.3.4. Teorias da Equiparação e Imputação do Estado	147
6.3.4.1. <i>State action doctrine</i>	147
6.3.4.2. Teoria de Schwabe	149
6.3.4.3. Críticas	149
6.3.5. Teoria dos Imperativos de Tutela	150

6.3.5.1. Críticas	153
6.3.6. Teoria Integradora de Alexy	153
6.3.7. A posição da Doutrina Brasileira	155
6.4. Conclusão	158
7. MODELO DE VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	160
7.1. Introdução	160
7.2. Compatibilização das teorias da eficácia mediata e da eficácia imediata	161
7.3. Modelo geral para aplicação dos Direitos Fundamentais as Relações Privadas	165
7.3.1. Como resolver eventual conflito entre o estado ideal de coisas previsto em um direito fundamental e o disposto em uma regra	165
7.3.2. Condições que possibilitem a "vitória" do princípio sobre a regra	168
7.3.3. Breves comentários sobre o modelo proposto	169
7.4. Análise da jurisprudência pátria tendo por base o modelo proposto	171
7.4.1. O caso Ellwanger	171
7.4.2. O caso da condução do réu debaixo de vara para a realização do exame de DNA	173
7.5. Considerações específicas para a aplicação dos Direitos Fundamentais de 1ª dimensão nas relações horizontais contratuais	176
7.5.1. Análise da jurisprudência pátria com relação à aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações contratuais	179
7.5.1.1. O caso da UBC	179
7.5.1.2. O caso da DeMillus	181
7.6. Breves Conclusões	183
8. CONCLUSÕES	186
9. BIBLIOGRAFIA	189

1. INTRODUÇÃO

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 promoveu uma verdadeira revolução na análise do direito brasileiro, pois, com muito mais força, passou a dar uma visão integrada de todo o ordenamento jurídico e não mais uma visão estritamente segmentada, como anteriormente, e que, muitas vezes, continua a ser ensinada na Academia.

Contudo, essa visão integrativa do Direito e de todos os seus ramos, em muitos casos, cria algumas dificuldades de compreensão no diálogo travado entre tais disciplinas, em especial quando se trata de uma visão constitucional dos demais ramos do Direito.

Lembremo-nos que no Direito existe uma rígida construção do ordenamento jurídico – construção essa que tem por objetivo sistematizá-lo – de modo que as normas jurídicas estarão dispostas em grau hierárquico estático. A construção normativa do sistema será feita por um conjunto de normas, onde umas serão superiores e outras inferiores. Essa disposição escalonada das normas é imutável, de modo que sempre estará no grau mais elevado do sistema a norma superior, acima da qual nenhuma outra existe.

A norma superior será sempre a mesma, ou seja, a norma já nasce com sua disposição no escalonamento previamente definida, independentemente de seu conteúdo material. Esse critério é formal, posto que é a forma de produção da norma que vai determinar a posição desta dentro do sistema hierárquico, se superior ou inferior às demais.

Ora, desde Kelsen¹, a Constituição figura como a norma jurídica superior, isto é, como a norma que ocupa o topo do ordenamento jurídico, razão pela qual tal todo o ordenamento jurídico encontra-se subordinado ao que lá está disposto.

Tendo isso em mente, vê-se que a Constituição projeta efeitos a todos os outros ramos do Direito, eis que a ela subordinados, os valores que lá se encontram erigidos. E, conforme se verifica do título de tal trabalho, aqui se analisará a irradiação dos efeitos das normas constitucionais de direitos fundamentais de 1ª dimensão nas relações travadas entre particulares, isto é, entre sujeitos de Direito Privado, sejam pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas.

¹ *In Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Dessa forma, o presente trabalho tem por escopo analisar a questão da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, ou, como alguns doutrinadores preferem², a eficácia horizontal³ dos direitos fundamentais, ou, ainda, como preferem os alemães⁴, “eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais” (*Drittwirkung der Grundrechte*)⁵.

Para tanto, tentaremos responder dois grandes questionamentos. O primeiro: se os particulares, além do Poder Público, também se vinculariam, nas relações que mantêm cotidianamente entre si, aos direitos fundamentais. E, o segundo, caso a resposta a primeira indagação seja positiva: (i) de que modo se daria essa vinculação; e (ii) qual seria o alcance dessa vinculação aos particulares, isto é, em quais relações haveria essa vinculação e quais as condições para que os particulares sofressem essa incidência.

Para responder tais perguntas, será necessário fazer uso de uma abordagem metodológica de caráter dogmático, nas suas três dimensões⁶: (i) analítica; (ii) empírica; e (iii) normativa.

A dimensão analítica, a qual se dará maior ênfase, consiste na descrição e análise crítica dos conceitos, das teses e dos argumentos formulados por cada um de seus defensores, bem como na relação entre tais conceitos.

Por sua vez, a dimensão empírica será abordada com a análise da jurisprudência pátria – em especial dos Tribunais Superiores – sobre o tema proposto, ou seja, como os aplicadores do direito têm tratado o tema e como têm feito uso dos conceitos e teses descritas com relação ao tema proposto.

Feito isso, crê-se que ter-se-á elementos suficientes para tentar dar uma resposta pertinente às questões postas acima e tentar, assim, não apenas fazer uma análise teórica do

² Dentre os quais podemos citar: Robert Alexy, J. P. Muller e H. Bethge.

³ Utiliza-se essa denominação para dar ênfase ao fato dos direitos fundamentais serem utilizados não apenas em relações verticais de poder, isto é, relações estabelecidas entre o Estado e o cidadão, mas de também incidirem sobre relações travadas por sujeitos de direito privado, que se encontram em situação de igualdade formal, portanto, em um mesmo nível hierárquico. Veja mais informações sobre esse assunto no capítulo 3 abaixo.

⁴ Cf. BILBAO UBILLO, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 271.

⁵ Tal expressão foi cunhada por Jörn Ipsen em *Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrecht*, v. II, apud JULIO STRADA, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*. Bogotá: Externado de Colombia, 2000, p. 90.

⁶ A divisão da abordagem metodológica em três dimensões é proposta por Ralf Dreier na obra *Rech – Moral – Ideologie*, assim como por Robert Alexy no livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

tema, mas, também, contribuir com fundamentos para a resolução de casos concretos. E, aí se verifica a vertente da normatividade do presente trabalho.

1.1. Generalidades

Os direitos fundamentais surgiram como uma forma dos cidadãos se defenderem dos poderes atribuídos ao Estado; logo, tinham aplicação limitada às relações travadas entre particulares e Poder Público, relações comumente chamadas de verticais. Contudo, o transcurso do tempo deixou claro que os direitos tidos por fundamentais não eram violados estritamente pelo Estado, mas que, em muitos casos, outros particulares, em especial aqueles dotados de grande poder econômico ou social, também poderiam causar violações a tais direitos.

O grande problema da averiguação dessa nova situação é que não se pode transpor a mesma dinâmica de aplicação dos direitos fundamentais nas relações clássicas, isto é, naqueles em que figuram indivíduos e o Estado, para as relações mantidas estritamente entre particulares, pois, nas primeiras, apenas um dos sujeitos da relação, o indivíduo, é titular de direitos fundamentais, enquanto, nas segundas, ambas as partes são titulares de tais direitos. E essa diferença foi precisamente salientada por Robert Alexy: “(...) A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não titular de direitos fundamentais. Ao seu turno, a relação cidadão/cidadão é uma relação entre titulares de direitos fundamentais.”⁷.

Ora, pode uma empresa proibir que seus funcionários se manifestem contrariamente aos produtos por ela fabricados sob pena de violação ao direito a liberdade de expressão⁸? Pode um comerciante deixar de contratar um funcionário por pertencer à outra etnia ou por professar outro credo⁹? Pode uma emissora de televisão tolher o direito a liberdade (e, em alguns casos, a dignidade) de indivíduos que se sujeitam a participar de *reality shows*?

⁷ *In Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82.

⁸ Indagação colocada por Daniel Sarmento na obra *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xxvi.

⁹ Problematização trazida por Virgílio Afonso da Silva em *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 20.

Não há dúvidas, que os questionamentos postos acima envolvem a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas. Contudo, uma aplicação da teoria dos direitos fundamentais, como ocorrido nas relações verticais, acabaria por retirar dos particulares o direito de exercer a sua autonomia, reduzindo-se em demasia a liberdade das pessoas e criando uma atmosfera totalitária, em diametral oposição ao princípio democrático e da liberdade presentes em nossa Constituição.

Na análise dessa questão, em especial no tocante a forma e a extensão da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a doutrina alemã, na década de 1950, passou a estudar o tema, o que causou acalorados debates não só na Academia, como também na jurisprudência daquele país¹⁰. Pela inovação na análise das questões postas e pela grande repercussão que tal tema ganhou em outros países como Espanha, Portugal, Itália, França e outros tantos, Ingo Von Munch¹¹ afirmou que a teoria da eficácia entre particulares dos direitos fundamentais seria um verdadeiro “artigo de exportação jurídica *made in Germany*”.

1.2. Contextualização Histórica

Antes de aprofundar a análise de tal aplicação, se faz necessário fazer um breve esboço histórico do surgimento e do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais. E isso se deve ao fato de que os direitos fundamentais, conforme bem salientado por Hannah Arendt¹², “não são um dado, mas um construído”, eis que resultam de lutas e batalhas travadas durante a história com o objetivo de conferir resguardo a dignidade da pessoa humana.

Todavia, cumpre aqui ressaltar que, por questões didáticas, iremos analisar os fatos históricos centrais, desprezando alguns fatos periféricos, mas, de forma alguma, isso pode ser entendido como uma negação aos diversos aspectos e realidades que constroem a história.

¹⁰ Vide em especial a decisão do caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198), em que o Tribunal Constitucional alemão reconheceu que os direitos fundamentais causam efeitos nas relações privadas.

¹¹ *In Drittwirkung de los Derechos Fundamentales en Alemania*. In SALVADOR CODERCH, Pablo (org.). *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p.30.

¹² *In A condição Humana*. Trad. Roberto Raposo, 10ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

A história dos direitos fundamentais apresenta, basicamente, dois grandes momentos, o primeiro sob a égide do Estado Liberal e o segundo quando da implementação do Estado do Bem Estar Social.

Foi durante o Iluminismo que brotaram as primeiras ideias do que hoje convencionou-se chamar de “direitos do homem”, em razão de ter sido durante esse período, que surgiu a ideia do homem possuir direitos precedentes a criação do Estado e que, por isso, deveriam ser assegurados e protegidos pelo Poder Público.

E tais ideias surgiram como uma forma de ruptura com o modelo que estava em vigência, o “Antigo Regime”, que se configurava pela Monarquia Absolutista e pelos privilégios feudais¹³. Tal regime tinha por característica a unificação dos Poderes Políticos anteriormente fragmentados na figura do monarca, e, por conta disso, implicava em formas de opressão e arbitrariedade por parte deste.

Contudo, com a ascensão da classe burguesa e, por conseguinte, com a vitória das ideias Iluministas, tais direitos eram vistos tão somente em seu aspecto negativo, isto é, como um dever de abstenção por parte do Estado, que o impedisse de violar as liberdades individuais. Tanto assim o é, que na busca de controlar e impor os limites à atuação do Estado, ganhou força, nesse período, a ideia da separação dos poderes proposta por Montesquieu.

Nessa mesma época, também ganhou corpo a ideia de democracia – ideia essa amplamente defendida por Rosseau¹⁴. Entretanto, a concessão dos direitos políticos a todos os indivíduos demorou muito a ser implantada e, a despeito da igualdade formal dos indivíduos, diversos “motivos” serviram de justificativa a isso. Dessa forma, o que se verificou foi que o Poder Público era composto por indivíduos pertencentes exclusivamente a mesma classe social – a burguesia – e, por isso, não causa espanto que somente os interesses burgueses eram defendidos. E tanto assim o foi, que Massimo Severo Gianninni afirmou que:

“(...) o Estado burguês, como ordenamento jurídico fundado no princípio de atribuição de direitos eleitorais apenas a uma classe de possuidores – a

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 132.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. In *Os Pensadores: Rousseau*. Trad. de Lourdes Santos Machado, 2ª Ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978.

burguesia – é, na sua substância estrutural, um Estado oligárquico, no sentido de que atribui poder político a uma única classe.”¹⁵.

Ainda, na procura em congregar as duas características mencionadas acima, além de fundamentar essa nova estrutura de poder, que ganhou corpo o constitucionalismo, segundo o qual uma lei maior e superior às demais normas, originada e escrita pela razão dos homens, deveria estabelecer a separação dos poderes e as garantias dos cidadãos frente ao Estado.

E a expressão máxima desse conjunto de ideias se atingiu com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América de 1.776 e com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789, que, inclusive, chegou a constar em seu art. 16 que: “toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.”.

Com relação ao constitucionalismo norte-americano se faz imperioso destacar a grande importância que teve para a consagração da Teoria dos Direitos Fundamentais, pois, com fundamento na separação dos Poderes e na doutrina dos *checks and balances*, permitiu que o Poder Judiciário fiscalizasse a edição de leis pelo Poder Legislativo, ou seja, pela primeira vez na história, os direitos fundamentais foram vistos como um dever de abstenção também por parte daquele poder¹⁶.

E foram essas ideias que possibilitaram o domínio da classe burguesa, pois permitiram o desenvolvimento do regime capitalista, vez que ao mesmo tempo em que davam guarida as ideias de igualdade formal entre os homens, de liberdade individual e do direito a propriedade, impediam o Estado de atuar de forma a limitar tais direitos, garantindo, assim, a previsibilidade e a segurança indispensáveis para a realização das relações econômicas.

O que se observa, portanto, foi que aplicação de tais ideias acabou por criar uma completa separação entre o Direito Público e o Direito Privado, já que o Direito Público seria regido pela Constituição, que serviria para limitar a atuação do Estado, de forma a resguardar a liberdade dos indivíduos; enquanto o Direito Privado era regido pelo Código Civil, que, com base no princípio da igualdade formal e da liberdade, prestigiava a autonomia da vontade.

¹⁵ *In Diritto Pubblico dell'Economia. Milano: Il Mulino, 1993, p. 34.*

¹⁶ Vide a esse respeito: HENKIN, Louis. *The age of Rights. New York: Columbia University Press, 1990.*

E tal construção jurídica andava ao lado do modelo econômico liberal, segundo o qual a “mão invisível” do mercado seria a única capaz de regular a atuação da atividade dos particulares. Ou seja, o modelo do constitucionalismo que previa a separação dos poderes, a democracia e os direitos fundamentais como deveres de abstenção do Estado, aliado aos princípios da igualdade formal, liberdade individual e propriedade privada foi o arcabouço jurídico utilizado para assegurar o desenvolvimento do modelo burguês de economia.

E essa divisão entre sociedade civil e Estado foi muito bem tratada por Pierre Manent¹⁷, que assim expôs:

“o fundamento do liberalismo, repetimos, é a distinção entre a sociedade civil e o Estado: este é o representante e o instrumento daquela. A sociedade civil tende a bastar-se a si mesma: em seu seio, os membros não são governados pelo poder político nem por outros membros da sociedade, mas são, cada um, a fonte de suas ações, exercitam livremente seus talentos para garantir sua ‘preservação’, preferentemente, a ‘preservação’ mais ‘confortável’ possível – procuram ‘melhorar sua condição’ – e, também para fazer com que seus ‘méritos’ sejam reconhecidos, em particular os intelectuais ou artísticos, por seus ‘pares’. Quanto ao Estado, representando e servindo ao instinto de preservação dos indivíduos, promulga e manda aplicar leis que garantem a cada um a segurança e a livre busca da felicidade, conforme a idéia que cada qual faça delas. São esses os princípios.”

Por fim, é preciso informar que a ideia dos direitos fundamentais como inatos e anteriores a criação do Estado – de cunho jusnaturalista – deu lugar a ideia de que os direitos fundamentais eram direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado, isto é, conforme defendido por Jellinek¹⁸, os direitos fundamentais não seriam transcendentais e inatos, mas sim seriam autolimitações ao Poder Estatal, que deveriam ser exercidas de acordo com as leis.

Entretanto, a aplicação desenfreada do modelo descrito acima, acabou por alterar a própria ideia de liberdade¹⁹, eis que o modelo econômico e jurídico adotado proporcionou uma desenfreada exploração do homem pelo homem, sem que os explorados tivessem a possibilidade de requerer uma intervenção do Estado a fim de garantir um resguardo da sua

¹⁷ *In História intelectual do liberalismo: dez lições*. Trad. Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Imago, 1990, p. 102.

¹⁸ JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi*, Milano: Società Editrice Libreria, 1919.

¹⁹ SALDANHA, Nelson. *O que é liberalismo?*, in *Estado de Direito, Liberdades e Garantias (Estudos de Direito Público e Teoria Política)*, São Paulo: Sugestão Literária, 1980, p. 89.

condição humana. E isso chegou a um ponto insustentável, que levou a Proudhon cunhar a célebre frase: “*Où est la liberté du non propriétaire?*”.

Em contrapartida, inúmeras correntes de pensamento surgiram criticando o modelo liberal²⁰, sendo que, em linhas gerais, todas elas, por modos bastante diversos, sustentavam que para um efetivo aproveitamento dos direitos fundamentais seria necessário que algumas condições mínimas fossem garantidas aos homens.

O ápice do movimento contrário ao liberalismo se deu no início do século XX, podendo ser citado como o grande movimento inicial a Revolução Russa em 1.917. Após 40 anos de tal Revolução, um terço da humanidade vivia sob regimes nos quais se deu a apropriação coletiva dos meios privados de produção²¹. Além disso, imperioso ressaltar que no mundo capitalista ocidental ocorreu uma gradativa concessão de direitos políticos as demais parcelas da população²², o que dificultou a manutenção do modelo de Estado Liberal burguês.

Em razão disso, o “mundo capitalista ocidental”, que se mostrava assustado com a força que vinha ganhando as ideias socialistas, buscando evitar uma revolução social que pregasse a coletivização dos meios privados de produção dentro de seus domínios, não impediu a “transição” do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social.

Outro fator de grande importância para a implementação do *Welfare State* (Estado do Bem Estar Social), foi a grande crise do capitalismo de 1.929. Tal crise demonstrou que, diferentemente do que previam os pensadores liberais, o mercado não era capaz de se regular, vez que a formação de monopólios e oligopólios, a concentração do capital em poucos indivíduos e as novas tecnologias produtivas acabaram se mostrando contrárias ao ideal da livre concorrência e, portanto, contrárias ao próprio regime capitalista, criando novas situações que não haviam sido previstas nos modelos elaborados pelos pensadores.

²⁰ Podemos citar, dentre outros, as idéias desenvolvidas por Karl Marx, chamadas *a posteriori* de Marxismo, o socialismo utópico, de Charles Fourier, Louis Blanc e Robert Owen, a doutrina social da Igreja, consubstanciada nas Encíclicas *Rerum Novarum* (Papa Leão XIII), *Mater et Magistra e Pacem in Terris* (Papa João XXIII), *Populorum Progressio* e *Humanae Vitae* (Papa Paulo IV).

²¹ HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: O Breve Século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita, São Paulo: Cia. das Letras, 1995, p. 61/61.

²² Tal fator também é de grande importância, pois permitiu que “demandas por mudanças no ‘status quo’ também viessem à tona no universo normativo.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. cit.*, p. 17.

Sendo assim, no Estado do Bem Estar Social, o Poder Público passou a ter uma forte atuação na esfera econômica, cabendo a ele regulamentar e definir o modo de atuação dos entes privados em setores estratégicos da economia, além de providenciar políticas públicas que visassem à busca do pleno emprego, a concessão de linhas de crédito, etc.

Paralelamente a isso, o que se verificou foi que o Estado, passou não só a regulamentar a economia, mas, buscou conferir maior bem estar para seu povo, tendo passado a promover a defesa das partes tidas como mais fracas nas relações sociais. É nessa esteira que o Direito do Trabalho ganha vida, com o objetivo de proteger o trabalhador dos mandos e desmandos dos detentores dos meios de produção, também se verificou a criação de um grande número de normas como tidas de ordem pública e limitadoras a autonomia da vontade.

Pois bem, o *Welfare State* representou uma verdadeira mudança de paradigma com relação aos direitos fundamentais, pois esses deixaram de ser vistos exclusivamente como dever de abstenções por parte dos Poderes Públicos para representarem prestações as quais o Estado estaria obrigado a prover (como: direito a saúde, habitação, educação, etc.), com a finalidade de garantir condições mínimas de subsistência para a população²³.

Dito de outra forma, o Estado verificou que não poderia apenas defender o caráter abstrato e artificial da igualdade dos indivíduos; sendo assim se encarregou de assegurar que todos os indivíduos tivessem as mesmas oportunidades, mesmo que para tanto sua atuação na esfera econômica e social se desse de maneira direta. Ou seja, aquele tido como único violador dos direitos fundamentais, passou a desempenhar a função de promover os direitos fundamentais²⁴.

Contudo, a evolução dos direitos sociais não parou e encontra-se em pleno desenvolvimento. Hoje em dia, ainda sob a égide do Estado do Bem Estar Social, novos anseios são colocados pela sociedade e novas descobertas e tecnologias são verificadas pela ciência, soma-se a isso que o consumo de mercadorias e serviços aumentou vertiginosamente e as distâncias verificadas no globo terrestre “diminuíram” drasticamente.

Após a 2ª Guerra Mundial, o mundo verificou a necessidade de uma defesa de interesses coletivos e difusos, isto é, direitos que devem ser conferidos não ao homem considerado individualmente, mas sim considerado como membro de um grupo social. Logo,

²³ As primeiras Constituições a conterem dispositivos semelhantes aos mencionados foram a Constituição Mexicana de 1.917 e a Constituição de Weimar de 1.919.

²⁴ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 20

não tardou a serem criados direitos que visavam à proteção do meio ambiente, do consumidor, da preservação do patrimônio histórico e cultural, etc.

Ante o exposto, o que é possível concluir é que a história dos direitos fundamentais não se encontra finalizada, pois, como já dito, ela decorre das batalhas e dos embates travados na busca pela maior realização da dignidade da pessoa humana e, enquanto houver meios de melhor satisfazer as expectativas dos indivíduos, seja dele considerado isoladamente, seja em sociedade, haverá a alteração no panorama dos direitos fundamentais.

1.3. Delimitação do Tema

Conforme vimos, o Estado deve ser juridicamente limitado, em contrapartida o homem é essencialmente livre, sendo que a sua autonomia, numa ordem democrática, deve ser respeitada.

Também vimos que a desigualdade fática e jurídica existente entre os indivíduos faz, muitas vezes, que alguns deles passem a violar direitos fundamentais alheios, o que nos leva a crer que se faz imperiosa a extensão da defesa de tais direitos também nas relações privadas, mas, ainda que seja possível essa extensão, a questão passa a ser de que forma e de que maneira poderia ser possível essa defesa.

E tais questões ganham relevo, pois não se pode, ainda que por pretexto de defesa dos direitos fundamentais, chegar-se a uma situação em que os indivíduos tenham suas obrigações multiplicadas e sua liberdade restringida sem qualquer fundamento para tanto, vez que impedir o desempenho da autonomia privada é impedir a realização da plenitude da dignidade da pessoa humana. Ou seja, uma defesa irrestrita dos direitos fundamentais, ainda mais nas relações particulares, atingiria a tautológica conclusão da violação da dignidade da pessoa humana, dignidade esta que fez nascer a concepção atual de tais direitos.

Assim, o objetivo do nosso trabalho, conforme mencionado acima, é destacar as especificidades da aplicação de tais direitos nas relações mantidas entre os particulares, mencionando de que forma e qual seria a intensidade dessa vinculação, bem como salientando quais seriam as condições e limites para essa incidência, buscando, dessa forma, verificar de que modo o ordenamento jurídico nacional permitiria essa vinculação.

Ademais, também como mencionado, trataremos aqui exclusivamente de relação mantidas por particulares, logo situações como a possibilidade do transexual vir a ter seus dados alterados, da prisão do depositário fiel, entre outras, não serão aqui tratadas, vez que são, na verdade, relações verticais, isto é, envolvem o indivíduo e o Estado.

Nessa esteira, também estão excluídos da análise do presente trabalho, os direitos fundamentais presentes em nossa Carta Magna que tem como único sujeito passivo o Estado, como o direito fundamental a não ser extraditado, os direitos fundamentais dos presos. Analisaremos somente aqueles direitos fundamentais que podem ser exercidos contra outros particulares.

Por fim, não será objeto de estudo as questões processuais relacionadas à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois diferentemente do que ocorre na Alemanha e na Espanha, por exemplo, no Brasil, onde vige o sistema do controle difuso de constitucionalidade das normas, não se verificam maiores problemas e dificuldades no tocante a como proceder com a defesa de tais direitos em juízo por parte dos indivíduos.

1.4. Premissas Teóricas

Para a elaboração do presente trabalho serão adotadas 3 premissas básicas, quais sejam: (i) a supremacia da Constituição Federal; (ii) a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundante e essencial da República Federativa do Brasil; e (iii) os direitos fundamentais têm por objetivo supremo dar a maior eficácia possível a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, verifica-se que a Constituição e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana, se projeta não apenas nas relações verticais, mas também nas relações horizontais, sejam elas de cooperação, coordenação ou de conflito²⁵.

Sendo assim, pretendemos estruturar e fundamentar o presente trabalho de forma consistente e consequente com essas premissas. Logo, temos por objetivo que o modelo que iremos descrever seja coerente e não contraditório com tais premissas. E mais, pretendemos sempre que possível, citar de que forma tais premissas serão utilizadas no desenvolvimento

²⁵ STAINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

das idéias, ou seja, de que forma as premissas serão utilizadas para atingirmos as conclusões as quais iremos chegar.

1.5. Opções Terminológicas

O tema do trabalho já recebeu diversas denominações pela doutrina nacional e estrangeira. Quando do início do tratamento da questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, isto é, na década de 50 do século XX, a doutrina alemã intitulou o tema como “efeitos frente a terceiros dos direitos fundamentais” (*Drittwirkung der Grundrechte*). Também já foi chamado de “eficácia externa dos direitos fundamentais”, “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, “eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares” e “eficácia dos direitos fundamentais nas relações inter-privadas”.

Há, ainda, aqueles que preferem utilizar a termo “validez” ao invés do termo eficácia²⁶, ou, então, que escolhem utilizar a expressão “aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas”²⁷, sendo que alguns optam por utilizar a expressão “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”²⁸.

Assim, verifica-se que é grande a confusão dos autores ao se utilizarem de termos como: validade, vigências, efeitos, eficácia e aplicabilidade. Temos que a escolha das palavras não é questão de menor importância²⁹, vez que ela representa, na verdade, não apenas uma questão meramente terminológica, mas sim conceitual.

No presente trabalho, pretendemos distinguir entre eficácia dos direitos fundamentais, seus efeitos e a aplicabilidade desses direitos nas relações inter-privadas. Logo, termos como vigência ou validade (validade) não nos parecem ser corretos.

²⁶ É o caso, por exemplo, de Gregorio Peces-Barba Martinez, no seu *Curso de Derechos Fundamentales*.

²⁷ Dentre esses, podemos citar o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (RE nº 201.819).

²⁸ É o caso de José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*), Ingo Wolfgang Sarlet (*Direitos fundamentais e direitos privados*) e Wilson Steinmetz (*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*).

²⁹ De forma contrária, não verificando maiores problemas nas opções terminológicas escolhidas temos Daniel Sarmento, na obra *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*.

Ora, vigência, conforme a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁰, é a propriedade que torna exigível a observância da norma jurídica, em um determinado espaço a partir de um determinado momento, enquanto não for declarada inválida ou não for revogada.

E tal conceito é diverso do de validade, já que validade, conforme o mesmo Autor, é a propriedade de conformidade (formal e material) da norma jurídica com a norma hierarquicamente superior.

E por que tais conceitos não nos parecem adequados?

Em primeiro lugar, o termo vigência não se parece aplicável ao caso, pois a norma jurídica é ou não vigente e, em sendo vigente, não há como falarmos em vigência direta ou indireta, ou seja, se optássemos pela utilização desse conceito não seria possível verificar o alcance e a extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois, em sendo a norma de direito fundamental vigente, ela seria vinculante aos particulares e, como mencionado acima, a questão não é tão simples assim.

Ao seu turno, o termo validade ou validez também não nos parece correto. Os direitos fundamentais são normas constitucionais e, portanto, estão no topo do ordenamento jurídico. Em estando no todo do ordenamento jurídico, não existe qualquer norma superior a ela. Logo, inaplicável qualquer verificação de validade ou não.

Feito tais esclarecimentos, passaremos a expor os motivos que nos levam a crer que o termo eficácia é o mais apropriado.

Primeiramente, cumpre destacar que muito embora “eficácia e aplicabilidade (...) constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno”³¹, é importante ressaltar, conforme corretamente faz Virgílio Afonso da Silva³², que apesar da conexidade, não há uma relação de pressuposição entre os conceitos, isso porque é tanto possível que uma norma ineficaz seja aplicada, como uma norma dotada de eficácia seja inaplicável para um caso.

³⁰ *In Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*, 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 202.

³¹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 60.

³² *In A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55.

Ainda sobre esse ponto, cumpre destacar que Wilson Stainmetz³³ defende que aplicabilidade é a qualidade daquilo que é aplicável, enquanto eficácia seria a propriedade que habilita a norma de produzir efeitos jurídicos, para, ao final, concluir que “a rigor, aplicabilidade é um dos significados possíveis do vocábulo eficácia”. Todavia, ao nosso ver, duas observações se fazem indispensáveis.

A primeira é que não há como se confundir eficácia com os próprios efeitos produzidos, isto é, não há qualquer problema em uma norma perfeitamente eficaz não produzir efeitos em uma dada relação.

A segunda é que ainda que a norma seja eficaz para determinada relação ela não é necessariamente aplicável, já que a aplicabilidade depende imprescindivelmente da análise do caso *in concreto*.

Dessa forma, chegamos a conclusão que a norma aplicável não é somente aquela que é eficaz, mas é aquela que além de ser eficaz possui hipótese de incidência que se conecta com os fatos de um dado caso concreto³⁴.

Ante tal argumentação é possível concluir que os termos vinculação, eficácia e aplicabilidade, a despeito de não serem sinônimos, representam aspectos semelhantes de um mesmo fenômeno, sendo os termos que melhor se aplicam ao problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Contudo, ainda se faz necessário analisar os completos que deverão seguir tais vocábulos.

Como vimos acima, a doutrina nacional e estrangeira é bastante criativa ao qualificar as expressões vinculação, eficácia e aplicabilidade, sendo utilizadas as expressões mais variadas possíveis, como: “externa”, “horizontal”, “frente a terceiros”, etc.

Diferentemente do caso acima, a escolha da adjetivação não implica em um critério de correção, mas sim em uma análise do uso da linguagem de forma a evitar ambiguidades e vagueza³⁵.

³³ In *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, op. cit., p. 45.

³⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 5ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 19.

³⁵ STAINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, op. cit., p. 54.

A expressão “eficácia frente a terceiros”, cunhada por Ipsen³⁶ é passível de crítica, pois seria apegada em demasia ao conceito liberal de direito fundamental, isto é, de que esses seriam aplicáveis exclusivamente nas relações travadas entre cidadão e Estado, tanto assim o é que os particulares seriam os “terceiros” com relação a tais direitos. A mesma crítica pode ser feita ao adjetivo “externa”, pois, nesse caso, os particulares seriam externos a relação vertical, local habitual da aplicação dos direitos fundamentais na teoria clássica.

A expressão “eficácia social” também padece do mesmo vício, ou seja, também se mostrada ligada ao ideal liberal de direitos fundamentais, pois segrega o Estado da sociedade, isto é, comunga da idéia que de existe uma diferença irreconciliável entre a esfera pública e a esfera privada. Como se viu acima, não há mais como sustentar tal diferenciação, já que existe uma grande e indissociável interpenetração do Estado na sociedade civil e vice-versa.

Outra expressão também muito utilizada é “eficácia horizontal”, e diz-se isso para por em contraposição a “eficácia vertical”, que seria as relações indivíduo-Estado. Contudo, a crítica feita a tal conceito é de que ela parte da falsa premissa de que todos os particulares estão no mesmo plano, isto é, acoberta exclusivamente a idéia de igualdade formal. Como já vimos, mesmo entre os particulares as desigualdades são enormes, o que, em alguns casos, acabam gerando situações de poder-subordinação semelhantes àquelas verificadas nas relações tidas como verticais.

Ao nosso ver, entretanto, tal crítica não procede, já que para caracterizar a relação de horizontalidade não se faz necessário a demonstração de igualdade real, sendo que, do ponto de vista jurídico-formal os particulares encontram-se em situações semelhantes, visto que: (i) são titulares de direitos fundamentais; (ii) sua atuação é regida primordialmente pelo direito privado; e (iii) são livres para assumir vínculos obrigacionais³⁷.

Sendo assim, usaremos no presente trabalho as seguintes expressões: “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas” e “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

³⁶ IPSEN, Jörn. *Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, v. II.

³⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 58.

1.6. Desenvolvimento do Trabalho

O presente trabalho é dividido em duas partes. Na primeira, composta por cinco capítulos, iremos abordar as premissas e pressupostos teóricos que nortearão a análise da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Na segunda parte, iremos abordar o ponto fulcral do presente trabalho, isto é, verificaremos de que forma e em que medida os particulares se vinculam aos direitos fundamentais, bem como sugeriremos um modelo a ser seguido que possibilite a aplicação dos direitos fundamentais, em especial os de 1ª dimensão, nas relações privadas, em atenção ao disposto no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro capítulo do presente trabalho é essa própria Introdução, na qual apresentamos a evolução histórica dos direitos fundamentais, bem como explicamos o porquê da nossa opção terminológica, além de termos salientado as premissas teóricas fundamentais do presente texto.

No segundo capítulo, iremos apresentar as noções de regras e princípios que serão utilizadas para que se possibilite a aplicação do modelo que será proposto. Nesse capítulo, pretendemos averiguar quais seriam as principais características diferenciadoras das espécies normativas, para, em seguida, apresentar um conceito coerente que permitirá o desenvolvimento do modelo aqui proposto.

No terceiro capítulo, iremos apresentar uma definição de direitos fundamentais, salientando suas principais características, bem como apresentaremos diversas classificações propostas pela doutrina.

No quarto capítulo, abordaremos a questão de como a Constituição de 1.988, uma Constituição caracterizada por conter inúmeros princípios, alterou o entendimento do Direito Privado, fazendo com que alguns sustentassem a ideia da constitucionalização desse ramo do Direito. Também nesse capítulo, tentaremos demonstrar os fundamentos constitucionais favoráveis à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

No capítulo cinco, após termos demonstrado os motivos pelos quais entendemos ser possível a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, analisaremos um tema nuclear do presente trabalho: De que forma seria possível essa aplicação quando confrontada com o princípio da autonomia privada e da isonomia.

No sexto capítulo, apresentaremos um breve resumo das principais teorias já elaboradas sobre o tema aqui debatido, apontando os pontos principais, bem como as críticas cabíveis a cada uma delas.

No capítulo sete, aquele que entendemos ser o mais importante do presente trabalho, tentaremos esboçar uma teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como proporemos um modelo que possibilitaria a aplicação de tais direitos nas relações interprivadas, da forma como entendemos ser permitida por nosso ordenamento jurídico. A nossa ideia é delinear os parâmetros para tal vinculação de forma que seja possível a verificação intersubjetiva de como se deu tal aplicação, com a finalidade de garantir uma necessária segurança nas relações privadas, bem como não desatender o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao final, apresentaremos a conclusão, na qual pretendemos ressaltar os principais pontos aqui abordados, bem como fazer algumas observações finais. Todavia, imperioso salientar que as conclusões específicas não estarão dispostas apenas nesse capítulo final, sendo que sempre que necessário, iremos efetuar conclusões a respeito das ideias que entendemos preciosas para a realização do escopo do presente trabalho.

2. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

2.1. Introdução

Não há dúvidas de que, atualmente, é palpante a discussão existente na doutrina e na jurisprudência sobre a diferença entre as duas principais espécies normativas, isto é, entre os princípios e as regras³⁸.

Os estudos voltados ao Direito Constitucional obtiveram grandes avanços em áreas como a interpretação e aplicação das normas constitucionais, em especial, fixando que se deve construir o sentido e delimitar a função e a área de atuação das normas que servem de fundamento para aplicação do ordenamento constitucional, isto é, dos princípios jurídicos³⁹.

Muitos, ainda mais após o advento da Constituição da República de 1.988, chegaram a afirmar que hoje vivenciamos um Estado principiológico, dado a euforia que a interpretação e aplicação dos princípios jurídicos alcançaram.

Ademais, com supedâneo na Carta Constitucional de 1.988, houve o fenômeno da constitucionalização de normas antes exclusivas de direito privado⁴⁰. Dessa forma, ganhou corpo a discussão sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

E, nesse esteira, cumpre ressaltar que aludida euforia pelo “novo” conceito acabou por gerar algumas consequências indesejáveis. Em outras palavras, o exagero na utilização e aplicação de forma indiscriminadas dos princípios, acabou por inibir a própria efetividade do ordenamento jurídico pátrio, vez que não se sabe mais ao certo em que momentos se deve dar prevalência pela aplicação dos princípios e em que momentos se deve aplicar o disposto nas regras.

³⁸ Vide a esse respeito: Humberto Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do princípio da proporcionalidade”, RDA 215/151-179,

³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 23.

⁴⁰ Alguns doutrinadores, ainda, chegam a afirmar que houve uma verdadeira publicização do direito privado. Todavia, sustentamos posição diferente dessa, conforme será melhor abordado no capítulo 4

Ora, como bem se sabe, a doutrina é oscilante quanto a distinção entre princípios e regras, e essa falta de clareza conceitual dificulta e muito o trabalho com tais tipos normativos, pois muitos chegam a se utilizar em suas conceituações de elementos, que, na verdade, são acidentais e não essenciais a configuração de cada uma das espécies normativas.

De qualquer forma, algumas distinções vêm ganhando força inabalável na distinção entre espécies normativas, como: princípios instituem deveres preliminares, verificáveis ante a situação fática e jurídica; regras instituem deveres definitivos; princípios devem ser ponderados em caso de colidência; as regras não devem ser ponderadas, etc. Porém, até que ponto tais máximas são, de fato, inabaláveis? E até que ponto tais máximas contribuem para a melhor aplicação do Direito?

Mas não é só, a utilização indiscriminada de tais critérios de distinção conceitual acaba, por muitas vezes, a diminuir a função das regras e, em contra partida, supervalorizar a aplicação dos princípios, o que, invariavelmente, aumenta a insegurança jurídica⁴¹, pois o princípio, por não ter força determinante precisa, conforme veremos abaixo, se relaciona intrinsecamente com a apreciação subjetiva do aplicador, o que dificulta um controle verificável das decisões e aplicações.

Ademais, o que aqui se pretende não é um formalismo exacerbado, ou se perder em classificações e categorizações que em nada auxiliem a aplicação no Direito, em especial da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Mas sim, aclarar as diferenças entre as duas espécies normativas com a finalidade de facilitar a sua manipulação de uma forma clara e previsível – adjetivos indispensáveis ao Estado Democrático de Direito.

Desta forma, o presente capítulo procura definir, a partir das qualidades essenciais de cada instituto, os conceitos de princípio e regra. E serão tais conceitos que serão tomados por base em todo o desenvolvimento do presente trabalho.

⁴¹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da segurança jurídica seria de grande importância no ordenamento jurídico, vez que seria inerente a estruturação do ordenamento jurídico, além de ser indispensável para o atingimento de uma das finalidades do Direito orientar e reger os atos das pessoas. Nas palavras dele: “Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insoptável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo.” (*in Curso de Direito Administrativo*, 13ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 94).

Tais explicações não são meramente teóricas, muito pelo contrário, são elas que irão dar fundamentação para a aplicação prática do modelo que aqui pretendemos trazer.

2.2. O ordenamento jurídico

Não há dúvidas que a experiência jurídica é uma experiência normativa, isto é, o Direito tem como fundamento e só se realiza por meio da existência de normas, contudo, essas não podem ser entendidas isoladamente, mas sim em conjunto, eis que as normas estão sempre em contato, existindo uma enorme interdependência entre elas. E é esse complexo de normas que forma o que se convencionou de chamar de ordenamento jurídico.

Um dos juristas que mais contribuiu no estudo do Direito como um ordenamento jurídico foi Hans Kelsen, tanto em sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*⁴², quanto na *Teoria Pura do Direito*⁴³.

Kelsen divide o estudo do Direito em duas grandes partes: (i) a nomostática e (ii) a nomodinâmica. A nomostática analisa os problemas relativos à norma jurídica isoladamente, enquanto a nomodinâmica estuda as questões elaboradas sobre o prisma do ordenamento jurídico.

Norberto Bobbio, analisando o trabalho de Kelsen, chega à conclusão de que a análise do Direito sobre o prisma exclusivo da norma não é suficiente para responder todas as questões formuladas, sendo imperioso analisar o Direito sobre o prisma do ordenamento⁴⁴.

Dando seguimento em seu trabalho, Bobbio retoma a ideia de que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas, mas não qualquer conjunto, e sim um conjunto dotado de unidade (questão relativa à hierarquia das normas), de pretensão a sistematização (questão relativa à resolução de antinomias), e completude (questão relativa às lacunas)⁴⁵.

É esse o conceito de ordenamento jurídico que iremos adotar no presente trabalho.

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1990.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Basptista Machado, 4ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª Ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 22.

⁴⁵ Idem.

2.3. Norma como gênero

Como vimos acima, o ordenamento jurídico é um conjunto de normas dotado de unidade, com pretensão a sistematização e completo. Mas, o que vem a ser norma?

Atualmente, vem ganhando força a definição de norma como o sentido atribuído a qualquer disposição. Por sua vez, disposição é parte de um texto ainda a interpretar. Logo, norma pode ser conceituada como a parte de um texto interpretado⁴⁶.

A norma não pode ser confundida com o texto, pois, como já dito, ela é o resultado da interpretação do texto. A teoria da normatividade jurídica tira sua validade na ideia primordial de que a norma é objeto de interpretação, não podendo se confundir com o texto a ser interpretado. Em outras palavras, a teoria da norma jurídica afirma que a norma é o resultado da construção do sentido do texto, isto é, a norma é a concretização do sentido do texto⁴⁷.

É com base nisso que Friedrich Müller elaborou a sua Teoria Estruturante da Norma⁴⁸ em que afirma categoricamente que o enunciado (texto) normativo é tão somente o ponto de partida para a estruturação da norma, visto que tal parte seria utilizada na elaboração do programa normativo⁴⁹.

Continuando na lição de Müller, percebemos que a normatividade da norma não resulta única e exclusivamente do texto do qual ela é produzida, mas sim que “ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da sua pertinência”⁵⁰.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 1202.

⁴⁷ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra: Coimbra, 2000, p. 115/121.

⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 9ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 22/23.

⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

Ora, impossível, pois, a confusão entre o texto da norma e a norma propriamente dita, vez que essa decorre da interpretação daquele, o que não se dá de maneira silogística, mas sim de maneira de produção de conteúdo. Ademais, se faz imperioso ressaltar a lição de Canotilho que diz que a interpretação é sempre aplicação e aplicação do Direito é sempre uma atividade de produção e criação de significado⁵¹.

Da definição dada acima, uma pergunta se faz necessária: Há correspondência bi-unívoca entre norma e texto legal? Isto é, para haver norma é necessário que ela decorra de um texto determinado ou de um texto determinado sempre teremos uma norma?⁵²

A resposta a essa indagação deve ser negativa, pois pode existir norma sem texto legal, bem como texto legal sem norma ou do qual decorrem inúmeras normas. Vejamos:

No primeiro caso: podemos citar a norma a respeito da segurança jurídica, ou do duplo grau de jurisdição, ou, ainda, da hierarquia constitucional. Ora, não existe nenhum dispositivo legal cuja interpretação nos remeta diretamente a tais normas, mas sim a interpretação do ordenamento jurídico como um todo nos leva a tais normas.

Por outro lado, a doutrina aponta o “Preâmbulo” da Constituição da República como um exemplo de texto legal sem a existência de norma, em especial no tocante a “proteção de Deus”.

No outro caso, isto é, de um texto legal do qual decorrem mais de uma norma, podemos citar o art. 150, de nossa Carta Magna, que estabelece a proibição de aumento e criação de tributos sem lei anterior. De tal enunciado legal podemos atingir o princípio da legalidade, da anterioridade, da tipicidade, etc.

2.4. Espécies do gênero norma: regras e princípios

Conforme já dito acima, as normas são usualmente⁵³ subdivididas em duas espécies: regras e princípios, sendo, obviamente, todas pertencentes ao ordenamento jurídico.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra, 2001, p. 62.

⁵² RODRIGUES, Cassiano Garcia. *Regras e Princípios – alguns pontos de contato e de divergência das normas jurídicas*.

Nessa esteira, cumpre destacar que o anterior posicionamento doutrinário de que os princípios seriam instituto alheio as normas, já se encontra sepultado. Sobre isso, veja a lição de Luís Roberto Barroso:

“É importante assinalar logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e normas-disposição. As normas-disposição também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem e as normas princípios tem maior abstração.”⁵⁴.

De qualquer forma, o que se pode concluir, até o presente momento, é que o ordenamento jurídico é o complexo de normas e que essas podem ser classificadas como: regras ou princípios.

Contudo, o que vem a ser uma regra e o que vem a ser um princípio? É isso o que pretendemos expor em maiores detalhes na sequência deste capítulo, partindo do pressuposto que tais espécies normativas possuem funções diversas dentro do ordenamento jurídico.

Desta forma, apresentadas tais noções introdutórias sobre o conceito de ordenamento, de norma como gênero e das espécies de normas, iremos, agora, aprofundar os conceitos das espécies normativas aqui mencionadas, apontando seus pontos de contato e de divergência, buscando, assim, afastar todo elemento não essencial de sua caracterização a fim de se chegar a um conceito preciso de cada um deles.

⁵³ Essa divisão tem sido aceita por grande parte da doutrina nacional e internacional. A esse respeito, vide: Luís Roberto Barroso. *A interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141; Eros Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 117; Tiago Bomfim. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 62; Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 158; Cleber Francisco Alves. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 81; Carlos Ari Sundfeld. *Fundamentos de Direito Público*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143; Floriano P. de Azevedo Marques Neto. *O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para uma solução*. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, nº10, 1995, p. 40.

⁵⁴ *In Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141.

2.5. Conceitos e diferenças entre regras e princípios

A palavra “princípio” não tem apenas um único significado, ela pode vir a ser utilizada para representar uma grande quantidade de situações. A esse respeito, veja a definição do verbete “princípio” trazida pelo Dicionário Aurélio⁵⁵:

- “1. momento ou local ou trecho em que algo tem origem;
2. causa primária;
3. elemento predominante na constituição de um corpo orgânico;
4. preceito, regra, lei;
5. germe;
6. filos. fonte ou causa de uma ação;
7. filos. proposição que se põe de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável.”.

E veja que o significado do termo “princípio” dado pelo Dicionário Houaiss⁵⁶, não se mostra muito diferente:

- “1 o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início
Ex.: <p. da vida na Terra> <no p. do casamento> <p. da exploração do petróleo nesse país>
- 2 o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão
3 ditame moral; regra, lei, preceito
Ex.: <foi educado sob p. rígidos> <não cede por uma questão de p.> <é um homem sem princípios>
- 4 dito ou provérbio que estabelece norma ou regra
Ex.: faça o bem sem olhar a quem é um bom p.
- 5 proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos
Ex.: princípios da física, da matemática
- 5.1 Rubrica: física.
lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras leis podem ser derivadas
- 6 .proposição lógica fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio
Ex.: partir de um p. falso

⁵⁵ Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

⁵⁶ [http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbeta=princ%EDpio&stype=k], acessado em 28.07.2010.

- 7 Rubrica: filosofia.
fonte ou causa de uma ação
- 8 Rubrica: filosofia.
proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução
princípios
substantivo masculino plural
- 9 livro que contém noções básicas e elementares de alguma matéria, ciência etc.; elementos
Ex.: <p. de estatística> <p. de lingüística geral>
- 10 instrução, educação; opiniões, convicções.”.

Desta forma, o que podemos observar é que cotidianamente a palavra “princípio” pode assumir um grande número de conotações, dependendo o seu significado da utilização no caso concreto.

O mesmo vale para o termo regra. Veja que o dicionário Houaiss⁵⁷ dá diversas definições para essa palavra:

- “1 aquilo que regula, dirige, rege; princípio, norma, preceito
- 2 norma, fórmula que indica o modo apropriado de falar, pensar, agir em determinados casos
Ex.: r. de gramática, de um jogo
- 3 aquilo que foi determinado, ou se tem como obrigatório, pela força da lei, dos costumes etc.; lei, princípio, norma
Ex.: r. de conduta, de boa educação.
- 4 conjunto de princípios, de normas, que perfazem os estatutos de uma ordem religiosa
 - 4.1 prescrição religiosa
- 5 qualidade de moderado, de metódico
Ex.: era um homem sério, estava sempre dentro das r.
- 6 cada uma das linhas que compõem o papel pautado
- 7 Estatística: pouco usado.
m.q. régua ('instrumento de bordos retos')
- 8 aquilo que pode servir de modelo; exemplo regras
substantivo feminino plural
- 9 m.q. menstruação (fisl)
- 10 Regionalismo: Nordeste do Brasil. Uso: informal.
parolagem, lorota”.

Contudo, é possível afirmar que o mesmo ocorre quando utilizamos os termos “princípio” e “regra” dentro do contexto jurídico? Parece-nos que não.

⁵⁷ [http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=regra&styp=k&x=16&y=14], acesso em 27.07.2010.

Não foram poucos os autores que propuseram definições para as espécies normativas, ressaltando critérios de diferenciação entre elas, dentre as quais algumas obtiveram grande repercussão doutrinária.

Dessa forma, iremos expor os conceitos tidos como mais relevantes para a definição desses institutos, bem como dos critérios utilizados para distinção, para depois nos manifestarmos sobre aqueles que entendemos ser os mais precisos e, em seguida, explicarmos as razões pelas quais nos filiamos a essa definição.

2.5.1. Josef Esser

Para Esser, os princípios seriam um tipo normativo que estabelecem o fundamento para que determinado mandamento seja encontrado, tal distinção teria um viés muito mais qualitativo do que relacionado à abstração dos tipos normativos⁵⁸.

Com base nisso, ele divide os princípios em 3 grandes categorias: (i) axiomáticos, no sentido construtivo (ex. princípio da liberdade contratual); (ii) problemático, no sentido retórico (ex. confiança); e (iii) dogmático (ex. princípio da acessoriedade das garantias)⁵⁹.

Como já dito, para Esser, o princípio não é em si mesmo um comando, uma instrução, mas sim o que dá base ao comando, a instrução, em outras palavras, para ele, o princípio encontra-se incluso na instrução (regra), determinando a posição desta dentro do ordenamento⁶⁰.

2.5.2. Karl Larenz

Na mesma toada, o civilista alemão Karl Larenz afirma que os princípios são normas importantíssimas para a sistematização do ordenamento jurídico, pois estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito. Dito de outra forma, os

⁵⁸ ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 4ª tiragem, p. 51.

⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

⁶⁰ ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm*. p. 51/52.

princípios seriam a base – direta ou indireta - para as normas que ditam os comportamentos, ou seja, para as regras⁶¹.

Continua Larenz afirmando que os princípios não são normas aplicáveis diretamente, pois esses seriam tão somente pensamentos diretivos de uma regulação jurídica possível, e, portanto, lhes faltaria o caráter formal das preposições jurídicas, isto é, hipótese de incidência e conseqüente jurídico⁶².

Desta forma, vemos que a distinção entre regra e princípio para Larenz também seria qualitativa, eis que decorreria do modo hipotético da prescrição normativa.

2.5.3. Ronald Dworking

Em sua obra, Dworking afirma a existência de princípios *lato sensu*, que, ao seu turno, se subdividiriam em *principles e policies*⁶³.

Os *principles*, para ele, seriam os princípios em sentido estrito, isto é, normas que tutelam os direitos dos indivíduos⁶⁴, ou seja, referem-se à dimensão individual e devem ser aplicados por serem uma exigência da justiça, da equidade e da moralidade⁶⁵.

Já as *policies* seriam diretrizes ou políticas que norteariam a implementação dos objetivos coletivos eleitos pelo Estado, já que fixam um objetivo a ser alcançado, seja no campo da economia, seja na política ou social, isto é, possuem claramente uma vertente comunitária⁶⁶.

Dworking dá grande importância aos princípios em sua obra, pois, para ele, são os princípios que conferem coerência e justificação ao sistema jurídico e que irão servir de instrumento para os juízes na resolução dos *hard cases*, tendo em vista que auxiliariam o juiz a conferir a sua decisão uma resposta voltada aos ditames da Constituição.

⁶¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 474.

⁶² LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luís Díez-Picazo, Madrid: Editorial Civitas, p. 23.

⁶³ DWORKING, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35/14.

⁶⁴ RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 18

⁶⁵ DWORKING, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 22.

⁶⁶ RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 19.

Dworking afirma ainda que existe sim uma diferença entre princípios e regras⁶⁷, mas, ao nosso ver, ele não consegue expor logicamente esta distinção, pois, lembrando-se que Dworking tem uma formação no *Common Law*, ambas as normas partiriam de pontos comuns para decisões particulares sobre determinada situação em circunstâncias peculiares⁶⁸.

De qualquer maneira, podemos salientar como a principal diferença apresentada no pensamento de Ronald Dworking, ao diferenciar regras e princípios, seria o fato de que as regras teriam aplicação “tudo ou nada”, isto é, caso se verifique o preenchimento da hipótese de incidência de uma regra, ou tal regra será considerada como válida e sua consequência deve ser aceita, ou ela não é considerada válida, ou, ainda, é criada uma regra de exceção⁶⁹. Por sua vez, os princípios em nada determinariam o resultado da decisão, vez que eles somente conteriam fundamentos que deveriam ser conjugados com outros fundamentos derivados de outros princípios⁷⁰, razão pela qual Dworking afirma que os princípios possuíam uma dimensão de peso.

2.5.4. Robert Alexy

Alexy, utilizando-se das lições de Dworking, definiu os princípios como mandados de otimização, isto é, seriam normas que ordenam a realização de algo em sua maior medida possível, encontrando seus limites nas possibilidades físicas e jurídicas do caso *in concreto*, podendo, desta forma, serem cumpridos em diferentes graus⁷¹.

Para o aludido doutrinador, os princípios devem sempre ser aplicados no seu máximo, tendo como limitadores a realidade do caso analisado e os demais princípios e regras que também são aplicados ao caso.

Utilizando-se de vários julgados proferidos pelo Tribunal Constitucional Alemão, Alexy consegue demonstrar claramente a rota de colisão entre diversos princípios e verifica que em tais casos não se pode chegar facilmente a uma decisão sobre qual deles deve prevalecer (como ocorre nos casos de antinomia entre regras), mas sim que se faz necessário

⁶⁷ DWORKING, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge-London: Belknap Press-Harvard University, 2006, p. 264.

⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27.

⁶⁹ DWORKING, Ronald. *Taking rights seriously*. p. 24

⁷⁰ DWORKING, Ronald. *Is law a system of rules?*, The philosophy of law, p. 45.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

realizar um juízo de ponderação entre os princípios colidentes a fim de determinar, no caso em concreto, qual dos princípios deve prevalecer.

Desta forma, Alexy dá maior ênfase na dimensão de pesos dos princípios. Tanto o é, que afirma que esses podem ser aplicados em diferentes graus, além de estabelecer que os princípios, diferentemente das regras, não estabelecem as suas consequências jurídicas de forma direta⁷².

Ao discorrer sobre as regras, Alexy afirma que essas são autoaplicáveis e que são constituídas pela forma *se, então*. Isto é, descreveria uma hipótese de incidência, que caso seja preenchida pelo acontecimento da realidade, enseja a aplicação de seu consequente jurídico.

2.5.5. Claus-Wilhelm Canaris

Para Canaris duas características diferenciariam os princípios das regras: (i) o conteúdo axiológico; e (ii) o modo de interação com as demais normas.

A primeira característica consiste no fato de que os princípios, diferentemente do que ocorre com as regras, possuem conteúdo axiológico explícito e que por isso dependeriam de regras para a sua concretização. A segunda característica consistiria no fato de que os princípios, também de maneira diversa ao que ocorre com as regras, somente conseguiriam receber conteúdo por meio de um processo de complementação e limitação⁷³.

2.5.6. José Joaquim Gomes Canotilho

O mestre de Coimbra, ao tratar sobre esse assunto, estipula duas premissas nas quais ele se baseará para sustentar a sua tese: (i) regras e princípios são duas espécies do gênero norma; (ii) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre espécies normativas.

Contudo, o próprio doutrinador afirma que a tarefa de distinguir uns dos outros não é fácil e diz que tal complexidade reside no fato de não se esclarecerem duas questões cruciais: (i) saber qual a função dos princípios (se seriam normas de conduta ou se teriam uma função

⁷² *Idem*.

⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 4ª Ed., Trad. Antonio Menezes de Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 50 e seguintes.

meramente retórica argumentativa); e (ii) verificar se existe um “denominador comum” entre princípios e regras, isto é, se, de fato, são institutos pertencentes ao mesmo gênero, ou se existe uma diferença qualitativa entre eles⁷⁴.

Para tanto, ele sugere a análise de alguns pontos de distinção, são eles: (i) grau de abstração; (ii) grau de determinabilidade; (iii) caráter de fundamentalidade; (iv) proximidade da ideia de direito; e (v) natureza normogenética⁷⁵.

Quanto ao grau de abstração, referido autor salienta que os princípios são normas com alto grau de abstração, enquanto, por outro lado, as regras possuem uma abstração reduzida. No tocante ao grau de determinabilidade, entende Canotilho que os princípios, devido ao seu alto grau de abstração, isto é, por serem vagos e indeterminados, dependem de “mediações concretizadoras”, já as regras são suscetíveis de aplicação direta. Com relação ao caráter de fundamentalidade, afirma que os princípios são normas de natureza estruturante, com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes. Sobre o tópico da proximidade da ideia de direito, Canotilho aduz que os princípios são *standards* juridicamente vinculantes nas exigências de justiça; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional. E, finalmente, no tocante a natureza normogenética, o autor português sustenta que o princípio dá sustentação a regra, ou seja, as regras devem se originar dos princípios, daí esses serem dotados de força normogenética⁷⁶.

Por fim, cumpre destacar que Canotilho classifica os princípios em quatro grandes grupos: (i) princípios jurídicos fundamentais: “princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”⁷⁷; (ii) princípios constitucionais impositivos: que seriam princípios dinâmicos, voltados, especialmente, para os legisladores com o escopo de que esses legislem buscando o atingimento de determinados fins; (iii) princípios políticos constitucionalmente conformadores: são os princípios que demonstram as opções políticas (ideologias) do legislador originário ao elaborar a Constituição; e (iv) princípios garantia:

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 1160/1161.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 1165.

princípios que instituem garantias aos cidadãos frente a atuação Estatal, possuem força positiva e negativa⁷⁸.

2.5.7. Humberto Ávila

Finalmente, Humberto Ávila conceitua princípio como: “normas imediatamente finalística, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”⁷⁹.

Como se depreende da leitura do conceito acima transcrito, para ele os princípios são normas que estabelecem um objetivo a ser atingido, isto é, o princípio possui uma orientação prática.

Logo, ao afirmar que o princípio estabelece um fim, significa dizer que ele estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, sendo o princípio, portanto, o ponto de partida para a definição dos meios que permitam a promoção gradual desse fim⁸⁰.

E conclui que:

“o importante é que, se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva realização do fim não se realiza. (...) a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência”^{81,82}.

⁷⁸ *Idem*, p. 1167.

⁷⁹ *In Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 78 e 79.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Sobre esse ponto, o Autor dá o seguinte exemplo: “o princípio da moralidade exige a realização ou preservação de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação. Para a realização desse estado ideal de coisas são necessários determinados comportamentos. Para efetivação de um estado de lealdade e boa-fé é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para realizar um estado de seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real um estado de zelo é fundamental colaborar com o administrado e informá-lo de seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário expressar por que se age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a

Em outras palavras, o autor deixa claro que os princípios não são apenas valores cuja realização fica adstrita a esfera pessoal de cada um. Muito pelo contrário, para ele os princípios são normas que “instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas, ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”⁸³.

Ao seu turno, Humberto Ávila conceitua regras como “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”.

Para esse autor, tal conceito seria aplicável a todas as espécies de regras, sejam elas comportamentais (que atribuem significado normativo a determinados atos e fatos e descrevem comportamentos obrigatórios, permitidos ou proibidos), sejam regras de competência (que atribuem a um sujeito o poder para editar outros atos)⁸⁴.

2.5.8. Breve Conclusão

Pela exposição das teses de alguns dos mais ilustres doutrinadores, é possível verificar que não existe um entendimento uniforme a respeito dos conceitos de regra e de princípio, muito menos dos fatores de diferenciação entre princípios e normas.

Como se pode observar, alguns doutrinadores (Esser, Larenz, Canaris) se utilizam de uma distinção “fraca” entre regras e princípios, já que têm como pilar da diferenciação o fato de que os princípios são apenas norteadores para o conteúdo das regras, enquanto outros (Dworking e Alexy) se utilizam de um critério de diferenciação mais “forte”, vez que atribuem diferentes funções as espécies normativas.

existência do estado de coisas posto como ideal pela norma e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio.”.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ AARNIO, Aulis. *Reason and Authority. A treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, p. 160 e seguintes.

No geral, pode-se afirmar que os doutrinadores costumam utilizar-se dos seguintes critérios nas diferenciações entre regras e princípios: (i) caráter hipotético-condicional; (ii) caráter final de aplicação; (iii) relacionamento normativo; e (iv) fundamento axiológico.

Contudo, assim como constatado no trabalho do Professor Humberto Ávila, não entendemos que os elementos acima elencados sejam essenciais para a descoberta da real diferença entre as espécies normativas, razão pela qual passaremos a discorrer o porquê que tais diferenças amplamente difundidas, ao nosso ver, não seriam capazes de nos direcionar ao melhor entendimento da diferença existente entre regras e princípios.

Por fim, a título de esclarecimento, cumpre ressaltar, ainda que pareça óbvio, que no presente trabalho utilizaremos do conceito de princípio e regra trazido pelo Professor Ávila e que todo o nosso modelo de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais toma por base as distinções mencionadas acima.

2.6. Análise dos critérios diferenciadores dos princípios e regras utilizados por grande parte da Doutrina

Como já dito no final do item anterior, a doutrina costuma, em via de regra, utilizar de quatro elementos na distinção das regras dos princípios: (i) caráter hipotético-condicional; (ii) caráter final de aplicação; (iii) relacionamento normativo; e (iv) fundamento axiológico.

Contudo, também conforme já mencionado, tais critérios diferenciadores, a nosso ver, não são suficientes para demonstrar a real distinção entre as diferentes espécies normativas.

2.6.1. Critério hipotético-condicional

O primeiro critério, isto é, o caráter hipotético-condicional, sustenta que as regras possuem, invariavelmente, uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica e que sua aplicação se dá com base na formulação: “*se* acontecer o fato descrito na hipótese de incidências, *então* deverá ser aplicada a consequência jurídica”; enquanto os princípios não possuiriam essa forma de aplicação, tendo em vista que eles veiculariam somente o fundamento da criação/aplicação da regra.

Duas grandes críticas podem ser feitas a esse critério diferenciador.

A primeira crítica encontra fundamento no conceito de norma já descrito acima, isto é, de que ela é o resultado do processo de interpretação/aplicação do enunciado legal⁸⁵. Ora, em primeiro lugar há que se concordar com a afirmação de que o princípio é, de fato, o primeiro passo para se encontrar a regra (apesar de tal diferenciação não explicar no que consistiria esse primeiro passo), todavia, não há como se concordar com o corolário dessa assertiva, qual seja de que a regra seria a cristalização do conteúdo normativo.

Veja, retomando o critério de norma aqui adotado, verifica-se que toda norma, independentemente da sua espécie, carece de concreção, isto é, a norma dependerá sempre das possibilidades jurídicas e fáticas a serem verificadas no processo de interpretação e de aplicação, razão pela qual não se pode, em hipótese alguma, confundir o conceito de enunciado legal com o de norma.

A segunda crítica que se faz a esse fator de distinção tem fundamento gramatical e isso não pode ser considerado como um elemento distintivo de duas espécies. Até mesmo porque a formulação gramatical de um princípio e de uma regra pode se dar de forma idêntica.

Veja que, como já dito, as regras seriam descritas da forma *se, então*, contudo nada impede que um princípio seja descrito dessa mesma forma, vejamos: “Se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática” (princípio da democracia)⁸⁶.

O exemplo acima dado, que não é único, confirma que toda e qualquer norma pode ser formulada a partir de uma hipótese de incidência com o conseqüente jurídico e, é inegável, que mesmo a norma sendo descrita nesse tipo de modelo ela faz referência aos fins por elas almejados.

O que se pode afirmar com certeza é que a distinção de princípios e regras repousa no uso argumentativo desses, nunca no seu enunciado.

Por fim, uma última ressalva quanto a esse ponto, seria o fato de que apesar dos princípios serem um ponto de partida para se concretizar a regra e dele não descrever um

⁸⁵ A título de aprofundamento, recomenda-se a leitura mais detalhada da obra *Teoria Estruturante do Direito*, de Friedrich Müller.

⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

comportamento em específico, não há como se negar que por meio de sua interpretação pode se alcançar diversos tipos de comportamento que estariam por ele abarcados⁸⁷.

2.6.2. Critério do modo final de aplicação

Esse critério de distinção se utiliza fundamentalmente das lições trazidas por Dworking e Alexy, tendo em vista que diferenciam as regras dos princípios alegando que os primeiros seriam aplicados de modo absoluto e os segundos possuiriam uma dimensão de peso, sendo aplicados de modo relativo.

Para tanto, alegam os defensores dessa tese, no caso de preenchimento da hipótese de incidência descrita, ou a regra deve ser considerada válida, sendo, portanto, imperiosa a aplicação de seu consequente jurídico, ou deve ser considerada inválida e de nada alterará no julgamento do caso, ou, ainda, criar-se-á uma terceira regra de exceção⁸⁸.

A crítica que se faz a esse critério de distinção, ainda com base na definição de norma anteriormente exposta, é de que a aplicação da regra não decorre exclusivamente da interpretação do enunciado legal, mas também “de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Com efeito, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias fáticas”⁸⁹, demandando um processo de ponderação. É o caso do exemplo abaixo:

O art. 224, do Código Penal ao descrever o crime de estupro, estabelece a presunção absoluta de violência no caso da vítima ter idade inferior a 14 anos na data do crime. Logo, utilizando-se do modo de aplicação “*se, então*”, pode-se concluir que *se* o crime de estupro for cometido contra pessoa com idade inferior a 14 anos, *então* deve se presumir a utilização de violência por parte do criminoso. A norma aqui veiculada, dentro do padrão de classificação adotado, pode ser classificada como uma regra. Logo, a princípio, a sua aplicação deve ser imperiosa, até mesmo por que em nenhum momento a regra abre qualquer exceção a sua aplicação.

⁸⁷ Conforme visto neste capítulo, a definição aqui adotada de princípio privilegia e corrobora a dimensão objetiva dos direitos fundamentais descrita no capítulo 3 abaixo.

⁸⁸ Vide o item 2.5.3. referente a teoria elaborada por Ronald Dworking.

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal⁹⁰ ao julgar um caso como o descrito no parágrafo acima, em que a vítima possuía 12 anos, entendeu que no caso em tela estavam presentes circunstâncias particulares não previstas na norma (aparência física e mental da menor, concordância dela com a prática dos atos), ao ponto de concluir pela não configuração do tipo penal, apesar da configuração da hipótese de incidência. Ora, não há dúvidas que nesse caso os Ministros julgadores acabaram por efetuar uma ponderação da regra com os fatores fáticos que permeavam o caso, optando por deixar de aplicar a regra, sem, contudo, retirar a validade dela.

E inúmeros outros casos poderiam ser aqui citados. Desta forma, o que se pode concluir é que o conseqüente jurídico pode sim deixar de vir a ser aplicado mesmo quando preenchida as condições expostas na hipótese de incidência, desde que o julgador entenda que no caso concreto existam razões suficientes, mediante, obviamente, processo de motivação/fundamentação⁹¹ muito mais detalhado do que aquele que seria utilizado no caso da simples aplicação do conseqüente legal.

Por fim, cumpre salientar, conforme demonstrado, que tanto na aplicação dos princípios quanto na das regras, o aplicador pode realizar uma ponderação de interesses, levando-se em consideração os fatores fáticos específicos do caso concreto, razão pela qual não se pode utilizar esse critério como fator distintivo entre os institutos, pois o que diferenciará a aplicação de um e de outro é a forma de aplicação dos dispositivos, isto é, se eles têm conteúdo finalístico ou comportamental.

2.6.3. Critério do conflito normativo e do fundamento axiológico

Tal critério sustenta que as regras e princípios se diferem no tocante ao modelo proposto para a resolução de eventual colidência entre eles. Os defensores desse critério – podendo ser citados Canaris⁹², Dworkin⁹³ e Alexy⁹⁴ – sustentam que a antinomia entre regras configuraria um verdadeiro conflito, demandando, inexoravelmente, que uma das regras em

⁹⁰ HC nº 73.662-9/MG, 2ª turma, Min. Rel. Marco Aurélio, j. 21.0.1996, DJ 20.09.96.

⁹¹ Sobre a correta argumentação a ser utilizada, bem como tal procedimento deve ser feito recomendamos a leitura da obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, de Robert Alexy.

⁹² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático* ..., p. 50/55.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, p. 26.

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*.

conflito venha a ser declarada inválida, ou que seja criada de uma regra de exceção. Por outro lado, os princípios estariam sempre em rota de colisão e a solução sobre o princípio a ser aplicado no caso concreto decorreria da aplicação de um juízo de ponderação, o que evidenciaria a dimensão de peso deles.

Tal tese, que encontrou enorme difusão no meio jurídico, também merece algumas considerações.

O método da ponderação é um instrumento extremamente útil e eficaz na solução de conflito entre princípios – método que, inclusive, recomendamos a utilização para a solução desse tipo de conflito, conforme se observa do capítulo 7 abaixo –, porém, não é possível sustentar que tal método seja exclusivo para a resolução desse tipo de conflito. A ponderação entre argumentos e contra-argumentos que fundamentarão a aplicação do Direito, processo de concretização de cunho altamente argumentativo, também pode ser muito útil ao nos depararmos com casos de conflitos de regras, sem que tenhamos que nos valer dos clássicos conceitos de resolução de antinomia⁹⁵. Vejamos o exemplo abaixo, trazido pelo Professor Humberto Ávila⁹⁶:

O art. 1º, da Lei nº 9.494/97, proíbe a concessão de liminares contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso. Outra regra, o art. 1º da Lei Estadual do Rio Grande do Sul nº 9.908/93, determina que o Poder Público forneça gratuitamente medicamentos para aqueles que os necessitem e que não tenham condições de adquiri-los, até mesmo em sede de liminar⁹⁷. Pois bem, ambas as normas, apesar de instituírem comportamentos contraditórios, vez que uma proíbe uma determinada ação, enquanto a outra determina a mesma ação, convivem dentro do mesmo ordenamento jurídico sem que haja a necessidade de declaração de invalidade de uma delas, com a posterior extirpação da norma do ordenamento jurídico (como seria necessário caso se adotasse algum dos critérios de resolução de antinomias).

Veja que no caso narrado acima existe um verdadeiro conflito de regras e que o julgador deverá efetuar um juízo de ponderação entre elas, de forma a atribuir um “peso” maior a uma das regras, levando-se em consideração a finalidade que cada uma delas visa

⁹⁵ O método clássico para a resolução de antinomias – o qual não negamos validade e eficácia – consubstancia na aplicações das máximas: *Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialli derogat legi generali* e *Lex superior derogat legi inferiori*.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, p. 53/54.

⁹⁷ Veja a esse respeito o julgamento do agravo de instrumento nº 598.398.600, TJRS, 4ª Câmara Cível, Des. Rel. Araken de Assis, j. 25.11.1998.

resguardar. Ora, isso é suficiente para demonstrar que em um caso concreto de conflito entre regras não se faz necessário declarar a validade de uma sobre a outra, mas que é possível conferir validade a ambas e resolver a querela no momento da aplicação.

Desta forma, mostra-se, claramente, que as regras também podem ter seu conteúdo superado por razões jurídicas e fáticas contrárias, mediante a utilização de um juízo de ponderação. Logo, tal característica é comum a ambas espécies normativas e não só aos princípios⁹⁸.

Por fim, há que se ressaltar que, como visto acima, não são os princípios que são dotados de uma “dimensão de peso”, mas sim que essa dimensão de peso reside no juízo valorativo do aplicador. Explica-se:

Toda e qualquer norma possui uma dimensão axiológica, isto é, um conteúdo programático, um fim almejado, tanto assim o é que existem interpretações extensivas, restritivas, que “alteram” o enunciado da regra, buscando atingir melhor o bem que ela visa tutelar.

Desta forma, verifica-se que a dimensão de peso não é característica de um tipo de norma, mas sim é consequência do juízo de ponderação feito pelo julgador, que atribuirá a uma ou a outra uma maior importância.

2.7. Os critérios adotados para a distinção entre regras e princípios

Apresentada as críticas aos critérios comumente utilizados para a diferenciação das espécies normativas, passa a ser nossa obrigação destacar os critérios que entendemos válidos para a dissociação das espécies normativas. E aqui cabe mencionar que, uma vez mais, nos filiamos às ideias defendidas por Humberto Ávila.

Segundo ele, os critérios que devem ser observados para a verificação da espécie normativa, isto é, se estamos diante de uma regra ou de um princípio são os seguintes: (i) natureza do comportamento descrito; (ii) natureza da justificação exigida; e (iii) medida de contribuição para a decisão.

⁹⁸ PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*, p. 80.

Abaixo iremos discorrer breves linhas sobre o que cada um desses critérios busca apurar.

2.7.1. Natureza do comportamento descrito

As espécies normativas aqui tratadas apresentam uma fundamental distinção no tocante ao comportamento que prescrevem. As regras estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição contida em sua hipótese de incidência, sendo assim são normas imediatamente descritivas. Os princípios, como já dito, estabelecem uma finalidade, sendo que para o atingimento desta finalidade se mostra primordial que uma série indeterminada de comportamentos seja adotada. Desta forma, podemos afirmar que os princípios são normas imediatamente finalísticas⁹⁹, daí o porquê de Jaap Hage sustentar que os princípios seriam *ought-to-be-norms*¹⁰⁰.

Ao seu turno, as regras, além do caráter imediatamente descritivo, possuem um caráter mediamente finalístico, tendo em vista que ao estabelecer o que fazer (*ought-to-do-norms*) acabam por estabelecer indiretamente os fins perseguidos e os meios que o legislador entendeu necessários para alcançar esses.

2.7.2. Critério da natureza da justificação exigida

Esse critério se contrapõe ao critério do modo de aplicação, vez que para nós tanto as regras quanto os princípios podem ser ponderados, mas a diferença existente entre eles estaria no modo de justificação necessário a sua aplicação.

Para se aplicar uma regra, que, como já mencionado, é imediatamente descritiva, isto é, contém em sua hipótese de incidência maior determinação do comportamento, o juiz deve fundamentar e demonstrar que o fato narrado corresponde com a hipótese descrita, bem como que a aplicação do consequente jurídico ao caso concreto será devida por viabilizar o fim por

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 71.

¹⁰⁰ *In Reasoning with Rules: An essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*. Dordrecht, Kluwer, 1997.

ela pretendido.¹⁰¹ É fácil verificar, portanto, que o esforço argumentativo para a aplicação das regras é bem menor, pois a própria descrição da regra acaba sendo o fator de justificação¹⁰².

Para aplicar um princípio – que tem por característica ser imediatamente finalístico – o juiz deve fazer uma minuciosa análise sobre o estado de coisas almejado por aquele princípio e verificar se existe uma correlação direta entre a conduta que deverá ser adotada com a efetivação da finalidade proposta, daí o porquê do esforço argumentativo para a aplicação dos princípios ser muito maior.

E mais, a partir deste critério de diferenciação é possível encontrar outra característica diferenciadora de ambos os institutos. A regra por descrever uma situação de fato já conhecida e prevista pelo legislador possui um caráter retrospectivo, já os princípios por determinarem uma finalidade a ser alcançada, um estado de coisas a ser construído, possui caráter prospectivo.

2.7.3. Critério de contribuição para a decisão

As regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes, já que propõem uma solução específica a um determinado fato, além de tentar sempre abranger todos os aspectos fundamentais na tomada de decisão¹⁰³. As regras possuem pretensão terminativa e decisiva, pois buscam dar uma solução específica ao caso em análise, mas tal pretensão, como dito, é preliminar, tendo em vista que ela pode vir a ser ponderada e, de acordo com as condições de aplicabilidade, não vir a ser aplicada, sem que isso represente a sua extirpação do ordenamento jurídico.

Ao seu turno, os princípios são normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, tendo em vista que não propõem uma solução específica ao caso concreto, mas tão somente auxilia e contribui com a tomada de decisão pelo aplicador¹⁰⁴. Os princípios, portanto, possuem pretensão de complementaridade, já que tentam apenas servir como um dos fundamentos da decisão e isso está intimamente ligado ao fato de demandarem uma maior argumentação jurídica quando da sua aplicação.

¹⁰¹ SUMMERS, Robert. *Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification. The jurisprudence of Law's Form and Substance*. Alderhot, 2000, p. 224.

¹⁰² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, p. 74.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

2.7.4. Breves conclusões

Ante tudo quanto o acima exposto, podemos afirmar que as regras se distinguem dos princípios em razão: (i) da sua natureza descritiva, pois enquanto elas descrevem objetos determinados, os princípios descrevem uma finalidade a ser atingida; (ii) da justificação que exigem para serem aplicadas, já que as regras exigem uma análise de subsunção dos fatos com a hipótese de incidência, enquanto os princípios demandam uma análise entre os efeitos da conduta a ser adotada e os fins por ele almejados; e (iii) da natureza da contribuição para a solução do problema, já que as regras visam a dar uma solução específica ao caso, ao passo que os princípios buscam apenas fornecer razões e fundamentos a serem utilizados juntamente com outros na decisão do caso.

2.8 Eficácia dos princípios e das regras

Passaremos, agora, a verificar de que forma os princípios e as regras produzem efeito, tanto dentro do ordenamento jurídico, quanto fora dele, isto é, servindo como balizador da aplicação do Direito. Começaremos por analisar a eficácia dos princípios e, feito isso, iremos fazer análise semelhante, mas tendo como objeto as regras.

2.8.1. Eficácia dos princípios

Os princípios são normas dotadas de eficácia interna, isto é, estabelecem os fins que devem ser alcançados por outras normas do ordenamento (as regras), além de serem imprescindíveis para dar completude e unicidade ao ordenamento jurídico; e de eficácia externa, ou seja, atuam também fora do ordenamento jurídico, possibilitando a interpretação dos fatos e conferindo pertinência ou não a esses.

Como dito, os princípios possuem grande importância dentro da organização do ordenamento jurídico, exercendo, dentro do ordenamento, basicamente, quatro funções: (i) integrativa; (ii) interpretativa; (iii) bloqueadora; e (iv) rearticuladora.

A função integrativa consiste na possibilidade de um princípio: agregar ao ordenamento jurídico elementos não previstos em outros princípios e regras. Em outras palavras, se um elemento necessário a consecução do fim pretendido por aquele princípio não estiver previsto dentro do ordenamento jurídico, ainda assim a aplicação daquele princípio garante a sua utilização/aplicação¹⁰⁵.

A função interpretativa é desempenhada pelos princípios quando esses são utilizados na interpretação de enunciados normativos expressos, podendo tanto restringi-los, quanto ampliá-los, servindo, verdadeiramente, como orientações a interpretação das normas.

A função bloqueadora consiste no fato dos princípios conseguirem afastar os elementos que obstaculizem ou impeçam a promoção do estado ideal de coisas a ser atingido.

Por fim, a função rearticuladora permite que os princípios dialoguem e interajam com todas as demais normas do ordenamento buscando, dessa forma, compatibilizar todas as ações necessárias para o atingimento dos estados ideais de coisas pretendidos pelo ordenamento.

Porém, como já mencionado, não é só dentro do ordenamento jurídico que os princípios atuam, eles também produzem efeitos cruciais fora do ordenamento jurídico, conferindo pertinência a fatos e ajudando a interpretá-los

Para decidir qual evento, qual situação se mostra relevante e pertinente para a análise e solução dos casos, o aplicador deve se valer do estado ideal de coisas almejados pelos princípios, de modo a escolher quais os eventos que se encontram no centro dos interesses protegidos pelas normas jurídicas. São os princípios que determinam quais fatos são pertinentes, mediante uma releitura axiológica do substrato fático¹⁰⁶.

Feito a escolha pelos fatos juridicamente relevantes, se faz necessário valorar tais fatos e isso deverá ser feito também com base nos princípios jurídicos, já que é a partir deles que se conseguirá valorar a situação com fundamento nos ideais buscados.

Ademais, os princípios jurídicos – forma pela qual geralmente os direitos fundamentais são expressos – também podem ser vistos como garantias individuais dos

¹⁰⁵ Humberto Ávila dá o seguinte exemplo: ainda que não houvesse regra expressa garantindo a imutabilidade da coisa julgada, ainda assim o princípio da segurança jurídica resguarda essa imutabilidade por meio de sua direta aplicação.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 100.

cidadãos em face do Estado, vez que proíbem as intervenções estatais em direitos de liberdade.

2.8.2. Eficácia das regras

Assim como os princípios, as regras também produzem efeitos tanto internamente (dentro do ordenamento jurídico), quanto externamente (fora do ordenamento jurídico).

As regras possuem eficácia preliminarmente decisiva, vez que pretendem dar uma solução específica ao caso analisado. Tal solução não é obtida do nada, ela decorre das atribuições constitucionalmente atribuídas ao Poder Legislativo, isto é, cabe a esse Poder primariamente verificar quais situações devem ter prevalência sobre as demais, ou seja, é o Poder Legislativo quem faz a ponderação em abstrato das finalidades desejadas pelo ordenamento jurídico e, após isso, estipula as normas de conduta.

Sendo assim, as regras criadas pelo Legislativo concretizam a melhor forma de se alcançar o estado ideal de coisas buscado, vez que delimitam e especificam o comportamento que todos deverão adotar para a realização desse estado ideal.

A função essencial das regras, fora do âmbito do ordenamento jurídico, é preponderantemente a de estabelecer modelos de comportamento e atribuir competência a um determinado sujeito a realizar um determinado ato jurídico¹⁰⁷.

A regra não deixa escolha sobre o comportamento a ser adotado, ela impõe um comportamento específico com o escopo de se atingir o fim pretendido. Desta forma, ela afasta qualquer conflito moral eventualmente existente, caso não houvesse sido editada¹⁰⁸.

E é por isso que se pode afirmar que as regras não só determinam o modo de atuação, como servem de instrumento de defesa do cidadão ante o poder discricionário do juiz¹⁰⁹.

Ademais, as regras acabam por excluir da análise do juiz todas outras razões que ele poderia vir a se utilizar em sua decisão, vez que seu caráter decisório se impõe frente aos demais elementos, passando ser a regra a própria razão da decisão¹¹⁰.

¹⁰⁷ AARNIO, Aulis. *Reason and Authority*. p. 160.

¹⁰⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, p. 109.

¹⁰⁹ GOTTLIEB, Stephen E., *The paradox of balancing significant interests*, *Hasting Law Journal*, 45/834.

¹¹⁰ *Idem*.

2.9 Conclusão

Como visto ao longo de todo o presente trabalho, o ordenamento jurídico necessariamente deve ser composto de regras e princípios, vez que eles desempenham funções diversas, mas complementares, dentro do ordenamento jurídico. Não se pode conceber um ordenamento jurídico que seja composta única e exclusivamente por só uma dessas espécies normativas.

E é justamente por essa complementação entre as funções atribuídas a cada uma das espécies normativas, que se possibilita que o aplicador tenha todos os meios possíveis para que o ideal não só de Estado, mas também de sociedade proposto pela nossa Carta Constitucional, não fique apenas no plano das ideias e das intenções, mas que seja um projeto de sociedade realizável, ou melhor, em realização.

Desta forma, demonstra-se claramente que ambas as espécies normativas são indispensáveis e imprescindíveis para o ordenamento jurídico, vez que possuem funções específicas e complementares, não havendo que se cogitar de maior relevância de uma espécie sobre a outra.

Ademais, sabemos que o presente capítulo é extremamente abstrato e teórico, mas tal explanação se mostra indispensável para fundamentar de maneira precisa o modelo de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais que iremos propor mais adiante. Sem que fizéssemos essas necessárias diferenciações e conceituações, o modelo que aqui iremos propor perderia sustentação.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

No presente capítulo iremos analisar, como o próprio título induz, os direitos fundamentais. Dessa forma, pretendemos trazer à colação as mais variadas conceituações que esses direitos receberam ao longo da história, para, ao final, verificarmos como seria uma definição adequada dos direitos fundamentais para os dias de hoje.

Para se chegar a essa conceituação, tentaremos elencar os elementos e qualidades essenciais e inerentes a esses direitos.

Também trataremos das vertentes: subjetiva – de origem clássica –, na qual os direitos fundamentais são vistos como uma autolimitação do Poder Estatal, isto é, seriam deveres de abstenção por parte do Estado; e objetiva, que permite sustentar que os direitos fundamentais não são apenas deveres de abstenção por parte do Estado, mas que também impõe ao Estado a necessidade de tomar medidas com a finalidade de possibilitar a máxima realização do estado de coisas que os direitos fundamentais estabelecem.

Ainda, traremos das diversas classificações elaboradas pela doutrina, salientando quais foram as características que serviram para a sua elaboração.

3.1. Conceito

Primeiramente, para se chegar ao conceito de “direitos fundamentais”¹¹¹ se faz necessário analisar a questão terminológica atinente a esse instituto, vez que se percebe que tanto a doutrina¹¹², quanto o próprio ordenamento jurídico¹¹³, utilizam-se, de maneira indiscriminada, diversos termos para a caracterização desse fenômeno. Na maior parte das

¹¹¹ A expressão “direitos fundamentais” surgiu na França, em 1.770, em decorrência de um movimento político e cultural que culminou na Declaração dos Direitos do Homem de 1.789.

¹¹² Em razão da ausência de consenso na doutrina em razão da questão terminológica e conceitual dos direitos fundamentais, praticamente todos os autores que tratam do tema abordam essa questão. Apenas à título ilustrativo podemos citar: Robert Alexy, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho, Willis Guerra Filho, Ingo W. Sarlet, Paulo Bonavides, entre outros (cf. KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, p. 49).

¹¹³ “A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, embora deixe transparecer a opção terminológica “direitos fundamentais” (conforme Título II – Direitos e Garantias Fundamentais), ainda assim, no corpo de nossa Carta política, encontram-se divergências semânticas, as quais Sarlet, a título ilustrativo, destaca: ‘direitos humanos’, no art. 4º, inc. III; ‘direitos e liberdades constitucionais’, no art. 5º, inc. LXXI; e ‘direitos e garantias individuais’, no art. 60, §4º, inc. IV.” (KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, p. 49).

vezes, os direitos fundamentais acabam sendo denominados de “direitos humanos” ou “direitos do homem”¹¹⁴, conforme bem salientado por Paulo Bonavides¹¹⁵:

“[Constata-se] o uso promiscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães”.

Contudo, apesar de, em muitos casos, verificar que a doutrina utiliza as expressões como sendo sinônimas, elas, na verdade, correspondem a institutos diversos. Dessa forma, passaremos a expor os critérios que deverão ser analisados para possibilitar a segregação de um instituto do outro.

Como toda diferenciação entre conceitos, se faz necessário verificar quais serão os critérios utilizados que demonstrarão as especificidades de cada um dos institutos. Sendo assim, verifica-se que um eventual critério com base no destinatário, se mostraria inútil no presente caso, pois tal fato é um ponto comum entre eles, vez que tanto os direitos fundamentais, quanto os direitos humanos têm como destinatários os homens.

Sendo assim, o primeiro critério diferenciador dos institutos seria o aspecto espacial, isto é, onde é possível encontrar normas de direito fundamental e onde encontramos as normas de direitos humanos. Como bem salientado por Ingo W. Sarlet¹¹⁶, os direitos fundamentais seriam normas positivadas dentro de um ordenamento jurídico, portanto estariam localizados em um âmbito nacional, enquanto os direitos fundamentais estariam positivados em normas e convenções internacionais¹¹⁷.

¹¹⁴ Algumas outras denominações também são utilizadas, mas em menor grau, como: “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos naturais”, entre outras.

¹¹⁵ *In Curso de Direito Constitucional*, p. 560.

¹¹⁶ “Em que pesem sejam ambos os termos (direitos humanos e direitos fundamentais) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.” (*in A eficácia dos direitos fundamentais*, 6ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35/36).

¹¹⁷ Nesse mesmo sentido, Antonio Enrique Pérez Luño, *in Los Derechos Fundamentales*, p. 33.

O segundo critério seria com relação à força normativa e cogente de cada um deles. Os direitos fundamentais por estarem transcritos na carta constitucional são detentores de cogência e força normativa; já os direitos humanos, em princípio, não teriam essa força, eis que necessitariam ser internalizados para obter a mesma cogência.

Ademais, há que se ter em mente que para aqueles que se filiam a uma corrente positivista, somente é possível defender a existência de direitos fundamentais, já que eventuais direitos humanos constantes de tratados ou convenções que não tivessem sido ratificadas não pertenceriam àquele ordenamento.

Ao seu turno, uma posição filiada ao jusnaturalismo defende que os direitos humanos precedem a existência do ordenamento jurídico, razão pela qual a lei escrita apenas teria explicitado algo que já existiria. De toda forma, importante destacar que ainda para aqueles que se vinculam a essa corrente, a lei escrita foi fundamental para o reconhecimento dos direitos humanos. Sobre isso, veja a lição de Fábio Konder Comparato¹¹⁸:

“Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.”

Sendo assim, é possível concluir que a expressão direitos humanos não é sinônima da expressão direitos fundamentais, eis que a primeira faz referência às proposições jurídicas que se reconhecem ao ser humano enquanto tal, independentemente de seu vínculo com um Estado, geralmente dispostas em documentos de direito internacional. Ao seu turno, os direitos fundamentais são os direitos positivados em um ordenamento jurídico, decorrentes de um processo de constitucionalização.

E essa diferença é relevantíssima, pois como estatuído por J. J. Gomes Canotilho: “os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídicos positivamente vigentes numa ordem constitucional”, pois “sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são apenas esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas

¹¹⁸ *In A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.”¹¹⁹.

Ou seja, é possível afirmar que os direitos humanos podem vir a se transformar em direitos fundamentais caso venham a se transformar de um conceito puramente jusnaturalista ou exclusivamente de direito internacional para um conceito positivado dentro de um determinado ordenamento jurídico¹²⁰.

Sendo assim, não resta dúvida de que os direitos que aqui serão objeto de estudo são aqueles direitos que se encontram positivados na Constituição e que apresentem as características e elementos que serão descritos abaixo.

3.2. Elementos indispensáveis para a existência dos Direitos Fundamentais

Ao contrário do que ocorre com os institutos do direito civil clássico, como a propriedade, a família, os direitos fundamentais não possuem um conteúdo circunscrito e fechado, eles possuem um conteúdo aberto em constante mutação e ampliação. Tanto assim o é que Norberto Bobbio¹²¹ assim afirmou:

“O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no século XVIII, como a propriedade ‘sacre at inviolable’, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito de não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e culturas.”.

¹¹⁹ *Op. Cit.*, p. 573.

¹²⁰ CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*, p. 155.

¹²¹ *In A Era do Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

Não obstante a constante alteração no rol dos direitos fundamentais, fato é que, para a maioria da doutrina¹²², só será possível se falar na existência de tais direitos quando verificados os seguintes elementos: (i) Estado, (ii) indivíduo, e (iii) texto normativo que regule a relação entre o Estado e os indivíduos e entre os indivíduos entre si.

Obviamente, a simples verificação da existência dos três elementos descritos acima não foi o suficiente para garantir a todos os seres humanos o reconhecimento de uma existência digna, mas a existência do Estado e a previsão normativa foram o que serviu de substrato para que os direitos fundamentais se desenvolvessem nas sociedades.

E mais uma vez se faz necessário ressaltar a importância da verificação de tais direitos na lei escrita, pois esse mecanismo facilitou e muito a invocação de tais direitos pelos indivíduos (vez que, antes disso, tais direitos, vistos como naturais, eram de difícil aplicação jurídica) garantindo, dessa forma, o cumprimento e satisfação destes.

3.3. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais

Com o objetivo de trazer mais alguns subsídios teóricos que irão contribuir com a visão geral sobre o tema do presente capítulo, passaremos a elucidar alguns pontos importantes relativos à estrutura da norma de direito fundamental.

Tal tema, em alguns casos, acaba passando despercebido pela doutrina, ainda mais quando nos deparamos com normas de direito fundamental que não estão contidas no tradicional modelo normativo de conteúdo fechado dos modais deonticos (permitido, proibido e obrigatório)¹²³.

Antes de adentrar a análise da estrutura normativa dos direitos fundamentais, se faz importante mencionar alguns pontos já tratados no capítulo acima. A norma é a parte de um texto interpretado e a disposição é a parte do texto a interpretar; além disso, o gênero norma se divide em duas espécies: as regras e os princípios.

¹²² DIMOULIS, Dimitri. e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 1ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹²³ Sobre esse ponto, recomendamos a leitura da obra: *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, de Lourival Vilanova.

Feito essa breve recapitulação, importante destacar que a Constituição da República não adotou uma única estrutura normativa com relação aos direitos fundamentais, isto é, as disposições de direitos fundamentais podem ser concomitantemente uma regra e um princípio. Mas isso não basta para nós, o importante é verificar como fazer essa diferenciação, eis que esse fator será determinante para a resolução dos conflitos, que é um dos pontos fulcrais da presente pesquisa.

Como dito, as normas de direito fundamental podem tanto assumir a forma de uma regra, como a forma de um princípio. E, em razão disso, que a doutrina denomina as disposições de direitos fundamentais como de “caráter duplo”¹²⁴, eis que o texto constitucional não aplicado ao caso concreto, não é uma disposição interpretada e, por isso, assume concomitantemente ambas as espécies normativas.

Buscando dar maior elucidação sobre o tema, nos valem das precisas lições de Edgar José Galilheti¹²⁵:

“(...) não é que as Normas de Direitos Fundamentais ‘tenham necessariamente’ um caráter duplo, é que elas ‘podem’ ter um caráter duplo. Não basta somente conceber as normas de direito fundamental somente como regras e como princípios. Um modelo adequado a esse respeito, se obtém quando às disposições jusfundamentais se adscvem tanto regras como princípio. Ambas podem reunir-se em uma norma de direito fundamental com caráter duplo.”.

E conclui o aludido autor¹²⁶:

“Em verdade, o que aduz Alexy é que as normas de direito fundamental ou são regras ou são princípios. O que possui caráter duplo, na realidade, são as disposições de Direitos Fundamentais, que em sua teoria possuem caráter diferenciado.”.

Desta forma, verifica-se ser impossível a classificação dos dispositivos de direitos fundamentais exclusivamente em princípios ou regras. Ademais, somente será possível

¹²⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Máxima da proporcionalidade aplicada: a quebra do sigilo bancário pelo fisco e direito fundamental à vida privada*, p. 22.

¹²⁵ *In Critérios orientadores para a solução de colisão de direitos fundamentais*, p. 154.

¹²⁶ *Idem.*, p. 154.

verificar se o dispositivo de direito fundamental irá atuar como uma regra ou um princípio ao aplicá-lo ao caso em concreto, pois será nesse momento que verificaremos se ele estará atuando com decidibilidade e abrangência ou se será utilizado de forma complementar e argumentativa.

Todavia, importante salientar que mesmo sendo possível a aplicação de um dispositivo de direito fundamental como regra, na maioria dos casos, as disposições de direitos fundamentais são aplicadas como princípios. E isso se deve pelo fato deles possuírem uma estrutura normativa de caráter extremamente lapidário e vazio¹²⁷.

Não há dúvidas que as normas de direitos fundamentais, em sua imensa maioria, possuem caráter aberto, impreciso e axiológico, pois são exatamente estas características que permitem que seja possível a determinação pelo aplicador dos meios a serem utilizados para o alcance do estado de coisas por ele determinado.

E tal caráter principiológico dos direitos fundamentais se mostra de forma ainda mais clara ao verificarmos que eles não são normas imediatamente descritivas e retroativas – mesmo podendo assim o ser em alguns casos –, mas sim normas imediatamente finalísticas e prospectivas, tanto que a sua abrangência envolve todas as áreas do Direito.

3.4. Características dos Direitos Fundamentais

Em primeiro lugar, importante ressaltar que a doutrina clássica sobre as características dos direitos fundamentais teve origem na análise da aplicação de tais direitos nas relações verticais de Poder, isto é, nas relações travadas entre o Estado e os indivíduos.

Dessa forma, em razão da notória supremacia do Estado frente aos indivíduos e, por serem os direitos fundamentais os únicos meios de frear a atuação estatal, as características ressaltadas pela doutrina clássica se mostram desatualizadas quando da aplicação de tais direitos nas relações entre particulares.

¹²⁷ VALE, André Rufino do. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*, 1ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

Ora, geralmente os direitos fundamentais são caracterizados por serem: imprescritíveis¹²⁸, inalienáveis¹²⁹, irrenunciáveis¹³⁰, universais¹³¹, complementares¹³², históricos¹³³, etc. Contudo, caso essas mesmas características sejam transplantadas para a aplicação de tais direitos nas relações horizontais, seria impossível prosseguir com a discussão do tema, pois nas relações travadas entre os particulares verifica-se, em alguns casos, a alienação, a disposição e até mesmo a renúncia a direitos fundamentais.

E tanto assim o é que Virgílio Afonso da Silva¹³⁴ assim afirmou sobre as características atribuídas pela doutrina clássica aos direitos fundamentais:

“As mencionadas características dos direitos fundamentais, que a doutrina defende quase sem variações, pressupõe, a meu ver, que os efeitos dos direitos fundamentais limitam-se às relações verticais entre Estado e indivíduo. É nesse contexto que ainda faz um certo sentido se falar em inegociabilidade, irrenunciabilidade, etc. Mas se os direitos fundamentais produzem também efeitos nas relações horizontais, isto é, nas relações entre particulares, insistir em algumas dessas características pode impedir qualquer discussão sobre o tema.”.

Com relação à imprescritibilidade, é certo que a não utilização de um determinado direito fundamental não implica na sua perda, ainda que esse direito fundamental nunca venha a ser exercido pelo seu titular. Sendo assim, é possível afirmar que essa característica também se verifica quando da aplicação dos direitos fundamentais em relações privadas. O mesmo pode se dizer com relação a historicidade e universalidade. Mas pode-se dizer o mesmo da irrenunciabilidade e da inalienabilidade?

A renúncia, instituto conhecido desde o direito romano, implica na abdicação de um direito de forma definitiva e irreversível. A doutrina em geral, em especial os doutrinadores

¹²⁸ Imprescritibilidade: não se perde a titularidade sobre o direito pelo decurso do tempo (MORAES, Alexandre de. *Direitos Fundamentais*, p. 23).

¹²⁹ Inalienabilidade: não há possibilidade de transferência, seja a título gratuito, seja a título oneroso (*Idem*).

¹³⁰ Irrenunciabilidade: não podem ser objeto de renúncia. (*Ibidem*).

¹³¹ Universalidade: a abrangência dos direitos fundamentais engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção política-filosófica (*Ibidem*).

¹³² Complementaridade: os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte. (*Ibidem*).

¹³³ Historicidade: os direitos fundamentais decorrem das lutas sociais verificadas ao longo do tempo. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 6.).

¹³⁴ *In A Constitucionalização do direito*, 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

de Direito Público, sustentam que a renúncia somente seria possível quando se tratar de direito patrimonial. Logo, os direitos fundamentais não estariam aí compreendidos.

Todavia, não estamos de acordo com essa posição. Em primeiro lugar, importante destacar que a renúncia de um direito, ainda que implique ser de forma definitiva e irreversível, deve ser entendida dentro de uma determinada relação jurídica e não na possibilidade de nunca mais o titular daquele direito vir a exercitá-lo em todas as eventuais futuras relações que vier a travar¹³⁵. Um bom exemplo para ilustrar o que aqui se pretende defender é a renúncia ao direito de propriedade (que é um direito fundamental e, ao mesmo tempo, um instituto regulado pelo Direito Civil).

Pois bem, o Código Civil em seu artigo 1.275, II, dispõe que o dono de uma determinada propriedade pode vir a renunciar a tal condição. Em outras palavras, quando o indivíduo renuncia a propriedade específica ele assim o faz de maneira definitiva e irreversível dentro daquela contextualização fática, a renúncia ao direito de propriedade prevista no Código Civil não possibilita assumirmos que aquele indivíduo teria renunciado a possibilidade de vir a ser proprietário de algum outro bem.

E o mesmo raciocínio é válido ao falarmos da alienação dos direitos fundamentais. Nada impede que dentro de uma determinada e específica relação jurídica um indivíduo venha, por exemplo, a vender o seu direito a intimidade, como ocorre nos diversos *reality shows* existentes na programação da televisão brasileira. Da mesma forma, a alienação é válida dentro daquele período e das regras estipuladas, o fato de um participante de *reality show* ter negociado o seu direito a intimidade não implica que ele se despiu de tal direito para todo o sempre e em todas as relações.

Por fim, importante fazer uma última colocação com relação ao acima exposto. Alguns autores¹³⁶ sustentam que haveria uma diferença entre a renúncia/alienação de um direito e a renúncia/alienação do exercício de um direito, sendo que somente a segunda hipótese seria possível dentro do nosso ordenamento. Contudo, assim como Virgílio Afonso da Silva¹³⁷, tal diferenciação nos parece carecer de qualquer finalidade.

¹³⁵ Sobre a possibilidade de renúncia de direitos fundamentais, recomendamos a leitura da obra *Renúncia a Direito Fundamental*, de Pedro Augustin Adamy.

¹³⁶ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direito da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*, 1ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

¹³⁷ *In A constitucionalização do direito*, p. 64.

Ao nosso ver, tal diferenciação serve tão somente para aqueles que se apegam ao conceito jusnaturalista dos direitos fundamentais, vez que uma análise detida da aplicação de tais direitos nas relações entre particulares mostra claramente que os particulares podem, dentro de condições específicas, renunciar ou até mesmo transacionar esse tipo de direito.

Veja, entendemos o raciocínio proposto por aqueles que optam por fazer essa separação e tal raciocínio nos parece correto, mas ao mesmo tempo ele se mostra desnecessário. Quando falamos aqui da possibilidade de renunciar ou alienar um direito não estamos sustentando a possibilidade do particular, por meio da simples declaração de sua vontade, abdicar do exercício daquele direito e em toda e qualquer relação jurídica futura, mas apenas na possibilidade dele vir a renunciar ou alienar um determinado direito, dentro de uma determinada relação. Isto é, os efeitos da renúncia ou da alienação só serão válidos dentro daquela determinada relação, durante aquele determinado tempo¹³⁸.

Pois bem, tecidas as considerações necessárias sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais e ressaltadas as características inerentes a eles, passaremos, a seguir, a discorrer sobre os perfis subjetivo e objetivo de tais direitos.

3.5. Perfis dos Direitos Fundamentais

Atualmente, a doutrina é pacífica ao afirmar que os direitos fundamentais possuem dois perfis, um perfil subjetivo, em que os direitos fundamentais são considerados como direitos subjetivos individuais – intimamente ligado a visão clássica liberal dos direitos fundamentais – e outro perfil objetivo, no qual os direitos fundamentais são vistos como elementos objetivos para a construção de uma sociedade – este mais alinhado a lições modernas sobre a função a ser desempenhada pelos direitos fundamentais.

E é justamente a análise de tais perfis que serão objeto de estudo no presente item.

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. *A constitucionalização do direito*, p. 64-65; PIETZCKER, Jost. *Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzicht, der Staat 17*, 1978, p. 530.

3.5.1 O perfil subjetivo

Como já mencionado alhures, a teoria clássica entendia os direitos fundamentais como limites impostos ao Poder Público, que impunham a este um dever de abstenção, tanto assim o é que Hesse afirma que os direitos fundamentais em seu perfil subjetivo “torna possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito”¹³⁹. Isto é, a doutrina clássica acabou por transportar o conceito de “direito subjetivo” desenvolvido pelo Direito Civil ao longo do século XIX para o Direito Constitucional, que havia se tornado objeto de estudo há muito menos tempo.

De um modo geral, quando tais autores se referiam a “direito subjetivo” sustentavam que o detentor daquele direito teria a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados a aqueles que se encontravam obrigados aquilo¹⁴⁰. Assim sendo, Canotilho sustenta que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais, do que resulta a constatação de que, em sendo constitucionalmente protegidos como direitos individuais, esta proteção se dá sob tal forma¹⁴¹.

Ainda ao comentar o perfil subjetivo dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade afirma que eles estariam atrelados “à proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”¹⁴². Ou seja, os direitos fundamentais se manifestariam por meio de uma relação trilateral composta pelo titular, pelo objeto e pelo destinatário¹⁴³.

Ainda com base nos ensinamentos trazidos acima, Alexy sustenta que o perfil subjetivo dos direitos fundamentais se consubstancia em um “sistema de posições jurídicas fundamentais”, que admitiria três posições fundamentais: direitos a algo (entendido como

¹³⁹ *In Elementos do direito constitucional na República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 233.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.*, 10ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 152.

¹⁴¹ *In Direito Constitucional*, 5ª Ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 547.

¹⁴² *In Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 163.

¹⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5ª Ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 544.

direito a prestações e direitos de defesa), liberdades (negação de proibições e exigências) e poderes (que seriam as competências e autorizações)¹⁴⁴.

Nessa mesma linha encontramos as lições de Canotilho¹⁴⁵ que afirma que o perfil subjetivo dos direitos fundamentais se manifesta da seguinte forma: os direitos a atos negativos, que, ao seu turno, se dividem em “direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados actos”, o “direito à não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas” e o “direito a não eliminação de posições jurídicas”; direitos a ações positivas; liberdades (garantir ao indivíduo a escolha de determinado comportamento, inclusive de forma negativa); e competências (“possibilidade de o indivíduo praticar determinados actos jurídicos e, conseqüentemente, alterar, através desses actos, determinadas posições jurídicas”).

O que se vê na verdade é que as diferenças salientadas entre os autores residem na maneira como eles enxergam os elementos que compõem o instituto, mas não no tocante a sua essência.

Assim, parafraseando Ingo Wolfgang Sarlet, é possível afirmar que ao falarmos sobre o perfil subjetivo dos direitos fundamentais estamos sustentando a possibilidade do titular daquele direito vir a fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades e, até mesmo, as ações positivas e negativas que lhe foram asseguradas pela norma consagrada de direito fundamental em questão.

3.5.2 O perfil objetivo

Feitos esses esclarecimentos sobre o perfil subjetivo dos direitos fundamentais, passaremos a analisar com maior profundidade o perfil objetivo de tais direitos.

¹⁴⁴ *In Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 186.

¹⁴⁵ *In Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 1258-1261.

3.5.2.1. Notas introdutórias

Como visto acima, a doutrina liberal concebia os direitos fundamentais tão somente como limites a atuação Estatal, isto é, a realização dos direitos fundamentais somente poderia impor um dever de abstenção por parte do Estado.

Contudo, como bem ressaltado por Pérez Luño¹⁴⁶, o surgimento do *Welfare State* implicou numa alteração de paradigma com relação aos direitos fundamentais. Ora, tal estrutura de Estado demandou a positivação de outros direitos fundamentais intimamente ligados a realização do ser humano de forma digna, além disso, dada a essa mudança de pensamento, foi necessário fazer uma releitura dos antigos direitos fundamentais.

Aliado a perspectiva subjetiva liberal atribuída aos direitos fundamentais – perspectiva essa extremamente importante e que ainda é reconhecida pelo ordenamento – foi obrigado a agregar aos direitos fundamentais novas características, as quais se convencionou chamar “perfil objetivo”.

Tal dimensão faz com que os direitos fundamentais não sejam vistos apenas como limites a atuação estatal, mas sim demandam um agir estatal, vez que consagram o “estado de coisas” que o ordenamento jurídico deve buscar alcançar. Ou, nas palavras de Hesse, a dimensão objetiva fixa: “as bases da ordem jurídica da coletividade.”¹⁴⁷.

Nessa mesma linha, Vieira de Andrade sustenta que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais serve para: “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.”¹⁴⁸.

E é por isso que a finalidade erigida nos direitos fundamentais vincula de maneira direta os Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), eis que esses deverão sempre atuar de forma a dar concretude aos objetivos lá descritos.

¹⁴⁶ PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: continuidad o cambio de paradigma?*, in PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 11/52.

¹⁴⁷ *In Elementos de Direitos Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 239.

¹⁴⁸ *In Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 144/145.

Dessa forma, verifica-se que os direitos fundamentais não impõem apenas deveres de abstenção por parte do Estado, mas determina uma atuação positiva por parte do Estado de forma a garantir condições materiais mínimas para o real exercício da liberdade, além de determinar a atuação estatal na proteção a tais direitos contra violações de outrem¹⁴⁹.

E mais, por retratarem os valores e a finalidade que a Constituição estabelece é possível sustentar a vinculação dos particulares a eles – sendo que a forma e a medida em que se dá essa vinculação será exposta nos capítulos 5 e 7 -, vez que a construção da sociedade depende também da atuação dos entes que a compõe. Sendo assim, verifica-se que os ideais liberais de liberdade, igualdade formal e autonomia privada passam a sofrer influência dos demais direitos fundamentais. Tendo o legislador e os juízes papéis indispensáveis no desenvolvimento e na promoção de tais direitos, vez que cabe a eles a criação de leis que deem guarida a essa pretensão, bem como que apliquem a lei tomando por base tal dimensão¹⁵⁰.

3.5.2.2. Origem Teórica

A teorização dos direitos fundamentais se inicia no final do século XIX por meio da obra *Sistemas dos Direitos Públicos Subjetivos*, de George Jellinek¹⁵¹. O autor defendia que os direitos fundamentais não eram inatos ou originários de um poder divino, mas sim que se configuraram como autolimitações impostas pelo próprio Estado a sua atuação e que, por isso, poderiam embasar pretensões individuais caso não fossem respeitadas¹⁵².

Contudo, a partir da Constituição de Weimar e dos estudos de Rudolf Smend¹⁵³, a ideia de Jellinek acabou perdendo força e deu lugar a teoria da Constituição Integradora, isto é, a Constituição além de representar um conjunto de normas definidoras de competências e da estruturação do Estado, deveria também servir como meio de promoção da integração da

¹⁴⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais*, in, MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 103-194.

¹⁵⁰ SARMENT, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, op. cit., p. 106/107.

¹⁵¹ JELLINEK, George. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi*. Milão: Società Editrice Libreria, 1919.

¹⁵² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 109/110.

¹⁵³ *In Constitución y Derecho Constitucional*, Trad. de José Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

comunidade, o que só se mostraria possível se ela estabelecesse a defesa de valores partilhados pela comunidade como um todo.

Tal ideia, conforme defendida por Böckenförde¹⁵⁴, representou o embrião da ideia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, eis que possibilitou a irradiação desses “valores” para todo o ordenamento jurídico, especialmente por meio da hermenêutica, vez que a interpretação e aplicação das leis passaram a demandar a realização dos valores eleitos pela comunidade.

Com base nessa lição que foi possível o Tribunal Constitucional Alemão, muitos anos depois, isto é, em 1.958, reconhecer a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, quando do julgamento do famoso caso *Lüth*¹⁵⁵.

Em linhas gerais, a base fática do caso pode ser assim resumida: na década de 1.950 o diretor do clube da imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, conclamando os alemães “descentes” promoveu um boicote ao filme *Amada Imortal*, de Veit Harlan, que havia se notariado pela produção de filmes antissemitas durante o período do nacional socialismo na Alemanha. A produtora e a distribuidora do filme, então, ajuizaram ação indenizatória com pedido de abstenção de realização de boicote, com base no §826, do BGB¹⁵⁶, a qual foi julgada procedente pelas instâncias ordinárias.

Inconformado com isso, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, por meio de um *Verfassungsbeschwerde*, alegando, para tanto, que o BGB deveria ser aplicado e interpretado de acordo com a Constituição, em especial levando-se em consideração o direito fundamental a liberdade de expressão e pensamento, o qual foi provido pelo tribunal, nos seguintes termos:

“Sem dúvida, o objetivo primário dos direitos fundamentais é o de salvaguardar as liberdades individuais contra interferências das autoridades públicas; são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Isto decorre do desenvolvimento histórico da idéia de direitos fundamentais e também dos fatos históricos que levaram à inclusão de direitos fundamentais nas constituições dos Estados.

¹⁵⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden Baden: Nomos, 1993, p. 57.

¹⁵⁵ BverfGE 7, 198.

¹⁵⁶ Conforme Daniel Sarmiento, tal norma dispõe que “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano.” (*in Direitos Fundamentais e Relações Privadas, op. cit.* p. 112).

Não obstante, é igualmente verdadeiro 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 no livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta todos os âmbitos do direito; dele recebe diretrizes e impulsos a legislação, a administração e a jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o direito civil; nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com ele e todas elas devem ser interpretadas conforme o seu espírito.

O conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que regem esse âmbito jurídico. Enquanto o novo direito deve estar em harmonia com o sistema de valores dos direitos fundamentais, o direito pré-constitucional subsistente deve ordenar-se a esse sistema de valores, do qual recebe específico conteúdo jurídico-constitucional que em todo caso determina sua interpretação.”¹⁵⁷.

Sendo assim, o que se verifica é que tal decisão fixou orientações muito precisas e importantes que permitiram dar sustentação a eficácia irradiante e vinculação de todos, inclusive os particulares, aos direitos fundamentais.

Ora, o Tribunal Constitucional alemão deixa claro que os direitos fundamentais possuem a função primordial de salvaguardar as liberdades individuais frente ao Estado – o que representa o perfil subjetivo dos direitos fundamentais –, mas, ao mesmo tempo, salienta que os direitos fundamentais possuem outras funções, que seriam a conformação das regras infraconstitucionais aos valores por eles representados¹⁵⁸.

E mais, salienta que a Constituição não é mera reguladora da função Estatal, mas que ela possui valor axiológico, o que representaria uma “mais valia”¹⁵⁹ aos direitos fundamentais, eis que determina uma proteção reforçada a eles.

¹⁵⁷ Cf. GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNES-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986, p. 29.

¹⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. Trad. Peter Naumann. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223/243.

¹⁵⁹ Expressão utilizada por José Carlos Vieira de Andrade (in *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, op. cit.*, p. 165).

3.5.2.3. Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais

Como visto, umas das principais características dos direitos fundamentais é a sua eficácia irradiante, que permite que os direitos fundamentais adentrem todo o ordenamento jurídico, seja determinando uma interpretação das normas, seja fornecendo balizadores para a atuação dos Poderes Públicos.

E a técnica jurídica que garantiu prestígio à irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais foi a da interpretação conforme a Constituição, que estatui que todas as normas existentes dentro de um ordenamento jurídico devem ser analisadas de acordo com o lá disposto.

Tal técnica tem como fundamentos a supremacia da Constituição¹⁶⁰ dentro da hierarquia existente entre as normas de um ordenamento jurídico e a vinculação direta dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo ao disposto na Constituição. E tais fundamentos decorrem da unidade do ordenamento jurídico, que tem a Constituição em seu patamar mais elevado.

E tal irradiação vem ganhando relevo no Direito Civil por meio da utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que permitem que o aplicador se valha de institutos que necessitem de concreção, como: boa-fé, ordem pública, abuso de direito, etc, e, com isso, possibilite um ingresso menos traumático dos direitos fundamentais nas relações entre os entes privados.

Veja que não se defende aqui, que os direitos fundamentais para se fazer valer nas relações privadas, devem necessariamente ser transmitidos pelas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos abertos. Todavia, conforme demonstraremos adiante, a vinculação dos particulares a tais direitos deve ser feita primordialmente por meio desses instrumentos, mas, em casos excepcionais, é bem verdade, se faz possível a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo que o modo e os requisitos necessários para que se dê essa aplicação estão expostos no capítulo 7 abaixo.

¹⁶⁰ A supremacia da Constituição deve aqui ser entendida em ambos aspectos, isto é, a sua supremacia formal – de onde todas as demais normas devem tirar seu fundamento de validade – e a supremacia material, por materializar o estado de coisas almejados.

3.5.2.4. Breve Conclusão

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem como substrato a ideia da supremacia da Constituição e da unidade do ordenamento jurídico, além, é claro, de representar o estado ideal de coisas almejado pela sociedade, isto é, os direitos fundamentais representam valores finalísticos pelos quais o Estado e a sociedade devem engendrar esforços de modo a possibilitar o atingimento deles.

Os direitos fundamentais, de acordo com a classificação das espécies normativas proposta acima, poderiam ser considerados, primordialmente, como princípios. Logo, em sendo um princípio, ele é dotado de uma eficácia interna que permite que produza efeitos em todo o ordenamento jurídico, modelando as normas e institutos, além de impor ao Estado não só o dever de abstenção, isto é, de não promover a violação dos direitos fundamentais, mas, também, de determinar que o Estado haja de modo efetivo para que se alcance o estado de coisas lá previsto, como também proteja os indivíduos de agressões e ameaça aos seus direitos fundamentais, inclusive os decorrentes da atuação de outros entes privados.

Em outras palavras, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais além de garantir e conferir maior eficácia a dimensão subjetiva, confere aos direitos fundamentais uma atuação em uma esfera que não era característica a ele, quais sejam nas relações horizontais.

E mais, tal dimensão se mostra como uma importante ferramenta no combate aos problemas verificados na sociedade brasileira, possibilitando assim a realização de um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária e a extinção das desigualdades (art. 3º, I e III, da CF).

Todavia, deve se ter prudência na aplicação da vertente objetiva dos direitos fundamentais, eis que uma aplicação assistemática e exagerada – como, infelizmente vem se observando – representa em violação expressa a autonomia privada e a liberdade dos indivíduos, vez que atinge e restringe em demasia o núcleo essencial desses direitos.

E é por essa razão que pretendemos desenvolver no presente trabalho uma metodologia que possibilite uma aplicação objetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas e, mais, uma metodologia que permita uma revisão intersubjetiva da sua aplicação, de forma a resguardar as características inerentes as relações privadas.

3.6. Possíveis classificações

Dada a grande complexidade e heterogeneidade dos direitos fundamentais é possível classificá-los segundo inúmeros critérios: quanto à titularidade, aos destinatários, o conteúdo, o objeto, o modo de proteção, etc.

De fato, como visto acima, são múltiplas as funções exercidas pelos direitos fundamentais. Assim um mesmo direito pode, simultaneamente, determinar um comportamento negativo e um positivo dos Poderes Públicos; os destinatários podem ser, isoladamente ou em conjunto, o legislador, o administrador, o juiz e, até mesmo, outros particulares; ao seu turno é verificável que determinados direitos fundamentais cabem a todos os indivíduos, enquanto outros somente podem vir a ser exercidos por certas pessoas, pertencentes a um determinado grupo.

Dito isso, importante salientar que a nossa intenção no presente item não é abordar todas as classificações existentes com relação aos direitos fundamentais, mas apenas aquelas que serão úteis ao desenvolvimento do presente trabalho. Logo, apresentaremos classificações a respeito: da evolução história dos direitos fundamentais, o seu conteúdo e a função.

3.6.1. Classificação histórica: as dimensões dos Direitos Fundamentais

A primeira classificação tem por critério diferenciador o reconhecimento de certos direitos fundamentais ao longo da história, tais direitos, portanto, se dividem em direitos fundamentais de primeira dimensão¹⁶¹, segunda dimensão, terceira dimensão, sendo que alguns autores sustentam a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão.

Como o próprio nome dá a entender, os direitos fundamentais de primeira dimensão foram aqueles primeiros direitos fundamentais a serem reconhecidos, os de segunda dimensão foram aqueles que vieram a ser reconhecidos após a consolidação dos direitos fundamentais de primeira dimensão e assim sucessivamente. Ainda, importante destacar que o reconhecimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais não implicou na substituição

¹⁶¹ A doutrina também se utiliza do termo geração de direitos fundamentais, todavia, com base nos ensinamentos de Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*) e André Ramos Tavares, entendemos que a utilização de tal termo pode dar a equivocada noção de substituição de uma geração pela próxima, o que não é o caso.

da dimensão pré-existente, muito pelo contrário, os direitos da dimensão anterior coexistem com os da nova dimensão, guardadas as devidas adaptações que se fizerem necessárias em decorrência da evolução percebida.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, também chamada de direitos de liberdade, “corresponde ao constitucionalismo liberal do século XVIII e XIX, com acentuada ênfase dos textos constitucionais à dimensão individual, como proteção do indivíduo à ameaça do Estado – direitos de liberdade – e garantia para a sua participação na vida pública – direitos políticos”¹⁶².

Os direitos que compõem essa dimensão são de cunho negativo, direitos de defesa, de oposição contra o Estado, são os direitos: à vida, à liberdade, à propriedade, à isonomia, à garantia ao devido processo legal, etc.

Como mencionado na Introdução desse trabalho, o movimento constitucionalista do século XVIII pretendia a jurisdicização do liberalismo, tanto no seu aspecto político, como no seu aspecto econômico. Ademais, é nesse período que o Estado passa a ser visto como uma pessoa de direito, sendo que essa mudança de concepção faz com que o Estado passe a ser sujeito de direitos e obrigações.

E isso fica ainda mais claro na lição de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

“(...) os direitos fundamentais de primeira geração se projetavam como liberdades públicas, no sentido de que eram exercidas frente ao Estado. Constituíram, sobretudo, liberdades negativas, que implicavam deveres de omissão por parte do Estado. Em outras palavras, as liberdades negativas são ai espaço de não-intervenção. É do exame dessas liberdades que se revela a constituição da clivagem público e privado, uma vez que é precisamente na constituição dos direitos subjetivos que estabelecerá os limites de atuação do Estado.”.

Em outras palavras, o fator principal que desencadeou e norteou os direitos fundamentais de primeira dimensão foi tentar evitar os abusos verificados anteriormente pelo Poder Estatal.

¹⁶² CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos de Direito Constitucional*, p. 157-158.

Ao seu turno, os direitos fundamentais de segunda geração surgiram ante a verificação das enormes disparidades na distribuição de renda verificada ao longo do século XIX, em razão do processo de industrialização e do liberalismo econômico aplicado irrestritamente.

Sendo assim, os direitos fundamentais dessa dimensão estariam intimamente ligados a ideia de igualdade, tanto formal, isto é, perante ao tratamento dado pela lei, quanto material, ou seja, das condições para a realização da plenitude da pessoa ou nos dizeres de Paulo Bonavides¹⁶³:

“são direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos e de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social (...). Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.”.

Contudo, a grande conquista demonstrada por tais direitos diz respeito ao reconhecimento da igualdade material, isto é, de que para o Estado resguardar a dignidade da pessoa humana seria necessário a adoção de ações positivas, isto é, demandam uma prestação social. Dessa forma, entre os direitos característicos dessa dimensão podemos mencionar: o direito à saúde, educação, trabalho, previdência, etc.

Como já visto, muito desses direitos se devem aos teóricos do comunismo e socialismo que verificando que o Estado Liberal não respondia aos anseios de grande parte da população, em especial das camadas menos favorecidas, acabaram por gerar uma transformação na figura do Estado, que passou de um garantidor de direitos para um efetivador de direitos¹⁶⁴. Tanto assim o é que Paulo Bonavides afirma que: “[os direitos fundamentais de segunda dimensão] germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.”¹⁶⁵.

Os direitos de terceira dimensão são aqueles que passaram a integrar os ordenamentos jurídicos no final do século XX e que não se destinam especificamente a proteção dos

¹⁶³ *In Curso de Direito Constitucional*, 25ª Ed., Malheiros: São Paulo, 2010, p. 564.

¹⁶⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais*, in MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 10.

¹⁶⁵ *In Curso de Direito Constitucional*, 25ª Ed., Malheiros: São Paulo, 2010, p. 564.

interesses de um indivíduo isoladamente considerado, mas do indivíduo como ser inserido na coletividade. São direitos intimamente ligados ao ideal de fraternidade¹⁶⁶, que possibilitam ao homem um melhor convívio com a sociedade e o seu meio, dentre esses direitos podemos mencionar: direito ao meio ambiente sadio, preservação do patrimônio histórico cultural, da paz, da boa qualidade de vida, etc.

Ainda, necessário destacar que existe uma discussão na doutrina sobre a existência ou não de direitos fundamentais de quarta dimensão. Alguns autores, como Paulo Bonavides¹⁶⁷, sustenta que tais direitos existem e que seriam os direitos ao pluralismo, diversidade e informação, direitos esses que decorreriam da globalização verificada no mundo, bem como decorrentes do “encurtamento” das distâncias proporcionadas pela revolução da comunicação.

Contudo, outra corrente, a qual se encontra perfilado André Ramos Tavares, sustenta que os direitos mencionados como pertencentes a essa nova dimensão na verdade seriam os clássicos direitos políticos, verificados desde a primeira dimensão dos direitos fundamentais, mas agora aplicado de uma forma diversa com relação a certos grupos sociais¹⁶⁸.

3.6.2. Direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos

Os direitos fundamentais estão previstos nos capítulos de I a V do Título II da Constituição da República de 1.988¹⁶⁹ e, conforme ressaltado por Ricardo Nakahira¹⁷⁰, não é tarefa fácil a distinção entre os direitos individuais e coletivos. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, os direitos individuais seriam aqueles considerados, como o homem sendo um ser individualizado, isto é, sem estar inserido na sociedade ou no Estado. Ao seu turno, os direitos sociais seriam aqueles que consideram o homem como figura inserida na sociedade¹⁷¹. A esse respeito, vê-se que a maioria dos direitos descritos no rol do art. 5º, da Constituição da

¹⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª Ed., Malheiros: São Paulo, 2010, p. 569.

¹⁶⁷ *In Curso de Direito Constitucional*, 25ª Ed., Malheiros: São Paulo, 2010, p. 525.

¹⁶⁸ *In Curso de Direito Constitucional*, 4ª Ed., p. 423.

¹⁶⁹ Todavia, importante ressaltar que existem outros direitos fundamentais encontrados de forma espalhada em nossa Constituição, como o princípio da irretroatividade tributária, previsto no art. 150, II, da CF.

¹⁷⁰ *In Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*, dissertação de mestrado apresenta na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 30.

¹⁷¹ *In Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, in MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 155.

República possui cunho defensivo, mas alguns implicam necessariamente em um agir estatal, como os casos do acesso à justiça e concessão de benefícios de justiça gratuita.

Todavia, a dificuldade na classificação dos direitos entre individuais e coletivos reside no fato da classificação depender da situação em que tal direito será apresentado ao seu observador. Ora, tomemos, por exemplo, o direito a liberdade de expressão. Ele pode ser considerado como um direito individual quando verificado sobre a perspectiva da possibilidade do indivíduo manifestar suas ideias, como pode ser entendido como um direito coletivo, se analisado do ângulo em que permite o indivíduo a contribuir com a formação da opinião pública.

A distinção entre os direitos e as liberdades é verificada por meio da análise da relação jurídica mantida entre cidadão e Estado. As liberdades relacionam-se como *status negativus* e permitem a defesa dos direitos dos indivíduos frente à intervenção ou opressão do Estado, dentre as quais se destacam: o direito à vida, à integridade da pessoa física, à liberdade, à intimidade, à expressão, à informação, à reunião e outros¹⁷².

Por sua vez, os direitos estariam ligados ao *status activus* do indivíduo, isto é, são os meios que conferem ao cidadão a possibilidade de participação política¹⁷³.

Finalmente, as garantias são meios fornecidos aos cidadãos de exigirem do Poder Público a proteção a seus direitos, como o direito de acesso aos tribunais, de *habeas corpus*, do devido processo legal e outros mais¹⁷⁴.

Com relação aos direitos sociais, encontrados nos art. 6º e 193 e seguintes da Constituição da República, a primeira menção que deve ser feita, é que eles não são homogêneos, isto é, podem representar tanto deveres de agir por parte do Poder Público para diminuição das desigualdades e, por consequência, o atingimento de uma maior igualdade material, mas também podem representar direitos de cunho defensivo.

De uma forma mais ampla, Jorg Neuner afirma que a função dos direitos sociais é “criar os pressupostos fáticos da liberdade e democracia, produzir a igualdade material e a paz jurídica, bem como servir abrangentemente a dignidade da pessoa.”¹⁷⁵.

¹⁷² CANOTILHO, José Joaquim. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 111.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

A nacionalidade, ao seu turno, é o vínculo existente entre uma pessoa e os elementos pessoais de um determinado país, isto é, a integração do indivíduo em uma sociedade que possuiu os mesmos modos e costumes que os seus. Os direitos de nacionalidade estão dispostos nos artigos 12 e 13 da Constituição da República.

Finalmente, os direitos políticos estão previstos nos artigos 14 a 17 de nossa Carta Magna e, conforme a lição de José Afonso da Silva, “disciplinam os meios necessários ao exercício da soberania popular.”¹⁷⁶.

3.6.3. Direitos Fundamentais de cunho defensivo e prestacional

Segundo Ricardo Nakahira¹⁷⁷, os direitos de cunho defensivo impõem o respeito ao interesse do indivíduo por parte do Poder Público, sendo permitido apenas que esse interfira na esfera de direitos do indivíduo nas situações previstas na Constituição. O Autor ainda explica que entre os direitos fundamentais de cunho defensivo se encontram os direitos fundamentais da primeira dimensão, mas além desses encontram-se, ainda, aqueles que se caracterizam pela defesa de uma posição jurídica como os direitos sociais dos trabalhadores e os direitos políticos ou de cidadania. Dessa forma, vê-se claramente a ligação de tais direitos com a sua origem quando da fundação do Estado Liberal.

“Na clássica concepção liberal-burguesa, os direitos fundamentais foram concebidos com o direito de defesa do indivíduo contra ataques do Estado na sua liberdade pessoal e na sua propriedade. Nesse aspecto visa-se a limitação do Poder Estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe o direito subjetivo que lhe permita evitar ingerências indevidas em sua posição. Trata-se do cunho *defensivo* dos direitos fundamentais”¹⁷⁸.

¹⁷⁵ In *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*. Trad. de Peter Naumann. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados*, p. 247-271.

¹⁷⁶ In *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 330.

¹⁷⁷ *Op. cit.*, p. 32.

¹⁷⁸ *Idem*.

Sendo assim, os direitos fundamentais de cunho defensivo determinam que o Estado não adote atitudes que afetem a vida íntima do cidadão. Mas não é só, o direito de cunho defensivo da origem à proibição de se eliminar posições jurídicas concretas¹⁷⁹.

Ainda sobre esse tema, importante trazer as considerações de Paulo Gustavo Gonet Branco que afirma que os direitos de cunho defensivo podem se desdobrar em: (i) impedimento de ações; (ii) não afetação dos bens protegidos; e (iii) não eliminação de posições jurídicas. Ora, o primeiro desdobramento implica na proibição do Estado interferir na liberdade dos indivíduos. O segundo desdobramento representa o impedimento do Estado em afetar determinados bens jurídicos, como a possibilidade de impedir a existência do ser humano. Por fim, o último desdobramento está intimamente ligado a figura do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, em que o Estado não pode eliminar uma posição jurídica concreta.

Da mesma forma que alguns dos direitos fundamentais apresentam características de cunho defensivo, outros têm por característica determinante o cunho prestacional, na medida em que impõe ao Poder Público a obrigação de fornecer os meios materiais para o efetivo exercício dos direitos assegurados pela Constituição. A esse respeito, veja os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁸⁰:

“Os poderes públicos têm significativa ‘quota’ de responsabilidade no desempenho de tarefas econômicas, sociais e culturais, incumbindo-lhe pôr à disposição dos cidadãos prestações de várias espécies, como instituições de ensino, saúde, segurança, transporte, telecomunicações, etc.”.

Nesse mesmo sentido, temos Ricardo Nakahira¹⁸¹:

“Os direitos fundamentais prestacionais são aqueles que demandam um agir, uma ação positiva do Estado a fim de que se promova a efetivação dos direitos fundamentais. São reconhecidos nos direitos da segunda dimensão. Advém da evolução do Estado Liberal para o estado Social ou Estado Democrático e Social de Direito. Sua finalidade é a promoção dos direitos de liberdade e igualdade, através do fornecimento de recursos à sociedade (em sentido estrito)

¹⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 180.

¹⁸⁰ *In Direito Constitucional, op. cit.*, p. 541.

¹⁸¹ *Op. Cit.*, p. 36

de forma que possam, efetivamente, participar da formação da vontade do Estado; bem como a proteção daqueles mesmos direitos através de prestações jurídicas (em sentido amplo)”.

Sendo assim, verifica-se que o Estado deve proteger os direitos fundamentais através da edição de normas de conduta que inibam ou incentivem comportamentos ou atitudes (sentido amplo). Já no sentido restrito, o Estado deve oferecer os meios materiais de preservação de direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade da pessoa humana.

3.7. A posição topográfica dos Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil

Como já dito, a ideia de direitos fundamentais ganha relevo com a ascensão da burguesia ao poder econômico e político. Além disso, a burguesia conseguiu implementar o seu modelo de sociedade por meio da elaboração de Constituições, que, em grande monta, dispõe sobre os limites da atuação estatal. E a esse agregado de características, nós comumente atribuímos o nome de Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, o poder atribuído ao Estado só se fundamenta quando voltado para a concretização da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o povo – titular do Poder Constituinte originário – opta por se submeter ao Estado de Direito por sua própria vontade, eis que o objeto deste deverá ser a realização plena da dignidade da pessoa humana.

E essa essência dos direitos fundamentais, ainda que matizada com o passar do tempo, continua sendo observada até os dias de hoje.

“Os direitos fundamentais nasceram e cresceram de uma raiz liberal e, embora o processo de socialização tenha estendido o âmbito e de certo modo alterado a estrutura do sistema que formam, não pretendeu subverter o seu caráter essencial: eles continuam a ser essencialmente poderes de exclusão nas liberdades, poderes de controle nos direitos políticos e cívicos, poderes de reivindicação nos direitos a prestações sociais ou outras.

Os direitos fundamentais tiveram, com a superação do liberalismo, de adaptar-se às novas necessidades, às novas formas de defesa da dignidade humana dos indivíduos, mas continuam a ter sentido apenas se não perderam essa matriz

libertadora que constitui o momento da tradição que permanecem na sua história, que se vai fazendo – a liberdade não foi ultrapassada pela socialidade, o liberalismo é que foi posto em causa pela socialização.”¹⁸².

Pois bem, mas onde é que estão localizados os direitos fundamentais em nossa Carta Magna?

Em sua maior parte, os direitos fundamentais estão positivados no Título II, mais especificadamente nos arts. 5º a 17. Contudo, eles não se encontram exclusivamente nesses artigos, é possível encontrar direitos fundamentais espalhados ao longo de todo o texto constitucional.

Dessa análise é possível observar que os direitos fundamentais ocupam posição de destaque dentro do texto constitucional brasileiro, já que estão, em sua maioria, elencados logo após os fundamentos do Estado brasileiro. E essa relevância na localização dos direitos fundamentais não é por acaso, vez que devido a sua grande importância, eles devem ser utilizados como elemento de interpretação não só de todo o texto constitucional, mas de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda importante destacar que o §1º do art. 5º da Constituição prevê que as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, isto é, passam a produzir efeitos nas relações em que forem aplicáveis desde o momento em que passam a ter vigência. Todavia, a despeito disso, não cremos que a disposição prevista nesse parágrafo seja razão suficiente para permitir a aplicação dos direitos fundamentais a qualquer tipo de relação, em especial as relações privadas, como o faz, por exemplo, Leonardo Mattietto. Segundo o Autor:

“Tal aplicação deve ocorrer nas relações entre o Estado e os indivíduos, bem como nas relações entre os particulares, abrigadas no campo civilístico. Os valores e princípios constitucionais devem ter sua eficácia reconhecida, ademais, não somente quando assimilados pelo legislador ordinário, que os tenha transportado para a legislação infraconstitucional, mas também diretamente às relações entre os indivíduos (a denominada eficácia direta), inclusive em virtude da determinação segundo a qual ‘as normas definidoras

¹⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdade e garantias no âmbito das relações entre particulares*, in SARLET. Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 294.

dos direitos fundamentais têm aplicação imediata' (constituição, art. 5º, §1º).”¹⁸³.

Ao nosso ver, com o devido respeito àqueles que pensam de forma diversa, a crítica formulada por Virgílio Afonso da Silva¹⁸⁴ a esse posicionamento é extremamente adequada. Da leitura da defesa da aplicação plena dos direitos fundamentais em todas as relações com base no art. 5º, §1º, da Constituição da República, se verifica a existência de uma grande confusão entre o que seria propriamente a eficácia dos direitos fundamentais, o modo que tais efeitos seriam produzidos e, essencialmente, o âmbito de aplicação de tais direitos.

Ora, do fato das normas de direito fundamental produzirem efeitos imediatamente não é possível depreender quais seriam as relações sobre as quais essas normas passariam a produzir efeitos. Veja, em nenhum momento o dispositivo legal dá sinais sobre quais relações jurídicas os direitos fundamentais deverão ter aplicação imediata.

Uma situação é afirmar que os direitos fundamentais tem aplicação imediata, outra é sustentar, com base nisso, que todas as relações se submetem a essa aplicação. E o vício desse raciocínio se mostra ainda mais claro ao verificarmos que se busca sustentar a direta aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas por meio de uma norma que só produz efeito em tais relações se partirmos da premissa que essas relações são passíveis de aplicação dos direitos fundamentais¹⁸⁵¹⁸⁶.

Com relação ao disposto no §2º, do art. 5º, da Constituição da República verificamos que ele permite a aplicação de outros direitos que decorram da interpretação dos direitos fundamentais positivados, isto é, permite uma abertura material do conteúdo dos direitos fundamentais, o que se mostra como característica intrínseca da definição de princípios utilizada no presente estudo. Exemplos desses direitos que decorrem dos direitos fundamentais positivados são: direito a identidade genética, a identidade pessoal, grande parte dos direitos da personalidade, etc.

¹⁸³ *In O Direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*, in TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*, p. 167. Nesse mesmo sentido: Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 361.

¹⁸⁴ *In A Constitucionalização do Direito ...*, *op. cit.*, p. 57-58.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ Iremos aprofundar a análise sobre o modo de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nos capítulos 5 e 7 abaixo.

E o que possibilita a abertura material prevista no §2º, do art. 5º, da Constituição Federal é justamente a “dignidade da pessoa humana” inserida no inciso III, do art. 1º, de nossa Carta Magna, que se mostra como um dos fundamentos de nosso Estado e sociedade.

Nesse sentido, temos a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco que afirma que os direitos fundamentais são: “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade da pessoa humana.”¹⁸⁷. Em outras palavras, a abertura material permitida pelo §2º, do art. 5º encontra seu fundamento e limite na dignidade da pessoa humana, pois, conforme se verifica da lição mencionada alhures, só será considerado direito fundamental se o seu conteúdo material, isto é, se o estado ideal de coisas que ele pretende alcançar, encontrar respaldo da dignidade na pessoa humana.

E ao nosso ver, tal posição é compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-DF, que discutia a constitucionalidade da aplicação imediata do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira, estabeleceu que a anterioridade tributária possui caráter de direito fundamental, eis que tal direito se encontra vinculado com a dignidade da pessoa humana. A esse respeito importante colacionar trecho do voto proferido pelo Ministro Paulo Brossard:

“(…) também entendo que o princípio da anterioridade tem relevo especial em todo o sistema constitucional brasileiro. Tenho-o como imanente ao sistema e, além disso, constitui uma das garantias do complexo dos direitos e liberdades individuais, de modo que há de ser preservado. Dir-se-á que ele não é absoluto e que a Constituição abre exceções. É verdade. Quando a Constituição o faz, é preciso respeitar o que ela dispôs, mas dar ensejo ao alargamento dessas exceções em matéria tão importante e que, direta ou indiretamente, repercute no conjunto de direitos e garantias e liberdades individuais, é que é perigoso.”.

Ainda com relação ao disposto na referida disposição legal, importante ressaltar que a expressão “tratado internacional” deve ser entendida em sua acepção mais ampla, isto é, abrangendo não só propriamente os tratados, como, também, as convenções, os pactos, as cartas, etc.

Por fim, ainda se faz necessário tecer alguns comentários sobre o §3º, do art. 5º, da Constituição da República, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04, que dispõe sobre o

¹⁸⁷ *In Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 116.

quórum de aprovação qualificado de normas de direitos humanos previstas em tratados e convenções internacionais. Isto é, caso o tratado internacional que disponha sobre normas de direitos humanos e seja aprovado pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, ele será considerado como uma Emenda a Constituição, caso não atinja esse quórum privilegiado, mas seja aprovado, ele será recepcionado como uma lei ordinária infra-constitucional¹⁸⁸.

3.8. Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade

Antes de concluirmos tal capítulo expositivo sobre os direitos fundamentais, se faz necessário trazer à baila alguns pontos de contatos e de separação que os direitos fundamentais possuem com os direitos de personalidade.

Contudo, antes de tratar especificadamente sobre direitos da personalidade, cumpre definirmos o que é a personalidade. Silvio Luis Ferreira da Rocha define personalidade como sendo: “a base para atribuição de uma série de direitos que seriam próprios e inatos à pessoa do ser humano”¹⁸⁹. No mesmo sentido, Renan Lotufo afirma que a personalidade é “um atributo jurídico de revela a aptidão de todo o ser humano em desempenhar papéis, ativos e passivos, no cenário jurídico.”¹⁹⁰.

Sendo assim, verifica-se que a personalidade não é um direito, mas é o substrato que apoia os direitos e deveres que dela decorre. A personalidade é assim objeto de direito, vez que se mostra como o primeiro bem da pessoa, já que é indispensável para que o ser humano possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens¹⁹¹.

Sendo assim, conforme preceituado por Gofredo Telles Jr., os direitos da personalidade, ou direito de humanidade¹⁹², conforme prefere Rosa Maria de Andrade

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. *A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas*, in Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, p. 153-167.

¹⁸⁹ *In Direito Civil: Parte Geral*, vol. 1, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46-47.

¹⁹⁰ *In Curso Avançado de Direito Civil: Parte Geral*, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80.

¹⁹¹ TELLES JR., Gofredo. *Direito subjetivo – I*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 28, p. 315.

¹⁹² Essa expressão foi cunhada por Walter de Moraes (*Concepção Tomista de pessoa – um contributo para a teoria do direito da personalidade*, RT 590/15). O referido autor sustenta o uso dessa expressão sobre a justificativa de que: “o homem (substância independente=suposto=hipóstase=pessoa) é sempre sujeito de direito. Os objetos básicos dos direitos de personalidade (que não estão no sujeito) são os componentes da natureza

Nery¹⁹³, “são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria.”¹⁹⁴.

Segundo Gilberto Haddad Jabour, a ideia de direito da personalidade foi desenvolvido a partir da revisão proposta por Andréas von Tuhr da concepção de que seriam exclusivamente objeto de direito as coisas, pessoas e produtos das invenções sobre os quais os indivíduos exercem seu senhorio:

“a ideia – revista por Andréas Von Thur – de que os bens e interesses que a ordem jurídica protege não são unicamente coisas, pessoas e produtos da invenção sobre os quais o indivíduo exerce seu senhorio, mas também, e em primeiro plano, a própria pessoa, o próprio sujeito a cujo uso intelectual e corporal estão destinados todos os direitos a que acaba de referir, solidificou-se e deu origem àquilo que se pode apelidar de direitos subjetivos da personalidade.”¹⁹⁵.

E tais direitos ganharam maior relevo com a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que eles passaram a ser entendidos “como o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente.”¹⁹⁶. E tanto assim o é que Roxana Borges¹⁹⁷ afirma que “o fundamento jurídico da contemporânea teoria dos direitos de personalidade é o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, III, da Constituição Federal.”¹⁹⁸.

individual do homem, estando na natureza do homem (*humanitas*=humanidade) e não na pessoa: a) o corpo (sustância dependente); b) a alma (substância dependente); c) as potências (*dýnamis*) (vegetativa, sensitiva, locomotiva, apetitiva, intelectual); d) os atos (potência realizada). Daí por que conclui a respeito da impropriedade da terminologia *direito de personalidade*, eis que esses objetos de direito não são inerentes à personalidade, mas a *humanidade* de cada um.” (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento jurídico e Teoria Geral do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 293.

¹⁹³ *In Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 284.

¹⁹⁴ *Idem*.

¹⁹⁵ *In Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32.

¹⁹⁶ LOTUFO, Renan. *Curso avançado...*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁹⁷ *In Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

¹⁹⁸ Importante mencionar, ainda que em linhas gerais, que, para efeitos do presente trabalho, são próprios apenas dos seres humanos, não sendo cabíveis as pessoas jurídicas, pois como bem salientado por Renan Lotufo (*In Código Civil Comentado*, p. 10.) e João Baptista Villela (“*Per chèn non Parli? Sobre a possibilidade de dano moral às pessoas jurídicas*, Revista Doutrinária, Rio de Janeiro, n. 7, jun. 2004, p. 97-118), os direitos da personalidade sempre estiveram voltados para a pessoa humana. Até mesmo porque, a atribuição de direitos da personalidade à pessoa jurídica decorreu de construção jurisprudencial que pretendia permitir a reparação de danos sofridos por essas, que por serem de difícil liquidação, foram chamados de morais (BORGES, Roxana. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*, *op. cit.*, p. 11). Sendo assim, o disposto no art. 52, do CC/02 admite, apenas, “a extensão técnica dos direitos da personalidade para a proteção da pessoa jurídica.” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in RAMOS, Carmem Lucia Nogueira et al. (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. xxvii-xxviii).

Dessa forma, é possível conceituar os direitos de personalidade como um “certo número de interesses protegidos juridicamente sobre os vários modos de ser físicos ou morais da personalidade”¹⁹⁹. E é por meio dos direitos de personalidade que se protege a essência da pessoa e suas principais características, razão pela qual a doutrina moderna indica como sendo objeto de tais direitos as projeções físicas e psíquicas da pessoa.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que são objeto dos direitos de personalidade os componentes da vida humana:

“Objetos dos direitos de personalidade. São os componentes da vida humana: a) a vida; b) a potência vegetativa (forças naturais, crescimento, nutrição, procriação); c) potência sensitiva (sensação, cognição sensitiva, senso comum, fantasia, autoestima, memória); d) potência locomotiva (ambulação); e) potência apetitiva (apetite sensitivo, concupiscível, irascível); f) potência intelectual (inteligência, vontade, liberdade, dignidade); g) potência realizada (atos).”²⁰⁰.

Sendo assim, tais direitos teriam, conforme se observa da doutrina tradicional, como principais características serem: inatos, essenciais, ilimitados, vitalícios, absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis e indisponíveis²⁰¹.

Segundo Silvio Luís Ferreira da Rocha²⁰², os direitos de personalidade seriam inatos ou originários, vez que não dependeriam da existência de lei para a sua aquisição²⁰³, mas seriam adquiridos por meio do nascimento com vida²⁰⁴, isto é, independeriam, inclusive, da prática de qualquer ato de aquisição dependente da vontade de seu titular²⁰⁵. E isso decorre justamente da essencialidade de tais direitos, eis que o ser humano dependeria deles para externar a sua constituição física e psíquica.

¹⁹⁹ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Direito Civil ...*, op. cit., p. 47-48.

²⁰⁰ *In Código Civil Comentado*, 8ª Ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011, p. 228.

²⁰¹ BORGES, Roxana. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

²⁰² *Idem*, p. 48.

²⁰³ Adriano De Cupis sustenta posição contrária, segundo a qual os direitos de personalidade se distinguiriam dos direitos inatos, pois os direitos inatos pressuporiam um estado natural de existência ao qual corresponderiam esses direitos inatos, adquiridos com o só fato de seu titular estar munido de personalidade, adquirida com o nascimento, ao seu turno os direitos de personalidade estariam sempre vinculados a um determinado ordenamento jurídico. (*in Direitos da personalidade*, Lisboa: Moraes, 1961, 103. No mesmo sentido: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento jurídico e Teoria Geral do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 296).

²⁰⁴ A despeito de não ser o tema proposto no presente trabalho, fazemos aqui a mesma ressalva feita por Roxana Borges, que afirma que o nascituro, enquanto tal, já é titular de direitos de personalidade.

²⁰⁵ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*, op. cit., 42-43.

A vitaliciedade residiria no fato de que os direitos de personalidade pertenceriam ao seu titular durante toda a vida. Todavia, seria possível a transmissão de alguns direitos de personalidade, como o direito à imagem, honra e privacidade, aos herdeiros, quando da morte de seu titular, o que o tornaria perpétuo²⁰⁶.

São absolutos por serem oponíveis *erga omnes*, isto é, geram um dever geral de abstenção para toda a coletividade. São ilimitados pois a previsão existente no Código não é taxativa, mas sim meramente exemplificativa existindo tantos direitos quanto for necessário para a plena realização do ser humano²⁰⁷.

Ainda, são extrapatrimoniais por não possuírem um conteúdo patrimonial direto²⁰⁸. Todavia, conforme bem observado por Gilberto Haddad Jabur, eles podem vir a ter repercussão pecuniária, quando, por exemplo, o titular, de livre e espontânea vontade, de forma relativa e temporária, opta por deles dispor, em vista de um provento econômico, ou, ainda, quando vierem a ser compensados economicamente pela sua lesão²⁰⁹.

Já a característica da imprescritibilidade confere aos seres humanos a segurança de que, mesmo não exercitando tais direitos, eles continuarão a ser titulares de direitos de personalidade.

Por fim, com relação a indisponibilidade, que, segundo Renan Lotufo “é mais do que a intransmissibilidade, ou inalienabilidade”²¹⁰, eis que o titular não poderia se privar de tais direitos, se faz necessário tecer maiores comentários.

Conforme salientado por Silvio Luis Ferreira da Rocha, a indisponibilidade dos direitos de personalidade é relativa, vez que é plenamente admitido a exploração econômica de tais direitos²¹¹, razão pela qual Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam ser possível a penhora da manifestação econômica decorrente de tais direitos, como dos créditos gerados pela cessão de direito de imagem, de direitos autorais, etc²¹².

Ainda sobre essa característica, verificamos que o próprio Código Civil a excepciona em seu art. 14, eis que permite que o titular doe órgãos ou disponha de partes separadas do

²⁰⁶ A jurisprudência vem concedendo amplamente tutela judicial a direitos como imagem, honra e privacidade sobre fatos relacionados a pessoas falecidas, mesmo que na doutrina muitos ainda sustentem que tais direitos seriam intransmissíveis.

²⁰⁷ BARROS, André Borges de Carvalho. AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Elementos do Direito*, São Paulo: Premier Máxima, 2007, p. 37.

²⁰⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144.

²⁰⁹ *Op. cit.*, p. 49.

²¹⁰ *In Código Civil comentado, op. cit.*, p. 49.

²¹¹ *Op. Cit.*, p. 49.

²¹² *Op. cit.*, p. 153.

corpo. Logo, entendemos ser cabíveis aqui as mesmas considerações feitas acima sobre a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, isto é, que seria possível dentro de algumas condições dispor de tais direitos, especialmente quando tivermos tratando da exploração econômica deles.

Importante destacar também que os direitos de personalidade podem ser defendidos por seu titular, e em alguns casos por seus herdeiros, em juízo, sendo que atualmente se fala na possibilidade do manejo de dois tipos de ação, conforme exposto no art. 12, do Código Civil. A primeira espécie de ação, prevista na primeira parte do aludido artigo, seria aquela que visa impedir a ocorrência de um dano aos direitos de personalidade ou a fazer cessar uma violação a tais direitos, tutela essa que recebe o nome de tutela preventiva ou inibitória. Sobre esse tipo de ação, assim leciona Gilberto Haddad Jabur:

“A ação inibitória e a ação para remoção do ato ilícito apresentam-se como espécies de tutela preventiva de indiscutível eficácia à contenção e paralisação dos abusos no domínio da comunicação social. São espécies de ação processual preventiva que nada dizem com a ocorrência culposa ou danosa. A inibição pretende, sob coação, demover o agente da prática (ou da continuação) ou da repetição do ato ilícito (de, por exemplo, divulgar aspecto de reserva pessoal desautorizado e distante do interesse público que pudesse justificar a veiculação da notícia). A supressão ou remoção do ilícito concernente à determinação, sem espaço para acatamento do demandado, para interromper a causa do ilícito e o fluxo de seus efeitos. É medida que ceifa a causa do próprio ilícito (v.g., para apreender e retirar de circulação periódico no qual se contém artigo ou editorial de inveracidade comprovada, disforme ou ofensivo à reputação alheia).”²¹³.

A segunda espécie de tutela é a reparatória, isto é, aquela que obriga o causador da violação a um dos direitos de personalidade a indenizar a vítima pelas perdas e danos suportados, prevista na parte final do art. 12, do Código Civil.

Ante o acima exposto, é possível concluir, de maneira quase que intuitiva, que “muitos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade.”²¹⁴. E verifica-se que a coincidência entre direitos fundamentais e direitos de personalidade se dá, em maior grau, com relação aos direitos fundamentais de 1ª

²¹³ *In Efeitos Jurídicos da Ameaça ou Lesão a direitos Personalíssimos por Fato de Comunicação Social*, tese de doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 285.

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 372.

dimensão, eis que tratam de direitos de liberdade, como direito à vida, à intimidade, à autonomia, etc.

Assim é possível sustentar, como o faz Brunello Stancioli²¹⁵, que a relação entre tais institutos seria de gênero e espécie, isto é, os direitos fundamentais seriam o gênero dos quais os direitos da personalidade seriam espécies²¹⁶.

Contudo, essas diferenciações se tornam supérfluas para o objetivo do presente trabalho, a relação aqui feita entre tais direitos é a seguinte: os direitos fundamentais são garantias constitucionais à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade. Nas palavras de Brunello Stancioli:

“Já a autonomia privada é constitutiva da autonomia pública. Esta, por sua vez, é a própria condição da legitimidade da normatização e do caráter cogente de direitos fundamentais. (...) Em suma, a autonomia privada é a garantia de pessoas que atuam, com repercussões na esfera pública, inclusive legitimando, materializando e vivenciando direitos fundamentais. A autonomia pública, por sua vez, através de direitos subjetivos (fundamentais e da personalidade), cria condições de possibilidade para o exercício da autonomia privada.”

Sendo assim, pode-se dizer que os direitos da personalidade acabam por permitir a entrada dos direitos fundamentais no Direito Civil, eis que os direitos fundamentais, por serem normalmente expressos por meio de princípios, têm papel complementar, capaz de fornecer as razões da decisão, contribuindo dessa forma com a concreção de conceitos vagos, sejam cláusulas gerais²¹⁷, sejam conceito jurídicos indeterminados²¹⁸.

3.9. Conclusão

²¹⁵ *In Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*, Belo Horizonte: Del Rey Editor, 2010, p. 6.

²¹⁶ Todavia, José de Oliveira Ascensão, a despeito de verificar pontos de encontros entre os institutos refuta a ideia de gênero e espécie, pois para ele: “há muitos direitos fundamentais que não são direitos da personalidade (...). Inversamente, também haverá muitos direitos da personalidade que não são direitos fundamentais.” (*Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro*, Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 342, abr.-jun. de 1998, p. 125).

²¹⁷ Em linhas gerais, é possível conceituar cláusula geral como a técnica legislativa que permite ao juiz não só concretizar o conceito da hipótese de incidência, bem como a definir qual será o conseqüente legal. (MAZZEI, Rodrigo. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, Salvador: JusPodium, p. 67).

²¹⁸ Conceito jurídico indeterminado é a técnica legislativa que permite ao juiz a dar concreção ao conceito da hipótese de incidência, mas cujo conseqüente legal já seja previamente determinado. (*Idem*).

Como visto, os direitos fundamentais são frutos dos embates vivenciados entre o indivíduo, tanto considerado isoladamente, como em coletividade, com o Poder Estatal. Tais direitos surgiram como uma forma de limitação da atuação do Poder Público, para que assim a burguesia, classe em ascensão, conseguisse implementar um modelo de Estado e de sociedade em que o seu modo de vida fosse respeitado.

Ademais, por ser fruto de embates, os direitos fundamentais sofreram uma série de alterações em seu conteúdo, bem como passaram a se estender para uma série de outros campos, vez que as necessidades humanas também se modificaram ao longo da história. Dessa forma, é possível observar que os contornos dados a alguns dos direitos fundamentais no Estado Liberal sofreram alterações, isto é, a caracterização de um determinado direito fundamental nos dias de hoje nem sempre vai coincidir com a conceituação dada quando do seu advento.

Todavia, se mostra imperioso ressaltar que, a despeito dessa modificação de conteúdo, a essência do ser humano deve ser sempre respeitada, de forma que os direitos fundamentais devem sempre buscar fornecer os meios necessários para o atingimento da plenitude de sua dignidade.

Ainda, importante ressaltar que a positivação dos direitos fundamentais foi fenômeno de grande relevância para o desenvolvimento e o reconhecimento da força vinculante de tais direitos, que deixaram de ser vistos como meras aspirações, como regras meramente programáticas, para terem aplicação e eficácia. Além disso, a inclusão dos direitos fundamentais na ordem constitucional propiciou que tais direitos irradiassem seus efeitos para todo o ordenamento jurídico.

Por fim, é possível afirmar, sem medo de errar, que o constituinte originário, ao elaborar a Constituição da República de 1.988, conferiu especial importância topográfica aos direitos fundamentais, eis que, em sua grande maioria, eles encontram-se previstos logo no art. 5º. Ademais, a importância atribuída a eles é tamanha, que eles são considerados como núcleos intangíveis, isto é, como cláusulas pétreas e, portanto, imutáveis pelo Poder Constituinte derivado.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Neste capítulo pretendemos abordar as implicações que as diversas mudanças ocorridas no Direito Constitucional, bem como o advento da Constituição de 1.988 causou na interpretação e na aplicação do Direito Privado.

Dentre essas principais mudanças verificadas na dogmática constitucional, podemos destacar como uma das mais importantes a atribuição de força normativa à Constituição, isto é, a alteração no entendimento da Constituição como uma norma exclusivamente programática e sem efetividade para a verificação de que a Constituição não é apenas um amontoado de intenções, não é apenas um projeto de Estado e de sociedade, mas sim que as normas lá existentes dispõem de mecanismos de aplicação com a finalidade de dar efetividade ao modelo de Estado e de sociedade previsto.

Dessa forma, obviamente, se verificará que o novo entendimento da teoria constitucional, bem como o advento do Estado do Bem Estar Social ocasionou inúmeras alterações direta e indiretamente na compreensão do Direito Privado.

Além disso, teremos por objetivo demonstrar como tais fenômenos contribuíram para a constitucionalização do Direito Privado. Nessa esteira, salientaremos que, com o passar dos anos, o Código Civil deixou de ser a “constituição social” e o centro de todo o Direito Privado cedendo lugar a Constituição da República, isto é, o Código Civil passou a ser visto como mais uma lei infraconstitucional e que, portanto, deve obediência aos preceitos estabelecidos na Constituição. Todavia, pretendemos deixar claro que essa constitucionalização do Direito Privado, em especial do Direito Civil, não retirou a importância desse ramo do Direito ou implicou, como alguns sustentaram, em sua morte, vez que, ao nosso ver, tal constitucionalização representou um reconhecimento da importância desse ramo do Direito.

Por fim, tentaremos demonstrar que tais alterações acabaram por modificar intimamente o Direito Privado, tendo este deixado de regular exclusivamente a pessoa – aqui entendida como um ente abstrato e isolado – e o patrimônio, para dar maior valor ao princípio da dignidade da pessoa humana e, dessa forma, tutelando de maneira mais intensa os valores existências do homem, agora entendido como um ser físico, real e inserido na sociedade.

Além disso, será com base nessa alteração de compreensão do Direito Civil que nós conseguiremos demonstrar como é possível justificar juridicamente, dentro no nosso ordenamento jurídico, a aplicação dos direitos fundamentais nas relação privadas.

4.1. A Tradicional distinção entre Direito Público e Direito Privado

Eduardo Espínola diz que a distinção entre Direito Privado e Público é a *summo divisio*, isto é, a divisão essencial²¹⁹. Contudo, o que se verifica é que os critérios utilizados nessa distinção – existente desde o direito romano – não são pacíficos.

A distinção entre tais ramos do Direito, como dito, começou a tomar corpo já no direito romano, todavia foi esquecida durante o grande período compreendido pela Idade Média, sendo retomada no Iluminismo, com o advento do Estado Liberal.

E verifica-se a importância dessa distinção nesse período, pois tal divisão buscava diminuir os abusos verificados no Absolutismo, delimitando ao máximo os campos de atuação e intervenção do Estado e os campos que se encontrariam sob a batuta da autonomia da vontade. Tal divisão, portanto, se mostrou indispensável para a organização do Estado, da sociedade e do Direito.

Para a correta compreensão do acima exposto, se faz necessário trazer a baila alguns dos fundamentos utilizados pela doutrina para configurar a separação entre tais ramos do Direito.

O critério mais difundido para essa divisão seria aquele com base na natureza do interesse tutelado, ou seja, o Direito Público tutelaria o interesse geral da sociedade e o interesse do próprio Estado, já o Direito Privado tutelaria o interesse particular do indivíduo, ainda que considerado como parte integrante da sociedade.

Posteriormente, começou-se a sustentar, com base nas lições de Eduardo Espínola²²⁰, que o Direito Privado tutelaria, de maneira imediata, o interesse individual e, de maneira mediata, o interesse público. Ao seu turno, o Direito Público buscaria tutelar imediatamente o interesse público e mediamente o interesse individual.

²¹⁹ *In Sistema de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 41.

²²⁰ *In Sistema de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

Aludido Autor sustenta que o homem desempenha dois papéis na sociedade e cada um dos papéis representa uma das áreas do Direito. Quando o homem desempenhasse o papel de ser inserido na sociedade e, portanto, apresentasse interesses semelhantes aos demais membros do grupo, estaríamos no campo de atuação do Direito Público, por outro lado, quando o homem desempenhasse seu papel de indivíduo, com interesses egoísticos próprios, estaríamos no campo de atuação do Direito Privado.

Ainda, segundo essa distinção, no campo de atuação do Direito Público verificaríamos uma relação de subordinação do cidadão para com o Estado, enquanto no Direito Privado as partes, por serem formalmente iguais e livres, estariam em uma relação de coordenação.

Segundo Cunha Gonçalves “no direito privado predomina o princípio da autonomia e da liberdade, não podendo ninguém ser obrigado a exercer os seus direitos subjetivos (...) e, por isso, é também livre a todos renunciar a seus direitos”²²¹, enquanto no Direito Público observaríamos exclusivamente o cumprimento de deveres e o exercício de funções.

Outra distinção foi aquela trazida por Alberto Trabucchi, segundo o qual o critério diferenciador seria a finalidade de cada uma das áreas. Para ele, o Direito Privado teria por objetivo a proteção “dos indivíduos e sua iniciativa, dentro dos limites permitidos”, enquanto o Direito Público buscaria “conservar e desenvolver a sociedade humana, atendendo especialmente aos interesses e às necessidades comuns.”²²².

Todavia, com a derrocada do modelo liberal e o advento do Estado do Bem Estar Social, aliado ao reconhecimento de novos campos do Direito, como o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor, o Direito Ambiental, tal distinção acabou se tornando ainda mais difícil de ser verificada, eis que os pontos de contato entre o que se concebia como sendo Direito Público e o que seria Direito Privado aumentaram consideravelmente.

Corroborando a dificuldade entre se fazer tal diferenciação, importante ressaltar, assim como sabiamente fez Carbonnier²²³, que a despeito da diferença existente entre os dois ramos do Direito citados acima, as influências e as compenetrações entre eles são inúmeras.

²²¹ *In Tratado de Direito Civil*, vol. I, tomo I, 2ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 82.

²²² *In Instituciones de derecho civil*, vol. 1, t. I. Trad. Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Editorial Civitas, 1679, p. 8.

²²³ *In Droit Civil*, vol. 1, Paris: Presses Universitaires de France, 1955, p. 58

4.2. O processo de constitucionalização do Direito Civil

Nesse item exploraremos, ainda que de maneira breve, alguns dos principais pontos da história do Direito Privado, expondo desde as razões que levaram ao processo de codificação do Direito Civil, passando pela sua fragmentação, bem como sobre a elevação de institutos historicamente relacionados ao Direito Civil ao Direito Constitucional.

4.2.1. A codificação do Direito Civil

O constitucionalismo e a codificação do Direito Civil são fenômenos intimamente ligados ao surgimento do Estado Liberal. A elaboração de uma Constituição teve por expressão maior, nessa época, a limitação da atuação estatal e determinar as normas atinentes ao desempenho do poder político. Já o Código Civil teve a função de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, ainda mais quando no âmbito das atividades econômicas. Como bem relatado por Francesco Galgano, a burguesia, que era a classe social em ascensão, construiu por meio do constitucionalismo e da codificação, sua própria forma de organização social²²⁴.

Não por outra razão que os primeiros códigos civis, em especial o francês, tiveram como norte inspirador a figura do burguês e, portanto, conferiu a este a maior liberdade possível. E isso se deve porque, para os iluministas, o desempenho da dignidade da pessoa estava intimamente ligado a propriedade. Para os filósofos iluministas o homem só seria verdadeiramente livre quando pudesse deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes²²⁵. Fácil verificar que grande parte dos homens estavam fora do alcance dos códigos, pois não estavam investidos da condição de burguês.

Sendo assim, verifica-se que os primeiros códigos, de uma maneira geral, deram especial atenção a igualdade formal, o que representou uma ruptura com o Antigo Regime, sistema que tinha alicerce na sociedade de estamentos fundados no *jus privilegium*.

Além disso, se faz mister destacar que tais códigos aliados ao constitucionalismo evidenciaram de maneira clara, a separação entre o Direito Público e o Direito Privado,

²²⁴ In *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, 2ª Ed., Bologna: Zanichelli, 1983, p. 1.

²²⁵ CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparé a celle des modernes*, Paris, 1819.

garantido na esfera de atuação do Direito Privado a não intervenção do Estado, o que gerou a necessária segurança para a expansão das relações comerciais, que, ao seu turno, consolidou a supremacia econômica do burguês e garantiu, ao mesmo tempo, a ascensão política dele.

Contudo, o que se verificou da aplicação irrestrita desse modelo, em especial da falta de atenção dada as desigualdades existentes entre os homens, foi “o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social”²²⁶.

No Brasil, a primeira tentativa de elaboração de um Código Civil se deu durante o Império, período no qual havia uma infinidade de fontes de Direito Civil, sem qualquer noção de hierarquia e ordenamento, o que ocasionava uma enorme insegurança jurídica, vez que os critérios de aplicação ficavam a cargo exclusivamente da vontade do juiz.

Em 1.859, Teixeira de Freitas foi convocado a elaborar um projeto de Código Civil para o Brasil, entretanto tal projeto acabou sendo abandonado²²⁷. Em 1.890, uma nova convocação para a elaboração de um Código Civil foi feita, sendo que, dessa vez, o projeto ficou a cargo de Coelho Rodrigues. Uma vez mais, tal projeto não foi levado adiante. Todavia, tal projeto serviu de base para o projeto de Código Civil apresentado, em 1.899, por Clóvis Beviláqua²²⁸.

Aludido projeto foi publicado em 1.916 e começou a vigorar em todo o território nacional a partir de 1.917, tendo permanecido em vigência até o início de 2.003.

Como não poderia deixar de ser, tal código seguiu a regra dos primeiros códigos civis europeus, isto é, privilegiou o individualismo, o liberalismo econômico, a igualdade formal. Além disso, os principais institutos do nosso código civil eram exatamente aqueles recepcionados nas codificações estrangeiras, qual sejam: a propriedade, o contrato e a família.

Dessa forma, verifica-se que a codificação e o constitucionalismo desempenharam papéis fundamentais na divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, vez que os códigos buscavam impedir e excluir a atuação do Estado nas relações travadas entre os particulares, limitando a atuação deste na vida dos indivíduos por meio da edição de leis.

²²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. <http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>, acesso em 18.02.2012.

²²⁷ Importante ressaltar a esse respeito que tal projeto acabou sendo utilizado como base para o Código Civil argentino.

²²⁸ As inúmeras tentativas de elaboração de um código civil não é exclusividade do Brasil, Aubry e Rau também mencionam que inúmeras foram as tentativas de elaboração de código civil na França. (*in Cours de droit civil français*, vol. 1, 4ª Ed., Paris: Marchal, Billard et Cie., imprimeurs-éditeurs, 1869, p. 13-18.).

4.2.2. A constitucionalização do Direito Privado

O Direito Civil foi visto, durante muito tempo, como uma área estável, eis que desde a Roma Antiga trabalha com tecnicidade os mesmos institutos jurídicos, não sofrendo influências de oscilações políticas, diferentemente do que se verificou no Direito Público, conforme bem salientado por Ludwig Raiser²²⁹.

Contudo, tal impressão não se mostra verdadeira. Ora, a despeito do nome dos institutos – o que se deve ao fato do português derivar do latim, conforme observado por Roxana Borges²³⁰ – os institutos de Direito Civil sofreram diversas influências das transformações sociais, econômicas e culturais verificadas, não podendo se afirmar que os conceitos de patrimônio, pessoa, propriedade, contrato, família, etc. utilizados hoje são coincidentes com aqueles utilizados no direito romano.

E essa influência das transformações sociais no Direito Civil se mostra ainda mais evidente após as duas grandes guerras, quando as Constituições passaram não só a limitar a atuação do Poder Estatal e a estabelecer as suas competências, mas também a regular a ordem econômica e social.

Como já dito, passada as duas grandes guerras, verificou-se que o modelo liberal não seria capaz de reconstruir os Estados, sendo indispensável para isso uma atuação efetiva do Poder Público, o que acabou, juntamente com outros fatores, ocasionando o surgimento do Estado do Bem Estar Social. Assim, o Estado passou a atuar nas relações privadas, sobretudo naquelas de caráter econômico, limitando a vontade dos indivíduos em prol de interesses coletivos.

E mais, verificadas as atrocidades cometidas em tais guerras, em especial na Segunda, as constituições começaram impor valores a todo o ordenamento jurídico, em especial, o de respeito a dignidade da pessoa humana.

²²⁹ *In Il compito del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di ter decenni*. Trad. Marta Grazieadei, Milano: Giuffrè, 1990, p. 224.

²³⁰ *In Direitos de Personalidade e Autonomia Privada, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.*

Tal mudança de paradigma fez com que muitos doutrinadores decretassem a morte do Direito Privado, sendo que muitos atribuíram a esse fenômeno a nomenclatura de socialização do Direito Privado ou publicização do Direito Civil.

4.2.2.1. A força normativa da Constituição

Como já dito, a Constituição, no Estado Liberal, era vista exclusivamente como limitadora da atuação do Estado, bem como definidora das normas de atuação política.

Após as grandes guerras, as constituições passaram a trazer um rol de direitos que haviam sido incorporados, mas mesmo assim, muitos doutrinadores afirmavam que tais direitos nada mais eram do que um conteúdo exclusivamente moral, logo, não seriam dotados de qualquer eficácia jurídica²³¹. Assim, tais direitos só encontrariam guarida se recepcionados pelo legislador ordinário, conforme sustentou Jellinek na sua *Teoria dos Direitos Públicos Subjetivos*.

Contudo, ante o surgimento do Estado do Bem Estar Social, a Constituição passou a consagrar direitos sociais e econômicos, além de traçar objetivos a serem alcançados pela sociedade. Contudo, a aceitação da vinculação dos Poderes Públicos a consecução desses objetivos não foi prontamente aceita pela doutrina, tanto assim o é que Ana Prata²³² ressaltou que:

“todas as normas que excedessem o estatuto organizatório do Estado e o elenco dos direitos assegurados aos cidadãos contra este tinham cariz não perceptivo, traduzindo num conjunto de declarações políticas de princípio sem força vinculativa.”.

Assim, a doutrina prontamente dividiu as normas constitucionais em autoaplicáveis e programáticas, as quais dependeriam de recepção pelo legislador ordinário para surtirem quaisquer efeitos.

²³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1051-1052.

²³² *In A tutela constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 123.

Contra esse pensamento que dominou o Direito Constitucional até meados do século XX, surgiu uma corrente que defendia que todas as normas constitucionais eram dotadas de eficácia, ainda que mínima²³³.

Um grande defensor dessa corrente foi Konrad Hesse²³⁴, que defendia que “a Constituição opera a síntese dialética entre o mundo do ser e do dever ser, que não podem ser vislumbrados isoladamente.”²³⁵. Isto é, o Autor faz uma correlação entre a influência que a realidade tem na aplicação da própria Constituição. Ademais, o Autor afirma que para que seja dada a real efetividade a Constituição, se faz necessário que todos tenham o anseio pela sua realização, o que ele chamou de “vontade de Constituição”.

Nessa esteira, de grande valia é o comentário feito por Giovanni Nanni, que sustenta que “a norma constitucional passa a ser integrante do sistema civil, não apenas como regra de hermenêutica, mas como norma vinculante de comportamento, incidindo sobre as relações privadas e tutelando seus valores fundamentais.”²³⁶.

No Brasil, verificamos que nossa Carta Constitucional possui um rol fartíssimo de direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, por exemplo. E, em decorrência da supremacia da Constituição sobre todos os outros ramos do Direito, os direitos fundamentais, como já visto, acabam por influenciar todo o ordenamento jurídico.

E é justamente essa nova vestimenta dada a Constituição que possibilita o reconhecimento de sua força normativa e, conseqüentemente, a penetração de seus princípios e valores por todo o ordenamento jurídico, inclusive, o Direito Privado²³⁷.

²³³ O primeiro a defender tal posição foi Vezio Crisafulli, em 1952, na obra *La Costituzione e Le sue disposizioni di Principio*. Já no Brasil, tal corrente encontrou respaldo nas lições de José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais), Luís Roberto Barroso (Direito Constitucional) e, especialmente, José Horácio Meirelles Teixeira.

²³⁴ *In La fuerza normativa de la Constitución, in Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon, 2ª Ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 57-78.

²³⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 55.

²³⁶ LOTUFO, Renan. *Cadernos de Autonomia Privada*. Caderno 2, p. 164.

²³⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 225.

4.2.2.2. A repersonalização do Direito Civil: A Dignidade da Pessoa Humana

Como já mencionado, após as duas grandes guerras, o Estado passou a adotar uma postura muito mais ativa, inclusive nas relações privadas, em clara reação a cultura individualista que impregnava as codificações civis. Além disso, após a verificação de inúmeros abusos perpetuados contra os seres humanos durante tais guerras, que violaram brutalmente a dignidade das pessoas, as constituições passaram a adotar como valor fundante de seus ordenamentos jurídicos a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana passou a ser um valor conformador de todo o Direito, independentemente do tipo da relação jurídica em análise, isto é, seja de Direito Público ou Privado. E tal fenômeno é que se tem chamado de humanização do Direito Civil ou repersonalização do Direito Civil, já que o Direito Civil deixou de regular exclusivamente as relações civis patrimoniais para resgatar como valor a figura do ser humano.

É fácil observar que no Direito Civil clássico o enfoque dado as relações, mesmo aquelas pertencentes ao Direito de Família, era no seu aspecto patrimonial. Contudo, com a elevação das normas de Direito Civil a um patamar constitucional, bem como com a eleição da dignidade da pessoa humana como valor fundamental do ordenamento, verificamos que o Código Civil sofreu uma série de deslocamentos axiológicos.

E é justamente essa despatrimonialização²³⁸ do Direito Civil o verso da moeda da repersonalização do Direito Civil. Ora, em nenhum momento está se afirmando que as relações patrimoniais são desimportantes ao Direito Civil, mas sim que tais relações são, na verdade, meios para a realização plena da pessoa²³⁹, isto é, com o princípio da dignidade da pessoa humana passou-se a privilegiar o “ser” sobre o “ter”²⁴⁰, o que implica necessariamente numa releitura dos institutos clássicos do Direito Civil, como propriedade, contrato, etc.

É por essa razão – por ser a dignidade da pessoa humana valor estruturante do nosso ordenamento – que Daniel Sarmiento afirma que ela “representa o epicentro axiológico da

²³⁸ Expressão cunhada, em 1980, por Carmini Donisi na obra *Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato*.

²³⁹ MATTIETTO, Leonardo de Andrade. *A tutela da personalidade humana nas relações de consumo*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1999, p 59-60.

²⁴⁰ MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 91-92.

ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado”²⁴¹.

Dessa forma, se verifica que a dignidade da pessoa humana é princípio relevantíssimo para o nosso ordenamento jurídico, eis que lhe confere unidade, já que condiciona e inspira a interpretação e a aplicação de todo o Direito, seja no âmbito público como no privado.

Em lição plenamente aplicável ao nosso ordenamento jurídico, temos o escólio de Pietro Perlingeri²⁴² que assim afirma:

“(…) na hierarquia dos valores consagrados no vértice de relevância jurídica entre os princípios fundamentais da Carta, o valor da pessoa humana identifica o de estrutura mais elevada. Daí decorre a necessidade jurídica de identificar o princípio não apenas o parâmetro interpretativo na exigência de releitura do ordenamento, mas, além disso, o valor cuja atuação positiva deve orientar axiologicamente o inteiro sistema jurídico.”.

Mas é importante ainda destacar que tal princípio não representa exclusivamente a limitação da atuação estatal, mas determina a atuação do Estado para a sua realização, isto é, impõe ao Estado a adoção de medidas que possibilitem o pleno desenvolvimento da personalidade humana, isto é, tal princípio determina que o Estado garanta aos indivíduos as condições mínimas necessárias para a sua realização e desenvolvimento²⁴³.

Ainda sobre isso, trazemos a colação os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes²⁴⁴, que em notório esforço sintético, afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana congrega em si quatro formas de atuação dos Poderes Públicos, quais sejam: (i) o direito a igualdade, aqui entendido não só no tratamento formal, mas na adoção de medidas que diminuam as desigualdades socioeconômicas verificadas; (ii) tutela da integridade psicofísica, que impede aplicação de sanções físicas e degradantes; (iii) direito a liberdade, em que o Estado deve reconhecer e proteger a autonomia moral dos indivíduos; e, finalmente, (iv)

²⁴¹ *In A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59-60.

²⁴² *In Commento Allá Costituzione Italiana*. 2ª Ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 6.

²⁴³ FACHIN, Luiz Edson. *Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da personalidade no Código Civil*. Revista da EMERJ, vol. 8, nº 31, 2005.

²⁴⁴ *In Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81-116.

a solidariedade social, segundo o qual o Estado deve promover a existência digna de todos, sem excluídos ou marginalizados.

Assim, ao se verificar que o Direito Privado tem por valor a realização da dignidade da pessoa humana, observa-se a superação do paradigma individualista nas codificações clássicas. E mais, a necessidade de realização da dignidade da pessoa humana acaba por permitir uma infiltração de valores solidarísticos no Direito Civil, já que se continua dando resguardo a autonomia dos indivíduos, mas tal autonomia é temperada com a proteção das partes mais frágeis e com a realização de interesses comuns a toda sociedade²⁴⁵.

Dessa forma, verifica-se que a elevação de normas de caráter nitidamente privatístico ao patamar constitucional, aliado a eleição do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundante de nosso ordenamento jurídico, operou-se uma verdadeira alteração na compreensão e aplicação do Direito Civil, inclusive tendo-se verificado uma mudança no polo gravitacional do Direito Civil, que antes tinha como centro o Código e agora passa a ter como centro a Constituição.

4.2.2.3. O novo centro gravitacional do Direito Civil

Como visto, no Estado Liberal, o Código Civil representava a “Constituição das relações privadas e da sociedade civil”²⁴⁶, eis que ele desempenhava a função de garantir as regras do jogo, estabilizando as relações econômicas, que, ao seu turno, eram fundadas nos preceitos de propriedade e contrato. Em outras palavras, os códigos tinham por objetivo proteger a propriedade e a autonomia contratual para, dessa maneira, dar segurança as relações econômicas, o que era essencial para o desenvolvimento do capitalismo. E tanto assim o foi que Natalino Irti classifica tal época como sendo a “Era da Segurança”²⁴⁷.

O Código Civil tinha por aspiração disciplinar todos os aspectos das relações humanas em todos os âmbitos possíveis, tinha a intenção de ser completo. O Código Civil tinha a ambição de ser o “diploma básico de toda a ordem jurídica”, tanto assim o é, que cabia ao código disciplinar detalhadamente as condutas juridicamente relevantes, definindo a hipótese

²⁴⁵ Iremos abordar tal questão em maiores detalhes no capítulo 5 abaixo.

²⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4.

²⁴⁷ IRTI, Natalino. *L'Éta della Decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979.

de incidência e a consequência legal, para que os juízes, por meio de silogismos, efetuassem a sua aplicação²⁴⁸.

Mas não é só, a importância dada aos códigos civis era tamanha que eles disciplinavam também matérias relativas aos mais diversos ramos do direito, como fontes do direito, aplicação da lei no tempo e espaço, interpretação, etc²⁴⁹. Dessa forma, verifica-se que todas as demais leis acabavam por adentrar o espectro de atuação do Código Civil²⁵⁰.

Contudo, com o advento do Estado do Bem Estar Social, bem como com as constituições disciplinando as relações econômicas e privadas, e não apenas servindo de limites a atuação do Estado, o Código Civil foi perdendo seu papel central no ordenamento jurídico, conforme bem observado por Pietro Perlingeri²⁵¹:

“O Código Civil certamente perdeu centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global (...). O respeito aos valores e princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.”

Sendo assim, não só pela sua superioridade hierárquica, mas também pelo tipo de norma lá existente, isto é, normas que possibilitam a abertura do sistema, que foi possível o deslocamento do centro gravitacional do Direito Civil do Código para a Constituição. E foi justamente a conclusão obtida por Daniel Sarmiento²⁵²:

²⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

²⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. cit.*, p. 71.

²⁵⁰ A esse respeito, veja-se que no Brasil o Decreto-Lei nº 4.657/42, que dispõe sobre as fontes, interpretação e aplicação das normas do direito brasileiro, até pouco tempo atrás era chamada de “Lei de Introdução ao Código Civil”.

²⁵¹ *In Perfis do Direito Civil*. Trad. de Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6.

²⁵² *In Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. cit.*, p. 75.

“Deveras, a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura das suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam também sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e informar seu conteúdo.”

Na mesma esteira, temos a lição de Giovanni Nanni²⁵³:

“(…) o direito civil não tem mais apenas como figura central o Código Civil, que deixa de ser o único ordenador das relações privadas, passando a receber a incidência do texto constitucional, de forma unificada e sistemática, desempenhando papel aglutinador do sistema jurídico.”

Diante dessa mudança, verifica-se, portanto, que a Constituição passa a conferir unidade ao ordenamento jurídico não apenas no seu sentido lógico-formal, mas também no seu sentido material, eis que a Constituição representa um limite para o legislador ordinário, vez que eventuais normas que a violem serão tidas por inconstitucionais, bem como ela permite que regramentos anteriores a ela não sejam recepcionados em caso de colidência com os preceitos lá existentes. Também por essa eficácia invalidatória e derogatória que se faz imperioso o reconhecimento da Constituição como o novo centro do Direito Privado.

4.2.3. A descodificação do Direito Civil

Aliado ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e da alteração do seu centro gravitacional, verificamos que diante das alterações sociais, econômicas e culturais vivenciadas, muitas áreas que eram antes tratadas pelo Direito Civil acabaram ganhando estatutos próprios, dando origem a diversos microssistemas voltados a regulação de temas particulares. São dessa natureza os novos direitos, como o Direito do Consumidor, o Direito do Meio Ambiente, o Direito da Criança e do Adolescente.

Tal fenômeno foi chamado por Natalino Irti como “Era da decodificação”, segundo o qual houve a substituição de uma monossistema, antes representado pelo Direito Civil, por um polissistema, que, ao seu turno, é formado por diversos microssistemas.

²⁵³ In LOTUFO, Renan. *Cadernos de Autonomia Privada*. Caderno 2, p. 164.

Proliferaram a partir da década de setenta do século passado, as legislações sobre relações originariamente civis caracterizadas pela multidisciplinaridade, rompendo a peculiar concentração legal de matérias comuns e de mesma natureza dos códigos. Essas novas leis, ao regulamentar novos direitos ou por tratar de forma diversa e inovadora direitos já existentes, passaram, dentro de um mesmo diploma, a congregar normas de diferentes ramos, como regras de Direito Civil conjugadas com normas de Direito Processual e até mesmo de Direito Penal. Assim, como dito por Ricardo Lorenzetti, o Código Civil de centro do Direito Privado acabou passando a ser um instrumento de competência residual²⁵⁴.

E mais, além desses novos estatutos retirarem do Código Civil alguns tipos de relações privadas, eles têm por fundamento os preceitos constitucionais e não aqueles do código, o que comprova, uma vez mais, a alteração no campo gravitacional do Direito Privado mencionado acima.

4.2.4. A recodificação do Direito Civil

Ainda que verificado o fenômeno de dispersão das leis civis, fato é que em 1.972, sob a coordenação de Miguel Reale, os juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis Couto e Torquato Castro foram encarregados da elaboração de um novo Código Civil, código este que foi aprovado pelo Congresso em 2.002 e que se encontra vigente em todo território nacional desde 2.003.

Muito se discutiu sobre a necessidade de se elaborar novos códigos. Orlando Gomes²⁵⁵, por exemplo, sustentou que a codificação já era fenômeno ultrapassado:

“o mundo dos Códigos foi o mundo da segurança, na feliz observação de Natalino Irti, quando os valores do liberalismo podiam ser traduzidos numa sequência ordenada de artigos, para ‘proteção das liberdades civis do indivíduo na sua vida privada contra as indébitas ingerências do poder político’. Desta necessidade de garantia – assinala o autor citado – nasceu a idéia de imutabilidade da legislação civil e da perenidade dos institutos jurídicos, principalmente a propriedade e o contrato. No mundo instável, inseguro e volúvel de hoje a resposta normativa não pode ser a transposição para um

²⁵⁴ *In Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 60.

²⁵⁵ *In Introdução ao Direito Civil*, 10ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 71.

código das fórmulas conceituais habilmente elaboradas no século passado, mas comprometidos com uma realidade extinta.”.

Contudo, tendo em vista a elaboração e aprovação do novo Código Civil, tal discussão nos parece inútil, sendo importante verificar as inovações trazidas pelo Código, sendo que ele representou um verdadeiro avanço com relação à antiga codificação, apresentando a regulação inédita de algumas matérias e promovendo um reestudo do Direito Civil no Brasil.

4.3. Constitucionalização vs. Publicização do Direito Privado

O fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, como visto acima, nos parece algo distante de qualquer crítica, vez que representa uma evolução do entendimento e na maneira de aplicação das regras de Direito Civil. Contudo, se verificou que muitos doutrinadores acabaram não sabendo dosar seu animo pela alteração no campo gravitacional dos diplomas de Direito Civil e passaram a sustentar a completa submissão do Direito Privado ao Direito Público, transformando o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado em publicização do Direito Privado.

Tal postura é merecedora de várias críticas, em especial quando analisada questões atinentes aos direitos da personalidade. Vejamos:

Não há dúvidas que o Direito deve ser entendido como um sistema uno, contudo a divisão do Direito em ramos não atende exclusivamente critérios didáticos, tendo grande relevância prática.

Como mencionado no início desse capítulo, é fato que algumas situações são bastante difíceis para se classificarem como sendo pertencentes ao Direito Público ou Privado, até mesmo porque é notório a comunicação entre tais ramos do Direito. Todavia, alegar que não existe mais razão de ser essa distinção, como faz Pietro Perlingeri, nos parece um pouco exagerado, ainda mais tendo em vista que muitas vezes não há coincidência entre o interesse público e o privado.

E a importância do Direito Privado ganha especial relevo quando verificamos que ainda hoje ele desempenha o essencial papel de limitação ao Poder Estatal. Nesse sentido, veja a lição de Ricardo Lorenzetti²⁵⁶:

“o problema da liberdade, hoje, se coloca em um nível mais profundo, o nível dos poderes da sociedade civil. Não importa tanto que o indivíduo seja livre em relação ao Estado, se depois não é livre na sociedade. O que caracteriza a sociedade tecnocrata não é o homem-escravo, o homem servo, sim o não-homem, o homem reduzido a autômato, a engrenagem de uma grande máquina.”.

Pois bem. Se não falarmos mais na distinção entre os ramos do Direito, o homem estaria vinculado aos princípios de Direito Público e assim ele seria reduzido a um autômato, vez que a dignidade da pessoa humana passaria a ser determinável pela função social que o Direito viesse a lhe atribuir, retirando do indivíduo a capacidade de se determinar e forçando-o ao estrito cumprimento de deveres impostos pelo Poder Estatal.

Sendo assim, ainda que estejamos vivendo um momento de socialização de direitos, é importante verificar que o individualismo possui importante função, eis que, como salientado por Luigi Ferri, serve para fazer o contraponto entre a vida individual e a vida em sociedade²⁵⁷.

Ora, não se duvida aqui que o Estado do Bem Estar Social promoveu a publicização de institutos como propriedade, contrato e empresa. Contudo, não é possível aplicar a mesma lógica quando nos referimos a direitos da personalidade, pois se assim o fosse, a terrível conclusão de Rippert estaria correta, isto é, “tudo se transformaria em Direito Público”²⁵⁸, o que, invariavelmente causaria um “indiscutível mal estar”²⁵⁹, eis que a liberdade dos indivíduos seria tolhida de modo significativo.

É justamente a oposição entre Direito Público e Privado que possibilita que o indivíduo se mova por interesses particulares e não públicos, vez que se fosse imposto ao indivíduo uma atuação social estaríamos transformando a autonomia privada em um poder-

²⁵⁶ *In Fundamentos do Direito Privado, op. cit.*, p. 121.

²⁵⁷ *In L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 89.

²⁵⁸ CHACÓN, Gaspar Bayón. *La autonomía de la voluntad em el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 1955, p. 24.

²⁵⁹ *Idem*.

função, típico dos poderes públicos²⁶⁰. E ainda que seja possível transportar a idéia de poder-função para institutos como propriedade, contrato e empresa dentro do Estado de Bem Estar Social, não se faz possível aplicar esse mesmo conceito quando tratarmos de direitos da personalidade, pois a retirada da autonomia dos indivíduos contrariaria a própria realização da dignidade da pessoa humana, já que nessa hipotética situação o ser humano deixaria de ser um fim em si mesmo para transformá-lo num instrumento a serviço da sociedade.

Não se dúvida de que nos últimos anos tenha havido, com certa razão, uma grande influência do Direito Público sobre o Direito Privado, especialmente nas relações econômicas, como relações de trabalho, consumo, etc. Todavia, é no Direito Privado que o ser humano encontra resguardada a sua esfera de liberdade para sua realização enquanto ser dotado de dignidade²⁶¹. Em outras palavras, é o Direito Privado que assegura ao indivíduo que exerça a sua autonomia sem qualquer intromissão alheia, seja de outros indivíduos, seja da sociedade ou do Estado.

A imposição de um valor objetivo para a dignidade da pessoa humana, especialmente com relação aos direitos de personalidade, implica necessariamente em dizer que o indivíduo só existe para a realização do Estado, o que se mostra como sendo um totalitarismo moral sem precedentes. Quando se chega a esse estágio de intervencionismo, a lei passa a fazer tudo pelos indivíduos, sufocando e confiscando a liberdade das pessoas de interagirem, de criarem regras próprias e de conduzirem suas atividades como melhor lhes convirem²⁶².

Dessa forma, não há como se falar da total publicização do Direito Privado, por que o Direito Privado não é exclusivamente um direito patrimonial. Assim, por ser a pessoa um fim em si mesmo, nosso ordenamento jurídico não pode dar guarida a teorias que determinem a absorção completa do indivíduo ao Estado, mas apenas como o indivíduo pertencendo a coletividade nacional²⁶³.

E tal preocupação em superestimar o Direito Público em detrimento do Direito Privado já foi externada por Orlando Gomes, no início da década de 1960, no texto *Influência*

²⁶⁰ FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*, op. cit., p. 311.

²⁶¹ BORGES, Roxana. *Direitos da personalidade e autonomia privada*, op. cit., 96.

²⁶² PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. *Liberdade e Irrenunciabilidade no Direito do Trabalho: Do estudo dos princípios à 'economic analysis of law' aplicados ao direito do trabalho*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 36.

²⁶³ BARRASI, Lodovico. *Instituciones de derecho civil*, vol. 1. Trad. de Ramon Garcia de Haro de Goytisolo. Barcelona: Bosch, 1955, p. 16.

*do direito público sobre o direito privado*²⁶⁴. Nesse texto, o Autor, muito embora trate da influência do Direito Público nas relações econômicas – o que para nós se mostra possível, até mesmo pela completa ineficiência demonstrada pelo Estado Liberal – as críticas apontadas podem ser utilizadas na análise da possibilidade da intervenção do Estado nas esferas mais íntimas da liberdade do indivíduo.

O problema da superestimação do Direito Público é que ele acaba erigindo o Estado, bem como o interesse público, a um patamar superior. Dessa forma, o que se acaba observando é que em alguns casos o próprio Estado manipula o Direito de forma a possibilitar a sua intervenção na vida íntima ou em certas concepções de dignidade que cabe apenas ao indivíduo escolher.

E tal situação se mostra ainda mais problemática quando tal judicialização do totalitarismo moral pregado pelo Estado vem sendo aplaudida por doutrinadores, magistrados e promotores. Nesse ponto, é sempre bom lembrar os ensinamentos do civilista baiano²⁶⁵:

“Embora o Direito seja a expressão técnica da Política, o seu papel não deve ser o de instrumento servil dos propósitos transviados que animam, de quando em quando, o sumo objetivo da coesão social. (...) No momento, o que se observa é o enfraquecimento da liberdade. O indivíduo está se habituando à tutela do Estado. Vivendo sob a servidão das leis, diz Ripert que ele está ficando com a alma de escravo. Humilhando-se, com satisfação, prazer, e, até com orgulho, diante do interesse que os governantes personificam. Entrega-se.

O Direito coopera nesse processo de escravização, legitimando todas as restrições à liberdade. Os deveres que está impondo, através da inflação das leis, o transformam num declarado instrumento de opressão.”.

A título ilustrativo sobre a imposição moral do Estado aos indivíduos, cumpre mencionar o sempre citado caso dos arremessos de anões, ocorrido na França, nas comunidades de Morsange-Sur-Orge e Aix-en-Provence. Nos valem da resumida descrição do caso trazida por Brunello Stancioli:

“Havia, na ocasião, um esporte que consistia em arremessar pessoas portadoras de nanismo. O caso, depois de proibições político administrativas locais,

²⁶⁴ GOMES, Orlando. *Direito privado: novos aspectos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

²⁶⁵ *Idem*, p. 19.

acabou em juízo, sendo proibido, em decisão de última instância, pelo Conselho de Estado (*Conseil d'état*).”.

A doutrina, em sua imensa maioria, defende a decisão do Conselho de Estado, alegando que tal decisão representou um grande avanço no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, eis que, conforme dito por Antônio Junqueira de Azevedo, “o anão estava sendo tratado como coisa”²⁶⁶. Além disso, muitos sustentam, defendendo aludida decisão, que a moral pública é parte integrante da ordem pública, logo a dignidade da pessoa humana, como expressão dessa moral, deve ser resguardada, etc²⁶⁷.

Todavia, a decisão proferida pelo Conselho de Estado, ao nosso ver, não foi acertada, e mais, mostra cabalmente a maléfica publicização do Direito Privado. Ora, não há dúvidas que houve a “coisificação” do corpo do anão²⁶⁸, mas isso em nenhum momento implica na coisificação da pessoa do anão, pois corpo e pessoa não são sinônimos²⁶⁹.

De outro lado, impedir o anão que faça uso de seu corpo por uma decisão judicial com base no princípio da dignidade da pessoa humana é que se mostra uma violação ao próprio princípio, pois tal decisão retirou a capacidade do anão em se ordenar e efetuar suas escolhas, transformando, ai sim, a sua pessoa em uma coisa²⁷⁰.

Dessa forma, nos valendo dos ensinamentos de Lodovico Barassi, é possível afirmar que a distinção entre normas de Direito Público e Direito Privado “subsiste na atualidade e é fundamental”²⁷¹, pois, conforme dito por Orlando Gomes, o avanço do Direito Público sobre o Privado pode conduzir o ser humano “para o abismo da completa despersonalização, no

²⁶⁶ *In Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3-24.

²⁶⁷ GROS, Manuel; FROMENT, Jean-Charles. *Notes de Jurisprudence (C.E., Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-Sur-Orge, Ville d'Aix-em-Provence)*. Paris, *Revue de Droit Public*, Mars-Avril, 1996, p. 56-564.

²⁶⁸ A reificação do corpo é algo que vem sendo aceito pela doutrina em várias circunstâncias, desde que previamente autorizado, por exemplo: nas intervenções médicas autorizadas, nas relações de trabalho em que a força de trabalho é instrumentalizada em troca de remuneração (STANCIOLI, Brunello. *A renúncia ao exercício de direitos da personalidade* ou como alguém se torna o que quiser, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 108).

²⁶⁹ CRITTENDEN, Jack. *Beyond Individualism: Reconstituting the Liberal Self*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 77.

²⁷⁰ Além disso, inúmeros outros fatores poderiam vir a ser alegados para a demonstração da incorreção da decisão do Conselho de Estado, entretanto tais razões extrapolam o objeto de análise do presente capítulo.

²⁷¹ *In Instituciones de derecho civil, op. cit.*, p. 15.

qual se transforme em mero autômato, a servir de juguete ao mais desenfreado autoritarismo.”²⁷².

É óbvio que tais doutrinadores, quando da elaboração de tais argumentos, tinham por idéia de totalitarismo as experiências nazi-fascistas no início do século XX. Todavia, como ressaltado por Ludwig Raiser, mesmo o Estado do Bem Estar Social pode ser comportar como um verdadeiro Leviatã, se passar a querer coordenar a esfera íntima de conteúdo não econômico da vida das pessoas²⁷³.

Dessa forma, verifica-se que a despeito de ser possível sustentar a constitucionalização do Direito Civil, não é possível se falar em submissão do Direito Civil ao Direito Público ou, como alguns preferem, da publicização do Direito Privado, pois esses ramos do Direito possuem funções diversas no ordenamento jurídico pátrio. Imaginar a submissão completa do Direito Privado ao Direito Público seria retirar do indivíduo a possibilidade dele exercer, sem interferência do Estado, sua liberdade de ação²⁷⁴ e isso, em hipótese alguma, pode ser considerado como um ranço da velha concepção filosófica do liberalismo²⁷⁵, como sustentam alguns.

Nesse sentido, temos os ensinamentos do mestre português Carlos Alberto da Mota Pinto que sustenta que o Direito Civil deve assegurar “a autonomia da pessoa no desenvolvimento da sua personalidade”²⁷⁶.

Sendo assim, por mais que alguns tentem defender a completa publicização do Direito Civil, fato é que o fenômeno da constitucionalização não pode ser entendido como a morte do Direito Civil, muito pelo contrário, aludido fenômeno deve ser visto como um reforço no prestígio e na importância desse ramo do direito.

Ainda que alguns conceitos do Direito Civil tenham sido reinterpretados a luz do princípio da solidariedade e tenha recebido uma funcionalização, isso não representa uma completa submissão do Direito Civil ao Direito Público, eis que ele ainda representa a última fonte de resguardo dos indivíduos na busca da concretização da sua personalidade sem a interferência do Estado.

²⁷² *In Direito privado: novos aspectos, op. cit.*, p. 79.

²⁷³ *In Il compito del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di ter decenni*. Trad. Marta Grazieadei. Milano: Giuffrè, 1990, p. 226.

²⁷⁴ *Idem*, p. 226.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ *In Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 26-27.

5. VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1. Introdução

Como já demos a entender nos capítulos que antecederam a este, os direitos fundamentais devem também ser aplicados as relações jurídicas privadas, até mesmo porque os jogos de poder e as manifestações de agressão aos preceitos concernentes aos direitos fundamentais ocorrem, também, na esfera privada²⁷⁷:

“O contraste [entre agressão a direitos fundamentais pelo Estado ou por particulares] não é entre poder e não-poder, mas entre duas naturezas de poderes (...). A correção e o castigo cabem a autoridades diferentes.”²⁷⁸.

Sendo assim, nosso intuito com o presente capítulo é verificar se a ordem constitucional vigente permite que a liberdade e a autonomia privada conferidas aos indivíduos venham a sofrer limitações com base exclusiva e diretamente em outros direitos fundamentais.

Para chegar a qualquer conclusão quanto ao acima mencionado, iremos tomar por análise as relações contratuais²⁷⁹, pois são nessas relações que as partes costumam gozar de maior liberdade. É nesse tipo de relação que verificamos possíveis colisões entre a pretensão de exercício de um direito fundamental por uma parte e a defesa ao direito fundamental²⁸⁰ à autonomia privada da outra.

²⁷⁷ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ...*, op. cit., p. 9.

²⁷⁸ DUBY, Georges. *Poder Privado, Poder Público*. In DUBY, Georges (org.). *História da Vida Privada*, vol. 2: *da Europa Feudal à Renascença*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 23.

²⁷⁹ Não há dúvidas que a situação de embate entre direitos fundamentais também pode ser verificada em caso extracontratuais, como no embate entre direito à informação vs. o direito à intimidade. Contudo, a questão dos conflitos extracontratuais já se encontra bastante discutida na doutrina nacional e estrangeira, razão pelo qual não iremos nos aprofundar nesse debate. Contudo, não temos dúvidas que o modelo de aplicação que tratamos no presente trabalho poderá ser facilmente utilizado nesse tipo de conflito.

²⁸⁰ Apesar de não existir menção expressa a autonomia privada na CF/88, a doutrina brasileira é pacífica a atribuir a autonomia privada o caráter de direito fundamental, eis que ela se mostra como necessário corolário, não só da liberdade, como do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre o assunto, colacionamos os argumentos trazidos por Joaquim de Sousa Ribeiro, que assim leciona:

“é na esfera contratual que se levantam as questões de solução mais espinhosas. E não custa perceber o porquê. Nesta área, as obrigações de que resultam limitações aos direitos fundamentais são auto-impostas, traduzem exercício da autodeterminação negocial que constitui simultaneamente uma manifestação e um pressuposto livre de desenvolvimento da personalidade. Sem essa capacidade de agir, por forma a desencadear efeitos vinculativos nas suas relações com os outros, a liberdade de intervenção da pessoa fica inelutavelmente cerceada. Ora, se os direitos fundamentais têm como sentido e razão de ser a tutela da liberdade pessoal, compreende-se que provoque inicialmente alguma perplexidade a sua invocação na direcção contrária, isto é, como fonte de restrições à liberdade negocial dos privados.”.

E vários são os exemplos colacionados pela doutrina²⁸¹ sobre esse tipo de embate, sendo que, muito deles, já foram objeto de análise pelo Poder Judiciário. Apenas como forma de ilustrar a situação já exposta de forma abstrata, o que pretendemos responder é: Pode um contrato de trabalho obrigar o funcionário a se submeter a “revistas íntimas”, sob o fundamento de se evitar furtos?; Pode uma associação civil penalizar um associado sem garantir a ele o direito à ampla defesa e ao contraditório?; Pode um indivíduo pactuar a renúncia ao seu direito fundamental a liberdade em troca da participação em um programa televisivo?

Sendo assim, explicado está o motivo de nos atermos nesse capítulo à análise da tutela constitucional da liberdade e da autonomia privada sobre a ótica das relações contratuais. Ainda, cumpre ressaltar, que tal análise se dividirá em dois grandes momentos. O primeiro dirá respeito propriamente à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais tendo como contraponto a liberdade de contratar e a autonomia privada.

Em um segundo momento, nós tentaremos mostrar a correlação existente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais tendo como contraponto o direito de não contratar. Isso se mostra necessário, pois a prática jurídica indica que o exercício da liberdade de não

²⁸¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais*. Revista de Direito Público, Brasília, v. 01, nº 02, out/dez, 2003. E

contratar, usualmente, colide não com o direito a autonomia privada, mas sim com o direito ao tratamento isonômico. Em outras palavras, iremos analisar se o direito fundamental a igualdade de tratamento pode vir a limitar a autonomia privada²⁸².

Dessa forma, além dos objetivos mencionados alhures, o presente capítulo também buscará apresentar um breve estudo sobre os conceitos de liberdade e de autonomia e o seu desenvolvimento nas diferentes épocas, partindo das noções clássicas até as noções consideradas vanguardistas que, conforme se verá, defendem a vinculação desses direitos com os direitos fundamentais, vez que a ordem constitucional vigente confere grande prestígio a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

E a razão de todos esses objetivos é simples. O que almejamos é tentar definir quais seriam os limites de proteção constitucional conferida à liberdade, e, em especial, a um dos seus componentes essenciais, que é a autonomia privada, bem como efetuar a mesma correlação tomando por base o direito fundamental ao tratamento isonômico.

Assim, o principal objetivo do presente capítulo será o de examinar a intensidade da proteção da autonomia privada, com o objetivo de buscar uma definição de parâmetros para uma ponderação de interesses em conflito, buscando, assim, resolver questões de embate envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais no campo privado.

Feito os necessários esclarecimentos metodológicos, importante mencionar que a doutrina civilista clássica conceitua o contrato como um acordo de vontades gerador de efeitos obrigacionais²⁸³. Tanto assim o é que, nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, o contrato é “o instrumento jurídico de circulação econômica de bens e serviços”²⁸⁴. Segundo Luhmann²⁸⁵ as suas funções básicas, enquanto instrumento capitalista, seriam: (i) modalidade de troca; (ii) institucionalizar a autonomia privada e a liberdade contratual; (iii) proteger as partes contra os riscos econômicos; e (iv) permitir a equalização dos contratantes.

Ninguém dúvida, portanto, de que só é possível contratar quando os indivíduos, ou melhor dizendo, os sujeitos privados são dotados de liberdade e de autonomia. Na visão liberal clássica, que dominou a cultura jurídica por longos anos, tanto a liberdade quanto a

²⁸² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, op. cit., p. 189. e NAKAHIRA, Ricardo. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP.

²⁸³ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª Ed., 1988, p. 5.

²⁸⁴ *In Dirigismo Contratual*. Revista de Direito Civil 52/64.

²⁸⁵ *Apud* Tércio Sampaio Ferraz Junior, *in O Destino do Contrato*, Revista do Advogado, nº 9, 1982, p. 51.

autonomia dos sujeitos privados deveriam ser desempenhadas sem qualquer obstáculo, sem quaisquer interferências heterônomas, especialmente do Estado²⁸⁶.

Ora, foi sob a égide dessa ideologia, que as grandes empresas multinacionais passaram a dominar, com certa facilidade o mercado e que, em alguns casos, constituíram verdadeiros monopólios e oligopólios, podendo, em razão disso, impor aqueles que quisessem contratar com elas as normas que melhor lhe conviesse. Tal fenômeno, inclusive, chegou a ser intitulado de dirigismo contratual privado²⁸⁷. Indo além, Giuseppe Pera chamou tal fenômeno de *dittatura contrattuale*²⁸⁸.

Contudo, segundo será mais bem explicado abaixo, a nossa Carta Magna de 1.988 não permite mais sustentar, ao menos seriamente, a total liberdade dos indivíduos na realização de seus pactos, exatamente para evitar a situação de dominação como a narrada acima. Estamos vivenciando uma época em que se dá grande ênfase ao social, devendo, portanto, o *freedom of contract*, não ser mais analisado apenas dentro da ideologia do liberalismo, mas sim ser balizado pela ideologia constitucionalmente estabelecida.

No Brasil, a Constituição de 1.988 tutela uma liberdade contratual limitada pelos interesses sociais e de ordem pública econômica. Eros Roberto Grau²⁸⁹ sustenta que a Constituição da República de 1.988 representa uma mudança de paradigma no dirigismo contratual e na forma de se tutelar a liberdade e a autonomia, pois substituiu a economia de livre mercado, tipicamente liberal, por um mercado administrado, organizado e ordenado.

Nesse sentido, a nova dogmática acaba por tornar imprestáveis “princípios e construções de conceitos ordenados em função de outro tipo de conduta.”²⁹⁰. Com efeito, o contrato analisado pela doutrina liberal privilegiava sobremaneira a autonomia da vontade. Contudo, a ruptura causada pela mudança de mentalidade instituída pela Constituição de 1.988, optou por manter o nome clássico ao contrato, mas não mais privilegia

²⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Dirigismo Contratual*. Revista de Direito Civil 52/64.

²⁸⁷ O termo “dirigismo contratual”, ainda que na sua acepção mais corriqueira, foi cunhado por Louis Josserand em artigo de 1937 intitulado *Aperçu général des tendances actuelles de La théorie des contrats*, publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Civil* nº 36.

²⁸⁸ *In Diritto del lavoro*. Padova: CEDAM, 1996, p. 9.

²⁸⁹ *In Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, 1981, p. 60/77.

²⁹⁰ GOMES, Orlando. *Opus cit.*, p.5.

a liberdade e a autonomia dos contratantes, mas sim a inter-relação dos sujeitos privados por meio da atuação estatal²⁹¹.

Atualmente, encontra-se, ou, ao menos, deveria encontrar-se superada a ética individualista, vez que a liberdade contratual deu lugar a exigências constitucionais que buscam imprimir em todos os contratos celebrados a *true contractual fairness*²⁹². Não há dúvidas de que a implementação desse objetivo é difícil e que ainda estamos bem distantes dele, mas ele deve ser tido como inspiração e justificativa das transformações legislativas e jurisprudenciais que vêm ocorrendo.

5.2. Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e o direito fundamental à autonomia privada

5.2.1. As condições de Liberdade

Em um dos mais notáveis dicionários de filosofia, o verbete liberdade vem assim definido: “Condição daquele que é livre. Capacidade de agir por si mesmo. Autodeterminação. Independência. Autonomia.”²⁹³. Ao seu turno, Kant já alertara que: “a idéia transcendental da liberdade está, na verdade, longe de formar todo o conteúdo do conceito psicológico deste nome, conceito que é em grande parte empírico; apenas constitui o conceito da absoluta espontaneidade da ação, como fundamento autêntico da imputabilidade dessa ação.”²⁹⁴.

Dessa forma, pode-se ter a errônea sensação de que se é fácil definir o vocábulo liberdade, mas, como já salientado por Montesquieu, nenhuma palavra recebeu significado tão diversos e atingiu tanto os espíritos como liberdade²⁹⁵. Tanto assim o é que Felix E. Oppenheim²⁹⁶ assim pontificou sobre a liberdade:

²⁹¹ DIAS, Carlos Alberto da Costa. *Moderno Dirigismo Econômico e Direito Contratual*. Revista dos Tribunais 686/7.

²⁹² Expressão cunhada por Bernard Schwartz na obra *The law and its development: civil and common law systems compared*. Revista de Direito Civil 6/167.

²⁹³ JAPIASSU, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990, p. 151.

²⁹⁴ *In Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 408.

²⁹⁵ GOYARD-FABRE, Simone. *Les Principes Philosophiques Du Droit Politique Moderne*, Paris: PUF, 1997.

²⁹⁶ *In Dicionário de Política*, 11ª ed., Brasília: UNB, 1998, p. 709.

“A palavra ‘Liberdade’ tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, tem sido usada para acobertar qualquer tipo de ação política ou instituição considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo, até a prosperidade econômica.”.

Ao seu turno, a teoria constitucional moderna vem buscando encontrar a justa medida entre dois tipos de liberdade: a liberdade de participar na formação da vontade do Estado, conceito muito ligado ao de soberania popular, e a liberdade do indivíduo autoregular a sua vida sem interferência do Estado, conceito relacionado a autonomia privada.

Apesar dos eventuais conflitos entre os defensores de uma linha da liberdade ou da outra, fato é que uma depende da existência da outra. Vejamos: Uma democracia sem um ambiente político que resguarde as liberdades individuais será uma pretensa democracia, assim como sem o governo da maioria e a responsabilidade política exigida pela democracia seria muito fácil que um grupo que ascendesse ao poder passasse a restringir a liberdade dos governados em benefício próprio. Sobre essa questão, temos a precisa lição de Fabio Konder Comparato²⁹⁷:

“(...) a liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem a efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos.”.

Nesse mesmo sentido, o escólio de Daniel Sarmiento: “Afirmam-se, hoje, que a democracia pressupõe a existência de um espaço público aberto, em que as pessoas e os grupos possam discutir sobre temas polêmicos, prontas ao diálogo, reconhecendo se reciprocamente como seres livres e iguais.”²⁹⁸.

²⁹⁷ *In A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 51.

²⁹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 307.

Mas o problema da liberdade não se restringe apenas ao equilíbrio entre a liberdade como autonomia privada e a liberdade como participação no processo democrático²⁹⁹. Outro grande problema relacionado a liberdade é a questão das liberdades positivas e negativas.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁰⁰ distingue as duas espécies de liberdade da seguinte forma: a liberdade negativa seria a ausência de constrangimentos, enquanto a liberdade positiva seria a capacidade de se autodeterminar.

Na mesma linha de pensamento encontram-se os ensinamentos de Norberto Bobbio. Para ele, a liberdade negativa seria: “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado a isso ou sem que o impeçam outros sujeitos”³⁰¹. Ao seu turno, a liberdade positiva seria: “a situação em que um sujeito de direito tem a possibilidade de orientar sua vontade em direção a um objetivo, de tomar decisões, sem ver-se determinado pela vontade dos outros.”³⁰².

Ainda merece trazer a baila, o escólio de Arnaldo Wald³⁰³ que estabelece a diferença entre liberdade de contratar e liberdade contratual. A primeira seria a faculdade do sujeito de direito firmar ou não qualquer contrato, já a segunda seria a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato.

Ora, ante o acima exposto e do teor dirigente de nossa Carta Constitucional de 1.988, verifica-se que não basta o simples reconhecimento da autonomia privada, mas sim que o Estado forneça condições mínimas para que os sujeitos possam efetivamente se valer da autonomia que lhes é garantida.

Em um Estado preocupado com o bem estar de seus indivíduos e que tem a pessoa humana como valor mais alto, não garante a plena autonomia apenas resguardando a liberdade negativa, isto é, se abstendo de influir nas decisões, mas sim garante a realização e eficácia da autonomia privada por meio de ações positivas que tenham por objetivo, como

²⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 148.

³⁰⁰ *In O destino do Contrato*, Revista do Advogado, nº 9, 1982, p. 51.

³⁰¹ *In Igualdad y Libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993, p. 96.

³⁰² *Idem*, p. 100.

³⁰³ *In Obrigações e Contratos*, 5ª Ed., São Paulo: RT, 1979, p. 109.

bem salientado por Carl F. Friedrich, “liberar o Homem das restrições e limitações que dificultam seu pleno desenvolvimento como ser humano.”³⁰⁴.

Dessa forma, vê-se que a necessidade de equilibrar a liberdade não reside unicamente na questão atinente a participação na tomada de decisões e a autonomia privada, mas se mostra indispensável conciliar as noções de liberdade passiva e liberdade ativa, eis que a pessoa humana não é totalmente livre quando não tem garantida as suas necessidades vitais ou quando é oprimida nas relações sociais em que toma parte. A esse respeito, vejamos o escólio de Fabio Konder Comparato³⁰⁵:

“(…) toda uma série de direitos individuais consagrados na Constituição, tanto os civis (…) quanto os políticos (…) supõem, para a sua existência efetiva, o concurso de condições econômicas e sociais bem definidas: alimentação, saúde, instrução, rendimentos mínimos garantidos. Onde falem, largamente, estas exigências preliminares, aqueles direitos constituirão um luxo do qual apenas usufruem os *beati possidentes*.”.

Na mesma esteira, temos os ensinamentos de Ricardo Lorenzetti, que assim afirma:

“para sermos livres, necessitamos ter um nível de vida digno e um mínimo de educação; do contrário, não haverá possibilidade de optar, porque se está em estado de necessidade ou porque não se conhecem as opções.”³⁰⁶.

Em outras palavras, a nossa Carta Magna de 1.988 não apenas garantiu aos sujeitos de direito à autonomia privada, vez que todos são iguais perante a lei e possuem idêntica capacidade jurídica, mas também, atenta as grandes desigualdades sociais e econômicas, garante aos indivíduos condições para que esses se encontrem em real igualdade – ou, ao menos, para diminuir a desigualdade existente – para, dessa forma, conseguirem livremente se autodeterminar.

³⁰⁴ *In Derecho, Independencia, Libertad: Una nueva evaluación. In La Filosofía del Derecho.* Trad. Margarita Álvarez Franco. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 379.

³⁰⁵ *In Liberdades Formais e Liberdades Reais. In Para viver a democracia.* São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 15.

³⁰⁶ *In Fundamentos do direito privado.* Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 153

E é justamente isso que defende Ricardo Lobo Torres ao afirmar que: “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade.”³⁰⁷.

Portanto, o que se verifica da sucinta análise feita acima é que o segredo para o relativo sucesso de nossa Constituição da República – e, por que não dizer da constitucionalização do Direito Privado – reside no fato de ser garantido aos sujeitos tanto a participação democrática, quanto a sua autonomia privada, pois, se assim não fosse, não estaria se dando vazão a todos os aspectos da liberdade humana³⁰⁸.

Mas não é só, além do acima exposto, outro fator responsável pela garantia da liberdade em nosso ordenamento jurídico foi a necessidade de se garantir as condições mínimas de existência. Tal fator também se mostra de grande valor para a realização da plena liberdade, pois como dito por Daniel Sarmento: “não haverá liberdade onde existirem miséria, fome, analfabetismo ou exclusão social em patamares eticamente inaceitáveis.”³⁰⁹.

5.2.2. Autonomia Privada: Princípio Fundamental do Direito Privado

Como vimos acima, a autonomia privada representa uma das vertentes primordiais do exercício da liberdade. O vocábulo “autonomia” deriva do grego *autos* + *nomos* e significa autodeterminação, o que é regido por leis próprias, “autogoverno de sua esfera jurídica”³¹⁰. Etimologicamente, portanto, autonomia significa o poder de determinar, sem a influência externa, as regras que balizaram a conduta³¹¹, desde que essas escolhas não perturbem o direito de terceiros ou violem o direito da coletividade.

Não há dúvidas que inúmeras são as definições de autonomia privada na doutrina, mas todas apresentam os mesmos elementos essenciais descritos acima. E dessa forma, sem ter a pretensão de revolucionar o conceito de autonomia privada, iremos adotar a definição dada por Wilson Steinmetz: “o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres

³⁰⁷ *In A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 263.

³⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit.* p. 141/154.

³⁰⁹ *In Direitos fundamentais e relações privadas, op. Cit.*, p. 154.

³¹⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Ed., Coimbra, 1999, p. 89.

³¹¹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 128. No mesmo sentido, ALPA, Guido. *Instituzioni di diritto privato*. 3ª Ed., Torino: UTET, 2001, p. 278.

e soberanamente, auto regulamentem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões)”³¹². Ainda sobre esse ponto, importante destacar que a autonomia privada se manifesta, basicamente, em dois grandes momentos: (i) no poder de autodeterminação dos próprios interesses; e (ii) no poder de se vincular juridicamente a outrem, assumindo, desse modo, deveres e responsabilidade.

E esta ideia de autonomia privada se revela como um corolário necessário do princípio da dignidade da pessoa humana, que, nos dizeres de Canotilho, funda-se no “princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna de *dignitas-hominis* (*Pico della Mirandola*), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”³¹³.

Por essas razões que a autonomia privada é princípio fundamental do Direito Privado e muito especialmente do Direito Civil. Não por outra razão que a doutrina é criativa ao qualificar tal princípio como: constitutivo do Direito Civil³¹⁴, “princípio de ordenação sistemática interna”³¹⁵, “dogma nuclear do ordenamento privado”³¹⁶, entre outros.

Contudo, ainda que a autonomia privada represente esse papel basilar no Direito Privado é, com certeza, no campo dos negócios jurídicos³¹⁷, em especial dos contratos, que a autonomia privada ganha especial relevância, vez que a autonomia privada acaba se revelando como a liberdade contratual.

A despeito da lição clássica de Arnaldo Wald mencionada acima, entendemos que a liberdade negocial não envolve tão somente a liberdade de contratar ou não e o conteúdo do contrato, mas envolve também a liberdade de escolher com quem contratar (que será melhor analisada no item 5.2.3. abaixo), a liberdade de escolher o tipo de contrato (se típico ou atípico) e também os efeitos decorrentes da contratação.³¹⁸

³¹² *In A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 190/191.

³¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 219.

³¹⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha, 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 633.

³¹⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Op. Cit.*, p. 81.

³¹⁶ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito pós-moderno: em busca de sua formação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 171.

³¹⁷ Negócios jurídicos serão aqui tratados como: “actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo.” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Op. Cit.*, p. 89.

³¹⁸ ROPPO, Enzo. *Op. Cit.*, p. 132/133; GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª Ed. Atualização e Notas de Humberto Theodoro Jr., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 22 e seguintes.

Contudo, como já demos a entender nos parágrafos iniciais desse capítulo, a autonomia privada é princípio fundamental para o Direito, mas, como todo princípio, não é absoluto. Ora, a autonomia privada deve sempre ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, além também ser conciliada com todos os demais princípios igualmente privilegiados pelo ordenamento jurídico³¹⁹.

Assim, segundo Kant, toda ordem jurídica funda-se na liberdade do indivíduo, eis que ela: “é o conjunto das condições, sob as quais o arbítrio de um pode coexistir com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal de liberdade”³²⁰.

E veja que nem mesmo no período áureo do liberalismo econômico, isto é, nos idos de 1.800 até o início dos anos 1.900, o princípio da autonomia privada foi visto como absoluto. Tanto assim o é que Gustav Radbruch³²¹ afirmou que “limitações leais à liberdade contratual mostram-se sempre necessárias”³²².

Na mesma esteira do acima exposto, o grande civilista alemão Karl Larenz afirma que, caso a autonomia privada fosse absoluta, a própria ideia de ordenamento jurídico correria o risco de extinção e seríamos obrigados a viver em uma “sociedade” que a vontade do mais forte sempre prevaleceria:

*“(...) en aras de la vida conjunta en una comunidad, que satisfaga las condiciones de un Estado de Derecho, tienen todos que aceptar ciertas limitaciones de su libertad, sin las cuales ésta no sería posible. Todo derecho de libertad encuentra por esto su límite en el derecho de libertad de los demás y en los deberes que el Derecho impone a cada una em beneficio de la paz jurídica y a todos em beneficio de la existencia de una comunidad erigida sobre la idea del Derecho.”*³²³.

³¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 155.

³²⁰ *Apud* PEDROSO, Marcelo. *Liberdade e Irrenunciabilidade no direito do trabalho ...*, *op. cit.*, p. 55.

³²¹ *In Filosofia do Direito*. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6ª Ed., Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 287.

³²² Aqui, todavia, cumpre ressaltar que as limitações impostas eram bem diversas das limitações que tratamos hoje em dia, vez que, ainda que existentes as limitações, vigia a idéia de que a liberdade contratual deveria ser a maior possível, tanto que em razão disso que foi erigido o conceito de *pacta sunt servanda* e de que o *contractus est lex inter partes*. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 37.

³²³ *In Derecho Justo: Fundamentos de Etica Juridica*. Trad. de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 62.

Portanto, vemos que para atingir uma pacificação de toda sociedade – objetivo precípua do Direito – se faz necessário que o Estado, por meio de leis elaboradas pelos representantes da sociedade (o Poder Legislativo), limite, intervindo e restringindo, a autonomia privada.

E grande parte dessas limitações e transformações, na maneira de se enxergar a autonomia privada, decorre de elementos extrajurídicos, como as transformações sociais e econômicas que vimos presenciando nas últimas décadas. Contudo, ainda que diante de uma “funcionalização” da autonomia privada, em especial da liberdade contratual³²⁴, o que se observa é que ela, ainda assim, mantém o seu núcleo intangível, constituído pelos elementos acima descritos.

E esse é a lição de Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, que assim afirma:

“A própria autonomia privada (...) é objeto de garantias fundamentais e, por isso, de efeitos em terceiros (...). Na medida em que também a autonomia privada é jusfundamentalmente protegida, a afirmação dos direitos, liberdades e garantias não pode afetar seu núcleo irredutível.”³²⁵.

No direito clássico, a liberdade contratual era enorme, quase que sem limitações, eis que tinham como referência os contratos paritários, cuja formação só se averiguava após uma intensa negociação de todas as cláusulas contratuais. Tanto assim o é que, lembramos aqui a lição de Pierre de Harven³²⁶, segundo o qual a possibilidade de estabelecer as cláusulas contratuais deveriam seguir os métodos da amputação ou do enxerto. O primeiro método consistia em retirar do contrato uma de suas cláusulas, tendo-a, portanto, por não escrita; o segundo consistia em introduzir no corpo do contrato outras obrigações que haviam sido pactuadas.

E justamente por essa discussão, cláusula a cláusula, que a doutrina clássica tinha o contrato como sendo sempre justo, “porque se foi querido pelas partes, resultou da livre

³²⁴ STEINMETZ, Wilson. *Op. Cit.*, p. 193.

³²⁵ *In A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Lisboa: Almedina, 2005, p. 25.

³²⁶ A referência é feita por Orlando Gomes, *op. Cit.*, p. 24.

apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes.”³²⁷. Tanto assim o era, que surgiu a máxima: *qui dit contractuelle, dit juste*.

Contudo, a sociedade capitalista desenvolvida, com um sistema de produção e consumo de bens em larga escala mundial, exigiu uma técnica de contratação em massa que fosse funcional e eficiente e, com isso, acabou limitando a possibilidade de discussão das cláusulas do contrato pelas partes e ocasionou o surgimento dos contratos de adesão³²⁸.

Em tais contratos, o princípio da autonomia privada encontra-se reduzido à liberdade da parte em optar entre contratar ou não, sendo que, em muitos casos, devido a existência de monopólios ou oligopólios de certos bens e serviços, até a liberdade de contratação encontra-se restrita. E mais, dado a essencialidade de alguns bens detidos por monopólios, nem isso mais é facultado à parte, pois, ou ela contrata e, dessa forma, realiza a plenitude de sua dignidade, ou não contrata e passa a ter uma vida indigna.

Mas não só por fatores extrajurídicos que a autonomia privada vem sofrendo limitações, como dito acima. Muitas das limitações a autonomia privada são criadas pelo próprio legislador eleito pela sociedade, e, nesse ponto, podemos falar das cláusulas gerais, normas interpretativas e normas imperativas.

Não há dúvidas de que no Direito Civil contemporâneo, ainda mais com a famosa constitucionalização do Direito Privado, o número de normas imperativas ou cogentes aumentou consideravelmente.

Outro limitador é encontrado nas cláusulas gerais, por meio de tais “cláusulas”, que visam conferir maior mobilidade ao sistema jurídico, evitando o engessamento da lei civil³²⁹, permitindo que o intérprete-aplicador – na maior parte dos casos, o juiz – utilize-se em suas decisões elementos metajurídicos limitativos da autonomia privada. Veja que o Código Civil de 2.002 é riquíssimo ao fazer menção a tais elementos que possibilitam a abertura do sistema, vez que faz menção a conceitos como: “ordem pública”, “bons costumes”, “abuso de direito”, “boa-fé”, “probidade”, “equidade”, “função social”, “finalidade econômica”, etc.

³²⁷ BESSONE, Darcy. Do Contrato: Teoria Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 31.

³²⁸ Contratos de adesão são contratos estandarizados, em que a parte aderente apenas demonstra a sua vontade em aderir ao conteúdo do contrato determinado exclusivamente pela outra parte.

³²⁹ NERY JUNIOR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e legislação extravagante*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2004, p. 409/412.

Há, outrossim, as limitações impostas à autonomia da vontade pelas normas interpretativas, que também são voltadas ao intérprete-aplicador, e tem por finalidade dirigir a forma de atuação desse. Ora, toma-se por base o art. 423, do Código Civil que dispõe: “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, não há dúvidas de que a autonomia privada foi limitada, pois ainda que as partes tenham querido estipular uma condição ou cláusula que seria mais benéfica ao proponente, o aplicador, necessariamente, deve dar interpretação diversa a ela.

Vê-se, portanto, que a autonomia privada, em especial a liberdade contratual, encontra seus limites na lei e nas circunstâncias sociais e econômicas que levaram a adoção da realização de contratações de massa. Isso levou alguns doutrinadores a afirmar que o contrato e, por conseguinte, a autonomia privada, encontrar-se-iam mortos, já que as possibilidades de exercício da autonomia seriam todas previstas no ordenamento.

Contudo, tal visão mostrou-se extremamente açodada, pois, hodiernamente, o que se vê foi uma mudança de paradigma, mas que, a despeito de todas as restrições impostas, não tiraram da autonomia privada o seu papel fundacional e estruturante do Direito Privado, em especial, do Direito Civil³³⁰.

Até mesmo porque existem limites a própria lei que restringe a autonomia, vez que, por ser a autonomia privada corolário necessário da liberdade, que, ao seu turno, é a única forma capaz de propiciar uma vida digna a pessoa humana³³¹, uma limitação sem controle poderia vir a causar uma frontal violação ao valor mais caro ao nosso ordenamento jurídico. E mais, é imperioso consignar que toda e qualquer restrição imposta a autonomia privada deve ser sempre fundamentada e ser justificada em função da promoção da igualdade substantiva e de outros valores solidarísticos eleitos pela Constituição³³². Eis que, segundo o preceituado por John Rawls, somente é possível limitar uma liberdade básica se tal limitação beneficiar a própria liberdade, isto é, só seria possível limitar uma liberdade se fosse para assegurar que tal

³³⁰ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional e derecho privado*. Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid: Civitas, 1995, p. 75/79.

³³¹ “A liberdade significa para eles [Sócrates e Kant] mais do que a ausência de coação. A liberdade [e a autonomia privada, como necessário corolário dela] era para eles a única forma digna de vida humana.” (POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1999, p. 124.

³³² SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 158.

liberdade, ou outra liberdade básica, restasse devidamente protegida ou para ajustar o conjunto das liberdades da melhor forma possível³³³.

5.2.3. Correlação entre as condições de Liberdade com o desempenho da Autonomia Privada

Conforme já pincelado alhures, uns dos grandes fatores que impuseram restrições ao pleno desenvolvimento da autonomia privada foram os elementos extrajurídicos, tais como a situação socioeconômica dos contratantes e as crescentes alterações na produção e consumo de bens, que acabaram por alterar as condições de liberdade das partes contratantes e transformaram a autonomia privada em uma liberdade de fachada.

Pois bem, justamente para evitar que tal situação se perpetuasse, que o legislador pátrio optou corretamente em impor algumas restrições legais à autonomia privada para, que dessa forma, garantisse as condições de liberdade entre as partes.

A liberdade positiva mencionada acima não é suficiente para a plena realização da autonomia privada, a ausência de constrangimentos externos é importante, desde que as partes contratantes estejam em condição de liberdade. E é justamente isso que autoriza jurídica e eticamente o restabelecimento das condições contratuais por meio de leis cogentes de ordem pública.

A esse respeito, veja, uma vez mais, a lição de Gustav Radbruch:

“Desde que os contratantes se distinguem entre proprietários e não proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de a terem de aceitar (...). A liberdade contratual converte-se, portanto, em escravidão social na sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, volve-se, na ordem dos factos sociais, em servidão. Daí, para a lei, a necessidade de ter de inverter de novo as coisas, e, por meio de certas limitações impostas a liberdade restabelecer a liberdade social de contratar.”³³⁴.

³³³ *In Uma teoria da Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 1993, p. 169-170

³³⁴ *In Filosofia do Direito. Op. Cit.*, p. 288.

Ou seja, a lição acima só vem tornar mais clara a célebre frase de Lacordaire: “entre o fraco e o forte, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza.”.

Ora, no Estado Liberal o bem mais sagrado não era a dignidade do homem, mas sim a propriedade, ou melhor, o direito a propriedade, tanto é que ele buscava de maneira precípua garantir a liberdade dos indivíduos em adquirir, manter e transmitir seus bens sem qualquer interferência. O Estado só poderia interferir nas relações entre os particulares quando fosse necessário impedir que terceiros prejudicassem a realização das faculdades acima. E isso chegou a tal ponto de John Locke afirmou que: “o objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade”³³⁵.

Dessa forma, é possível chegar a conclusão de que a autonomia privada ainda é princípio fundamental do Direito Privado, contudo, ela não é absoluta e ilimitada, ela sofre restrições não só da situação socioeconômica em que nos encontramos, mas também encontra seus limites nas cláusulas gerais, normas interpretativas e imperativas, que visam, justamente, corrigir as disfunções geradas pelos fatores extra-jurídicos, bem como harmonizar a análise do Direito Privado com os valores e princípios consagrados em nossa Constituição.

Tanto assim o é que Pietro Perlingieri ao comentar sobre o assunto assim pontificou: “a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais”³³⁶.

Contudo, a concepção clássica da autonomia privada se encontra há muito superada. Com o advento do Estado do Bem-Estar Social deu-se uma ampliação da participação estatal na esfera econômica, o que levou ao dirigismo contratual, isto é, a intervenção estatal na esfera das relações contratuais com o objetivo de acudir as partes tidas por hipossuficientes ou para o atingimento de algum interesse classificado como público.

Paralelamente a isso, se observou, conforme mencionado em maiores detalhes no capítulo 4, que o centro do Direito Privado migrou do Código Civil para a Constituição, cujos princípios e valores não apenas serviam como técnica interpretativa a aplicação das normas

³³⁵ *In Segunda Tratado do Governo*, Cap. IX.

³³⁶ *In Perfil do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 277.

infraconstitucionais, como passaram a poder vir a incidir diretamente, ainda que de forma subsidiária, sobre as relações jurídicas mantidas pelos sujeitos privados³³⁷, dando especial atenção a dignidade da pessoa humana com reflexos diretos na concepção da autonomia privada.

5.2.4 A Ordem Constitucional Brasileira e a Proteção à Autonomia Privada

A Constituição da República de 1.988 surgiu como reação ao autoritarismo político que havia dominado o Brasil nas décadas que a antecederam e não por outra razão, que ela se dedicou com especial atenção as questões atinentes à liberdade dos indivíduos. E tal atenção pode ser resumida em três grandes grupos: a liberdade de participar do processo democrático, o resguardo à autonomia privada em todos os seus âmbitos, sejam eles pessoais ou negociais e a fomentação das condições de liberdade.

O aspecto que nos é mais caro, para os termos do presente trabalho, é o da autonomia privada. Em inúmeras passagens – podendo-se, inclusive, afirmar que possuem um local de destaque dentro da topografia da Constituição, conforme salientado no capítulo 4 supra – o constituinte pátrio descreveu de forma extensa e significativa os direitos fundamentais, bem como as garantias e os meios que buscam dar efetividade a esses direitos.

Não só assim o fez, como também verificou de forma clara, que a igualdade meramente formal não era suficiente para dar vazão a tais direitos, vez que impede que o homem encontre-se em situação de liberdade, razão pela qual reconhece a existência de situações opressoras e prevê uma série de mecanismos para o seu combate, por exemplo, os direitos sociais e os princípios que devem reger toda ordem econômica.

Veja, em nenhum momento a Constituição abandona as nossas origens capitalistas, porém ela mitiga a visão capitalista liberal com toques de solidariedade e de justiça social, a fim de que o seu valor primordial não seja apenas sempre respeitado, mas também que existam meios que facilitem a sua plena realização.

Em outras palavras, o modelo adotado continua sendo o da autonomia privada, dos meios privados de produção, etc., mas isso não desautoriza ao Poder Público a interferir e

³³⁷ Sobre esse ponto recomenda-se a leitura do artigo de Lucas Sampaio Santos, publicado na Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo, nº 6.

regular a economia e, por que não dizer, a autonomia privada, para que eventuais distorções do mercado sejam corrigidas.

Pois bem. É justamente a partir dos elementos descritos acima que devemos fazer uma análise da proteção conferida pela Constituição da República à autonomia privada. E, com base em tais argumentos, verifica-se que a autonomia privada em seu aspecto negocial é plenamente protegida, mas que comporta mitigações, todas devidamente fundamentadas³³⁸, por uma série de outros valores também constitucionalmente estabelecidos. E esses valores e interesses também constitucionalmente estabelecidos permitem, inclusive, que o legislador ordinário imponha algumas outras restrições à autonomia privada, seja por meio de cláusula geral, norma interpretativa, normas de ordem pública, etc.

Em outras palavras, o fato da Constituição da República alçar a categoria de direito fundamental a autonomia privada não faz com que essa fique imune as intervenções e restrições legislativas. E mais, tais restrições não podem ser entendidas como um desprestígio a autonomia privada ou ao modelo capitalista de economia, mas sim devem ser entendidas como naturais, vez que têm por objetivo minimizar a desigualdade de forças verificada na sociedade, de modo a tentar conferir a todas as condições para o exercício de sua liberdade.

Veja sobre isso a precisa lição de Daniel Sarmento:

“Na verdade, parece-nos que existe, sim, proteção constitucional à autonomia privada negocial, que no entanto é relativa e tem de ser conciliada com diversos outros princípios e valores constitucionais. Por isso, a lei pode restringir a autonomia para proteger outros interesse, desde que de forma proporcional. Mas o controle de proporcionalidade deve ser aqui exercido, no nosso entendimento, sem grande rigidez, com cautela, de forma referente em relação às decisões adotadas pelos poderes políticos, em linha semelhante à adotada no direito americano para as liberdade econômicas, através de algo semelhante ao *standard* do teste de racionalidade (*rationality test*), empregado naquele país, diante da relevância inferior e papel instrumental que tais liberdades assumem na tábua de valores subjacentes à Constituição Brasileira.”³³⁹.

³³⁸ Sobre o que consideramos como uma fundamentação jurídica adequada, nos baseamos nas lições de Robert Alexy na obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³³⁹ *Op. Cit.*, p. 179. Nota de rodapé 111.

O que se depreende da lição acima é que os direitos econômicos e os direitos patrimoniais, como é o caso da autonomia privada, são protegidos por serem manifestações da dignidade da pessoa humana e não pelo seu valor inerente. Em outras palavras, a autonomia privada tem proteção constitucional como forma de concretizar a liberdade e a dignidade da pessoa humana e não o contrário. E é exatamente isso o que defende Luiz Edson Fachin:

“(...) a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não patrimoniais, ou seja, para a dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para a justiça distributiva.”³⁴⁰.

Ainda, mantendo a lição acima em mente, é possível chegar à conclusão de que, quando se tratar da proteção da autonomia privada, a essencialidade do bem em questão também será determinante para a averiguação da força da proteção constitucional a ser conferida à autonomia privada, conforme trataremos em maiores detalhes no capítulo 7 abaixo. Ora, quando se tratar de bem essencial a realização da dignidade da pessoa, será permitida uma maior interferência do Estado na autonomia privada, ao seu turno, quando se tratar de bem dispensável a proteção conferida a autonomia privada deverá ser maior.

E essa conclusão foi trazida de forma inovadora por Teresa Negreiros ao discorrer sobre a Teoria do paradigma da essencialidade:

“(...) a destinação do bem objeto do contrato é um elemento fundamental na determinação do relativo poder negocial dos contratantes, e por isso deve ser levada em conta na solução do conflito de interesses que eventualmente sobrevenha.”³⁴¹.

E continua:

³⁴⁰ *In Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 181/182.

³⁴¹ *In Teoria Geral do Contrato: Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 453.

“(…) os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte mais vulnerável (...); e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios de direito contratual clássico, vigorando aqui a regra de mínima intervenção heterônoma.”³⁴².

E isso, ante a exposição feita acima, chega a parecer-nos um tanto quanto óbvio, pois o intervencionismo na área dos bens de primeira necessidade se justificaria a ponto de garantir ao maior número de pessoas possíveis o acesso a tais bens, até mesmo como forma de atingir as condições de liberdade acima descritas.

E veja que ainda que insipiente, a jurisprudência brasileira em alguns casos já tem se manifestado nesse sentido.

Um belo exemplo que demonstra que a adoção do sistema capitalista pela nossa Constituição não se deu nos moldes preceituado pelo liberalismo puro, mas sim no modelo buscando a máxima realização do valor da dignidade da pessoa humana está no voto do Ministro Moreira Alves ao relatar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4³⁴³:

“Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos a existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social (...).

Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva (...) e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo, para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos (...) existência digna (...).

Tem, pois, razão, José Afonso da Silva (...) ao acentuar que ‘a livre iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que a

³⁴² *Idem*, p. 453.

³⁴³ Em tal ADIN, julgada no início da década de 90, estava se discutindo a inconstitucionalidade da Lei nº 8.039/90, a qual instituía mecanismos de controle sobre o reajuste dos valores das mensalidades cobradas pelas escolas particulares. Em suma o Autor alegou, para embasar o seu pedido, violação aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, como se verá do voto, o pedido foi rejeitado.

liberdade de desenvolvimento da empresa, no quadro estabelecido pelo poder público (...)'.

Essas conclusões se justificam ainda mais quando a atividade econômica diz respeito à educação, direito de todos e dever do Estado (...).”.

E foi nessa mesma linha o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

“As atividades empresariais – qualquer que seja o campo em que exerçam (...) – não têm, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto – não criam em torno dos organismos empresariais qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos que a imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República. (...)

A regulação normativa, pelo Estado, das políticas de preços traduz competência constitucionalmente assegurada ao Poder Público cuja atuação regulatória é ditada por evidentes razões de interesse público, especialmente por aquelas que visem a preservar os postulados da livre concorrência, a fomentar a justiça social e a promover a defesa dos direitos e dos interesses do consumidor.”.

Ante o exposto, podemos afirmar que a Constituição de 1.988 protege sim a autonomia privada, mas a protege como forma de realização de seu valor maior, qual seja a dignidade da pessoa humana, razão pela qual a autonomia privada não pode ser vista como um valor fim em si mesmo, mas sim como um valor necessário para a realização de outro maior.

E é justamente essa necessária mudança de enfoque trazida pela Constituição de 1.988 que nos permite que coloquemos alguns limites e restrições legais ao desempenho da autonomia privada, sem que, com isso, estejamos declarando a morte da vontade dos contratantes, mas sim reforçando o plano constitucional estabelecido.

5.3. Análise da vinculação dos particulares ao Direito Fundamental da Igualdade

5.3.1. Introdução

No item anterior verificamos de que forma se dá o relacionamento da autonomia privada com os demais direitos fundamentais, de acordo com a ordem constitucional vigente, isto é, verificamos o aspecto da liberdade positiva, ou seja, até que ponto os particulares podem restringir os direitos assegurados constitucionalmente.

Sendo assim, cumpre-nos agora analisar a faceta negativa da liberdade, isto é, a possibilidade do particular escolher com quem contratar, o que, indubitavelmente, implica na exclusão de potenciais contratantes e, em alguns casos, conforme vemos, pode chegar a afetar o seu direito fundamental à igualdade de tratamento.

Mas não é só, são nos casos de exclusão da contratação que o direito fundamental ao tratamento isonômico comumente pode vir a ser vilipendiado. É também possível verificar situações onde tal direito é violado mesmo tendo sido firmado um contrato. Imagine-se a seguinte situação: um particular firma contrato com diversos outros entes privados com relação ao mesmo tipo de objeto, mas, para cada um deles, fixa condições diversas. Ora, não há dúvidas que aquele que pactuou de forma mais onerosa irá sentir que seu direito a tratamento isonômico foi violado.

A questão é saber quais as implicações e os limites da vinculação dos particulares a esse direito fundamental.

5.3.2. O Direito Fundamental a Igualdade

Não há dúvidas na doutrina de que a Constituição garante como direito fundamental o tratamento isonômico. Ainda, imperioso ressaltar que tal direito possui dois espectros de análise, quais sejam, o negativo e o positivo. O negativo se mostra como a proibição a

comportamentos discriminatórios, já o flanco positivo³⁴⁴ determina o dever de tratamento diferenciado, quando verificada causa objetiva para tanto³⁴⁵.

Sendo assim, é fácil verificar que o direito ao tratamento isonômico, assim como todos os demais direitos fundamentais vincula diretamente os Poderes Públicos. Assim, caberá ao Poder Legislativo observar tal direito ao elaborar as leis, já o Judiciário e o Executivo deverão respeito a ele – na forma mencionada acima – quando da aplicação, interpretação e execução das normas jurídicas.

Contudo, cumpre verificar em que medida tal direito fundamental vincula os particulares, vez que, conforme já visto, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode se dar da mesma forma e com a mesma intensidade como ocorre nas relações verticais³⁴⁶.

Ora, não é razoável que se imponha aos particulares, assim como se impõe aos Poderes Públicos, um dever de fundamentar juridicamente todas as diferenciações que viessem a fazer com base em valores socialmente relevantes ou em parâmetros fundados em critérios de razoabilidade³⁴⁷. Ora, aos particulares é assegurado o direito de agir com base em sentimentos pessoais, preferências subjetivas de foro íntimo e até caprichos³⁴⁸. Nessa esteira, John Rawls sustenta que o princípio da igualdade se subordina ao princípio da liberdade³⁴⁹.

Nesse mesmo sentido, Vieira de Andrade afirma que o princípio da igualdade “não é aplicável nas relações privadas enquanto proibição do arbítrio ou imperativo de racionalidade de atuação”, e isso se deve ao fato de que:

“O homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional.

³⁴⁴ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, pp. 141/142.

³⁴⁵ CANOTILHO, J. J., *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 382.

³⁴⁶ Ademais, deve-se ter muito cuidado ao pretender impor qualquer tipo de limitação as liberdades individuais em nome de um suposto critério coletivista, pois existe uma grande chance de que isso descambe para o totalitarismo. Como já salientado por Foucault, O “interesse coletivo” é uma idéia sujeita aos mais variados discursos, que, não raramente, variam em função do círculo de poder em que se insere quem os veicula.

³⁴⁷ GALIZA, Andréa Karla Amaral de. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 146.

³⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, op. cit., p. 260.

³⁴⁹ *In Uma teoria da Justiça ...*, op. cit., p. 99.

Em vez de se pretender impor rigidamente a cada indivíduo que, nas relações com seus semelhantes, os trate com estrita igualdade, fundamentando sempre juridicamente os seus actos e não atuando senão com a certeza de poder justificar a sua atitude com um valor socialmente igual ou maior, deve tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade.

É assim que o Direito Civil tutela generosamente a vontade, por exemplo, na doação e no testamento, e consagra em termos latos a liberdade de contratar (e de não-contratar), sem condicionar esses actos em geral por um critério de racionalidade do comportamento. Estender aos indivíduos a aplicação constitucional da igualdade afigura-se-nos, em princípio, impróprio, absurdo e insuportável. A liberdade tem de prevalecer sobre a igualdade, constitui um limite imanente deste princípio.³⁵⁰

Nesse mesmo sentido, temos a lição de Luis Prieto Sanchís:

“(...) é evidente, por exemplo, que os particulares podem adotar decisões ou subscrever contratos atendendo a critérios discriminatórios vedado ao Poder Público. Porém, isso não sucede porque a igualdade seja irrelevante nas relações privadas, senão porque deve-se conjugá-la com a liberdade ideológica e pessoal dos indivíduos.”³⁵¹

Dessa forma, o que se verifica é que não há como negar a dimensão objetiva do princípio da igualdade nas relações privadas. Contudo, deverá o aplicador, tendo em vista que ambas as partes serão detentoras de direitos fundamentais, levar em consideração o carácter excepcional dessa imposição, deve ter ele em mente que não se está conferindo o poder para impor aos particulares condutas ditas por “politicamente corretas”, vez que isso viria a sufocar o pluralismo social.

Ainda, merece ressalva o fato de que quando maior for a diferença de poder entre as partes, bem como maior for a essencialidade do bem em questão, mais importante será a consideração do direito ao tratamento isonômico. Isso é o que defende Vieira de Andrade:

³⁵⁰ *In Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, in SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados*, 3ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 297/298.

³⁵¹ *In Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994, p. 255.

“Quando estejam em causa situações em que certas pessoas coletivas, grupos ou indivíduos detenham posição de domínio econômico ou social, por gozarem, por exemplo, de uma situação de monopólio, não deve permitir-se que invoquem a liberdade negocial para escolher arbitrariamente a contraparte ou impor a exclusão de terceiros.”³⁵².

Mas não somente nesses casos que o princípio da igualdade ganha importância. Quando o particular emite uma vontade geral de contratar, o que ocorre com estabelecimentos aberto ao público, como supermercados, restaurantes, cinemas, etc., ele não pode, *a posteriori*, vir a escolher com quem deve firmar o contrato, tem que agir de forma igualitária. No Brasil, um ferrenho defensor dessa hipótese é Celso Ribeiro Bastos:

“(…) submetem-se ao princípio isonômico aqueles que, embora na condição de particulares, prestam uma atividade voltada ao público em geral. Por exemplo: donos de lojas, supermercados, restaurantes, teatros. Resultaria plenamente lesado o princípio isonômico se o proprietário negasse o serviço de seu estabelecimento a determinadas pessoas por critérios totalmente subjetivos e desarrazoados.”³⁵³.

O que se vê, portanto, é que o negócio jurídico é um campo onde os particulares podem exprimir suas preferências subjetivas – até porque isso implica necessariamente na realização da sua dignidade enquanto pessoa humana. Sendo assim, o pai pode deixar a totalidade da sua parte disponível para um filho em detrimento dos demais; um locador pode promover o despejo de um inquilino inadimplente, sem que tenha que tomar a mesma atitude com outros inquilinos que se encontrem em situação semelhante, pois, caso aplicado o princípio da igualdade, estar-se-ia violando a liberdade do indivíduo, bem como a autonomia privada³⁵⁴.

Contudo, a liberdade em contratar, com quem contratar e de que modo será feito o contrato, encontra limite, inegavelmente, na dignidade da pessoa humana, assim não é possível que ela venha a ser exercitada de forma ilimitada, razão pela qual a ordem jurídica “não pode acolher como lícitas e válidas discriminações que traduzam menosprezo por certos

³⁵² *In Os direitos fundamentais na constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 298.

³⁵³ *In Curso de Direito Constitucional*, 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 183/185.

³⁵⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, v. LXXIV, 1998, p. 729/755.

traços individualizadores da pessoa, pela sua identidade física e cultural, pela sua posição social, pelas opções de vida que realizou.”³⁵⁵.

Para finalizar, pode-se afirmar que, não obstante as peculiaridades mencionadas acima, a aplicação do princípio da igualdade nas relações privadas não difere em grande medida da aplicação dos demais princípios existentes no ordenamento jurídico. Há, todavia, que fazer a ressalva que a aplicação desse princípio nas relações privadas se dá, como não poderia deixar de ser, de forma diversa da aplicação do mesmo princípio ao Poder Público, eis que nas relações entre particulares, vige a liberdade de escolha, não sendo necessária justificar racionalmente os motivos das diferenciações em todas as escolhas³⁵⁶.

5.4. Breves Conclusões

Não é possível imaginar o Direito Civil sem que seja garantido às pessoas liberdade e autonomia privada. Ora, tais direitos são pressupostos do sistema capitalista e da realização de negócios, vez que, sem eles, os indivíduos estariam impossibilitados de se vincularem espontaneamente a outros e deveriam, tão somente, obedecer às ordens emanadas do Poder Público. Mas não só, tais direitos são necessários para a realização da dignidade da pessoa humana, eis que a liberdade representa o anseio primeiro de todos os homens, sem a qual, nenhum outro direito seria de muita valia.³⁵⁷³⁵⁸

Contudo, ante o advento da Carta Constitucional de 1.988, verificamos que não podíamos mais entender os conceitos de liberdade e autonomia privada como era feito pela doutrina clássica.

Verificamos que a Constituição é clara ao não partir do pressuposto de que encontramos-nos em uma ordem que deve ser mantida a qualquer custo, mas sim que pertencemos a uma sociedade cheia de desigualdades, miséria e com as mais variadas

³⁵⁵ *Idem.*

³⁵⁶ BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares...*, *op. cit.* p. 414.

³⁵⁷ PEDROSO, Marcelo. *Liberdade e Irrenunciabilidade no direito do trabalho ...*, *op. cit.*, p. 59.

³⁵⁸ E o anseio e importância pela liberdade se mostram mais claramente quando analisada a figura do escravo. Ora, o escravo é totalmente destituído de dignidade pelo simples fato de não gozar de qualquer liberdade. Nesse sentido, “a escravidão viola da maneira mais completa o direito de propriedade: 1º porque estende o domínio a entes livres; 2º porque tira o direito natural de propriedade aos entes que escraviza.” (NABUCO, Joaquim. *A escravidão*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 6).

deficiências, razão pela qual ela não só privilegia exclusivamente a liberdade passiva, mas sim enumera, em diversos momentos, ações que devem ser tomadas para que todos possam desfrutar da mesma condição de liberdade (liberdade ativa) e daí, nessas condições, evitar qualquer alteração externa na formalização dos negócios.

Também foi demonstrado que antigamente a autonomia da vontade representava o poder dos indivíduos se autodeterminarem, mas que, agora, por inúmeras razões, tal conceito se mostra impreciso e foi alterado para a denominação de autonomia privada que representa o poder dos indivíduos se auto regulamentarem em conformidade com o previsto no ordenamento jurídico.

Ademais, com a alteração do centro de gravidade do Direito Privado do Código Civil para a Constituição Federal, o valor da dignidade humana foi alçado como o valor fundamental da ciência jurídica, como ponto central de todas as preocupações jurídicas, inspirando o princípio fundamental da dignidade do ser humano. Este princípio que imanta todo o Direito Privado privilegia a realidade fundamental do fenômeno jurídico, que considera o homem como sujeito de direito e, não mais, objeto de direito³⁵⁹.

O homem, por meio da promulgação da Constituição de 1.988, tornou-se um valor fundamental, como razão e finalidade de todo o Direito.

Assim, podemos concluir que a Constituição de 1.988 e, portanto, o ordenamento jurídico pátrio, protege o direito a liberdade, mostrando-se preocupado, inclusive, com a obtenção da condição de liberdade pelos indivíduos.

Ele também protege as manifestações da liberdade, como a liberdade política – democracia – e a autonomia privada, incluindo aí todos os aspectos de sua manifestação, seja aqueles de dimensão existencial, seja aqueles de ordem negocial.

Quanto a vertente negocial da autonomia privada, verificamos que a proteção conferida é menor do que a vertente existencial, pois aquela é tida como mais importante para a realização do valor dignidade da pessoa humana. Contudo, isso não implicou, de forma alguma, num abandono da autonomia negocial, mas apenas a conformou com os preceitos de igualdade material, solidariedade, vez que somente nessa hipótese ele seria digna de proteção, já que só assim estaria apta a cumprir com a consecução do valor da pessoa humana.

³⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Todavia, importante ressaltar que todas as eventuais limitações a liberdade e a seus corolários, em qualquer campo que estejamos analisando, só se mostra possível se devidamente fundamentada e, quando comprovado, os ganhos que isso irá gerar, eis que uma atuação desarrazoada na limitação da liberdade poderá causar efeitos catastróficos na vida em sociedade, vez que a constante limitação pode retirar do indivíduo a capacidade de viver em liberdade, isto é, sem a tutela do Estado³⁶⁰.

Por fim, vê-se que o presente capítulo teve por objeto fazer uma breve análise da tutela constitucional da liberdade e da autonomia, elementos indispensáveis para a existência de um Direito Privado. A análise formulada no presente capítulo será indispensável para a verificação da forma que os particulares, nas relações jurídicas mantidas entre eles, se vincularão aos direitos fundamentais.

³⁶⁰ MAQUIAVÉL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 53-54.

6. TEORIAS SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1. Introdução

Como já salientado anteriormente, numa sociedade desigual, na qual não só o Estado é capaz de violar direitos fundamentais, como também os são diversos entes privados, se faz necessário estender a proteção daqueles direitos nas relações travadas entre particulares, em todos os aspectos de sua vida cotidiana, seja no mercado, seja na família, na empresa, etc.

Contudo, a questão que analisaremos no presente capítulo é a forma que tal incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deve assumir. Também como já dito, se mostra impossível transplantar o modo de aplicação dos direitos fundamentais nas relações verticais, isto é, entre o Estado e o cidadão para as relações horizontais, ou seja, aquelas travadas entre os particulares, pois, no segundo caso, diferentemente do que ocorre nas relações verticais, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais³⁶¹ e têm o direito, constitucionalmente garantido, de se autodeterminar³⁶².

Dessa forma, o presente capítulo tem finalidade expositiva, já que se pretende descrever e analisar as possíveis formas de se estruturar a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Dessa forma, além de apresentar as diversas teorias já formuladas sobre o assunto, iremos analisar a aceitação de tais teorias pela jurisprudência de países que já se debruçaram sobre essa questão, como Alemanha, Áustria, Espanha, Itália, Estados Unidos.

Para fins didáticos, as teorias apresentadas serão divididas em seis grandes grupos. O primeiro seria um não modelo, como salientado por Virgílio Afonso da Silva³⁶³, vez que nega a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. O segundo e o terceiro modelo

³⁶¹ Sobre esse ponto, cumpre ressaltar a precisa lição de Wilson Steinmetz (A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 155) que afirma que também nas relações verticais há colisão entre direitos fundamentais, vez que “(...) de um lado, está o exercício de um direito fundamental do particular (e.g. liberdade de circulação) e, de outro, a atuação do Estado em prol de um bem constitucionalmente protegido (e.g. saúde pública).”

³⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 117.

³⁶³ *In Direitos Fundamentais e relações entre particulares, op. cit.*, p. 68.

permitem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas se diferenciam quanto ao método dessa aplicação, vez que um sustenta que a produção de efeitos deve ocorrer de forma indireta e o outro sustenta que a produção de efeitos deve se dar de forma direta. Por fim, um quarto modelo sustenta que os direitos fundamentais só poderiam vir a ser aplicados nas relações privadas quando fosse possível equiparar a atuação de um dos particulares às ações estatais, ou, ainda, quando for possível imputar as ações dos particulares ao Estado. Ainda discorreremos sobre a teoria dos imperativos categóricos e sobre a teoria integradora.

Contudo, antes de adentrar a exposição mencionada acima, se faz necessário consignar uma importante diferença na produção de efeitos dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais podem vir a produzir dois efeitos: um na legislação infra-constitucional e o outro nas relações jurídicas propriamente ditas.

6.2. Efeitos na legislação

Com relação a produção de efeitos pelos direitos fundamentais na legislação, não existe grande controvérsia na doutrina que trata do tema.

Desde a concepção da ideia de ordenamento e sistema jurídico, as leis ordinárias devem, para ser consideradas pertencentes aquele ordenamento, ter como fundamento a lei superior, que, no seu grau máximo, é a Constituição.

Logo, para uma lei ser considerada válida formal e materialmente, ela deve estar de acordo com os preceitos e valores descritos na Constituição. Caso a lei ordinária seja contrária ao lá disposto, ela é tida por inconstitucional e, por isso, tem que ser extirpada do sistema jurídico. Dessa forma, resta indubitável a vinculação necessária e direta do legislador ordinário aos direitos fundamentais, vez que só desempenhará validamente a sua atividade legiferante – incluindo aí assuntos de Direito Privado – quando o produto dessa atividade for compatível com os direitos fundamentais previsto na norma superior.

E ainda que assim não fosse, muitas das Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial contêm algum dispositivo que disponha sobre a eficácia, aplicabilidade e vinculação dos direitos fundamentais. Veja, por exemplo, que a Constituição Alemã em seu

art. 1, III, dispõe que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes estatais. No mesmo sentido, a Constituição Espanhola prevê em seu art. 53 que todos os poderes públicos estão vinculados aos direitos fundamentais. E a nossa Carta Magna de 1.988 não foge a essa regra, vez que o § 1º, do art. 5º estipula expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.”.

6.3. Efeitos nas Relações Privadas

Feita a necessária consideração acima, passaremos, agora, a expor sobre as diversas teorias que pretendem resolver a questão da produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas mantidas por particulares.

6.3.1. Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Os defensores dessa corrente doutrinária utilizam como fundamento a sua tese, basicamente, argumentos de cunho histórico e a função que entendem que os direitos fundamentais devem desempenhar dentro do ordenamento jurídico, que, conforme se verá abaixo, são argumentos que se encontram quase que entrelaçados.

Tal corrente encontra como grandes expoentes Mangoldt³⁶⁴ e Forsthoff³⁶⁵ que, baseando-se em uma visão estritamente liberal, defendiam que os direitos fundamentais tinham uma função exclusivamente de defesa em face do Estado e, foi justamente essa função que grande parte da doutrina atribuiu o nome de clássica³⁶⁶.

Contudo, existe outra corrente que também nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mas não pelas razões elencadas acima e sim por defender a completa autonomia do Direito Privado, argumentação essa que, ao nosso ver, é mais elaborada do que a pretensa alegação de prevalência histórica de uma função atribuída aos direitos

³⁶⁴ Cf. ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, op. cit., p. 98.

³⁶⁵ Cf. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., p. 278.

³⁶⁶ Cumpre aqui ressaltar a precisa colaboração de Virgílio Afonso da Silva que afirma que, muitas vezes, a doutrina ao atribuir o nome de clássica a essa função que, na verdade, “não somente ressaltar uma precedência histórica, mas, também, uma precedência no que diz respeito à importância”. (*in Direitos Fundamentais e relações entre particulares*, op. cit., p. 71).

fundamentais. O grande pensador dessa corrente e um dos poucos a defendê-la abertamente³⁶⁷ é Uwe Diederichsen³⁶⁸.

O argumento central da defesa de Diederichsen para a não aplicação dos direitos fundamentais as relações privadas reside no fato dele não entender o Direito Privado como sendo um ramo do direito inferior à Constituição. E ele sustenta essa inovadora tese alegando que diferentes sistemas normativos – conforme ele mesmo classifica os direitos fundamentais e o Direito Privado – se relacionam de três diferentes formas, quais sejam: (i) inexistência de relação entre os sistemas; (ii) os sistemas encontram-se numa relação de superioridade e inferioridade; e (iii) os sistemas se encontram numa relação de neutralidade hierárquica³⁶⁹.

Contudo, diferentemente do que pode parecer, Diederichsen não nega a condição de superioridade hierárquica da Constituição, apenas sustenta que a superioridade formal da Constituição não seria suficiente para que os valores lá descritos também se encontrassem numa posição de superioridade quando confrontados com valores previstos no Direito Privado³⁷⁰. Ele sustenta que os valores de ambos os sistemas encontram-se em pé de igualdade, razão pela qual afirma que: “os artigos de direitos fundamentais e as disposições de direito privado devem ser aplicados lado a lado”³⁷¹.

Dessa forma, ele afirma que a prevalência de um ou outro valor não será encontrada através da análise da posição hierárquica formal da norma em que ele está descrito, mas sim por meio da superioridade argumentativa³⁷², tanto assim o é que a prevalência de um sobre o outro não se dará sempre da mesma forma e para se alcançar o melhor resultado prático será necessário a análise de diversos outros fatores, eis que, na sua visão, trata-se de sistemas normativos de mesmo nível.

Por fim, uma terceira corrente capitaneada por Suzette Sandoz³⁷³, alega que a ideia da produção de efeitos horizontais dos direitos fundamentais consiste, na verdade, em uma grande confusão metodológica, vez que os direitos fundamentais seriam institutos de Direito

³⁶⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*, op. cit., p. 71.

³⁶⁸ *In Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht*, in STARCK, Christian. *Rangordnung der Gesetze*, p. 39-97.

³⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais e relações entre particulares*, op. cit., p. 72.

³⁷⁰ *In Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht*, pp. 50 e 71.

³⁷¹ *In Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht*, p. 70.

³⁷² *In Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht*, pp. 234 e ss.

³⁷³ *In Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion*, *Revue Suisse de Jurisprudence* 83, 1987, pp. 214 e ss.

Público e, por isso, aplicáveis apenas naquelas relações, sendo que para a resolução de conflitos privados, o Direito Civil teria os mecanismos necessários para tanto.

Explica a supracitada Autora que a desigualdade existente entre cidadãos e Estado é de direito e que essa é presumida – vez que se presume que o Estado representa uma ameaça em potencial para o direito dos indivíduos – logo, estando ante a uma situação jurídica clara e estática³⁷⁴, é possível buscar corrigir essa desigualdade presumida e de direito mediante a oposição por parte dos cidadãos contra o ente estatal dos direitos fundamentais. Ao seu turno, eventual desigualdade existente entre as pessoas de Direito Privado é uma desigualdade de fato e que deve ser necessariamente comprovada; logo, a situação não é precisamente clara, vez que todos podem, em algum momento, vir a ocupar qualquer um dos pólos da relação, razão pela qual não seria possível a aplicação dos direitos fundamentais, mas tão somente dos institutos de Direito Civil, como a proteção ao abuso de direito, dolo, erro, coação, etc.³⁷⁵

Sendo assim, a fixação de grupos sociais como sendo sempre necessariamente dotados de maior “força” do que outros, além de ocasionar possíveis distorções fáticas, acaba gerando a politização das relações privadas, a distorção do conceito de boa-fé e uma enorme dificuldade na distinção de institutos pertencentes ao Direito Público daqueles institutos pertencentes ao Direito Privado.³⁷⁶

6.3.2. Teoria da Eficácia Mediata

A Teoria da eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*), também chamada de Teoria dos efeitos indiretos (*indirekte Drittwirkung*), foi formulada em 1.956 pelo jurista alemão Günter Dürig³⁷⁷, e ganhou especial relevância não só na Alemanha, mas em todo o mundo³⁷⁸, ao ser adotada, em 15 de janeiro de 1.958, pelo Tribunal Constitucional Alemão no julgamento do multicitado caso *Lüth*³⁷⁹, conforme já mencionado na capítulo 3 supra.

³⁷⁴ *In Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion, op. cit.*, p. 215.

³⁷⁵ *Idem.*

³⁷⁶ *Ibidem.*

³⁷⁷ *In Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in MAUNZ, Theodor (Hrsg.), Vom bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag Von Hans Nawiasky. München: Issar, 1956, PP. 157-190.*

³⁷⁸ Virgílio Afonso da Silva afirma que tal teoria é “o modelo mais aceito em praticamente todos os países em que o problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares é estudado de forma sistemática” (*Direitos Fundamentais e relações entre particulares, op. cit.*, p. 81)

³⁷⁹ *BVerfGE 7, 198.*

Para a finalidade pretendida com esse capítulo, se faz importante colacionar trecho da decisão mencionada acima, traduzida por Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie³⁸⁰:

“(…) o juiz tem de verificar se, em virtude de imposição constitucional, as normas materiais de direito civil por ele utilizada devem ser influenciadas pelos direitos fundamentais. Se for esse o caso, ele terá que ter em consideração a modificação daí resultante para o direito privado, na interpretação e aplicação desses preceitos. (…) Essa influência na ordem objetiva de valores faz-se sobretudo valer através das cláusulas gerais de direito privado, como é o caso do parágrafo 826º do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). (…) Apesar disso, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais enquanto norma objetiva desenvolve-se, no direito privado, através de preceitos desse ramo do direito. A contenda mantém-se, material e processualmente, uma contenda de direito civil. É o direito civil que é aplicado e interpretado, ainda que essa interpretação deva obedecer ao direito público, à Constituição.”.

Desse modo, é possível observar que tal teoria representa um modelo de aplicação intermediário dos direitos fundamentais, pois não nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, não permite que os particulares se valham dos direitos fundamentais como sendo direitos subjetivos invocáveis *ex constitutione*³⁸¹.

Para tanto, Dürig fundamenta sua teoria em um “direito geral de liberdade”³⁸² conferido a todos os cidadãos, que impediria o domínio total do Direito Constitucional sobre o Direito Civil, eis que, para Dürig, tal direito a liberdade conferia aos particulares a possibilidade de contornarem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações travadas entre eles, pois, caso assim não o fosse, a liberdade contratual e a autonomia privada ficariam comprometidas³⁸³.

Contudo, a liberdade contratual e a autonomia conferida aos particulares, por também serem princípios constitucionalmente garantidos, não são absolutas – que teria como consequência uma total separação dos ramos do direito – e devem ser conformadas com os direitos fundamentais e demais valores elencados pelo ordenamento jurídico.

³⁸⁰³⁸⁰ *In A vinculação dos Particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2005, p.27.

³⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. op. cit., p. 198.

³⁸² Termo utilizado por Virgílio Afonso da Silva.

³⁸³ *In Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, op. cit., p. 176.

Dessa forma, tendo como base a conciliação – e não a dominação – dos direitos fundamentais com o Direito Privado, bem como a liberdade e autonomia necessárias para a concretização do Direito Privado, Dürig sustenta que a melhor forma de se obter um resultado satisfatório é possibilitar que os direitos fundamentais influenciam o Direito Privado e as relações por ele geridas utilizando-se do “material normativo do próprio direito privado”³⁸⁴.

Parafraseando Wilson Steinmetz³⁸⁵, é possível estabelecer que o núcleo jurídico de tal teoria reside em quatro pontos³⁸⁶: (i) os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas não *ex constitutione*, mas através de normas e parâmetros dogmáticos hermenêuticos do direito privado; (ii) num primeiro momento, a concretização dos direitos fundamentais deve ser intermediada por meio da atividade legislativa e, num segundo momento, por meio da atividade jurisdicional; (iii) cabe ao Poder Legislativo delimitar, previamente, o conteúdo, as condições de exercício e o alcance dos direitos fundamentais nas relação mantidas entre as pessoas de Direito Privado; (iv) por fim, cabe ao Poder Judiciário, ao julgar o caso concreto, verificando a ausência de regramento específico, dar eficácia aos direitos fundamentais, mediante a concretização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados³⁸⁷ com os valores objetivados pelo ordenamento jurídico daquela comunidade³⁸⁸.

Sendo assim, verifica-se que tal teoria possui dois grandes pilares de sustentação. O primeiro foi a mudança de paradigma ao se analisar os direitos fundamentais não mais como “declarações de intenção”, mas sim como sendo um “sistema objetivo de valores”; e o segundo a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que possibilitem ao aplicador do Direito a comunicação entre a sistemática do Direito Privado com os valores descritos pelos direitos fundamentais.

³⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais e relações entre particulares*. *Op. cit.*, p. 76.

³⁸⁵ *In A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 136-138

³⁸⁶ Nesse mesmo sentido veja as lições de Konrad Hesse (*Derecho constitucional y derecho privado*), Pedro Cruz Villálon (*Derechos fundamentales y derecho privado*), José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*); Carlos Alberto da Mota Pinto (*Teoria Geral do direito civil*) e Christian Starck (*Derechos fundamentales e derecho privado*).

³⁸⁷ Cumpre aqui ressaltar que Wilson Steinmetz não inclui os conceitos jurídicos indeterminados no seu “quadro resumo”, vez que, apoiado em lições de Judith Martins-Costa e Karl English, ele não consegue precisar se tal instituto também tem a função de abrir o sistema do direito privado para a influência dos direitos fundamentais. Contudo, diferentemente do renomado Autor, nós optamos por incluir tal instituto, apoiando nas lições de Konrad Hesse (*Derecho constitucional e derecho privado*, p. 65); Giorgio Lombardi (*Potere privato e diritti fondamentali*, v. I, p. 67) e Virgílio Afonso da Silva (*Direitos fundamentais e relações entre particulares*, p. 78-79).

³⁸⁸ SCHNEIDER, Hans Peter. *Aplicacion Directa y Eficacia Indirecta de las Normas Constitucionales*. Trad. K. J. Albiez Dohrmann. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 81.

Ora, ao afirmar que os direitos fundamentais incidiriam nas relações privadas como princípios³⁸⁹ ou, para usar a terminologia proposta por Robert Alexy, como sistema de valores (*Wertsystem*), tal teoria revolucionou o estudo do tema aqui analisado, pois, como mencionado, os direitos fundamentais deixaram de ser vistos como metas, “declarações de intenções” e parâmetros a serem atendidos e passaram a ser vistos como verdadeiras normas jurídicas que expressariam um sistema de valores válido para todo o ordenamento jurídico³⁹⁰.

Dessa forma e conforme já dito em maiores detalhes no capítulo 3 supra, os direitos fundamentais, considerados como uma ordem objetiva de valores, passaram a desempenhar uma dupla função para os indivíduos, vez que eles não mais representam somente um direito a uma abstenção estatal, mas representam também uma prestação positiva por parte do Estado, prestação positiva que deverá ser realizada na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas observáveis³⁹¹.

Mas não é só, o efeito irradiante dos direitos fundamentais, conforme proposto por Dürig, só é possível mediante a utilização das cláusulas gerais, que representam os pontos de abertura do sistema do Direito Privado para o sistema de valores previstos nos direitos fundamentais.

E as cláusulas gerais possibilitam essa irradiação de efeitos, pois demandam do aplicador do direito um preenchimento valorativo na atribuição de seu sentido, e esse preenchimento valorativo, diferentemente do que alguns defendem, não pode ser baseado em preceitos de ordem moral ou extralegais³⁹², devem ser utilizados na concreção das cláusulas gerais o conteúdo valorativo dos direitos fundamentais como princípios objetivos³⁹³.

Nessa mesma toada, veja a lição de Vieira de Andrade³⁹⁴:

“(...) quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou

³⁸⁹ Sobre a definição aqui adotada de principio, veja o capítulo 2 acima.

³⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*, op. cit., p. 77.

³⁹¹ Ao nosso ver, o conceito de “mandamento de otimização” proposto por Robert Alexy corresponde justamente a isso.

³⁹² SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*. Op. cit., p. 78.

³⁹³ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, op. cit., p. 65. E STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. Op. cit., p. 104-112.

³⁹⁴ *In Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., p. 276-277.

desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wetschutzlückenschliessung*), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.”.

Portanto, para aqueles que defendem essa teoria, deve, antes de tudo, o legislador privado mediar a forma que se dará a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, devendo, obviamente, que tal mediação se mostre compatível com os valores constitucionais. Em outras palavras, ao se adotar o presente modelo, incumbiria aos legisladores ponderarem abstratamente sobre os bens jurídicos que se encontrariam em choque, sendo que tal ponderação deverá se mostrar adequada com a consciência social da época³⁹⁵. Nessa esteira, verifica-se que, em grande parte das vezes, o legislador ordinário deverá fixar os graus de cedência recíproca no embate dos mais diversos direitos fundamentais com a autonomia privada³⁹⁶.

Veja, sobre esse ponto, o escólio de Konrad Hesse³⁹⁷:

“(…) os direitos fundamentais, em geral, não podem diretamente vincular os privados. Ter em conta como influência sobre o direito privado como parte da ordem jurídica total é, com vista à problemática exposta, em primeiro lugar, tarefa do legislador de direito privado – vinculado aos direitos fundamentais – a quem cabe, em suas regulações, concretizar o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, em especial, demarcar reciprocamente posições de privados afiançadas jurídico-fundamentalmente (...).

Se o legislador, em suas regulações, emprega, no entanto, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, então direitos fundamentais, para a sua interpretação em cada caso particular, podem tornar-se significativos (‘efeitos diante de terceiros’, indireta); nesse ponto, falta uma concretização legal e é tarefa do juiz satisfazer a influência dos direitos fundamentais na diferenciação necessárias, como a concepção predominante na literatura aceita isso, com razão.”

E as vantagens desse modelo teórico são inúmeras, vez que: (i) não nega a independência do Direito Privado e preserva a autonomia privada como princípio fundamental

³⁹⁵ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, op. cit., pp. 63-67.

³⁹⁶ CODERECH, Pablo Salvador e FERRER I RIBA, Josep, *Asociaciones, Democracia y Drittwirkung*, in CODERECH, Pablo Salvador (Coord.) *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 55-156.

³⁹⁷ *In Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Keck, PP. 281-287.

desse ramo do direito; (ii) assegura a identidade e a autonomia do Direito Privado, em especial do Direito Civil; (iii) respeita a separação de poderes e a democracia; (iv) garante ao cidadão uma maior certeza e segurança na condução de sua vida, vez que as normas infraconstitucionais – especificadamente as regras – possui conteúdo decisório, maior especificidade, etc., diferentemente do que ocorre com os direitos fundamentais; (v) evita a sobreposição do Direito Constitucional ao Direito Privado, o que causaria efeitos malévolos para ambos os ramos, eis que (a) dificulta a banalização dos direitos fundamentais; (b) não transforma as relações privadas em relações “políticas”; e (c) não transforma a jurisdição constitucional em mero tribunal de revisão.

E é nesse sentido que se manifesta Konrad Hesse³⁹⁸:

“(…) mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza con perderse la identidad del Derecho Privado, acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia matéria de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieron renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal.”

Sendo assim, é possível concluir que tal teoria consiste no reconhecimento de que os direitos fundamentais são, na verdade, um sistema de valores objetivos que se irradia por todo o ordenamento jurídico, cujas normas devem ser aplicadas e interpretadas em conformidade³⁹⁹.

E mais, os direitos dos indivíduos nas relações mantidas entre eles deverão ser protegidos e defendidos por instrumentos de Direito Privado e não por instrumentos tipicamente de Direito Constitucional⁴⁰⁰.

³⁹⁸ *In Derecho Constitucional y Derecho Privado, op. cit.*, p. 60-61.

³⁹⁹ STARK, Christian. *La Constitution Cadre et Mesure Du Droit*. Paris: Ed. Economica, 1994.

⁴⁰⁰ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Vinculação das Entidades Privadas pelo Direitos, Liberdades e Garantias*. In *Revista de Direito Público*, nº 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45.

6.3.2.1. Críticas

Contudo, a despeito das inegáveis vantagens trazidas pela teoria dos efeitos mediatos, é fato que ela não está imune às críticas, sendo que aqueles que a criticam o fazem com base em quatro argumentos, quais sejam: (i) rejeição a ideia de sistema de valores; (ii) insuficiência das cláusulas gerais; (iii) que tal teoria nada mais seria do que uma “reafirmação” da força normativa da constituição e da interpretação conforme; e (iv) criação de uma superinstância revisora. Iremos analisar cada uma das alegações.

A primeira crítica, já mencionada acima, reside na negação da ideia de sistema de valores objetivos, contudo tal crítica pode assumir as mais diferentes matizes⁴⁰¹.

Um dos maiores nome do direito a efetuar tal crítica é Jürgen Habermas⁴⁰², e o faz pois acredita que a ideia de sistema objetivo de valores possa vir a gerar uma equivocada substituição de juízos deônticos – naturais e indispensáveis ao direito – por juízos axiológicos. Para Habermas, “os valores não impõem deveres incondicionais e inequívocos a seus destinatários, pois não seguem o código binário (lícito/ilícito, válido/inválido) típico das normas jurídicas”⁴⁰³, ameaçando, dessa forma, a certeza do direito.

A outra crítica feita, referente a insuficiência das cláusulas gerais, alega que o legislador ordinário não teria como prever todas as cláusulas gerais necessárias para permitir a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais no sistema de Direito Privado, o que poderia vir a afastar a aplicação dos direitos fundamentais a situações em que a sua aplicação se fizesse necessária⁴⁰⁴.

Claus-Wilhelm Canaris⁴⁰⁵, um dos mais famosos e importantes doutrinadores a efetuar tal crítica, afirma que as cláusulas gerais, como a da boa-fé, são aplicáveis a um número limitado de casos, razão pela qual ele não acredita que elas sejam suficientes para garantir a proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A terceira crítica – “reafirmação” do caráter normativo da constituição – reside no fato de que alguns doutrinadores entenderem que a teoria dos efeitos mediatos seria supérflua, vez

⁴⁰¹ Para outras críticas diferentes das aqui mencionadas, veja Friedrich Müller (*Juristische Methodik*).

⁴⁰² *In Faktizität und Geltung*, p. 311.

⁴⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais e relação entre particulares*, p. 84.

⁴⁰⁴ LANGNER, Thomas. *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, p. 71.

⁴⁰⁵ *In Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo da Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

que, na verdade, representaria uma releitura da interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido é que se encontra a crítica de Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie⁴⁰⁶ ao sustentar que tal teoria, além de não explicar a função dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, representa apenas um desdobramento da força normativa da constituição e da interpretação conforme.

E é essa mesma crítica é formulada por Juan Maria Bilbao Ubillos⁴⁰⁷:

“Un derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de una mediación legal como paso obligado para el reconocimiento del derecho están negando, en realida, la eficacia ‘horizontal’ de los derechos fundamentales, en cuanto tales.

(...) Pero entonces, qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de todas las normas del ordenamiento conforme a la Constitución? No alcanzamos a ver ninguna, francamente.

Se nos atenemos, pues, a los estrictos términos en que se formula, esta teoría niega realmente la eficacia vinculante de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Al interponerse necesariamente la ley la cláusula general, lo que se aplica como regla de decisión del litigio es una norma de derecho privado.”.

E, em razão dessa crítica que surge a última crítica feita – criação de uma superinstância revisora –, pois com a necessidade de interpretação do Direito Privado conforme o sistema de valores objetivos delineados pelos direitos fundamentais e, até mesmo, pela irradiação desses efeitos ao sistema de Direito Privado por meio das cláusulas gerais, todas as relações privadas passariam a ser um caso de Direito Constitucional.

Em assim sendo, o tribunal constitucional, cuja competência deveria ser processar e julgar casos de cunho verdadeiramente constitucional, se transformaria em uma instância revisora de quase todos os litígios existentes que versassem sobre Direito Privado⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ In *A vinculação dos Particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2005, p.63.

⁴⁰⁷ In *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁴⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais e relações entre particulares*. Op. cit., p. 86.

6.3.3. Teoria da Eficácia Imediata

A teoria da eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*), também chamada de teoria dos efeitos diretos (*direkte Drittwirkung*), foi formulada inicialmente em 1954, pelo também jurista alemão Hans Carl Nipperdey⁴⁰⁹ e, posteriormente, encontrou desenvolvimento nas ideias de Walter Leisner⁴¹⁰, tendo sido adotada no início pelo Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha^{411,412}, tribunal este do qual Nipperdey chegou a ser presidente.

Contudo, hoje em dia, tal tese não encontra terreno fértil na Alemanha, tendo, inclusive, o próprio Tribunal Federal do Trabalho, por diversas outras vezes, se manifestado em sentido favorável a tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais. Em contra partida, a teoria dos efeitos imediatos vem ganhando corpo e se desenvolvendo em países como Itália⁴¹³, Portugal⁴¹⁴ e, especialmente, Espanha⁴¹⁵.

De qualquer forma, independentemente das variações que tal teoria tenha ganhado, fato é que todas elas se desenvolveram a partir dos estudos encabeçados por Nipperdey. Nipperdey sustenta que os direitos fundamentais são dotados de efeitos absolutos, logo, podem ser aplicados diretamente a qualquer tipo de relação, inclusive as relações privadas, sem que seja necessário qualquer tipo de mediação legislativa. E mais, sem que se faça

⁴⁰⁹ *In Die Würde des Menschen.*

⁴¹⁰ *In Grundrechte und Privatrecht.*

⁴¹¹ Segundo Tomás Quadra-Salcedo (*El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, p. 48), a primeira vez que o aludido tribunal deu abrigo a tese da eficácia imediata foi em decisão proferida em 3 de dezembro de 1954.

⁴¹² Nesse sentido, veja que o Tribunal Federal do Trabalho (BAGE 1, 185) assim se manifestou: “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 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.” (Tradução constante em *Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã*, de Gilmar Ferreira Mendes).

⁴¹³ Na Itália podemos citar como principais referência Giorgio Lombardi (*Potere privato e diritti fondamentali*) e Alessandro Pace (*Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte Generali*).

⁴¹⁴ Em Portugal os maiores defensores dessa corrente são José João Nunes Abrantes (*A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*) e J.J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*).

⁴¹⁵ Inúmeros doutrinadores espanhóis defendem fervorosamente esse modelo de aplicação, podendo ser citados: Juan Maria Bilbao Ubillos (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*), Rafael Naranjo De La Cruz (*Los Limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena Fe*) Tomás Quadra-Salcedo (*El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*), Luis Pietro Sanchís (*Estudios sobre derechos fundamentales*) e Gregorio Peces-Barba Martínez (*Curso de Derechos fundamentales: teoría general*).

necessária qualquer “artimanha interpretativa”⁴¹⁶ com o objetivo de incluir no pólo passivo o Estado⁴¹⁷.

Contudo, verifica-se que a doutrina⁴¹⁸ encontra dificuldade ao analisar os “efeitos absolutos” descritos por Nipperdey, vez que, alguns doutrinadores acabam interpretando tal expressão ora como se o conteúdo dos direitos fundamentais fosse invariável no tempo – o que demonstra uma íntima ligação com o jusnaturalismo –; ora como se os direitos fundamentais fossem ilimitados.

Fato é que qualquer uma das confusões feitas acima, acaba prejudicando o correto entendimento da teoria de Nipperdey. Primeiramente, cumpre destacar que Nipperdey formulou sua teoria com base em um catálogo positivado de direitos fundamentais, afastando, dessa forma, a interpretação de direitos absolutos com sendo algo imutável⁴¹⁹. A segunda confusão é ainda mais problemática para a correta compreensão da tese de Nipperdey, pois ele não só a rejeita, como o fundamento de sua teoria é que os direitos fundamentais, em especial a liberdade – e o seu corolário a autonomia privada – podem sim, vir a ser restringidos no caso de confronto com outros direitos também tidos como fundamentais.

Dessa forma, o que Nipperdey quer dizer com “direitos absolutos” nada mais é do que dizer que os direitos fundamentais podem ser aplicados nas relações mantidas entre pessoas de Direito Privado, sem a necessidade de qualquer intermediação legislativa.

Rafael Naranjo de La Cruz⁴²⁰ resume, precisamente, as características fundamentais dessa teoria:

“(…) 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 sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.”.

⁴¹⁶ Expressão utilizada por Virgílio Afonso da Silva (*Direitos Fundamentais e relações entre particulares*).

⁴¹⁷ Aqui encontra-se uma crítica a teoria estadunidense do *state action* e da teoria da convergência estatista de Schwabe, que serão explicadas no item 6.3.4. abaixo.

⁴¹⁸ Um dos maiores doutrinadores sobre o assunto a não dar a devida atenção a esse ponto é Juan Maria Bilbao Ubillos, vez que diversas vezes faz o uso das expressões direitos fundamentais e direitos absolutos como sinônimos (vide *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 284)

⁴¹⁹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais e relações entre particulares*, op. cit., p. 88-89.

⁴²⁰ *In Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, p. 215.

Dessa forma, percebe-se que a teoria da eficácia imediata e da eficácia mediata tem em comum as idéias de que os direitos fundamentais possuem uma bivalência, isto é, possuem tanto uma dimensão subjetiva, quanto uma dimensão objetiva, além de ambas sustentarem que os direitos fundamentais acabam vinculando todos os demais ramos do direito.

Entretanto, as semelhanças param por aí. A teoria da eficácia imediata, como já dito, sustenta que a aplicação dos direitos fundamentais não necessita de qualquer intermediação legislativa, isto é, a eficácia dos direitos fundamentais não está “condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos”, seja por parte dos legisladores, seja por parte do “preenchimento” das cláusulas gerais por parte dos juízes.

Em apertada síntese e desconsiderando as diversas matizações teóricas, é possível sustentar, como o faz Wilson Steinmetz⁴²¹, que o núcleo duro dessa teoria consiste em: (i) os direitos fundamentais podem ser opostos ao Estado e aos demais particulares; (ii) independentemente da natureza pública ou privada, os direitos fundamentais são direitos subjetivos constitucionais; e (iii) por serem direitos subjetivos constitucionais devem produzir efeitos independente de qualquer condição precedente, salvo se assim o próprio Poder Constituinte tiver disposto.

Sendo assim, verifica-se que tal teoria tem como base de sustentação dois pilares: um seria a desnecessidade de mediação legislativa, o outro seria a desnecessidade de “artimanhas interpretativas”.

Dessa forma, Nipperdey⁴²² sustenta que:

“Na verdade, o ordenamento jurídico é uma unidade; todo o direito somente é válido com base na constituição e dentro dos limites por ela impostos. Também o direito civil, sobretudo o código civil, somente é válido (...) desde que não contrarie a constituição. Para a validade dos direitos fundamentais como normas objetivas aplicáveis ao direito privado não é necessário nenhuma ‘mediação’, nenhum ‘ponto de rompimento’, que seriam, na opinião de Dürig, as cláusulas gerais (§§ 138, 826 e 242 do Código Civil alemão) (...). O efeito jurídico [dos direitos fundamentais no direito privado] é na verdade direto e normativo e modifica as normas de direito privado existentes (,,)”

⁴²¹ *In A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 168-169.

⁴²² *In Boykott und freie Meinungsäußerung, Deutsches Verwaltungsblatt 73 (1958)*, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e relações entre particulares.*, op. cit., p. 90.

Ainda que mantida as características descritas acima, é possível vislumbrar três correntes que irão se diferenciar no tocante as hipóteses em que será possível operar a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas mantidas entre particulares. Adotando a nomenclatura proposta por Wilson Steinmetz, as correntes se dividem entre: forte, intermediária e fraca⁴²³.

A versão “forte” é aquela descrita por Nipperdey e recebe essa denominação, pois, conforme visto acima, defende que os direitos fundamentais produzem efeitos de forma geral, plena e indiferenciada em todas as relações.

A versão denominada como “fraca” seria aquela defendida pelo Bilbao Ubillos⁴²⁴, que defende a aplicação direta em situações em que seja verificável uma desigualdade, uma subordinação, uma supremacia econômica ou social de um parte com relação a outra.

Por fim, a corrente conhecida como “intermediária”, cujo um dos maiores expoente é J. J. Gomes Canotilho⁴²⁵ e Vital Moreira⁴²⁶, argumenta que os direitos fundamentais devem produzir efeitos imediatamente, contudo, diferentemente da corrente forte, tais efeitos não são ilimitados, incondicionados, mas sim observando o princípio da proporcionalidade, que seria o instrumento capaz e adequado a resolver o conflito entre direitos fundamentais.

⁴²³ *Idem.* p. 169.

⁴²⁴ *In La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, op. cit.*, p. 360 e ss.

⁴²⁵ Ainda que seja possível incluir Canotilho entre os doutrinadores que defendem a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, se faz imperioso ressaltar que ele, em recente artigo, assim se posicionou: “A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência de inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais. Em causa está também o problema de saber se o apego a *Drittwirkung* não transporta um *pathos* ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas. Propomos, assim, uma breve suspensão reflexiva sobre esse tópico.” (*Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno*, in GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, PP. 108-115).

⁴²⁶ *In Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 144.

6.3.3.1. Críticas

Assim como a teoria dos efeitos mediatos, a teoria dos efeitos imediatos também é passível de críticas, sendo que as mais contundentes dizem respeito: (i) ausência de previsão constitucional expressa; (ii) equiparação de uma relação vertical a uma relação entre iguais – ao menos formalmente; (iii) a “morte” da autonomia privada; e (iv) perda da clareza conceitual do Direito Privado e, conseqüentemente, diminuição da segurança jurídica e violação aos princípios da democracia e da separação dos poderes.

A primeira objeção é feita por Canaris⁴²⁷ e tem fundamento na Carta Constitucional Alemã, mas também é cabível ao ordenamento jurídico brasileiro. Sustenta Canaris que não existe previsão constitucional expressa que permita a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais, tendo o legislador originário optado por vincular somente os Poderes Públicos:

“(...) a possibilidade de limitar os direitos fundamentais pelos particulares – especialmente por meio de negócios jurídicos – não está em absoluto regulada na Constituição, apesar de que deveria estar se os direitos fundamentais vinculassem diretamente os particulares.”.

Outra condenação feita afirma que é errônea a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, vez que iguala espécies de relações completamente diversas oferecendo o mesmo tipo de solução, solução esta que, nas palavras de Alfaro Aguila-Real, é “demasiado simples para resolver problemas práticos tão variados e complexos como os relativos à vigência social dos direitos fundamentais”⁴²⁸.

A terceira crítica, invocada por Hesse⁴²⁹, salienta que a aplicação direta dos direitos fundamentais acabaria aniquilando o Direito Civil, pois interferiria no seu âmbito de regulação e, com isso, prejudicaria o desenvolvimento desse ramo do Direito. Ainda, sustenta Hesse que tal aplicação feriria de morte a autonomia privada, o princípio básico do Direito

⁴²⁷ *In Direitos Fundamentais e Direito Privado.*

⁴²⁸ *In Autonomía privada y derechos fundamentales. Anuario de Derecho Civil, Madrid, Tomo XLVI, fascículo 1, 1993, pp. 64.*

⁴²⁹ As obras em que Hesse trata mais sobre esse assunto são: *Derecho constitucional y derecho privado e Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha.*

Privado, caso “as pessoas não pudessem, em suas relações entre si, contornar as disposições de direitos fundamentais”⁴³⁰.

Ainda, segundo Hesse, essa perda de autonomia por parte do Direito Privado implicaria, necessariamente, em outras duas situações problemáticas. A primeira seria a transformação das relações juscivilísticas em jusconstitucionais, o que, em sua visão, acabaria fazendo com que o Tribunal Constitucional passasse a ser uma nova instância revisora, assumindo competência diversa daquela fixada na Constituição⁴³¹. A outra, seria a “banalização” dos direitos fundamentais, o que acabaria, no final das contas, enfraquecendo e não aumentando o seu prestígio⁴³².

Finalmente, a última crítica formulada reside no fato de que a aplicação direta dos direitos fundamentais aumentaria a insegurança jurídica, além de importar em flagrante violação aos princípios da democracia e da separação de poderes.

Essa crítica é a que nos parece ser a mais forte. É inegável que os direitos fundamentais, em sua grande maioria, são expressos por meio de princípios que, ao seu turno, não possuem um comportamento próprio a ser seguido, vez que apenas informam sobre o estado ideal de coisas a ser atingido, sem, contudo, especificar os meios necessários para tanto. Além disso, importante ressaltar que as normas de direito fundamental se utilizam de termos linguísticos imprecisos, dotados de uma textura aberta⁴³³; logo, a aplicação direta de tais direitos fundamentais poderia vir a causar uma grande insegurança para os particulares, vez que eles poderiam vir a ser surpreendidos com a modificação/anulação de suas relações pelo Poder Judiciário.

Ademais, os partidários dessa crítica, afirmam que a “ponderação” apriorística dos direitos fundamentais deve ser feita pelo legislador, vez que é ele que foi eleito pelo povo para exercer a competência constitucional de redigir leis que deverão governar a atuação de todos. Dessa forma, sustentam os defensores dessa crítica que “os juízes não devem corrigir as

⁴³⁰ *In Derecho constitucional y derecho privado*, p. 61.

⁴³¹ *Idem*, p. 61-62.

⁴³² *Ibidem*, p. 67.

⁴³³ HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 120 e ss.

decisões e ponderações do legislador em intervenção sobre direitos fundamentais ou com apoio em suas próprias ponderações”⁴³⁴.

6.3.4. Teorias de Equiparação e Imputação ao Estado

Não há dúvidas que os dois modelos descritos acima são, de longe, os mais discutidos e utilizados. Contudo, existem, ainda, dois outros modelos alternativos com relação a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que acabam se assemelhando vez que, numa primeira análise, parecem negar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entretanto, numa análise mais detida, se verifica que a aplicação não é negada, já que, na verdade, imputam a responsabilidade por atos praticados por particulares ao Estado, equiparando aqueles a esse.

A mais antiga dessas teorias é uma construção da jurisprudência estadunidense conhecida como doutrina da *state action*. A outra surgiu na Alemanha, na década de 1.970, e foi desenvolvida primordialmente por Jürgen Schwabe.

Passamos ao estudo delas.

6.3.4.1. *State action doctrine*

É entendimento há muito pacificado pela Suprema Corte estadunidense que o *Bill of Rights* de sua Constituição vincula tão somente os Poderes Públicos⁴³⁵, sendo isso totalmente compreensível tendo em vista a grande influência que as ideias liberais ainda têm naquele país.

Dessa forma, o fundamento dessa teoria consiste em averiguar quando uma ação cometida por um particular – geralmente uma ação violadora de direitos fundamentais – pode

⁴³⁴ KHOL, Andreas. *The protection of human rights in relationships between private individuals: the Austrian situation*, in CASSIN, René. *Amicorum Discipulorumque Liber III – Protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées*. Paris: Éditions A. Pedone, 1971, pp. 195-213.

⁴³⁵ O único direito fundamental da Constituição estadunidense que é reconhecido como aplicável diretamente nas relações privadas é aquele previsto na 13ª Emenda que pôs fim a escravidão (Cf. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales em la frontera entre lo Público y lo Privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997).

vir a ser equiparada a uma ação pública estatal e, dessa forma, ser passível de vir sofrer controle judicial⁴³⁶.

Sendo assim, como já dito, a aparência de negação a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, na verdade, é uma constatação superficial⁴³⁷, já que com uma análise da jurisprudência da Suprema Corte estadunidense verifica-se que os juízes que a compõe sempre que entendem ser necessário a correção do ato praticado pelo particular acabam igualando-o, ainda que da forma mais artificial possível⁴³⁸, a um ato estatal⁴³⁹⁴⁴⁰.

E com base numa precisa análise da jurisprudência estadunidense, Juan Maria Bilbao Ubillos⁴⁴¹ sustenta que existem dois métodos utilizados pelos juízes visando ampliar a incidência dos direitos fundamentais: “o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado e a existência de contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ator privado.”.

E conclui que ambos os métodos conduzem para a mesma solução, já que ao responsabilizar o Estado pelo “ato impugnado, consegue-se prolongar essa especial tutela das liberdades de tal sorte que determinadas controvérsias surgidas entre particulares, excluídas, em princípio, deste âmbito constitucionalmente protegido, acabam compreendidas finalmente nele”⁴⁴².

Ainda, importante ressaltar que, a jurisprudência brasileira, ainda que de forma não declarada, sofreu influência da *state action doctrine*⁴⁴³. Em exemplo claro dessa influência se dá nos casos dos mandados de segurança. A Constituição da República de 1.988, em seu art. 5º, LXIX e a Lei nº 12.016/2.009, permitem que se impetre mandado de segurança quando, uma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição de Poder Público, violar direito líquido e certo.

⁴³⁶ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2ª ed., Minneola: Foundation Press, 1988, p. 1688-1720.

⁴³⁷ Esse trabalho, portanto, ao menos nesse ponto, refuta a alegação feita por Daniel Sarmiento (*Direitos Fundamentais e relações privadas*) de que a doutrina da *state action* representa ma forma de negação de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

⁴³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais e relações entre particulares*, op. cit., p. 100.

⁴³⁹ Nesse sentido: *Peterson VS. City of Greenville*, 373 US 244 (1963); *Jackson vs. Metropolitan Edison Co.*, 419 US 345 (1974); *Burton vs. Wilmington Parking Authority*, 365 US 715 (1961); *Rendell-Baker vs. Kohn*, 457 US 830 (1982); etc.

⁴⁴⁰ Para um estudo mais detalhado da jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, que também corrobora o que aqui se defende, recomendasse a leitura da obra *Privatwirkung der Grundrechte in den USA: Die State Action Doctrine des U.S. Supreme Court und die Bürgerrechtsgesetzgebung des Bunde*, de Thomas Giegerich.

⁴⁴¹ *In Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado*, PP. XV-XVI.

⁴⁴² *Idem*, p. 31.

⁴⁴³ SILVA. Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais e relações entre particulares*, op. cit., p. 102-104.

6.3.4.2. Teoria de Schwabe⁴⁴⁴

Schwabe sustenta que as teorias que buscam aplicar os direitos fundamentais as relações privadas são supérfluas e que se preocupam com um pseudo problema⁴⁴⁵. E ele diz isso, pois entende que toda lesão de direito fundamental ocasionada por um particular a outro, resulta, invariavelmente, de uma permissão legal do Estado ou, na pior das hipóteses, de uma não proibição por parte do Poder Público, razão pela qual aquele que teve sua esfera de direitos lesada poderia pleitear a responsabilização do Estado, seja por ter permitido a ação lesadora, seja por não ter disciplinado, por meio da legislação infra-constitucional, a expressa proibição daquela ação⁴⁴⁶.

A diferença da Teoria de Schwabe para a *state action doctrine* é que, diferentemente daquela, esta não equipara as ações privadas as ações estatais, muito pelo contrário ela nega a vinculação do particular aos direitos fundamentais e imputa a responsabilidade pelos seus atos diretamente ao Estado⁴⁴⁷.

Para tanto, Schwabe afirma que seria conceitualmente impossível que um particular violasse o direito fundamental de outro⁴⁴⁸ e somado a isso, ele alega que o particular não poderia vir a ser responsabilizado por uma ação permitida pelo Estado, ainda que tacitamente.

6.3.4.3. Críticas

A despeito das diferenças apontadas acima entre as duas teorias, as críticas aplicáveis a elas são, basicamente, as mesmas.

A grande objeção feita tanto a doutrina da *state action*, quanto a Teoria de Schwabe, consiste no caráter ficcional que elas apresentam, pois acabam incluindo o Estado no polo

⁴⁴⁴ As obras em que Jürgen Schwabe desenvolve a sua teoria são *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, de 1971, e *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, de 1977.

⁴⁴⁵ MÜNCH, Ingo Von. *Drittwirkung de derechos fundamentales em Alemania*, p. 42.

⁴⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 442-443.

⁴⁴⁷ DICKSON, Brice. *The horizontal application of human rights Law*, in HEGARTY, Angela e LEONARD, Siobhan. *Human Rights: An agenda for the 21st Century*, p. 59.

⁴⁴⁸ Nesse mesmo sentido, Dietrich Murswiek (*Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, pp. 90 e ss.

passivo de demandas, seja pela equiparação, seja pela imputação de responsabilidade, nas quais deveriam figurar outros particulares.

A artificialidade do modelo estadunidense consiste, como vimos, na equiparação de ações. Contudo, o grande problema disso é que nem a jurisprudência daquele país, tampouco os doutrinadores adeptos da doutrina da *state action*, conseguiram fixar precisamente os critérios que levariam a equiparação de ações particulares ao Estado, o que acaba maculando o princípio da segurança jurídica.

Já a artificialidade da Teoria de Schwabe é verificável ao se responsabilizar o Estado pelo cometimento de uma ação, que não se encontra vedada, por um particular. Ora, o fato da ação não ser vedada não implica necessariamente que o Estado tenha participado ou querido que ela acontecesse, a fim de que fosse responsabilizado. E mais, a aplicação irrestrita dessa teoria nos levaria a uma situação de extrema irresponsabilidade por parte das pessoas de Direito Privado ante os direitos fundamentais⁴⁴⁹ e acarretaria uma enorme “inflação” legislativa⁴⁵⁰, que culminaria em um direito de “não-liberdade”⁴⁵¹, já que o Estado, buscando se eximir de uma eventual responsabilidade, deveria regular todos os aspectos da vida dos particulares.

6.3.5. Teoria dos Imperativos de Tutela

A Teoria dos Imperativos de Tutela, também denominada de Teoria dos Deveres de Proteção, é defendida por Stefan Oeter, Joseph Isensee, Klaus Stern⁴⁵² e, principalmente, por Claus-Wilhelm Canaris⁴⁵³.

Tal corrente – e aqui daremos especial atenção a tese defendida por Canaris – sustenta que os direitos fundamentais vinculam exclusivamente o Poder Público⁴⁵⁴. Todavia, o Estado

⁴⁴⁹ Nesse sentido, se faz interessante trazer as lições de John Locke, que defendia que da liberdade humana decorre a responsabilidade de cada um, não pela sua vontade, mas pelos seus atos (BARROS, Roque Spencer de Maciel de. *Introdução à filosofia liberal*. São Paulo: EDUSP, 1971, p. 30).

⁴⁵⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, op. cit., p. 176.

⁴⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 138.

⁴⁵² Cf. JULIO STRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, op. cit., p. 141,

⁴⁵³ *In Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra: Almedina, 2009.

⁴⁵⁴ Para Canaris “(...) o dever do Estado de proteger um cidadão perante outro cidadão, contra uma lesão dos seus bens garantidos por direitos fundamentais, deve ser satisfeito também – e justamente – ao nível do direito privado” (*Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p. 133).

– em todas as suas formas de representação – está obrigado, não só a abster-se de violar os direitos fundamentais das pessoas de direito privado, mas, também, a proteger os direitos fundamentais de possíveis ameaças por parte de outros particulares⁴⁵⁵. Para Canaris⁴⁵⁶, as pessoas de direito privado também possuiriam o direito subjetivo à proteção do Estado contra a violação de seus direitos fundamentais por outros particulares:

“O objectivo principal da função de imperativo de tutela no âmbito das relações entre particulares é, por conseguinte, o de proteger os bens jurídico-fundamentais perante intervenções fácticas por parte de outros sujeitos de direito privado, e de assegurar a sua efectiva capacidade funcional.”.

Dessa forma, aduz Canaris que, ainda que de forma não direta, os direitos fundamentais influenciam o Direito Civil de diferentes formas e em diferentes planos. O primeiro a sofrer influência e, nesse caso diretamente, é o Poder Legislativo, já que não poderá criar leis que violem os direitos fundamentais, bem como deverá editar leis que protejam tais direitos de possíveis violações, e isso decorreria tanto de previsão expressa da Constituição alemã, quanto por ser um corolário lógico do princípio da supremacia da Constituição.

O segundo plano de influência, também de forma imediata, diz respeito a aplicação e ao desenvolvimento judicial do Direito Privado. Assim, o Poder Judiciário também estaria vinculado a proteção e defesa dos direitos fundamentais, tanto na sua vertente negativa, quanto na sua vertente positiva. Contudo, como bem salientado por Daniel Sarmiento⁴⁵⁷, a vertente negativa teria uma certa predileção quando comparada com a vertente positiva, isso porque:

“no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, já que normalmente há múltiplas formas para se assegurar a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente admissíveis.”.

⁴⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 217.

⁴⁵⁶ *In Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p. 107.

⁴⁵⁷ *In Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, op. cit., p. 217-218.

Além desse motivo, Canaris alega que deve haver a prevalência da vertente negativa, pois para se verificar a proibição de intervenção do Estado nos direitos fundamentais de particulares, o aplicador do direito se utilizaria da vertente da “vedação de excesso” do princípio da proporcionalidade; já para a análise dos imperativos de tutela, a face do princípio da proporcionalidade que se mostra mais aplicável é o da “proibição de insuficiência” que, conforme salienta José Carlos Vieira de Andrade⁴⁵⁸, está:

“associado a um imperativo de protecção suficiente, formulado negativamente como *princípio de proibição do déficit (Untermassverbot)*, que, ao contrário do princípio simétrico – não tem de ser visto como uma protecção mínima, mas também não impõe uma protecção máxima, seja na medida em que tem de respeitar o *princípio da proporcionalidade* quando atinge outros direitos e liberdades ou valores comunitários relevantes, com relevo especial para autonomia privada seja na medida em que há-de respeitar a *liberdade constitutiva do legislador*, que pode e deve graduar a protecção conforme os valores ou bens jurídicos em causa, a intensidade da ameaça e a possibilidade de auto-defesa pelo particular.”.

Ante o exposto, verifica-se que a protecção a violação dos direitos fundamentais por particulares deverá ser exercida concomitantemente, pelo legislador e pelos juízes, que deverão promovê-los tanto na criação das leis, quanto na aplicação delas.

Sendo assim, uma crítica feita a essa teoria consiste de que ela seria extremamente semelhante a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Tanto assim o é, que Jane Reis Gonçalves Pereira⁴⁵⁹ menciona que:

“De fato, há uma estreita correlação entre os deveres de protecção e a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas. Ao conceber-se a incidência dos direitos fundamentais entre particulares como indireta, torna-se imperativo que as normas de direito privado sejam interpretadas em conformidade com as normas constitucionais que os consagram.”.

⁴⁵⁸ *In os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1978, op. cit.*, p.257-258.

⁴⁵⁹ *In Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 469*

Da mesma forma, Hesse afirma que “na jurisprudência recente delinea-se uma evolução que deixa ficar clara a conexão entre o ‘efeito diante de terceiros’ indireta, assim entendida, e o dever de proteção do Estado diante de prejuízos a direitos fundamentais não-estatais”⁴⁶⁰.

6.3.5.1. Críticas

Como vimos no final do item anterior, a teoria dos imperativos de proteção, ainda que represente um certo avanço à teoria da eficácia mediata, vez que entende que cabe ao Estado uma atuação positiva na defesa dos direitos fundamentais⁴⁶¹, se assemelha muito a ela, razão pela qual grande parte das críticas formuladas à teoria dos efeitos mediatos - em especial àquelas referentes a concretização dos direitos fundamentais - também seriam aplicáveis a presente teoria.

Somada a essas críticas, alguns doutrinadores, como Hesse, alegam ainda que ela conferiria um “super poder” aos juízes de tribunais constitucionais, vez que esses poderiam, com base na vertente ativa da proteção, causar uma grande insegurança jurídica.⁴⁶²

Além disso, existem críticas de outra natureza, que sustentam que não existem razões para a negativa de vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais no mundo pós-moderno.

6.3.6. Teoria Integradora de Alexy

Robert Alexy, um dos maiores pensadores do tema aqui discutido, propõe, em sua obra *Teoria dos Direito Fundamentais*, uma construção teórica que abrangeria os principais pontos das teorias da eficácia imediata, da eficácia mediata e da imputação de Schwabe. Não por outra razão, que essa teoria acabou ficando conhecida como Teoria Integradora.

Buscando demonstrar que as três correntes mencionadas acima convergiriam para um mesmo resultado, Alexy⁴⁶³ sustenta que todas elas se utilizam das mesmas premissas teóricas,

⁴⁶⁰ *In Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 283.

⁴⁶¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares.*, *op. cit.*, p. 58

⁴⁶² CAPITANT, David. *Les effets juridiques des Droits Fondamentaux en Allemagne*, Paris: L.G. D. J., 2001.

quais sejam: (i) em uma relação privada ambas as partes são detentoras de direitos fundamentais; (ii) que, por tal motivo, a eficácia dos direitos fundamentais deve ser dar de maneira matizada; e (iii) que tal graduação de eficácia deveria ser alcançada pela ponderação.

Ademais, no modelo proposto por Alexy, a análise dos direitos fundamentais deve ser subdividida em três níveis: (i) o dos deveres do Estado; (ii) o dos direitos ante o Estado; e, por fim, (iii) o das relações jurídicas privadas. Vejamos:

“(…) nos deveres do Estado, nos direitos frente ao Estado e nas relações jurídicas entre sujeitos de direito privado. Entre esses três níveis não existe uma relação de hierarquia, mas sim uma relação de imputação recíproca”⁴⁶⁴.

O primeiro nível seria aquele dos deveres do Estado, sendo que para essa situação a teoria que encontraria as melhores respostas seria a da aplicação mediata, vez que o espectro objetivo dos direitos fundamentais acaba forçando o Estado a levá-los em consideração quando da elaboração de leis e na aplicação destas. Nas palavras de Alexy:

“A Teoria do efeito mediato frente a terceiros está situado no nível dos deveres do Estado. O fato das normas de direitos fundamentais, por serem princípios objetivos (sistema objetivo de valores) implica que o Estado está obrigado a levá-las em consideração tanto ao elaborar leis de direito privado, quanto na aplicação pelos Tribunais”⁴⁶⁵.

No segundo nível, isto é, com relação aos direitos fundamentais ante o Estado, residiria a possibilidade dos particulares virem a requerer a proteção estatal contra violação praticada por terceiros a seus direitos fundamentais, como no caso *Blinkfüer*⁴⁶⁶. Dessa forma, Alexy sustenta que se deveria aplicar a Teoria de Schwabe, pois os particulares têm o direito

⁴⁶³ *In Teoria de los derechos fundamentales*, PP. 513-515.

⁴⁶⁴ *In Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 516 e ss.

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 516.

⁴⁶⁶ BVerfGE 25, 256. De acordo com o relato de Juan María Bilbao Ubillos (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 309), o caso trata do embate entre liberdade de expressão x liberdade de imprensa, vez que a Editora Springer propôs um boicote a comercialização da revista comunista *Blinkfüer*. A revista ajuizou ação de indenização, a qual foi acolhida em 1º e 2º grau. Contudo, o Tribunal Superior Federal, em decisão de 10.06.63, deu ganho de causa a Springer, com base no direito à liberdade de expressão. Após isso, *Blinkfüer* recorre ao Tribunal Constitucional Federal invocando justamente o direito a liberdade de expressão.

fundamental de que os Tribunais levem em consideração a aplicação dos direitos fundamentais por eles pleiteados na decisão de seu caso.

Finalmente, o terceiro nível – a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares – demanda a aplicação da teoria da eficácia imediata, com a ressalva de que na relação entre cidadãos devem estar excluídos os direitos destes frente ao Estado, bem como que não pode haver uma simples troca de destinatários⁴⁶⁷.

E isso decorre do conceito formulado por Alexy com relação a eficácia imediata dos direitos fundamentais:

“(…) na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não-direitos, liberdade e não-liberdade, competências e não-competências, que, sem estas razões, não existiriam. Se definido dessa forma o conceito de efeitos imediatos frente a terceiros da Teoria da eficácia imediata, surge imediatamente um efeito frente a esses, sem a mediação por parte do Estado.”⁴⁶⁸.

Dessa forma, o que se pode concluir da teoria integradora de Alexy é que ele defende a existência de 3 níveis, sendo que “cada um deles se refere a um aspecto da mesma coisa. Qual deles deve ser eleito em cada caso na respectiva fundamentação jurídica é uma questão de funcionalidade. Porém, nenhum deles pode pretender a primazia sobre os demais”⁴⁶⁹.

Contudo, cabe aqui fazer a mesma crítica proposta por Rodrigo Nakahira, que sustenta que Alexy, em verdade, defende, em última análise, a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, vez que os dois primeiros níveis referem-se exclusivamente à vinculação do Estado aos direitos fundamentais, que devem promover a realização de tais direitos por meio da lei e de atos jurisdicionais.

6.3.7. A posição da Doutrina Brasileira

Ainda que no Brasil a doutrina não tenha dado a devida importância ao tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, seria no mínimo arrogante desprezar as

⁴⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 520.

⁴⁶⁸ *Idem*, p. 521.

⁴⁶⁹ *Idem*, p. 522. T

radução de Wilson Steinmetz, em *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, op. cit., p. 184.

contribuições dogmáticas dada ao tema por meio dos doutrinadores da corrente da perspectiva civil constitucional.

Tal corrente doutrinária, que se iniciou em meados da década de 1.980, nos programas de pós-graduação da PUC-SP⁴⁷⁰, UERJ⁴⁷¹ e UFPR⁴⁷², sofreu grande influência de autores europeus, sobretudo os italianos, como Pietro Perlingieri.

Muito embora tais pensadores não tratem propriamente do tema aqui proposto, é possível verificar que, por tudo que sustentam, em especial da análise dos enunciados por eles utilizados, inclinam-se para a defesa de uma aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Dentre aqueles que se debruçaram sobre o tema, vemos que a adoção por essa corrente doutrinária é ainda mais evidente. Ingo Wolfgang Sarlet defende que na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro é plenamente possível a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações fundamentais:

“(…) também na ordem constitucional pátria (…) inexistente respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa no que diz com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses em que não tenham destinatário exclusivo o poder público.”⁴⁷³.

Da mesma forma, temos a posição de Jane Reis Gonçalves Pereira que sustenta que a aplicação da teoria da eficácia imediata traduz, na verdade, “conseqüência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da Constituição.”⁴⁷⁴.

No mesmo sentido, temos Wilson Steinmetz, cuja tese de doutoramento defende a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, fazendo a ressalva de que essa

⁴⁷⁰ Na PUC-SP podemos citar como grande pensador do direito civil constitucional o Prof. Renan Lotufo, com os seus cadernos de direito civil constitucional.

⁴⁷¹ Na UERJ temos como grandes expoentes os Prof. Gustavo Tepedino (*Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil; A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro; etc.*) e Maria Celina Bodin de Moraes (*Constituição e Direito Civil: Tendência*).

⁴⁷² Por sua vez, na UFPR quem melhor tratou do tema foi Luiz Edson Fachin (*Teoria crítica do direito civil e Elementos críticos do direito de família*).

⁴⁷³ *In A eficácia dos Direitos Fundamentais ...*, op. cit., p. 152

⁴⁷⁴ *In Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações entre particulares*, op. cit., p. 185.

vinculação deve ser “matizada (‘modulada’ ou ‘graduada’) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomem em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes”⁴⁷⁵. Ainda, diz ele que, em atenção aos princípios democrático e da separação de poderes, quando houver concretização específica estabelecida pelo Poder Legislativo, o Judiciário “não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso (ônus da argumentação), afastar-se da solução legislativa.”⁴⁷⁶.

Thiago Sombra, em obra monográfica sobre esse assunto, afirma que a aplicação direta se “impõe (...) como mais um desdobramento dos mecanismos propagadores da unidade e supremacia da Constituição.”⁴⁷⁷.

Nessa mesma esteira, encontramos os ensinamentos de Daniel Sarmento, que aduz que:

“No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitoso que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado (*e.g.* direitos do preso). A Carta de 88 não chancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.”⁴⁷⁸.

André Ramos Tavares não se posicionou diretamente sobre qual modelo de aplicação entende preferível, mas destacou que os entes privados não podem restringir direitos fundamentais alheios, além de defender a possibilidade de exigir um comportamento positivo por parte dos particulares⁴⁷⁹. O mesmo ocorre com Walter Claudius Rothenburg que, após minuciosa explicação sobre as características dos direitos fundamentais, não chega a concluir sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ *In Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 295.

⁴⁷⁶ *Idem*, p. 296.

⁴⁷⁷ *In A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 202.

⁴⁷⁸ *In Direitos Fundamentais e Relações Privadas, op. cit.*, p. 328.

⁴⁷⁹ *In Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 364.

⁴⁸⁰ *In Direitos Fundamentais e suas características, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 29, pp. 09-34.

Por fim, importante ressaltar a posição de Virgílio Afonso da Silva, defendida na sua tese de livre-docência de Direito Constitucional na USP, que se filia ao modelo proposto por Alexy, mas de uma maneira mais flexível, isto é, sempre que possível a aplicação deverá ser indireta, mas, quando isso não for possível, a aplicação poderá se dar de forma direta⁴⁸¹.

6.4. Conclusão

Tendo exposto as diversas teorias existentes sobre o tema aqui discutido, bem como a posição adotada pela maior parte da doutrina brasileira, se faz necessário que apresentemos, ainda que em linhas gerais, a teoria a qual entendemos se mostrar mais adequada, dentro do modelo vigente em nosso ordenamento, para a resolução do problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais.

Em primeiro lugar, conforme trataremos em maiores detalhes no capítulo 7 abaixo, há que verificar se, de fato, existe uma verdadeira oposição entre as teorias da aplicação imediata e da aplicação mediata – as duas teorias que encontraram maior aceitação tanto na doutrina nacional, quanto na estrangeira. Seguindo os ensinamentos de Alexy, não nos parece que exista uma incompatibilidade entre tais teorias, sendo plenamente possível a adoção de um modelo de aplicação que congregue os principais pontos e vantagens de cada uma das teorias.

Sendo assim, defendemos a possibilidade de uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, eis que, conforme ressaltado no capítulo 2 acima, não se mostra possível defender atualmente, que os princípios possuam tão somente uma função programática dentro do ordenamento jurídico e, além disso, não existe qualquer objeção para a aplicação direta dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, muito pelo contrário, a supremacia da Constituição e a sua força vinculante nos levam a esse reconhecimento. Contudo, ainda que defendamos a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações horizontais, é fato que ela não pode se dar de maneira irrestrita e indiscriminada, vez que isso pode vir a ocasionar uma grave insegurança jurídica e aumentar o subjetivismo das decisões, além de retirar a importância das normas de Direito Civil e violar o princípio da separação dos Poderes.

⁴⁸¹ *In A constitucionalização do Direito ..., op. cit., p. 28.*

Dessa forma, defendemos, conforme se verá em maiores detalhes no capítulo abaixo, que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é plenamente possível, mas que tal aplicação deve ser condicionada a verificação de algumas condições. Em outras palavras, a aplicação direta é possível desde que o legislador não tenha feito o sopesamento em abstrato dos valores que por ventura se encontrariam em conflito por meio da formulação de uma regra específica sobre aquela determinada situação.

Mas não é só, ainda que essa seja a regra geral aqui adotada na maneira da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, nada impossibilita que, em casos excepcionais, dado as peculiaridades fáticas e jurídicas verificadas, possa o aplicador do Direito se valer diretamente da aplicação de um princípio (direito fundamental) em detrimento ao disposto em uma regra. Todavia, dada a excepcionalidade de tal situação, o esforço argumentativo do aplicador deverá ser muito maior e deverá ele observar todas as condições descritas pormenorizadamente no capítulo abaixo.

7. MODELO DE VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

7.1. Introdução

Ante tudo quanto o acima exposto, chega o momento de nos manifestarmos, em maiores detalhes, sobre de que forma entendemos ser possível a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em especial com relação aos direitos fundamentais de 1ª dimensão, tendo por fundamento o ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Constituição Federal. Obviamente, a posição aqui adotada é uma decorrência lógica de toda a argumentação detalhadamente construída até o presente momento.

Ora, de acordo com o que já foi dito, em especial nos capítulos 2, 3 e 5 acima, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, em especial a nossa Constituição da República, impõe aos particulares a necessidade de observância aos direitos fundamentais. Em um ordenamento como o brasileiro, que tem uma Constituição de caráter social, não é possível sustentar que os direitos fundamentais seriam apenas limites a atuação do Poder Estatal.

Exceto, obviamente, alguns direitos fundamentais cujo destinatário é exclusivamente o Estado (como o direito dos presidiários), para todos os outros, a Constituição não estabeleceu nenhuma limitação que acabasse por sustentar um afastamento da aplicação deles aos particulares. E, conforme ressaltado por Daniel Sarmiento, “a linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º do texto magno transmite a idéia de uma vinculação passiva universal.”⁴⁸².

Logo, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, diferentemente do alegado por Lombardi e Vieira de Andrade, não são aplicados de maneira exclusiva aos ditos “poderes privados”, mas sim a todos os particulares, independentemente da existência, ou não, de desigualdade fática na relação travada entre eles. A questão da desigualdade, conforme visto no capítulo 5 acima, só ganha relevância no momento em que o aplicador do

⁴⁸² *In Direitos Fundamentais e relações privadas, op. cit., p. 238.*

Direito tiver que ponderar a aplicação do princípio da autonomia privada com o outro direito fundamental em debate.

E mais, cumpre aqui destacar que a vinculação dos particulares não está restrita aos direitos fundamentais individuais, mas também diz respeito a vinculação dos direitos fundamentais sociais e transindividuais⁴⁸³. Contudo, conforme o título do presente trabalho já ressalta, iremos tratar aqui especificadamente da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais de 1ª dimensão, que, em sua maioria, acabam sendo classificados também como direitos individuais.

Contudo, a respeito das diretrizes básicas da forma e da medida dessa vinculação, a despeito de já terem respostas bem encaminhadas nos capítulos 2, 5 e 6 supra, se faz necessários maiores esclarecimentos.

Como fato imprescindível para a real análise da questão versada no parágrafo anterior, se faz necessário a análise de outro problema, qual seja, as teorias que tentam explicar o modo e forma da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, isto é, a teoria da eficácia imediata e da eficácia mediata possuem diferenças inconciliáveis? Como já salientado na conclusão do capítulo anterior, entendemos que não.

7.2. Compatibilização das teorias da eficácia imediata e da eficácia mediata

Como já dito no capítulo 6, poucos são aqueles doutrinadores que sustentam com convicção e de forma aberta a não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Aliado a isso, também conforme já exposto, tanto a teoria dos deveres de proteção de Schwabe, como a doutrina do *state action* são formas de contornar a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais por meio do deslocamento do ponto central dessa questão.

⁴⁸³ Como não poderia deixar de ser, os direitos sociais e transindividuais que representem um direito do indivíduo a uma prestação – seja de bem ou serviço – ante o Estado (como aqueles direitos arrolados no art. 6º, de nossa Carta Magna), estão automaticamente excluídos da vinculação aos particulares. Ora, não é crível que alguém defenda que os entes privados estão obrigados a criar instituições de ensino, hospitais, etc. Muito menos pode-se impor a particulares a planejar e executar políticas públicas sociais e econômicas, conforme bem salientado por Wilson Steinmetz (*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, op. cit.*, p. 279).

Sendo assim, verifica-se que o grande embate entre teorias reside nas diferenças existentes entre aqueles que sustentam uma vinculação mediata com aqueles que sustentam uma vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais.

Dessa forma, a grande questão é verificar se, de fato, tais teorias são concorrentes ou, se a despeito das posições mais extremadas, é possível criar um modelo de aplicação complementar de tais teorias.

Para tanto, cremos ser importante trazer a baila as lições de três grandes doutrinadores.

Como já mencionado no Capítulo 6, Robert Alexy fundamenta sua Teoria Integradora na ideia de que é possível reunir os pontos principais de ambas teorias em um modelo convergente, vez que todas as teorias apresentam posições justificadas sobre diferentes aspectos do problema a que se dispõe a analisar. Contudo, como já vimos, na visão desse doutrinador, a aplicação de todas as teorias convergiriam, em grosso modo, para a aplicação irrestrita da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ao seu turno, Ernst-Wolfgang Böckenförde⁴⁸⁴, sustenta que a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações horizontais não passa de uma questão marginal. E ele assim o afirma com base na ideia de que:

“se os direitos fundamentais garantem determinados conteúdos (axiológicos) jurídico-objetivos do ordenamento jurídico com hierarquia constitucional, sua realização não pode depender de uma configuração infraconstitucional suficiente do ordenamento jurídico-privado. À medida que parece possível o desenvolvimento desses conteúdos por meio de cláusulas gerais ou de outras regras legais do correspondente âmbito jurídico, pode levar-se a cabo pela via da interpretação e da aplicação dessa prescrição, isto é, pela via da eficácia indireta frente a terceiros. Se faltam tais pontos de conexão, não cessa a atuação dos direitos fundamentais, senão que ela se impõe diretamente. O próprio direito fundamental se converte em ponto de conexão para os deveres de ação ou de omissão de terceiros ou para os próprios direitos no ordenamento jurídico-privado ou em outros ordenamentos jurídicos parciais: oclusão de lacunas, de proteção de valores em virtude da supremacia da Constituição ou, precisamente, eficácia direta jurídico-material frente a terceiros.”⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ *In Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental*, p. 112.

⁴⁸⁵ *Idem*, p. 113-114.

O que se verifica da posição de tal autor é que as teorias são, na verdade, complementares, pois onde não há a possibilidade de aplicação de uma delas se inicia a possibilidade de aplicação da outra. E somente esse modelo de aplicação em conjunto é que garante a real eficácia de direitos fundamentais como princípios objetivos de todo o ordenamento jurídico.

Na mesma linha de argumentação, encontramos os ensinamentos de Bilbao Ubillos⁴⁸⁶, que sustenta que:

“[a contraposição entre as teorias] É uma falsa disjuntiva: admitir a possibilidade de uma vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos* em determinados supostos não significa negar ou subestimar o efeito de irradiação desses direitos por meio da lei.”⁴⁸⁷.

E continua afirmando que: “o normal (e o mais conveniente também) é que seja o legislador quem concretize o alcance dos diferentes direitos nas relações de direito privado; porém, quando essa mediação não existe, na ausência de lei, as normas constitucionais podem ser aplicadas diretamente.”⁴⁸⁸.

O que se verifica das lições acima colacionadas é que a oposição entre teorias não decorre da lógica, vez que não existe entre elas – ao menos em suas vertentes menos extremistas – qualquer tipo de necessária exclusão conceitual.

Sendo assim, a questão passa a ser como coordenar a complementação entre tais teorias. E a resposta a essa indagação irá depender justamente de como o observador se posicionará frente a elas.

Ora, as posições menos radicais de ambas as teorias defendem que, em havendo regulação legislativa específica e conforme à Constituição, o juiz ou outro aplicador deve, no caso concreto, optar pela aplicação da regra infraconstitucional, pois não está o Poder Judiciário autorizado a se sobrepor às ponderações do Poder Legislativo ou delas se afastar

⁴⁸⁶ Em sentido semelhante, veja a lição de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez: “não cabe, pois, limitar-se À presumida oposição entre eficácia mediata e eficácia imediata da Constituição sobre as relações privadas. Ambas as proposições, uma a partir das exigências da divisão de poderes e da segurança jurídica, outra desde a necessária garantia dos direitos, são razoáveis, e seus resultados, apesar das aparências suscitadas no curso da polêmica, não são contraditórias: postulam sua coordenação.”

⁴⁸⁷ *In La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 29.

⁴⁸⁸ *Idem*, p. 377.

sem maiores esforços argumentativos, vez que, de acordo com a sistemática adotada em nossa Constituição, é o legislador quem desfruta da legitimidade da eleição popular e suas manifestações representam a vontade do povo⁴⁸⁹. Ou seja, somente dessa forma é que se estará dando a correta aplicação aos princípios da democracia⁴⁹⁰, separação de poderes⁴⁹¹ e, principalmente, ao da autonomia privada⁴⁹² e da segurança jurídica⁴⁹³.

Do outro lado, nos parece óbvio que, caso não haja regulação infraconstitucional específica, é permitido ao juiz a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações horizontais e isso decorre justamente do princípio da proibição do *non liquet*, ou seja, decorre do dever assumido pelos juízes de não se eximirem de julgar os casos que lhes forem apresentados alegando insuficiência legislativa⁴⁹⁴. Além de ser uma exigência do princípio da dignidade da pessoa humana.

E tal conclusão é bastante semelhante à atingida por Virgílio Afonso da Silva, em sua tese de livre-docência de Direito Constitucional da USP, vez que sustenta que é possível o aplicador do direito se valer da aplicação direta, mas que tal aplicação seria subordinada, eis que sempre que possível, os particulares se submeteriam a influência dos direitos fundamentais pela via indireta, que se dá através da mediação legislativa⁴⁹⁵.

Todavia, as conclusões atingidas acima não encerram com os possíveis questionamentos acerca dessa problemática, pois, invariavelmente, se passará a perguntar: Dentro de um ideal de justiça, nunca seria possível optar pela aplicação direta ainda que existente uma regra em sentido oposto? E mais, somente em casos de omissão legislativa é que o Poder Judiciário estaria autorizado a aplicar imediatamente os direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares?

⁴⁸⁹ A esse respeito, veja que tanto Ingo Wolfgang Sarlet (*Direitos fundamentais e direitos privados...*, p. 143), quanto Thiago Sombra (*A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 167) reconhecem que cabe ao legislador precipuamente dar concretude aos direitos fundamentais nas relações privadas. Contudo, ambos os doutrinadores salientam que isso não excluiria a aplicação direta em caso de lacuna infraconstitucional.

⁴⁹⁰ Art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República.

⁴⁹¹ Art. 2º, da Constituição da República.

⁴⁹² Art. 1º, IV e art. 170, ambos da Constituição da República.

⁴⁹³ Art. 5º, da Constituição da República.

⁴⁹⁴ Sobre esse ponto, importante ressaltar que, atualmente, é bastante discutível a questão da existência de lacunas no ordenamento jurídico, pois sendo os princípios normas jurídicas não mais se vislumbraria a hipótese de casos em que não houvesse norma possível de ser aplicada. Contudo, por ser assunto alheio ao que aqui se trata, iremos fazer apenas esse breve comentário, sem adentrar a maiores discussões a esse respeito.

⁴⁹⁵ *In A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, op. cit., p.147/148.

E tais perguntas, mostram-se extremamente cabíveis, pois, para os defensores de uma irrestrita aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o modelo acima proposto implicaria em uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁹⁶ e negaria o papel da Constituição como estrutura normativa básica do Estado e da sociedade⁴⁹⁷.

Dessa forma, discorreremos abaixo sobre as respostas que entendemos cabíveis as perguntas feitas acima, além disso, o modelo que irá servir para solucionar tais questionamentos poderá vir a ser utilizado na aplicação de qualquer uma das espécies de direitos fundamentais às relações privadas, contudo trataremos especialmente da aplicação daqueles direitos fundamentais considerados como sendo de 1ª dimensão.

7.3. Modelo⁴⁹⁸ geral para aplicação dos Direitos Fundamentais as Relações Privadas

7.3.1. Como resolver eventual conflito entre o estado ideal de coisas previsto em um direito fundamental e o disposto em uma regra

No capítulo 2, cuidamos de mostrar algumas possíveis definições de regras e princípios, bem como a explicar – e criticar – as diferenças usualmente utilizadas pela doutrina ao diferenciar um instituto do outro, além de, com base na definição adotada, demonstrar quais seriam, de fato, as diferenças cruciais entre as espécies normativas, para, após isso, discorrer brevemente sobre os efeitos particulares de cada uma das espécies normativas.

Contudo, ainda nos resta responder a seguinte pergunta: como se resolve um eventual conflito entre o disposto em uma regra e em um princípio de acordo com o modelo aqui adotado? É o que se passará a responder.

⁴⁹⁶ Conforme já mencionado no Capítulo 6 acima, quando da enunciação das críticas feitas à teoria da aplicação indireta.

⁴⁹⁷ Sobre a Constituição conter os principais valores e diretrizes para a conformação da vida social no país, anotou J. J. Canotilho: “(...) que a constituição, como lei fundamental da *res publica* – constituição republicana – tende a reflectir a interdependência do Estado e da sociedade, sendo cumulativamente uma constituição estadual e uma constituição social” (*Constituição dirigente e vinculação do legislador, op. cit.*, p. 152).

⁴⁹⁸ Com relação ao modelo que iremos apresentar, fazemos as mesmas ressalvas feitas por Virgílio Afonso da Silva, quando do término da apresentação de sua tese de livre-docência: “(...) todo modelo é vazio, apenas forma. E o aqui desenvolvido não poderia ser diferente. Não se pode esperar que ele esteja pronto para resolver todo e qualquer problema relacionado aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Todo modelo é uma ferramenta de trabalho que ganha corpo com a prática doutrinária e, especialmente, jurisprudencial. Esperar mais do que isso é ingenuidade.”

A doutrina tradicional responde essa pergunta com certa singeleza ao afirmar que por ser o princípio uma “regra-mestra”, por “dar sustentação e fundamentação ao ordenamento jurídico” deve sempre prevalecer no caso de eventual conflito deste com o disposto em uma regra, mas será que tal posicionamento se mostra correto?

Antes de respondermos a tal pergunta, se faz necessária uma breve consideração. Levando-se em consideração a função dos princípios dentro do ordenamento e a definição aqui adotada, percebemos que é muito mais fácil encontrarmos princípios nos altos escalões hierárquicos do ordenamento jurídico, enquanto as regras, por terem alto grau de determinabilidade, estariam mais próximas da base do ordenamento, o que nos leva a corroborarmos o entendimento exposto acima, mas e em casos em que as regras e os princípios encontram-se no mesmo plano hierárquico?

Nesse caso, não podemos concordar com o entendimento de que deve sempre privilegiar os princípios em detrimento das regras, pelos seguintes motivos:

Como já dito e redito no presente trabalho, as regras possuem um caráter decisório, abarcante e uma maior rigidez, o que para nós evidencia que elas só podem vir a ser superadas se houver razões extraordinárias para tanto, aliado a um enorme esforço argumentativo por parte do aplicador, que deverá externar todo o juízo de ponderação que o levou a decidir pela prevalência do princípio sobre a regra.

Nessa esteira, é possível afirmar que “a regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios”⁴⁹⁹.

E o próprio Supremo Tribunal Federal parece comungar dessa nossa opinião. Veja, a esse respeito o voto do Ministro Sepúlveda Pertence ao julgar⁵⁰⁰ um caso em que se analisou a possibilidade de resolver conflito entre as garantias constitucionais de proteção contra a prova ilícita e o interesse público repressivo:

“Posto não ignore a autoridade do entendimento contrário, resisto, no entanto, a admitir que à garantia constitucional da inadmissibilidade de prova ilícita se

⁴⁹⁹ Ibidem.

⁵⁰⁰ STF, Pleno, HC 79.512-9/RJ, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.99, DJ 16.05.2003.

possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes. É que, aí, foi a Constituição mesmo que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – por valores fundamentais, da dignidade da pessoa humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita.”.

Ora, ao sempre conferir prevalência irrestrita ao princípio sobre a regra, estaria ocorrendo uma usurpação pelo Poder Judiciário de uma competência atribuída constitucionalmente ao Poder Legislativo. O legislador ao definir a solução para o caso em abstrato, por meio da edição de uma regra, já efetuou a ponderação de todos os elementos que permeavam a questão e optou por aquele que entendeu ser o melhor tanto para a resolução do caso, como também ser o melhor meio para a persecução dos fins objetivados pelo ordenamento.

Os que sustentam uma posição contrária a aqui mencionada, partem da ideia de que um princípio possui sempre um grau hierárquico superior ao de uma regra, que o princípio teria maior relevância para o ordenamento do que a regra, o que, conforme demonstrado ao longo do presente trabalho não seria verdadeiro, já que ambas espécies normativas são essenciais e indispensáveis a estruturação do ordenamento jurídico, vez que possuem diferentes funções, atribuições e finalidades.

Ademais, para os defensores da teoria clássica, somente os princípios veiculariam valores e finalidades, quando aqui se demonstrou que ambas as espécies normativas são dotadas de valores e buscam atingir determinados objetivos.

Dessa forma, para nós – com base nas lições de Humberto Ávila e Friedrich Müller – resta claro que no caso de um conflito entre regras e princípios, deve ser dada prevalência a regra, salvo a verificação de estarmos diante de um caso extraordinário.

E aqui entra a segunda questão proposta acima, quais seriam esses casos excepcionais que permitiriam uma aplicação imediata de direitos fundamentais em detrimento da existência de uma regra em sentido oposto? E mais, qual seria o procedimento a ser adotado para legitimar tal escolha?

7.3.2. Condições que possibilitem a “vitória” do princípio sobre a regra

Como visto, as regras devem, preferencialmente, serem respeitadas (e vencer eventuais conflitos com princípios), pois: (i) é da sua função ser decisória e abarcante; (ii) a sua aplicação elimina a arbitrariedade; (iii) cabe, primordialmente, ao Poder Legislativo a elaboração de normas de conduta e (iv) a aplicação dá segurança aos particulares ao pautarem a sua atuação.

Todavia, em casos excepcionais, os princípios podem prevalecer em detrimento das regras. Agora, como se verifica de forma científica, clara e precisa a existência de uma situação excepcional?

Mais uma vez nos perfilamos as lições de Humberto Ávila, que assim leciona:

“O modelo ora proposto tem duas características. Primeira: é bidimensional, no sentido de ser material e procedimental ao mesmo tempo. Material, porque condiciona a superação de regras ao preenchimento de determinados requisitos de conteúdo. Procedimental, porque condiciona a superação de regras à observância de requisitos de forma. Segunda: é criterioso, na medida em que não procura apenas analisar se as regras podem, ou não, ser superadas, mas quando e mediante a implementação de quais condições elas podem ser superadas.”⁵⁰¹

O requisito material entendido por Humberto Ávila reside na idéia de que a superação da regra não configure em uma violação ao “valor formal” da regra (isto é, não se contraponha fundamentalmente ao princípio da segurança jurídica, da autonomia privada, da democracia e da separação dos poderes), nem ao valor material defendido pela regra considerada em si mesma, isto é, o estado ideal de coisas que ela pretende assegurar.

Sendo assim, para o mencionado doutrinador, a primeira condição é verificar que caso venha se dar a prevalência pela aplicação do princípio, a situação que deu ensejo não poderá ser corriqueira, deve ser difícil o reaparecimento de situação similar, pois somente dessa forma estar-se-ia dando a devida proteção ao valor formal da regra.

A segunda condição reside no fato da superação da norma não configurar uma contrariedade, um obstáculo ao estado ideal de coisas que ela visa alcançar. De forma que, “a

⁵⁰¹ Ibidem, p. 115.

superação de uma regra depende da aplicabilidade geral das regras e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual.”⁵⁰². Dito de outro modo, a regra não poderá simplesmente vir a ser afastada sob a alegação de que, no caso em concreto, ela gera uma situação de injustiça, se faz necessário que o aplicador construa “uma solução de um caso mediante a análise da sua repercussão para a maioria dos casos”⁵⁰³, pois, se assim não fizer, poderá vir a criar uma situação que causará maiores prejuízos a coletividade do que os benefícios provocados no caso individual (“*more harm than good*”).

Além desses requisitos materiais, se faz necessário, para que seja possível a superação de uma regra por um princípio, que determinadas condições formais sejam atendidas, quais sejam: (i) justificativa condizente, que depende da comprovação da: (a) incompatibilidade entre a hipótese da regra e a finalidade por ela almejada; e (b) demonstração de que tal afastamento não causará grande insegurança jurídica; e (ii) fundamentação condizente.

Esse critério procedimental se verifica pelo maior ônus de fundamentação ao qual o aplicador estará atrelado. Ao optar pela superabilidade da regra, o juiz deverá apresentar uma justificativa condizente de modo racional e claro, justificativa essa que deverá ser externada de forma escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada.

E tais providências se mostram indispensáveis, pois só assim é que se tornará possível o controle das decisões tanto pelos tribunais superiores, quanto pelos próprios particulares.

7.3.3. Breves comentários sobre o modelo proposto

É inegável o papel central que os direitos fundamentais tem em nosso ordenamento jurídico. Contudo, por mais relevante que tais direitos sejam, é impossível que um sistema seja composto apenas por direitos fundamentais, vez que um sistema composto somente por eles seria extremamente maleável, não havendo padrões claros de comportamento, ocasionando diversos problemas aos particulares, além de inviabilizar a sua autonomia privada, expressão da dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, não se nega que um sistema composto apenas por regras seria inflexível, o que além de causar situações de extrema injustiça, também cercearia a necessária

⁵⁰² *Ibidem*, p. 119.

⁵⁰³ *Ibidem*.

autonomia privada, eis que todos os padrões de comportamento já seriam previamente estipulados, impedindo os particulares de criarem e se submeterem a regras por eles criadas.

Desta forma, demonstra-se claramente que ambas as espécies normativas são indispensáveis e imprescindíveis para o ordenamento jurídico, vez que possuem funções específicas e complementares, não havendo que se cogitar de maior relevância *a priori* de uma espécie normativa sobre a outra.

Vê-se, então, que o modelo geral de aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais aqui proposto, busca ser moderado e procedimentalizado, criando critérios e parâmetros controláveis objetivamente, de forma a não ser extremamente rígido ao ponto de pregar obediência cega às regras, nem decisionista ao ponto de lançar os particulares aos caprichos pessoais ou ideais de justiça exclusivo do julgador⁵⁰⁴.

O modelo aqui proposto tem a finalidade de fornecer alicerces para a aplicação da teoria, conferindo a aplicação dos direitos fundamentais parâmetros minimamente objetivos e, portanto, verificáveis intersubjetivamente, afastando as inclinações espirituais e ideológicas dos magistrados.

Seria ingênuo crer que o modelo que aqui descrito seria dotado de objetividade plena, pois, conforme já dito por Luís Roberto Barroso, isso é impossível, mas, nem por isso, devemos deixar de almejá-la:

“A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer o balizamento dentre dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer justiça ao caso concreto”⁵⁰⁵.

E é justamente isso que pretendemos delinear nas condições mencionadas acima. O que se busca com tal modelo de aplicação é valorizar as regras, em especial aqueles de Direito Civil e, por conseguinte, os princípios constitucionais da democracia, da separação de poderes, da autonomia privada e da segurança jurídica, sem, no entanto, impossibilitar a

⁵⁰⁴ Segundo Matthias Jastaedt, a não observância de critérios como os quais aqui se trata, faz com que a aplicação da máxima da proporcionalidade crie uma “caixa preta” legitimadora de um “decisionismo” e formalizadora de um “institucionismo moral”. (“*Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen*”, PP. 265 e 267.

⁵⁰⁵ *In Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 256.

superação desses em busca da realização da justiça individual, por meio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, quando esses se mostrarem indispensáveis.

Por fim, o modelo aqui proposto tem o objetivo de fornecer critérios para o aplicador do Direito, critérios esses que não dependam da formação pessoal e da ideologia individual do julgador, mas que sejam apreciáveis objetivamente, que deem guarida a real intenção da lei e não ao arbítrio dos valores pessoais do aplicador.

7.4. Análise da jurisprudência pátria tendo por base o modelo proposto

Contudo, sabemos que o modelo acima não é aquele que vem sendo mais adotado pela jurisprudência pátria. O que se observa dos julgados, não só das instâncias superiores, mas também nos juízos singulares, é uma hipertrofia da aplicação indistinta dos princípios nas relações horizontais, muitas vezes ignorando a existência de regras específicas formuladas pelo legislador para aquela determinada situação. Para demonstrar isso iremos analisar, nesse primeiro momento, dois casos emblemáticos sobre a aplicação dos direitos fundamentais em relações horizontais não contratuais: o caso Ellwanger e o caso da condução debaixo de vara para a realização do exame de DNA.

7.4.1. O caso Ellwanger⁵⁰⁶

Siegfried Ellwanger era o proprietário de uma gráfica e editora que publicava livros que faziam apologia ao nazismo e que, portanto, continham conteúdo antissemita. Tendo em vista essa atividade, ele foi condenado pelo crime de racismo, previsto no art. 20, da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90, que assim dispõe:

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.”⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Habeas Corpus nº 82.424, do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰⁷ Tal artigo teve sua redação modificada em 1997 pela lei nº 9.459 e hoje possui a seguinte redação: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do *Habeas Corpus* nº 82.424, tendo os Ministros daquela Corte negado, por maioria de votos, a concessão do *habeas corpus* mantendo a condenação imposta.

O que se depreende da leitura dos votos dos Ministros que participaram desse julgamento é que a grande maioria deles, podendo citar Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, acabou fundamentando a sua decisão na ideia de sopesamento de princípios. Sendo que militava a favor do Impetrante os princípios da livre manifestação de pensamento e da liberdade de imprensa e do outro lado o princípio utilizado era o da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos, como o direito à honra

A despeito do resultado atingido pelo Supremo Tribunal Federal ao proferir sua decisão ser, ao nosso ver, inquestionável, a metodologia utilizada não o foi.

No modelo por nós proposto, a aplicação direta dos direitos fundamentais se mostra possível, em grande medida, quando inexistente mediação legislativa ou quando ela se mostre insuficiente – além daquelas situações excepcionais em que se é possível aplicar diretamente um princípio em detrimento do disposto em uma regra, mas que não se mostra útil para a análise do caso em comento. E veja, a mediação legislativa existe quando o legislador, no exercício da sua competência constitucional, tenha elaborado uma regra para determinada colisão de direitos fundamentais.

No caso em tela, entendemos que o legislador havia feito esse sopesamento ao determinar que o crime de racismo é inafiançável. Sendo assim, tendo em vista a existência de mediação legislativa, pelo modelo aqui proposto, não haveria que se fazer qualquer consideração sobre a aplicação direta dos direitos fundamentais, eis que o que seria aplicável seria a regra penal.

Dessa forma, ao nosso ver, agiu mal o Supremo Tribunal Federal ao proceder com o juízo de ponderação entre a liberdade de imprensa e pensamento com o princípio da dignidade e seus corolários, pois, no caso em comento, deveria o Supremo ter efetuado exclusivamente um juízo de subsunção, isto é, se a conduta narrada pode ou não ser considerada como sendo racista.

Logo, em havendo a necessária mediação legislativa, os Ministros do Supremo deveriam apenas verificar se o ato praticado poderia ser classificado como sendo racista e, em considerando tal ato como racista, bastaria a aplicação do conseqüente legal, ou seja, a aplicação da pena. Caso entendessem que tal ato não seria classificado como sendo racista, não haveria razão para a aplicação da pena.

E veja, não se quer com o modelo proposto afastar a possibilidade de discussão sobre o acerto ou não das decisões legislativas. Entendemos que a análise dessas decisões é medida importante e indispensável a realização do Direito, vez que o legislador também é um ser humano e, portanto, falível. Mas o que se quer ressaltar aqui é que tal discussão não seria cabível em sede de *Habeas Corpus*, deveria a questão da relevância da liberdade de pensamento e de imprensa dentro do Estado Democrático e de Direito ser discutida por meio de uma prejudicial de constitucionalidade ou por ações de controle de constitucionalidade.

7.4.2. O caso da condução do réu debaixo de vara para a realização do exame de DNA⁵⁰⁸

Tal caso ganhou especial notoriedade por discutir a possibilidade do suposto pai vir a se negar a realizar exame de DNA em uma ação de investigação de paternidade.

No presente caso, assim como no narrado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal optou por proceder com a ponderação entre direitos fundamentais distintos. Invocado pelas filhas estariam o direito à identidade ou o direito a conhecer sua origem genética⁵⁰⁹ e pelo suposto pai o direito a intangibilidade do corpo humano⁵¹⁰, no direito à intimidade, a vida privada, previstos no art. 5º, II, da Constituição da República.

No final, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria de votos, que o pai poderia se negar a ceder material genético para a realização do exame de DNA, mas que isso implicaria no reconhecimento tácito da paternidade, nos seguintes termos:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA –
CONDUÇÃO DO RÉU DEBAIXO DE VARA. Discrepa, a mais não poder, de

⁵⁰⁸ *Habeas Corpus* n° 71.373-4, do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰⁹ Expressão utilizada pelo Ministro Francisco Rezes em seu voto.

⁵¹⁰ Expressão utilizada na tese vencedora de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello.

garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigações de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta de material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”.

Todavia, tal decisão além de ser questionável juridicamente⁵¹¹, também padece da mesma crítica metodológica descrita acima, isto é, em havendo regramento específico para o caso em julgamento, não deveriam os Ministros terem optado pela ponderação de princípios.

O art. 227 de nossa Carta Magna estabelece uma regra na qual o legislador previu que a família, a sociedade e o Estado assegura, com absoluta prioridade os direitos da criança e do adolescente. Vejamos:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”.

Sendo assim, da leitura do supracitado artigo, verifica-se que o legislador já fez sua escolha entre eventuais direitos fundamentais colidentes para a situação narrada, devendo ser conferida absoluta prioridade aos direitos da criança e do adolescente. Dito de outra forma, ainda que de maneira abstrata, o legislador já decidiu que entre a eventual colidência de um direito fundamental de um adulto e um direito fundamental de uma criança deve ser dada preferência a realização do direito fundamental da criança.

Logo, em existindo uma regra específica para ser aplicada ao caso, deveria ter o Supremo Tribunal Federal afastado eventuais alegações de colidência de direitos. Caberia aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dentro do modelo aqui proposto, averiguar se

⁵¹¹ Entre as maiores críticas formuladas a decisão do Supremo é de que ela teria violado o princípio da dignidade da pessoa humana ao negar as filhas o efetivo de direito em conhecer quem realmente seria o seu pai, mitigando tal direito tomando por base uma simples presunção jurídica, conforme se observa do voto do Ministro Carlos Velloso.

estávamos diante de direitos de uma criança e um adolescente e em estando dar absoluta prioridade a realização destes, o que, ao nosso ver, possibilitaria, inclusive, a condução debaixo de vara do suposto pai, eis que a confissão ficta pode resolver eventuais problemas de cunho patrimonial, mas implicaria em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme bem sustentado pelo Ministro Ilmar Galvão:

“(...) não se busca com a ação investigatória, a satisfação de um interesse meramente patrimonial, mas, sobretudo, a consecução de interesse moral, que só encontrará resposta na revelação da verdade real acerca da própria origem biológica do pretense filho, posta em dúvida pela réu ou por outrem.”

E conclui o aludido Ministro que: “no confronto entre os dois valores, Senhor Presidente, não tenho dúvida em posicionar-me em favor do filho”. Nesse mesmo sentido, encontramos os argumentos do Ministro Carlos Velloso que afirmou que a confissão ficta “tem importância para a satisfação de interesses patrimoniais, não resolve, não é o bastante e suficiente quando estamos diante de interesses morais, como o direito à dignidade que a Constituição assegura à criança e ao adolescente.”

Logo, de acordo com o modelo aqui proposto, a solução ao caso em comento seria muito mais simples, eis que bastaria a realização de um juízo de subsunção para verificar que se estivéssemos diante do interesse de uma criança ou de um adolescente deveria ser dado a ele absoluta prioridade.

Ainda a esse respeito, importante ressaltar, por fim, que com base no entendimento esposado nesse julgamento, foi elaborada a Lei nº 12.004/09, que alterou a Lei nº 8.560/02, para adotar a posição firmada nesse julgamento. Contudo, nos parece que tal Lei, em especial seu art. 2º, parágrafo único, é inconstitucional, por se mostrar conflitante com o disposto no art. 227, de nossa Carta Magna.

7.5. Considerações específicas para a aplicação dos Direitos Fundamentais de 1ª dimensão nas relações horizontais contratuais

Conforme mencionado acima, o ordenamento jurídico brasileiro determina a aplicação dos direitos fundamentais – com a exceção daqueles cujos destinatários são exclusivamente o Estado – aos entes privados e isso decorre, em grande parte, do princípio da hierarquia da Constituição e da dignidade da pessoa humana.

Contudo, é evidente que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não acontecerá da mesma maneira que nas relações verticais, pois no primeiro caso, diferentemente do que ocorre no segundo, ambas as partes são detentoras de direitos fundamentais e desfrutam de uma autonomia privada constitucionalmente garantida.

A despeito das observações descritas no modelo geral de aplicação descrito acima, quando verificada a necessidade de aplicação direta dos direitos fundamentais de 1ª dimensão nas relações horizontais, em especial quando se tratar de relações contratuais, será necessário que o aplicador faça um juízo de ponderação entre a autonomia privada e o direito fundamental em questão, devidamente justificável, no qual, além das condições de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, verifique: (i) a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos, e (ii) a essencialidade do bem para a realização da dignidade da pessoa humana em sua plenitude.

Com relação a desigualdade existentes entre as partes, o que se verifica é que quanto maior a desigualdade, mais intensa será a proteção do direito fundamental debatido e, por via de consequência, menos relevância se dará a proteção da autonomia privada e vice-versa. Nesse sentido, veja os ensinamentos de Rafael Naranjo de la Cruz:

“(...) un mayor poder social e econômico de una de las partes podrá traducirse en un menor peso del bien jurídico constituído por la autonomía de la voluntad de la outra, en la ponderación frente a los derechos fundamentales de esta última.”⁵¹².

E isso se deve, conforme já salientado no capítulo 5 supra, ao fato de que enquanto houver grande disparidade de força entre as partes – seja ela social ou econômica – os mais fortes tenderão a subjulgar os mais fracos, retirando, dessa forma, os mecanismos de liberdade garantidores de autonomia privada desses últimos.

⁵¹² *In Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: La Buena Fe, op. cit.*, p. 228.

E é exatamente essa a lição de Daniel Sarmento:

“Portanto, a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis. O hipossuficiente, na mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente do exercício da sua autonomia privada.”⁵¹³.

Ademais, há que se ter em mente que a proteção das partes mais frágeis, decorre do princípio da igualdade material, que, conforme visto, é decorrência do princípio da isonomia (art. 5º, da CF) e da solidariedade (art. 3º, I, da CF), que, por sua vez, encontram respaldo em um dos fundamentos da República, qual seja, a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CF). E essa redução da relevância da autonomia privada em face de outros direitos fundamentais, a despeito de soar como novidade no Direito Civil, já é observável em áreas do direito em que a desigualdade fática entre as partes é um pressuposto, como no Direito do Trabalho e do Consumidor.

Logo, sendo esses os objetivos da República Federativa do Brasil, mostra-se plenamente cabível o comentário de Ana Prata, ainda que feitos para o direito português:

“Uma imposição constitucional de actuação estatal pautada pela remoção dos obstáculos a uma efetiva igualdade entre os cidadãos não pode, desde logo, a um nível geral, deixar de determinar uma orientação legislativa e jurisdicional no sentido de integrar as posições de desequilíbrio contratual através de medidas tuteladoras da capacidade negocial real das partes contratualmente débeis (...). Pode-se extrair da Constituição uma orientação – que há-de ter um papel informador directivo na concepção de institutos civilísticos muito importante – de tutela das posições contratualmente débeis (...) e que, em alguma medida, há de poder ser directamente invocável judicialmente.”⁵¹⁴.

⁵¹³ *In Direitos fundamentais e relações privadas, op. cit.*, p. 262.

⁵¹⁴ *In A tutela constitucional da Autonomia Privada, op. cit.*, p. 105/106.

A segunda condição específica a ser observada no embate entre a autonomia privada e o direito fundamental em questão, é a relevância do bem, isto é, qual é a essencialidade do bem que se encontra *sub judice*.

Ora, a análise da intensidade de proteção a ser conferida a autonomia privada irá depender – e muito – da essencialidade para a realização da vida humana do bem envolvido na relação jurídica em discussão, pois, quanto maior a essencialidade do bem, menor a proteção a autonomia privada; ao seu turno, quanto menor a essencialidade do bem, menor será a proteção ao direito fundamental em questão.

Mais uma vez, nos valemos dos ensinamentos de Daniel Sarmento:

“Quando tratar-se de hipótese envolvendo decisão de caráter eminentemente econômico-patrimonial, a importância dada à autonomia privada será menor, sobretudo quando estiver em jogo algum bem material considerado essencial a vida humana. Já quando a decisão em causa ligar-se a alguma escolha em que se manifeste mais intensamente a dimensão afetiva da personalidade, ou quando ela envolver mais profundamente a esfera da privacidade do agente, aí o peso atribuído à autonomia privada na ponderação de interesses terá de ser necessariamente maior.”⁵¹⁵

Para contextualizar o acima narrado, o aludido autor dá o seguinte exemplo:

“Por exemplo, as limitações à autonomia privada das escolas na admissão de alunos devem ser mais intensas do que as restrições ao poder negocial das boates e discotecas, na aceitação de clientes, pois, sob o ângulo constitucional, a educação é um bem mais essencial do que o lazer.”⁵¹⁶

E isso se mostra plenamente justificável, em se tratando de bem indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana, é plenamente aceitável que a autonomia privada venha a perder consideração pelo aplicador, vez que um eventual impedimento a obtenção de tal bem representará uma enorme violação ao valor principal de nosso ordenamento. Por outro lado, em se tratando de um bem que pouco influenciará a realização da plenitude da dignidade humana, se mostra aceitável uma maior prevalência da autonomia privada.

⁵¹⁵ *In Direitos Fundamentais e Relações Privadas, op. cit.*, p. 268.

⁵¹⁶ *Idem*, p. 267/268.

7.5.1. Análise da jurisprudência pátria com relação à aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações contratuais

Assim como feito quando da análise da jurisprudência pátria tendo em vista a aplicação do modelo geral proposto de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais de 1ª dimensão, iremos analisar como a jurisprudência pátria tem se comportado ao se deparar com casos envolvendo a aplicação de direitos fundamentais em relações contratuais.

Para tanto iremos analisar dois casos emblemáticos: o caso da UBC e o caso DeMillus.

7.5.1.1. O caso da UBC⁵¹⁷

Esse foi o primeiro e, até agora, o único caso em que o Supremo Tribunal Federal discutiu expressamente e sem subterfúgios a questão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais.

A União Brasileira de Compositores (UBC) – pessoa jurídica de direito privado – interpôs recurso extraordinário objetivando reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que anulou a exclusão de associado pela UBC, em razão dela não ter respeitado o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

A UBC para embasar o seu pleito recursal alegou que, no caso, o princípio da ampla defesa e do contraditório seria uma garantia do cidadão contra atos do Estado, isto é, que os direitos fundamentais seriam somente aplicados nas relações verticais e, desta forma, tal princípio deveria ser aplicado somente em processos judiciais e administrativos, não podendo ser aplicado a Associações de Direito Privado, já que se trataria de uma relação entre particulares e que as normas para exclusão de sócio haviam sido acordadas entre as partes e estariam previstas em seu estatuto e atos regimentais.

Os ministros Ellen Gracie (relatora sorteada) e Carlos Velloso deram provimento ao recurso sob a alegação de que as associações privadas possuem autonomia para elaboração de seus estatutos e atos regimentais e, ao seu turno, os indivíduos que pretendessem fazer parte de tais Associações deveriam aderir as normas previstas. Sustentaram, ademais, que no caso

⁵¹⁷ Recurso Extraordinário nº 201.819, do Supremo Tribunal Federal.

em tela o procedimento previsto no estatuto e atos regimentais foi fielmente cumprido, não podendo se cogitar em anular o procedimento de exclusão do associado.

Divergiram de tal entendimento os ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Mello, fundamentando sua decisão na teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, isto é, corroboraram a teoria da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, tendo proferido a seguinte ementa:

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

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

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar

a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.”

Nesse caso, entendemos que a posição do Supremo Tribunal Federal foi irrepreensível, pois por não haver regra específica sobre esse assunto, se faz necessária a aplicação direta dos direitos fundamentais e o modo de resolução entre esses conflitos é a ponderação de interesses. Importante ressaltar ainda, que, conforme mencionado acima, para a realização da ponderação de interesses em conflito, o Ministro Gilmar Mendes alega ainda que a UBC possui um caráter público e geral.

Sendo assim, entendemos que na aludida decisão metodologicamente a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal se mostrou escoreita e livre de qualquer crítica, em especial com relação ao modelo de aplicação aqui proposto.

7.5.1.2 O caso da DeMillus⁵¹⁸

Nesse caso encontrava-se em discussão a possibilidade do empregador, por meio de cláusula inserta no contrato de trabalho, realizar revista íntima em suas funcionárias, com o intuito de evitar furtos de produtos.

Algumas funcionárias da DeMillus ajuizaram ação de indenização contra a empresa alegando que a realização de revistas íntimas violavam o seu direito fundamental a intimidade. Aludida ação foi julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo, então, as funcionárias interposto Recurso Extraordinário, o qual teve seguimento negado. Dessa forma, foi interposto Agravo contra Decisão Denegatória de Recurso Extraordinário, o qual teve seu provimento negado por decisão monocrática do Ministro

⁵¹⁸ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 220.459-2, do Supremo Tribunal Federal.

Moreira Alves, o que culminou com a interposição de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 220.459-2.

Nesse recurso ficou decidido que a empresa poderia realizar a inspeção íntima, vez que tal condição era de conhecimento e anuência por parte das funcionárias, bem como que a inspeção era realizada por amostragem, o que revelaria observância ao princípio da igualdade, privacidade e dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

“Assim sendo, está correto o acórdão recorrido ao salientar que a revista em causa não deve ser rotulada de deprimente, aprioristicamente, se colocada em prática com resguardo aos atributos da dignidade da pessoa, sem constrangimentos, mas de modo previamente divulgado e aprovado pelo empregado da empresa. Tal conduta, quando processada segundo os padrões éticos, com discricção, privacidade, respeitando e preservando a essência dos valores morais do ser humano, não deve ser, por si só, chamada de afrontosa ou agressiva à dignidade humana.”.

De fato, o caso em tele implica em um conflito de direitos fundamentais, eis que ausente qualquer regra específica sobre a questão. Contudo, metodologicamente, a decisão pode ser criticada.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que sempre que a decisão envolver um conflito entre direitos fundamentais, o esforço argumentativo por parte do aplicador do Direito deverá ser muito maior, eis que ele deverá demonstrar por que aquela determinada decisão é a melhor para a realização do estado ideal de coisas preconizado pelo nosso ordenamento jurídico. Com todo respeito, o voto de uma página proferido nos autos desse recurso, não cumpriu com esse primeiro requisito, eis que tratou muito superficialmente da questão posta em debate.

Depois, é possível fazer uma crítica com relação a ponderação feita. De fato, o recurso da amostragem utilizado pela empresa nos parece isentá-la de agir discriminatoriamente perante as suas funcionárias e garantir a isonomia no tratamento. Contudo, é possível sustentar tal decisão tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e o princípio que garante ao individuo a não produção de provas contra si mesmo? Parece-nos que não.

Em nenhum momento no caso em comento os Ministros fizeram qualquer ponderação sobre a esmagadora diferença de força existente entre os particulares, e mais, em nenhum

momento foi analisado a questão da indispensabilidade dos bens postos *sub judice* para a realização da dignidade da pessoa humana. O que, por si só, é capaz de ensejar severas críticas metodológicas.

Creemos que a análise das questões colocadas acima poderia levar o Supremo Tribunal Federal a uma decisão diversa. Ora, será que não foi conferida uma proteção em demasia a autonomia privada nesse caso, ainda mais se levarmos em consideração a diferença de poderes existente e a natureza dos direitos objeto de renúncia?

Ora, a renúncia ao direito a presunção de inocência acaba, ainda que indiretamente, se revelando como uma possível confissão por parte do funcionário de que ele pode a qualquer momento cometer um crime. Isso, ao nosso ver, representa uma violação injustificável ao direito à dignidade.

Além disso, o meio utilizado para evitar furtos não nos parece ser razoável. Ora, o empregador dispõe de uma série de outros meios, menos invasivos, capaz de atingir a mesma finalidade e que não implique necessariamente na violação da presunção de inocência.

Dessa forma, entendemos que a aplicação do método aqui proposto se mostra também interessante de forma a conferir maior objetividade e certeza de julgamento nos casos de aplicação de direitos fundamentais em relações horizontais, vez que, se ousa afirmar, que a aplicação do método aqui proposto levaria a uma decisão diametralmente oposta o proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

7.6. Breves conclusões

O modelo aqui apresentado tem por fundamento a compatibilização das teorias da aplicabilidade imediata com a da aplicabilidade mediata, tentando, dentro das condições estabelecidas acima, congregando os benefícios trazidos por ambas as teorias com a finalidade de se construir um modelo que busque dar a efetiva proteção aos direitos fundamentais nas relações horizontais, mas que respeite a sistemática adotada por nosso ordenamento jurídico e as peculiaridades das relações jurídico privadas.

Sendo assim, sustentamos, sem medo de errar, que é plenamente possível, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações

entre particulares. Contudo, tal aplicação deve ser feita de forma condicionada, isto é, só se mostrará possível, ao menos a princípio, quando não houver um regramento específico sobre o assunto, pois a aplicação indistinta dos direitos fundamentais nas relações privadas gera consequências temidas, como o aumento da insegurança jurídica, a efetivação de um decisionismo, a violação ao princípio da democracia e da separação dos poderes.

Mas a ausência de intermediação legislativa não é a única hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. O aplicador do Direito pode optar pela aplicação direta do direito fundamental, ainda que em contradição com o regramento existente, quando estiver diante de uma situação excepcional. Todavia, a fim de permitir a revisão intersubjetiva da decisão, o aplicador deverá demonstrar por meio da argumentação desenvolvida o porquê daquela situação ser considerada excepcional, além de demonstrar que a aplicação direta do direito fundamental não violará o valor formal e material defendido pela regra que estará deixando de ser aplicada.

Além disso, se mostra imperioso quando fizer o sopesamento de direitos fundamentais em conflito que o aplicador, tome por base a diferença de poder econômico ou social existente entre as partes, bem como a essencialidade do bem posto em discussão para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois é assim que será possível obter uma decisão que se encontre dentro do projeto de sociedade e Estado estabelecido em nossa Carta Magna.

Conforme visto, dos casos analisados acima, é fato que o modelo aqui proposto não é o que vem sendo aplicado nos Tribunais brasileiros, sendo que o que se observa é que os Tribunais têm optado por uma massiva aplicação de princípios em detrimento das regras sem observância a qualquer metodologia, o que acaba por aumentar a insegurança jurídica, o que, ao seu turno, implica no aumento da descrença por parte da população com relação ao Poder Judiciário, eis que casos semelhantes, por caírem com juízes com formações pessoais diversas, convicções pessoais distintas e com conceitos de justiça diferentes, acabam recebendo tratamento diferenciado⁵¹⁹.

⁵¹⁹ Recente pesquisa elaborada no início do presente ano pela Fundação Getúlio Vargas, coordenada pela Prof.^a Luciana Gross Cunha, afirma que 67% da população brasileira não confia no Poder Judiciário, sendo que esse Poder está na sexta posição na lista de instituições mais confiáveis. Além disso, tal pesquisa conclui que desde 2009 a confiança da população em geral no Poder Judiciário vem caindo. (acesso das conclusões possíveis em <http://noticias.bol.uol.com.br/brasil/2012/02/06/67-da-populacao-ve-judiciario-como-pouco-honesto-diz-pesquisa.jhtm>)

Assim, além do modelo aqui proposto tentar solucionar as questões trazidas a debate no início do presente capítulo, a sua aplicação também permite com que o Poder Judiciário tente contornar o grande problema de credibilidade que a instituição vem enfrentando ao longo desses últimos anos, vez que uma decisão verificável intersubjetivamente e que se mostre de acordo com outras decisões anteriormente proferidas, é indispensável para o aumento da confiança por parte da população naquela instituição.

8. CONCLUSÕES

Geralmente, o que se observa de estudos como o que aqui se propôs, é que o autor apresenta uma lista de conclusões ao final do estudo. Todavia, entendemos que tal procedimento é por demais simplificado para ter algum valor e, pior, pode representar uma simplificação de toda a argumentação desenvolvida ao longo do trabalho. Sendo assim, não iremos apresentar aqui uma lista com as conclusões parciais espalhadas ao longo do texto, até mesmo porque a elaboração de um catálogo de conclusões é trabalho extremamente difícil, pois envolve não só as conclusões expressas ao longo do texto, como também aquelas que defluem de toda a argumentação construída.

Ademais, creio que o objetivo ao qual nos propusemos quando da escolha do presente tema tenha sido suficientemente declarado no capítulo introdutório, por meio da enunciação de concisas teses gerais. Sendo assim, iremos apenas retomar essa ideia como forma de por um final ao estudo elaborado.

Os direitos fundamentais estão localizados em nossa Carta Magna e podem ser classificados, em sua maioria, como princípios (logo, princípios constitucionais). Dessa forma, deve-se entender os direitos fundamentais como “normas imediatamente finalística, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”⁵²⁰. E por estarem localizados no topo do ordenamento jurídico, bem como por representarem o estado de coisas a ser promovido, eles tendem a irradiar efeitos para todo o ordenamento jurídico, inclusive para o campo de atuação do Direito Privado.

E o fato narrado acima é uma das principais demonstrações do fenômeno da constitucionalização – e não publicização – do Direito. Entretanto, importante ainda destacar que, apesar da importância conferida a Constituição e normas constitucionais, bem como a alteração no centro gravitacional do Direito Privado promovido pela Constituição de 1.988, ela não é a única lei existente, e mais, ela não tem o condão de disciplinar toda a atividade humana e social.

⁵²⁰ *In Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 78 e 79.

Logo, a exceção dos direitos fundamentais que vinculam exclusivamente os Poderes Públicos é possível sustentar que eles vinculam também os particulares, vez que essa vinculação decorre do princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unicidade do ordenamento jurídico, do princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da solidariedade.

Contudo, importante destacar que a aplicação dos direitos fundamentais não pode se dar nas relações privadas da mesma maneira e com a mesma intensidade que verificamos a aplicação desses direitos nas relações verticais de poder. Nas relações verticais de poder, os direitos fundamentais devem sempre ser aplicados de maneira direta, mas não é possível fazer tão categórica afirmação quando analisada a aplicação desses direitos nas relações horizontais. Ora, não há como sustentar que nas relações horizontais a aplicação dos direitos fundamentais se dê sempre de forma direta ou sempre de forma indireta.

Sendo assim, pretendemos aqui elaborar um modelo diferenciado que, a despeito da abstração inerente a qualquer modelo, seja apto matizar a forma e a intensidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Ora, por respeito aos princípios da democracia, separação dos poderes, segurança jurídica, entendemos que, quando verificado que a legislação infraconstitucional é suficiente e conforme à Constituição, o Poder Judiciário deve, a princípio, optar pela aplicação da regra infraconstitucional, sendo que só será permitido a aplicação direta dos direitos fundamentais nos casos excepcionais em que sejam verificadas as condições mencionados na capítulo 7 supra, além obviamente, de satisfazer o ônus da argumentação constitucional racional e objetiva. Por outro lado, nada impede o aplicador do direito valer-se diretamente da aplicação da norma de direito fundamental em casos que o legislador ordinário não tenha tratado do assunto, ou quando a lei infraconstitucional padece de vícios de inconstitucionalidade.

Contudo, e é importante ressaltar isso, não temos a ingênua pretensão de resolver com o modelo apresentado todos os possíveis e imagináveis problemas em sua área de aplicação. Como demonstrado ao longo de todo o presente estudo, nossa primeira intenção foi romper, ou, ao menos, levantar questionamentos sobre alguns dogmas existentes com relação a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídico privadas, em especial no tocante a defesa irrestrita – e muitas vezes cega – da inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas

relações jurídico privadas, ou da aplicabilidade direta, especialmente com base no disposto no art. 5º, §1º, da Constituição da República.

Sendo assim, o modelo de trabalho apresentado nesse estudo nada mais é do que uma ferramenta que pretende auxiliar na produção da doutrina e jurisprudência sobre o tema, ainda que seja para ser refutado, pois quanto mais for debatido, quanto mais for discutido, mais apto estará para solucionar os problemas a que ele se propõe enfrentar.

E somente assim é que conseguiremos atingir um modelo de aplicação objetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma modelo que não será manipulável pela subjetividade do aplicador, mas sim que será verificável intersubjetivamente, eis que não se permitirá uma aplicação descaradamente ideológica das normas de direitos fundamentais, como, infelizmente, vem se observando.

E o primeiro passo para a possibilidade de uma aplicação objetiva ou, ao menos, verificável intersubjetivamente é a necessidade do aplicador se esforçar na argumentação da aplicação, fornecendo, desde o início, os conceitos que está tomando por base em sua aplicação, eis que, sem isso, a aplicação invariavelmente descambará para a subjetividade do aplicador.

Por fim, ainda que o modelo apresentado, assim como todo modelo, seja inicialmente vazio e abstrato, não há dúvidas de que ele apresenta, ao menos, uma direção e, com isso, se torna possível a exclusão de outros modelos que apontam para direções opostas, o que, ao seu turno, permite criticar atuações judiciais que se mostram totalmente dissociadas de qualquer metodologia.

Ora, ao propor uma direção, o modelo acaba por necessariamente excluir qualquer atuação que se mostre contraditória ou incompatível a ele. Dessa forma, o modelo apresentado surge e se justifica como ideia regulativa e cremos que ele tenha plenas condições de cumprir esse papel.

9. BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis. *Reason and Authority. A treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics.*. Aldershot: Ashgate Publishing, 1997.
- ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.* Lisboa: AAFDL, 1990
- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental.* São Paulo: Malheiros, 2011.
- AGUILA-REAL, Alfaro. *Autonomía privada y derechos fundamentales. Anuario de Derecho Civil,* Madrid, Tomo XLVI, fascículo 1, 1993.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como a teoria da fundamentação jurídica.* 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALPA, Guido. *Instituzioni di diritto privato.* 3ª Ed., Torino: UTET, 2001
- ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja.* São Paulo: Renovar, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1987.
- _____. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares.* In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados,* 3ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana.* Trad. Roberto Raposo. 10ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- ASCENÇÃO. José de Oliveira. *Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro,* Revista Forense, v. 342, abr. – jun. de 1998, Rio de Janeiro.
- AUBREY, C. RAU, C. *Cours de droit civil français,* vol 1, 4ª Ed., Paris: Marchal, Billard ET Cie., imprimeurs-éditeurs, 1969.

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2009.
- _____. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. *Revista Trimestral de Direito Público* 24/159-180. São Paulo: Malheiros, 1999.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- BARRASI, Lodovico. *Instituciones de derecho civil.*, vol. 1. Trad. Ramon Garcia de Haro de Goytisolo. Barcelona: Bosch, 1955.
- BARROS, André Borges de Carvalho. AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Elementos do direito*, São Paulo: Premier Máxima, 2007.
- BARROS, Roque Spencer de Maciel de. *Introdução à filosofia liberal*. São Paulo: EDUSP, 1971
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987
- BILBAO UBILLO, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- _____. *O positivismo jurídico*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Beni e Carlos Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995.
- _____. *Della struttura Alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

- _____. *Igualdad y Libertad*. Trad. de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 11ª Ed., Brasília: Editora UnB, 1999.
- BOBBIO, Norberto, MANTTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, 11ª Ed., Brasília: Editora UNB, 1998.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés. In BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1993, pp. 95-138.
- _____. *Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho*. In BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, pp. 17-45.
- BOMFIM, Tiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da Personalidade e Autonomia Privada*, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais*. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais*. Revista de Direito Público, Brasília, v. 01, nº 02, out/dez 2003.
- BUENO, Cássio Scarpinella (coord.), *Impactos Processuais do Direito Civil*, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4ª Ed., Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- _____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2009.

- _____. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. Trad. Peter Naumann. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direitos privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, PP. 223-243.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno*, in GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 108-115.
- _____. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2001.
- _____. *Direito Constitucional*. 5ª Ed., Coimbra: Almedina, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2006.
- CAPITANT, David. *Les effets juridiques des Droits Fondamentaux en Allemagne*, Paris: L.G. D. J., 2001.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. vols. 1, Paris: Presses Universitaires de France, 1955.
- CHACÓN, Gaspar Bayón. *La autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 1955.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- CODERCH, Pablo Salvador. FERRER I RIBA, Josep. *Asociaciones, Democracia y Drittwirkung*. In CODERCH, Pablo Salvador. *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, PP. 55-166.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparé a celle des modernes*, Paris, 1819.

- CRITTENDEN, Jack. *Beyond Individualism: Reconstituting the Liberal Self*. New York: Oxford University Press, 1992.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2003.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Trad. A. Vera Jardim e M. Caeiro. Lisboa: Morais, 1961.
- DIAS, Carlos Alberto da Costa. *Moderno Dirigismo Econômico e Direito Contratual*. Revista dos Tribunais 686/7.
- DIEDERICHSEN, Uwe. *Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht, in STARK, Christian. Rangordnung der Gesetze*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995.
- _____. *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*. AcP 198, 1998.
- DICKSON, Brice. *The horizontal application of Human Rights Law, in HEGARTY, Angela. SIOBHAN, Leonard (Hrsg.). A Human Rights: an agenda for the 21st century*. Lodon/Sydney: Cavendish, 1999, pp. 59-78.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIS, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- DREIER, Ralf. *Recht und Moral, in DREIER, Ralf. Recht – Moral – Ideologie*, Frankfurt: a.M., 1981.
- DÜRIG, Günter. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in MAUNZ, Theodor (Hrsg.). Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. München: Isar, 1956, pp. 157-190.
- DWORKING, Ronald. *Is law a system of rules? The philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 1977.
- _____. *Justice in robes*. Cambridge-London: Belknap Press, Harvard University, 2006.
- _____. *The models of rules*. University of Chicago Law Review, 1967.

- _____. *Taking Right seriously*, 6ª tir., London: Duckworth, 1991.
- ENGELS, Friedrich. MARX, Karl Heinrich. *O manifesto comunista*, http://www.tse.gov.br/hotSites/biblioteca/corujita/arquivos/O_manifesto_comunista.pdf, acessado em 13.09.11.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 4ª tir., Tübingen, Mohr, Siebeck, 1990.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da personalidade no Código Civil*. Revista da EMERJ, vol. 8, nº 31, 2005.
- _____. *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- _____. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- _____. *O Destino do Contrato*, Revista do Advogado, nº 9, 1982.
- FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. *Derecho, Independencia, Libertad: Una nueva evaluación*. In *La Filosofía del Derecho*. Trad. Margarita Álvarez Franco. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado, 8ª Ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1989.

- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002.
- GALILHETI, Edgar José. *Critérios orientadores para a solução de colisão de direitos fundamentais não sujeitos a reserva legal restritiva na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Dissertação de Mestrado, Univali, Florianópolis, 2001.
- GALGANO, Francesco. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, 2ª Ed., Bologna: Zanichelli, 1983.
- GALIZA, Andréa Karla Amaral de. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*. Belo Horizonte:Fórum, 2011.
- GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNES-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986.
- GIANNINNI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Milano: Il Mulino, 1993.
- GIEGERICH, Thomas. *Privatwirkung der Grundrechte in den USA: Die State Action Doctrine des U.S. Supreme Court und die Bürgerrechtsgesetzgebung des Bunde*. Berlin: Springer, 1992.
- GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 1988.
- _____. *Contratos*. 18ª Ed., Atualização de Humberto Theodoro Jr., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Direito Privado: novos aspectos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- _____. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, vol. I, tomo I, 2ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 1955.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Les Principes Philosophiques Du Droit Politique Moderne*, Paris: PUF, 1997.
- GOTTLIEB, Stephen E.. *The paradox of balancing significant interests*. *Hastings Law Journal*. Vol 5, nº 4, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, 1981, p. 60/77.

- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *A ordem econômica na constituição de 1988 – Interpretação e crítica*, São Paulo: RT, 1990.
- GROS, Manuel; FROMENT, Jean-Charles. *Notes de Jurisprudence (C.E., Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-Sur-Orge, Ville d'Aix-em-Provence)*. Paris, *Revue de Droit Public*, Mars-Avril, 1996.
- GÜNTER, Klaus. *The sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*. Albany: State University of New York, 1993.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Introducción*. In HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 7-27.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*, v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAGE, Jaap. *Reasoning with rules. An essay on legal reasoning and its underlying logic*. Dordrecht, Kluwer, 1997.
- HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HENKIN, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y derecho privado*. Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1985.
- _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- _____. *Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HOBBSBORN, Eric. *Era dos Extremos: O Breve Século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

- HOLMES, Stephen & SUSTEIN, Cass. *The cost of rights*. Cambridge: Havard University Press, 1999.
- IRTI, Natalino. *L'Etá della Decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Efeitos Jurídicos da Ameça ou Lesão a Direitos Personalíssimos por Fato de Comunicação Social*, tese de doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.
- JAPIASSU, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.
- JASTAEDT, Matthias. *Fie Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen*, in DEPENHAUER, Otto. *Staat im Wort – Festschrift für Josef Isensee*. Hildeberg: C. F. Müller, 2007.
- JELLINEK, George. *Sistema dei Diritti Publici Subbietivi*. Milano: Società Editrici Libreria, 1919.
- JOSSERAND, Louis. *Aperçu général des tendances actuelles de La théorie des contrats*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* n° 36, 1937.
- JULIO STRADA, Alexey. *La eficácia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Externado de Colombia, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 8ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Teoria Geral do Direito e Estado*. Trad. Luis Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- KHOL, Andreas. *Ter protection of human rights in relationships between private individuals: the austrian situation*. In CASSIN, René. *Amicorum Discipulorumque Liber III – Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*. Paris: Éditions A. Pedone, 1971, pp. 195-213.
- KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, Florianópolis: Momento Atual, 2005.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

- LANGNER, Thomas. *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*. Frankfurt am Main, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. 2ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.
- _____. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. de Luís Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985.
- LEISNER, Walter. *Grundrechte und Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1960.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Dirigismo Contratual*. Revista de Direito Civil 52/64.
- _____. *Constitucionalização do Direito Civil*. <http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>, acesso em 18.02.2012.
- LOCKE, John. *O segundo Tratado sobre o Governo*. In: Os Pensadores – Locke. Trad. de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro, 2ª Ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- LOMBARDI, Giorgio. *Potere privato e diritti fondamentali*, vol. I. Torino: G. Giappichelli, 1970.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Curso avançado de direito civil: parte geral*, vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, vol. 1, São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, vol. 2, Curitiba: Juruá, 2001.
- _____. *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, vol. 3, Curitiba: Juruá, 2002.
- LUDWIG, Marcos de Campos. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade na Alemanha e Possibilidades de sua Aplicação no Direito Privado Brasileiro*. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 265-305.

- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 6ª Ed., Madrid: Tecnos, 1990.
- _____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3ª Ed., Madrid: Tecnos, 1995.
- _____. *Derechos Humanos y constitucionalismo en la actualidad: continuidad o cambio de paradigma?* In LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.
- MANENT, Pierre. *História Intelectual do Liberalismo: dez lições*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Imago, 1990.
- MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. *O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para uma solução*. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos tribunais, ano 03, nº10, 1995.
- MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MATTIETTO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 163-186.
- _____. *A tutela da personalidade humana nas relações de consumo*. Dissertação de Mestrado, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 5ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.
- MAZZEI, Rodrigo. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, Salvador: JusPodium, 2004.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na Codificação Civil Brasileira: Do Sujeito Virtual à clausura patrimonial*. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 87-114.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 7, nº 27, abr.-jun. 1999, pp. 33-44.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. II e IV, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra, 1988.
- MIRANDOLA, Giovano Pico della. *A dignidade do Homem*. Trad. Luiz Feracine, 2ª Ed., Campo Grande: Solivros, 1999.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Direito Constitucional*, 8ª Ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 779, set. 2000, pp. 47-63.
- _____. *Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *O princípio da Solidariedade*. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco & NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.) *Os Princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 167-190.
- MORAES, Walter de. *Concepção tomista de pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade*, Revista dos Tribunais, n. 590.
- MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3ª Ed., Coimbra: Coimbra, 1999.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2009.
- _____. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- MÜLLER, Jörg Paul. *Juristische Methodik*. 6. Aufl. Berlin, Duncker & Humblot, 1995.
- MURSWIEK, Dietrich. *Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immisionschutzrechtliche Ausformung*. Berlin, Duncker & Humblot, 1985.
- NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito pós-moderno: em busca de sua formação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.
- NAKAHIRA, Ricardo. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2007.
- NANNI, Giovanni Ettore. *A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da lei federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal*. In LOTUFO, Renan. *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, vol. 1, São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. *A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada*. In LOTUFO, Renan. *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, vol. 2, Curitiba: Juruá, 2001.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: *Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2000.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria Geral do Contrato: Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e Teoria Geral do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. NERY JUNIOR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NEUNER, Jörg. *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*. Trad. Peter Naumann. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- NIPPERDEY, Hans Carl. *Die würd des Menschen*. In BETTERMANN, Karl August. NIPPERDEY, Hans Carl. *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. Bd. IV/2, Berlin, Duncker & Humblot, 1962.
- _____. *Boykott und frei Meinungsäußerung*, DVBL, 1958.
- OPPENHEIN, Felix E. *Dicionário de Política*, 11ª ed., Brasília: UNB, 1998, p. 709.
- PACE, Alessandro. *Problematica delle liberta costituzionali. Lezioni. Parte generale*, 2ª Ed., Padova: CEDAM, 2001.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
- PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht, Kluwer, 1989.
- PEDROSO, Marcelo Batuíra da C. Losso. *Liberdade e Irrenunciabilidade no Direito do Trabalho: Do estudo dos princípios à 'economic analysis of law' aplicados ao Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Perfis do direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Commento allá Costituzione Italiana*. 2ª Ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- PIETZCKER, Jost. *Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Saat 17*, 1978.
- POPP, Carlyle. *Direito Civil Constitucional*. in LOTUFO, Renan. *Caderno de Direito Privado I. São Paulo: Max Limonad*.
- QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de Amparo y lós derechos fundamentales em las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra: Coimbra, 2000.

- RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di ter decenni*. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de L.Cabral de Moncada, 6ª Ed., Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. *Autonomia Privada e Autonomia da vontade em face das normas constitucionais*. In LOTUFO, Renan. *Caderno de Direito Civil Constitucional 3*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Lisboa: Presença, 1993.
- REIS, Jane Moreira dos. *Breves Notas sobre as implicações para a teoria do direito da adoção de uma perspectiva pós moderna de Ciência*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, vol. I, Rio de Janeiro: Síntese, 1999, pp. 49-58.
- _____. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Constitucionalização do Direito Civil*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXIV, 1998.
- ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Direito Civil: Parte Geral*, v. 1, São Paulo: Malheiros, 2010.
- RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. In Os Pensadores: Rousseau. Trad. Lourdes Santos Machado. 2ª Ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- SALDANHA, Nelson. *O que é liberalismo?*. In *Estado de Direito, Liberdades e Garantias (Estudos de Direito Público e Teoria Política)*. São Paulo: Sugestão Literária, 1980.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994.

- SANDOZ, Susette. *Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion*. *Revue Suisse de Jurisprudence* 83, 13, 1987.
- SANTOS, Lucas Sampaio. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo, nº 6.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCHNEIDER, Hans Peter. *Aplicación directa y eficacia indirecta delas normas constitucionales*. Trad. K. J. Albiez Dohrmann e M. Saavedra López. In SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 71-115.
- SCHWABE, Jürgen. *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsdogmatik*. München: Goldbach, 1971.
- _____. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. 2. Aufl., Hamburg, 1997.
- SCHWARTZ, Bernard. *The Law and its development: civil and common Law systems compared*. Revista de Direito Civil 6/167.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. In SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª Ed., São Paulo: Malheiros,
- SILVA, Vasco Pereira da. DIAS, Vasco Manuel Pascoal. *Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdade e Garantias*. In *Revista de Direito Público*, nº 82, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.
- STARK, Christian. *Derechos Fundamentales y derecho privado*. Trad María J. Roca. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 22, nº 66, set-out 2002, pp. 65-89.
- _____. *La Constitution Cadre et Mesure du Droit*. Paris: Ed. Economica, 1994.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SUMMERS, Robert. *Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification*. *The jurisprudence of Law's Form and Substance*. Alderhot, Ashgate, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TELLES JR., Gofredo. *Direito subjetivo – I*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 28, São Paulo: Saraiva.

- TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira. et al. (Orgs.) *Dialógos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 23-54.
- _____. *Direitos Humanos e relações jurídicas privadas*. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 55-71.
- _____. *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 1-16.
- _____. *A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na Era dos Direitos*. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 263.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Trad. Luis Martínez-Calcerrada. AMdríd: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.
- TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2ª ed., Minneola: Foundation Press, 1988.
- VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de Direitos Fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2009.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A evolução da Interpretação dos Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. In SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito privado*, 4ª Ed., São Paulo: Noeses, 2005.

- VILLALÓN, Pedro Cruz. *Derechos Fundamentales y derecho privado*. In VILLALÓN, Pedro Cruz. *La curiosidad Del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, PP. 23-53.
- VILLELA, João Baptista. 'Per chè non Parli?' *Sobre a possibilidade de dano moral às pessoas jurídicas*, Revista Doutrinária, nº 7, jun. 2004, Rio de Janeiro, pp. 97-118.
- VON MÜNCH, Ingo. *Drittwirkung de derechos fundamentales em Alemania*, in SALVADOR CODERCH, Pablo (org.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 25-53.
- WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*, 5ª Ed., São Paulo: RT, 1979.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespânia, 2ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Máxima da proporcionalidade aplicada: a quebra do sigilo bancário pelo Fisco e direito fundamental à vida privada*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.