



José Mário Porto Neto

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Doutor Fernando Alves Correia

Coimbra/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JOSÉ MÁRIO PORTO NETO

**DIRETOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO ÀS
RELAÇÕES PRIVADAS**

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Orientador: Doutor Fernando Alves Correia

Coimbra/Portugal
2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, em especial aos meus pais e exemplos, José Mário e Ana Paula, pelas lições de uma vida e pela renúncia diária aos sonhos e projetos individuais para enfrentar comigo as agruras e percalços dessa difícil caminhada; também aos meus irmãos, Bárbara e João Pedro, amigos especiais que levam nas veias o sangue do meu sangue e ao seu modo fizeram de tudo para preencher o vazio deixado em casa e no escritório por minha ausência; e ainda à Vanine, a escolhida pelo meu coração, que nunca se furtou de me ajudar nos momentos difíceis demonstrando o amor, carinho e cumplicidade que são inerentes à sua personalidade e essenciais a um relacionamento.

Ao Dr. Fernando Alves Correia, meu orientador, que sempre solícito, desde o primeiro momento ainda em sala de aula me deu luzes sobre o constitucionalismo europeu e proporcionou ótimas discussões jurídicas, oferecendo indicações de obras e ideias para refinar a presente dissertação, tudo isto evidenciando sua preocupação com o aprendizado de seus alunos e o sucesso de seus orientandos.

Aos amigos do Mestrado, notadamente Rafael e Saulo, que além de dividir juntos as dificuldades dessa temporada de estudos fizeram nascer uma amizade sincera que guardarei para a vida.

Por fim, o agradecimento especial à Direção do UNIPE – Centro Universitário de João Pessoa – na pessoa da Reitora, Dra. Ana Flávia Pereira, e do Vice-Reitor e Coordenador do Curso de Direito, Dr. Oswaldo Trigueiro, que têm minha gratidão pela oportunidade e por ter propiciado essa caminhada europeia.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. DOS ANTECEDENTES HISTÓRIOS À “(PÓS) MODERNIDADE”	11
2.1 DA INFLUÊNCIA HISTÓRICA E O AMBIENTE PROPÍCIO AO IRROMPER DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IMPORTÂNCIA DO ESTADO LIBERAL.....	14
2.3 O ESTADO SOCIAL E A NECESSIDADE DE MUDANÇA NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
2.4 A “(PÓS) MODERNIDADE” E SEU REFLEXO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
2.5 ALGUMAS CONCLUSÕES.....	37
3. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES EM SUAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS	40
3.1 INTRODUÇÃO AO TEMA E SURGIMENTO DA PROBLEMÁTICA	40
3.2 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO NO “CASO LÜTH” E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA NA APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES PRIVADAS.....	48
3.3 AS CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS PREDOMINANTES E SEUS REFLEXOS NOS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS.....	54
3.3.1 TEORIA DA NEGAÇÃO À VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A “STATE ACTION DOCTRINE” NORTE-AMERICANA.....	56
3.3.2 TEORIA DA VINCULAÇÃO MEDIATA DOS PARTICULARES OU APLICABILIDADE INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
3.3.3 TEORIA DA VINCULAÇÃO IMEDIATA DOS PARTICULARES OU APLICABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	69
3.3.4 CONSTRUÇÕES TEÓRICAS DIFERENCIADAS OU TEORIAS ALTERNATIVAS.....	79
3.4 ALGUMAS CONCLUSÕES.....	84

4. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E SUA INFLUÊNCIA NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRÁFEGO JURÍDICO-PRIVADO.....	87
4.1 INTRODUÇÃO AO TEMA E O DESTAQUE DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL NO SISTEMA JURÍDICO CONTEMPORÂNEO.....	87
4.2 DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL SOBRE A MATÉRIA	89
4.3 DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL NO TOCANTE À CONTROVÉRSIA.....	96
4.4 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO ACERCA DO TEMA	102
4.5 ALGUMAS CONCLUSÕES.....	110
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

1 INTRODUÇÃO

O mundo, no seu estágio contemporâneo, assume características distintas de outrora, antigos paradigmas constitucionais, antes estanques, precisam, agora, incorporar-se aos novos reclamos da sociedade da informação e das massas, atualmente em voga.

É uma época marcada pela globalização das ideias, pela velocidade das comunicações e pela força do capital ainda mais multinacional. Neste período de turbulência global o direito assume relevo transindividual, seja na discussão afeita à personalidade dos indivíduos ou mesmo no trato das questões alusivas a um meio ambiente sustentável, em todas essas searas, no entanto, se percebe o florescer de uma preponderância a valores cardeais como a dignidade da pessoa humana e a primazia dos direitos fundamentais.

Nada obstante, se hoje é possível falar-se, com relativa tranquilidade, em dignidade da pessoa humana como princípio medular do Estado Democrático de Direito essa conquista não foi alcançada senão pela luta contínua da sociedade.

Batalhas travadas pelos interesses da burguesia¹, em prol da restrição ao poderio estatal com a outorga de uma autonomia individual e da liberdade aos indivíduos fizeram brotar as Declarações de Direitos e forneceram o alicerce do Estado Liberal. Em seguida, o mesmo processo de superação percebeu que o aparelho público não era o único opressor e a própria sociedade liberta se tornava desigual o que demandava o reconhecimento de “condições materiais mínimas à existência digna”² porque sem isso os direitos individuais e políticos “eram pouco mais que papel e tinta”^{3 4}, evidenciando, por essa via, a influência do ideário socializante, marcante no *Welfare State*.

¹ Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Introducción Teoría del Contrato. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2007. p. 137.

² Cf. SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.149.

³ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 132.

⁴ A propósito, é certa a síntese de Paces-Barba: “la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos para participar en plenitud en la vida política y

Em verdade, essa contínua evolução corroborada ao longo da passagem do tempo decorre do maior grau de exigência da sociedade hodierna, através de um maior poder pressão consubstanciado nos meios de informação e mídia atuais, que fazem reclamar e se obter níveis cada vez mais alargados de proteção, seja individual, ou mesmo coletivamente.

Daí porque, se constroem novos anseios e perspectivas e já se reivindica nas novas exigências, inerentes à “Pós-Modernidade”, quando se discute, por exemplo, balizas a uma «justiça intergeracional» ou mesmo a sustentabilidade sócio-financeira dos Estados, assim como a “*economia, a eficiência e a eficácia dos instrumentos adoptados*” a fim de se concretizar uma «*nova arrumação da questão social*»⁵.

A sociedade, portanto, evolui a novos estágios; abandonam-se as anacrônicas concepções liberais e do Estado Social, ultrapassa-se as barreiras de conceito segundo as quais o “certo” é garantir que o Estado possua prestações negativas em nome do liberalismo, autonomia das vontades e da vã segurança jurídica individual ou mesmo de que o aparelho estadual tem obrigação de garantir ótimas condições de vida a cada um dos indivíduos em todos os campos da sociedade.

Alcança-se, pois, uma nova seara no direito constitucional, a qual ultrapassa e convive simultaneamente com todos os alicerces e instrumentos normativos influenciando de modo peculiar cada campo jurídico, seja no campo privado e até no plano administrativo, inclusive invocando-se normas de um plano a serem aplicadas no outro quadrante a fim de assegurar uma confluência de regras e valores.

O momento é de uma nova guinada principiológica, cujo elemento preponderante é a máxima efetividade das normas constitucionais e, mais ainda, de tutela integral e eficaz dos direitos fundamentais. É o que Canotilho⁶ tem enfatizado ser o tempo da “eficácia ótima da lei fundamental” com a primazia das “soluções hermenêuticas que reconheçam maior eficácia aos direitos fundamentais”, o que exige, invariavelmente, um debate acerca da relação entre os negócios celebrados no âmbito da vida privada e a influência ou não que os direitos, liberdades e garantias

para disfrutar de sus beneficios”. (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. Madrid: Ed. Dickinson, 1999. p. 57).

⁵ Cf. SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. P. 99.

⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004. p. 227-229.

positivados devem exercer neste espaço de autonomia e quais os limites que devem ser respeitados.

Diante desse quadro de ideias, é inegável a força e importância que as Constituições no momento contemporâneo desempenham sobre os sistemas jurídicos e ainda que essa pujança evidencia, igualmente, que a grande maioria das Cartas Políticas outorgam aos indivíduos um extenso catálogo de direitos fundamentais que, entretanto, quase nenhuma delas pronuncia expressamente o âmbito de aplicabilidade desses preceitos, ou se estes vinculam os particulares em suas relações privadas, ou, ainda, a intensidade dessa possível aplicação.

Como corolário, ganham relevo as construções dogmáticas que alicerçam as estruturas do sistema jurídico contemporâneo têm como uma das mais notórias características o entrelaçamento das disciplinas jurídicas, em especial, sob um novel enfoque constitucional. Não por outra razão que se tem assinalado que “hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*)”⁷, notadamente sua influência cada vez mais decisiva nas relações particulares.

Com efeito, a temática, além de envolver os reflexos da Constituição e de sua força normativa de supremacia no horizonte do Direito Privado, abarca um novo ciclo no reconhecimento e na proteção dos direitos fundamentais que ultrapassam as barreiras tradicionais, transcendendo para além dos limites estatais para alcançar os vultosos centros de poder privado, representados pelas organizações e empresas que, em ritmo pujante, tem assumido e monopolizado toda a estrutura produtiva da riqueza no mundo atual.

Neste sentido, é oportuno analisar detalhadamente as construções doutrinárias que discutem o problema, desde aquelas que negam, com veemência, sua aplicação como a «*State Action doctrine*» de origem norte-americana, até aquelas mais vanguardistas que defendem a aplicação direta e imediata entre os particulares debatendo, evidentemente, também as teses mais moderadas e ainda analisando as soluções diferenciadas, dentre elas, por exemplo, a doutrina dos deveres de proteção ou imperativos de tutela estatal («*Schutzpflichten*»), procurando-se, assim, estender as consequências do plano teórico nas relações civis propriamente ditas.

⁷ Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. P. 192.

Ademais, vislumbra-se ainda estender a investigação ao entendimento majoritário nos mais diversos países, notadamente Portugal, Espanha e Brasil sem olvidar a avaliação acerca da existência de uma posição jurisprudencial dominante nas Cortes Constitucionais dos referidos Estados a partir do estudo detalhado de precedentes de cada pretório.

E, como corolário, esclarecer a conjuntura e se é possível delinear uma posição definida na perspectiva de proteção mais alargada dos direitos fundamentais neste novo século, em uma configuração mais próxima das camadas marginalizadas da sociedade e desprovidas de maiores acesso seja à informação, ao sistema jurídico ou financeiro, cuja exclusão já se encontra atrelados à própria estrutura perniciososa do Estado que o acompanham desde sua formação⁸.

Com efeito, o sincero reconhecimento e proteção aos direitos, liberdades e garantias quiçá revela-se congruente com o fortalecimento da sociedade civil organizada⁹ como contraponto às forças econômico-tecnológicas do mercado e em prol da redução dos desequilíbrios sociais.

Por outro lado, não se pode perder de vista a importância ao ordenamento jurídica que a autonomia privada exerce, de tal modo que, se é certo que, em certas situações, deve submeter-se à função social e mesmo aos direitos fundamentais, transfigurando-se em genuíno instrumento da realização dos salientes valores constitucionais, também não é menos correto que essa autonomia é livre expressão do direito à autodeterminação do indivíduo livre e ostenta também jaez e amparo constitucional¹⁰.

Daí porque, a tarefa é sempre encontrar em ponto intermediário que concretize o equilíbrio hábil a agasalhar as partes vulneráveis dos abusos e das imposições de vontade rotineiros na contemporânea sociedade de massas, como também manter as características de autonomia e de liberdade, típicas do Direito Privado, de modo que não signifique a aniquilação dos valores contratuais clássicos.

Sem embargo, portanto, aspira-se, com o presente, adicionar novos elementos à discussão e quiçá levar-se a um novo pensar sobre o tema, posto que o atual

⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 4ª ed. Rio de Janeiro, 2000. p. 8.

⁹ A esse respeito, vide BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra Ed., 1987. p. 32 a 52.

¹⁰ Cf. AMARAL, Francisco. “A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectiva estrutural e funcional”. In: **Revista de Direito Civil**, vol. 46, nº. 12 – ano 1988 (out/dez). p. 17-20.

panorama normativo implica, necessariamente, para todos os ramos jurídicos uma imprescindível “reinterpretação dos seus institutos sob uma ótica constitucional”¹¹.

¹¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 174

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS À “(PÓS) MODERNIDADE”

2.1 DA INFLUÊNCIA HISTÓRICA E O AMBIENTE PROPÍCIO AO IRROMPER DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A sociedade contemporânea observa, extasiada, o incrível processo de evolução contínua dos direitos fundamentais tendentes a assegurar sua finalidade precípua, que é garantir uma proteção, no maior nível, aos indivíduos e à própria coletividade, em face dos antigos e hodiernos perigos que ameaçam a integridade das posições jurídicas.

O curso desse progresso foi e continua sendo lento e gradativo, tanto é verdade que o irromper histórico desses direitos, apontado com sendo em meados do século XVIII¹², esconde o pretérito e longo caminho percorrido pela dogmática jurídica em prol de se alcançar e de se fundamentar os alicerces para o reconhecimento e a declaração desses direitos pelo Estado¹³.

De fato, esse trajeto sofre profundas iluminações filosóficas do tempo antigo, notadamente do pensamento greco-romano. Da Grécia, valores como a dignidade e o conceito de participação política dos cidadãos nos destinos da *polis* são representativos dessa influência, entretanto, uma grande parcela da sociedade não detinha essas prerrogativas, a própria escravidão era permitida, e havia uma preponderância da cidade sobre o indivíduo¹⁴. Já em Roma, a construção da separação do *ius gentium* e do *ius naturale*¹⁵, agregada ao conceito de homem enquanto *sui iuris*, e, portanto, titular de direito privado sobre a *res*¹⁶, são características decisivas para o alvorecer dos direitos fundamentais na perspectiva moderna.

¹² Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; GARCIA, Eusebio Fernandez (org.). **História de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII**. Madrid: Ed. Dickinson, 2003. p. 15.

¹³ Cf. CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional**. Tomo I. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1989. p. 311.

¹⁴ Cf. BANOND, Isabel. “A Ideia de Liberdade no Mundo Antigo: notas para uma reflexão”. In: **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**, volume 40 - ano 1999. p. 368.

¹⁵ Cf. HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 77.

¹⁶ Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 47 e ss

O pensamento cristão, igualmente, ofereceu importante contributo à formação filosófica dos direitos do homem, em especial, a fórmula apontada por Nietzsche¹⁷, segundo a qual a igualdade dos indivíduos provém da filiação divina de todos. Igualmente, não se pode negar a relevância da filosofia tomística ao acentuar a existência de ordenamentos distintos, a um lado, a lei natural e, de outro, a lei positiva, e, assim, ambas deveriam dirigir-se ao bem comum, de modo que uma lei emanada por um tirano que não obedecesse ao bem dos súditos atentaria contra a própria natureza dos homens¹⁸.

Por último, vale ainda referenciar o destaque da escolástica espanhola, sobretudo, na defesa da prevalência de uma “razão ou natureza das coisas e dos valores”, considerados em si mesmo, em substituição à vontade divina na delimitação do direito natural¹⁹. Notadamente porque foi, a partir desses últimos alicerces teóricos, que, posteriormente, a filosofia política inglesa encontrou fundamentos mais vigorosos à defesa e à justificação dos direitos do homem e sua consequente inserção nas declarações de direitos do século XVIII²⁰.

No entanto e a despeito do realce das iluminações, possibilitadas por cada uma das construções teóricas na formação do meio fértil à eclosão dos direitos fundamentais, deve-se enfatizar que nenhuma delas de *per se*, mesmo que empreendidas nos mais distintos momentos históricos, seriam suficientes a propiciar as condições necessárias a essa erupção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a própria corrente jusnaturalista não consegue justificar a efetivação desses direitos em momento antecedente à positivação decorrente do constitucionalismo oitocentista²¹.

¹⁷ Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **O Anticristo**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 62, n. 40.

¹⁸ FINNIS, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino**. Trad. Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 72-76

¹⁹ Aliás, é oportuna a advertência de Canotilho, para quem “foi a secularização do direito natural pela teoria dos valores objectivos da escolástica espanhola (Francisco de Vitória, Vazquez e Suarez) que, substituindo a vontade divina pela «natureza ou razão das coisas», deu origem a uma concepção secular do direito natural” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 382).

²⁰ Cf. ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**. Cascais: Principia, 2010. p. 11.

²¹ Nesse intuito, merece destaque a opinião de Suzana Tavares da Silva: “Assim, os valores propalados na antiguidade dificilmente podem consubstanciar uma génese dos Direitos do Homem. E até a doutrina jusnaturalista, que concebe como matriz da jusfundamentalidade dos direitos a liberdade pessoal (direito à autodeterminação), a igualdade e a dignidade da pessoa humana, enquanto valores (direitos inerentes ao indivíduo) anteriores ao Estado, tem dificuldade em localizar a génese da efectividade destes ‘primeiros’

Por essa razão, não havia ambiente para o brotar desses direitos. Somente com o alvorecer da classe burguesa às posições de destaque na sociedade, consequência possível graças ao acachapante sucesso econômico do comércio marítimo com as Índias e, logo em seguida, com as Américas, bem assim da, até então, exitosa política mercantilista da época, é que os interesses econômicos da burguesia passaram a convergir à assunção de um modelo político-estatal mais seguro e mais confiável à manutenção de seus proveitos²².

Estava, assim, formada a atmosfera perfeita ao irromper dos direitos fundamentais como garantia dos homens face ao poder da realeza. Acoplados à força da classe financeiramente dominante em busca da limitação do poderio monárquico, a burguesia, oferecendo uma demonstração de sua força crescente, impunha à decadente nobreza mais uma derrota política²³. Vitória essa consubstanciada no reconhecimento, pelo Poder Monárquico, até então, absolutista, de direitos inerentes aos homens e oponíveis ao Estado, que deveria respeitar uma área protegida contra quaisquer intervenções. Com efeito, essas declarações jurídicas²⁴, especialmente o *Petition of Rights*, submetido em 1628, *Habeas Corpus Act*, editado em 1679, e o *Bill of Rights*, datado de 1689 – e, ainda anteriormente, apesar de em menores proporções, a Magna Carta *Libertatum* de João Sem Terra, 1215 – representam as premissas estruturantes do Estado Liberal.

direitos nos constitucionalismos” (SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. p. 17)

²² A propósito, é certa a síntese de Reis Novais: “Ainda que beneficiando da política econômica mercantilista, a burguesia, afastada dos lugares de governo, necessitava de erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder, ou pelo menos, de *domesticar* uma Administração cujas providências concretas, individuais, e logo potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades dos agentes econômicos requeridas por um pleno desenvolvimento das bases econômicas em assentava o emergente poder burguês. [...] a burguesia cedo deslocaria «as reivindicações de liberdade do plano numa liberdade social de dimensão tradicional para o duma liberdade individual»; ela não se propõe, então, a renovar os antigos *jura quaesita*, mas antes afirmar perante a actuação potencialmente arbitrária do Príncipe, a existência na esfera de cada homem de um núcleo de direitos naturais concebidos como direitos subjectivos insusceptíveis de invasão por parte do Estado”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 40-41).

²³ Cf. BATTAGLIA, Felice. “Ancora sullo Stato di Diritto”. In: **Revista Internazionale di Filosofia del Diritto**, volume XXV, anno 1948. p. 168 e ss.

²⁴ Destaque-se, a esse respeito, que o fato de estabelecerem o embasamento não significa dizer que se inaugura, no Estado Liberal, o movimento constitucionalista, porquanto, consoante leciona Carl Schmitt, esses instrumentos representam, muito mais, regulamentos protetivos dirigidos aos barões ingleses que formavam a elite da época, limitando o poder do rei. Assim, o marco inicial em foco deve ser, necessariamente, a Declaração de Direitos da Virgínia, proclamada em 1776, nos Estados Unidos da América, uma vez que, além de conceder direitos aos particulares, visava limitar, pelo Direito, o poder estatal como um todo. (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Ed., 1996. p. 164)

2.2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IMPORTÂNCIA DO ESTADO LIBERAL

Esse gradativo processo, empreendido, sobretudo, pela burguesia socialmente ascendente, passava a um grau decisivo, traduzido em uma tentativa de racionalização do Estado e de seu aparato. Essa sequência fundamentava-se na construção de que, somente com a razão, impedem-se as arbitrariedades do monarca, e, assim, conferem-se segurança e previsibilidade à atividade pública, que deve sempre vislumbrar a defesa da sociedade de homens iguais – quer dizer, do homem e da classe burguesa²⁵.

Era inegável, pois, a presença marcante do Iluminismo e seu ideário nas concepções burguesas que pregavam a racionalidade. Tanto é assim que, precisamente, nas fórmulas iluministas, é encontrado o embasamento teórico justificador do Estado Liberal que emergia.

Assim, com fulcro na construção contratualista defendida, máxime por John Locke, sustentava-se que havia direitos inatos dos homens, os quais, naturalmente e pelo simples fato de dizerem respeito a seres humanos, estavam inseridos em sua órbita individual. Nada obstante, os indivíduos, fazendo uso da *razão*, poderiam coletivamente firmar um acordo social em que, renunciando a uma parcela de sua liberdade – que antes, no estado de natureza, era absoluta –, comprometiam-se a respeitar uma autoridade artificial criada em nome de uma proteção superior e mais efetiva.

Ou seja, o poder estatal funda-se em um contrato bilateral e tem um objetivo determinado, que é a garantia de uma melhora dos níveis de proteção aos direitos naturais. Aliás, a “autoridade só é instaurada na base de um contrato com cláusulas precisas: esta convenção surge, já o lembrei, como estritamente bilateral, o mesmo é dizer que ela implica, por vontade das partes, direitos e obrigações rigorosamente correlativos, complementares” e, portanto, sinalagmáticos, conquanto competem reciprocamente a ambas as partes, de modo que “os indivíduos obrigam-se a obedecer à autoridade política, mas adquirem *ipso facto* o direito à proteção da sua vida, da sua liberdade, da sua propriedade. O mesmo é dizer que, *por outro lado*, o

²⁵ Cf. SOARES, Rogerio Guilherme Ehrhardt. **Direito Público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântida Editorial, 1969. p. 164.

novo poder instituído obriga-se a só agir no quadro previsto pelo contrato (com vistas a melhor garantir os direitos naturais, e nada mais que isso), e que adquire o direito de ser obedecido (na medida em que respeitar estes limites constitutivos)”²⁶.

Nessa perspectiva racional, é o contrato e seu estrito cumprimento que fornecem legitimidade ao poder estatal, de modo que, se há abuso de autoridade ou se esta é exercida despoticamente, excede os limites do acordo e, por isso, permite aos indivíduos resistirem legitimamente à opressão, desligando-se da submissão em face do descumprimento das regras convencionais estabelecidas originariamente. Essa convicção racionalista foi determinante para firmar as balizas da Revolução Americana²⁷, em especial, fundamentando o espírito das Declarações de Direitos da Virgínia e da Independência dos Estados Unidos da América, proclamadas em 1776.

No mesmo horizonte fático e também sob marcante influência do contrato social iluminista, a experiência francesa inovou, em certo sentido, ao agregar à construção teórica que se formava, justificando o irromper de um novo modelo estatal, um novo garante que reforçava a limitação do poder, prevenindo-se de futuros abusos. Esse garante baseava-se na concepção de que somente o próprio poder pode limitá-lo.

A tese, defendida por Montesquieu²⁸, partia do pressuposto de que, enquanto concentrado nas mãos de uma única pessoa, inevitavelmente, o poder seria abusado, motivo pelo qual a saída seria repartir atribuições, de modo que cada parcela controlasse e limitasse as demais. Nascia, portanto, a Teoria Tripartite do Poder, e, àquela altura, já sob forte influência dos burgueses, interpretava-se a repartição com certa primazia ao poder legislativo, porquanto o Parlamento, enquanto ícone máximo da opção política de representação de toda a coletividade – embora, regra geral, como «sociedade» se refletia e entendia como sendo aquilo que interessava à burguesia²⁹ –, ao cumprir um procedimento racional, democrático e previamente estabelecido de

²⁶ Cf. HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos** ... p. 23.

²⁷ Cf. SABINE, George Holland. **A history of political theory**. 4th edition. Hinsdale: Dryden Press, 1973. p. 230-240.

²⁸ “*La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n’est pas toujours dans les États modérés; elle n’y est que lorsqu’on n’abuse pas du pouvoir; mais c’est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites. Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.*” (MONTESQUIEU. Charles de Secondat, baron de. **L’Esprit des lois**, livre XI. Paris: Chez Pierre Didot L’ainé Imprimeur, 1795. p. 59)

²⁹ Cf. POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno: uma introdução sociológica**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1981. p. 89 e ss.

feitura das normas, submetia todos, iguais formalmente, ao princípio da legalidade, em um «rule of law» ou império da lei, pelo qual a lei expressava a vontade da sociedade livre e esclarecida³⁰.

Assim, embalado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, verdadeiro ápice jurídico da Revolução Francesa, em 1789, proclamava, de uma vez por todas, a morte, de fato, do *Ancien Régime* e do poder absolutista, assim como consagrava a ambiência perfeita para o alvorecer do constitucionalismo^{31 32}, representado pelo aparecimento de um aclamado *État Constitutionnel*³³ ou Estado Constitucional pautado solidamente em uma norma jurídica que contornava o poder despótico e também as funções do Estado, vinculando-os a esses direitos fundamentais inatos dos indivíduos que passavam a ser reconhecidos.

Positivava-se, pois, em uma Lei Suprema, os antigos direitos «naturais» do homem, os quais, agora, por sua estrutura e previsão constitucional categórica, transmudavam-se em verdadeiros direitos fundamentais dos homens, os quais, seguramente, poderiam ser invocados na defesa e na proteção contra as arbitrariedades do aparato público.

Claramente, o Estado deixava de ser ilimitado e tirânico. Tinha a obrigação jurídica do *non facere*, de não intervir³⁴ e não violar injustificadamente a esfera dos

³⁰ Cf. CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10ª edição. Coimbra: Almedina, 1980. p. 19 e ss.

³¹ Nesse sentido, Canotilho ressalta a convergência de três modelos de constitucionalismo: “em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p.48)

³² Ao contrário, José de Melo Alexandrino recusa a existência de um modelo inglês e faz questão de realçar o maior grau de diferenças existentes: “O processo de positivação, institucionalização e garantia efectiva dos direitos do homem acompanhou, sem dúvida, o desenvolvimento do constitucionalismo, tendo, num primeiro momento, surgido *dois paradigmas* relativamente diferenciados: o francês (caracterizado pelo corte abrupto com o passado; as liberdades proclamadas revelam uma positividade dúbia, pois estão a meio caminho entre a política e a filosofia, vigorando nos limites das leis, sem jamais contarem com a assistência de mecanismos de controlo da constitucionalidade ou de garantias específicas de efectividade); e o norte-americano (incorporando princípios que, tal como pátria de origem, achavam já acolhimento das estruturas sociais e no próprio *common law*, o reconhecimento dos direitos e liberdades, mantendo embora uma forte radicação jusracionalista, não deixou de evoluir no sentido da afirmação constitucional de garantias jurídicas fortes” (ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais ...** p. 15).

³³ Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Direito Constitucional. I - Introdução à Teoria da Constituição**. Braga: Livraria Cruz, 1979. p. 156 e ss.

³⁴ Cf. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1995. p. 34.

indivíduos, que, agora, desfrutavam de instrumentos de defesa ao arbítrio³⁵.

A repartição do poder com a divisão de atribuições e competências, com uma leve supremacia do órgão parlamentar e com a subordinação do executivo à égide do princípio da legalidade e do «rule of law» constituem as técnicas jurídicas que possibilitaram a racionalização liberal do Estado, a qual expressa, em última análise, a vitória da Sociedade face ao Estado e do Direito frente ao arbítrio, em tal sentido que “essa adjectivação liberal do Estado de Direito advém, portanto, não do princípio de limitação jurídica do Estado dirigida à garantia dos direitos e liberdades fundamentais, mas sim da concretização particular que as técnicas jurídicas assumem no contexto”³⁶.

Nessa seara, o Estado Liberal, ou melhor, Burguês de Direito, conduzia-se, na visão de Carl Schmitt³⁷, em dois princípios pilares: o princípio da organização dos poderes e o princípio da distribuição de liberdades, porquanto haveria severa limitação a um espaço privado de liberdade individual, a qual, inclusive, representava um pressuposto anterior ao próprio Estado, conforme a doutrina contratualista acolhida. Por conseguinte, a intervenção pública, nessa área de autonomia do cidadão, somente poderia se concretizar quando não violasse os direitos constitucionalizados e, ainda, cautelosamente, por um procedimento autorizado em norma prévia.

Da mesma forma, construía-se a ideia de que, quanto menos o Estado interferisse na esfera individual, melhor seria; desde que era o encontro da livre iniciativa de cada membro da sociedade que resultaria em um mercado em pleno funcionamento e com melhores vantagens para todos os integrantes de todos os estamentos sociais³⁸.

A exceção residia na possibilidade de ingerência para a defesa da propriedade e na esfera de liberdade da concorrência comercial, dissipando os

³⁵ Vem a calhar, nessa seara, o escólio de Cristina Queiroz: “A tradição inglesa, depois americana, e em seguida francesa, iria qualificar de ‘constitucionais’ esses direitos e liberdades jusfundamentais reconhecidos a cada cidadão numa determinada ordem jurídica individual e concreta. De facto, essas liberdades apresentavam-se como constitutivas dessa ordem na medida em que comandavam a respectiva instituição e organização [...] Essas liberdades, designadas entre nós de ‘direitos, liberdades e garantias’, possuem carácter individual, e constituem-se como ‘direitos de defesa’ (Abwehrrechte) do cidadão face ao Estado”. (QUEIROZ, Cristina Maria Machado de. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 17).

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria ...** p. 75-76.

³⁷ Cf. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constit...** p. 138 e ss.

³⁸ Cf. MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1976. p. 77 e ss.

eventuais abusos particulares, a partir do recurso ao ordenamento jurídico, inspirado que era nessa proteção aos caros valores burgueses³⁹. Propriedade essa, que, aliás, na pena de Vieira de Andrade⁴⁰, convertia-se em verdadeira “condição *objectiva* e uma garantia de liberdade”, a qual, inclusive, era invocada para restringir o acesso de alguns aos direitos políticos e para justificar a opção pelo voto censitário.

Assim, os direitos fundamentais constitucionalizados no Estado Liberal – evidentemente que restritos àquelas liberdades negativas que protegem o indivíduo contra a intromissão demasiada do aparato público na esfera autônoma privada – fundamentavam-se, decisivamente, enquanto direitos subjetivos públicos⁴¹.

Com efeito, o próprio elemento estatal, para se transformar no moderno Estado de Direito, foi obrigado a limitar-se, e essa limitação é decorrente, justamente, dos direitos reconhecidos a seus cidadãos, que podem, a partir de então, pleitear uma “tutela jurídica às pretensões individuais (*Ansprüche*)”⁴². Esses direitos subjetivos públicos compõem, precisamente, as referidas pretensões dos indivíduos, as quais decorrem das próprias «condições jurídicas» (*Zustände*) oferecidas pelo Estado.

De mais a mais, essas pretensões subjetivas individuais expressavam-se em diferentes níveis escalonados, os quais variavam proporcionalmente às «condições jurídicas» reconhecidas à sociedade pela forma como o Estado juridicamente se personificava perante seus cidadãos⁴³.

Nessa quadra de ideias, os direitos fundamentais do Estado Liberal consubstanciavam a superação do paradigma *status subjectionis*, ou estágio passivo de sujeição do indivíduo ao aparato estatal e desprovido de autodeterminação individual

³⁹ Cf. LUQUE, Sigfredo Hillers de. “El Estado de Derecho como garantía de las libertades públicas: el Estado formal de Derecho y el Estado *justo* de Derecho”. In: **Revista de la Facultad de Derecho Complutense**, volume 65, ano 1982. p. 33.

⁴⁰ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 52.

⁴¹ Destaque-se a esse respeito a advertência de Jorge Miranda, segundo a qual, direitos fundamentais não são sinônimos de direitos subjetivos públicos, porquanto estes englobam, além daqueles, outros campos de direitos como, por exemplo, de natureza processual, administrativa e fiscal. (MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional: aditamentos segundo as lições**. [texto policopiado]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1982. p. 144 e ss).

⁴² Consoante defende expressamente Georg Jellinek: “I diritti pubblici subbiettivi consistene pertanto, como già precedentemente è stato esposto, esclusivamente in pretese giuridiche (*Ansprüche*), che risultano direttamente da condizioni giuridiche (*Zustände*).” (JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. p. 96).

⁴³ A esse respeito, nas palavras de Jellinek: “In forza dela sua appartenenza allo Stato, l’individuo si trova adunque in una pluraità di rapporti di status. [...] Ogni personalità è adunque relativa, che a dire limitata, ed inverso, anche la personalità dello Stato”. (JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici ...** p. 97).

ou de personalidade jurídica livre, para alcançar o modelo de direitos do estado negativo ou *status libertatis*, em que o Estado reconhecia um estatuto de ações negativas ou abstenções e se comprometia perante os indivíduos, a quem outorgava uma esfera individual tutelada⁴⁴.

Sem embargo, sedimentava-se, efetiva e juridicamente, o Estado Liberal, por intermédio, sobretudo, da influência decisiva dos interesses burgueses pela substituição da nobreza real na elite política dominante. Para completar o processo de imposição integral do modelo individual e autonomista em todos os campos da sociedade, foi preciso um último artifício: dar continuidade à interpretação deturpada das correntes contratuais com reflexo nas relações particulares.

Esses desvios na consecução da teoria contratual foram se efetivando pelas mãos e em benefício direto da elite burguesa, com a finalidade específica de inserir o individualismo como um princípio holístico, comum a todas as áreas e campos sociais. A doutrina da repartição dos poderes, proposta por Montesquieu⁴⁵, era desfigurada para fornecer primazia ao Legislativo, impondo um verdadeiro «império da lei», em que a norma somente poderia ser interpretada gramaticalmente.

O Poder Judiciário era subjugado, e os juízes limitavam-se a serem «*la bouche de loi*», isto é, as bocas que pronunciam as palavras da lei. Tanta era a submissão, que se fala em um “poder nulo”⁴⁶, desprovido de força ou rigor.

Não fosse suficiente, esses valores vão impregnando também os demais ramos jurídicos, notadamente o Direito Civil. Inclusive, foi esse cenário que outorgou e estabilizou os pressupostos e fundamentos que propiciaram o irromper das mais tradicionais legislações europeias de direito privado, em especial, o primoroso *Code Napoléon*.

Enquanto a Constituição, ao reconhecer os direitos fundamentais, norteava as relações entre Estado e cidadãos, o direito civil assumia a exclusividade no trato das relações jurídicas entre particulares. Inspirado sob a tríade⁴⁷ do *laissez-faire, laissez-passer*

⁴⁴ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici** ... p. 96-97;.

⁴⁵ “*les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (MONTESQUIEU. Charles de Secondat, baron de. **L'Esprit des lois**, livre XI. Paris: Chez Pierre Didot L'ainé Imprimeur, 1795. p. 268)

⁴⁶ Cf. TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976. Nota 3. p. 288.

⁴⁷ Cf. AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. p. 354

e *laissez-contracter*; tinha a missão de dar continuidade à proteção dos caros princípios burgueses: propriedade, liberdade e autonomia individual. E, além disso, conseguiu, ainda, assegurar a decantada segurança jurídica formal, ao impor aos negócios jurídicos celebrados e às obrigações contratuais assumidas força de verdadeira «lei privada»⁴⁸.

Não é difícil perceber, portanto, que o Estado Liberal Clássico assumia uma feição excessivamente individualista⁴⁹, avessa a quaisquer ingerências estatais e pautada, sobretudo, no tríplice pilar propriedade, liberdade e autonomia amplas aos indivíduos, e, ainda, na segurança jurídica propiciada pelo «império da lei» e sua interpretação meramente literal. Assim o era no horizonte Constitucional, bem como nas relações jurídicas particulares.

O lugar do Estado deveria ser, portanto, o mais longe possível da economia, e da sociedade civil.

Como consequência, os direitos fundamentais recentemente reconhecidos e positivados nas Cartas Magnas expressavam esses interesses da burguesia e remetiam à chamada «concepção unidirecional»⁵⁰, circunscrevendo o estatuto jurídico dos oponíveis apenas em relação às autoridades estatais, forjando uma igualdade entre indivíduos inteiramente díspares e relegando-se às leis do mercado como se mesmas condições tivessem.

2.3 O ESTADO SOCIAL E A NECESSIDADE DE MUDANÇA NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inobstante os indiscutíveis benefícios jurídico-constitucionais alcançados decisivamente no Estado Liberal, dentre os quais, inclusive, alguns encontram-se consagrados e prestigiados, até os dias contemporâneos, nos ordenamentos nacionais, era, cada vez mais, evidente que a liberdade e a autonomia individual a todo custo, acopladas a um «rules of law» na sua perspectiva meramente formal e pautadas na debilitada interpretação gramatical das normas, não conseguiriam se sustentar por

⁴⁸ Cf. MARTY, Gabriel. **Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones**, vol. I. Trad. José M. Cajica. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr, 1952. p. 27-29.

⁴⁹ Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. “As Obrigações e os Contratos”. In: **Revista do CEJ/Conselho da Justiça Federal**, nº. 1 – ano 1997. p. 32.

⁵⁰ Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Ed. Dickinson, 1997. p. 234.

muito tempo.

Do lado de fora da «redoma burguesa protegida», o individualismo cobrava um preço alto demais às massas do proletariado. Os trabalhadores, enquanto elo mais fraco da sociedade e da cadeia produtiva, experimentavam um processo de proporções jamais vistas, de “brutal pauperização”⁵¹ econômico-social.

Não por outra razão que a crítica ao liberalismo fazia eco à pergunta: onde estaria a liberdade do «não proprietário»⁵²?

Isto porque, se, de um lado, o liberalismo foi decisivo à criação das condições ideais propícias ao surgimento do processo irretroatável de industrialização econômica, bem como da consciência do relevante papel do indivíduo na sociedade, de outra banda, foi incapaz de assegurar uma efetiva igualdade nas condições da realidade social. Limita-se, pois, a proclamar, formalmente, direitos desprovidos de força e coativa, os quais, na prática, sabidamente somente eram exercidos por alguns grupos de elite, revelando, em sua plenitude, uma situação de flagrante injustiça, corolário direto de uma concentração econômica opressora e que potencializa as situações de desigualdades⁵³.

Aliás, essa massificação do desnivelamento econômico entre as classes irremediavelmente influenciava, sobremaneira, a estrutura até então vigente⁵⁴, transformando, de fato, em caótico, o sistema social vigente⁵⁵.

⁵¹ Registre-se a opinião de Fábio Konder Comparato: “em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. [...] O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias” (COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 54)

⁵² Cf. SALDANHA, Nelson. “O que é o Liberalismo”. In: SALDANHA, Nelson. **Estado de Direito, Liberdades e Garantias (Estudos de Direito Público e Teoria Política)**. São Paulo: Sugestão Literária, 1980. p. 89

⁵³ Cf. ABRANTES, José João Nunes. **Contratos de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 23-24.

⁵⁴ Sobre este ponto, vide: SILVA, João Nuno Calvão da. **Mercado e Estado, Serviços de interesse econômico geral**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 15-40.

⁵⁵ “A industrialização e o progresso técnico desenraizaram os homens das suas terras, amontoaram-nos nas cidades, impuseram-lhes um ritmo acelerado de vida e desenharam-lhes os horizontes de um bem-estar material. Privados de seu espaço e do seu tempo, arregimentados em estruturas intermediárias, desde a fábrica ao sindicato e ao partido... Revelam-se as diferenças mal escondidas e, com a divisão do trabalho, das atividades e das profissões, os interesses multiplicam-se ainda mais entre si, uns contra os outros, procurando a melhor posição num mundo social sem lugares marcados e em movimento contínuo... o Estado começa a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida social e a Administração ultrapassa definitivamente a sua

E, justo por essa razão, as pesadas críticas dirigidas ao Estado Liberal ganhavam relevo. Nesse particular, Norberto Bobbio⁵⁶ consignava que “*No importa tanto que el individuo sea libre ‘respecto del Estado’ si después no es libre ‘en la sociedad’*”. É dizer, portanto, que o mito liberal da felicidade do homem autônomo e liberto se desintegrava em um ambiente onde as condições efetivas para essa liberdade eram restritas a alguns poucos favorecidos⁵⁷, e a grande massa populacional se amontoava às margens desse processo.

Em outro flanco, abrem-se novas críticas ao Estado Liberal e às consequências advindas de seu culto desmedido ao «império da lei», em especial, sua forma e sua interpretação gramatical. De fato, foi a gradativa subversão a esse equivocado conceito de valorização à lei, ainda que como mera forma, que trouxe severos prejuízos à sociedade. Essa identificação “do direito com a lei acabou dando lugar a toda uma concepção formalista da experiência jurídica”⁵⁸, a qual, em um ambiente catastrófico, como exposto anteriormente, e agravado no pós 1ª Guerra Mundial, aliada a uma profunda crise econômica, propiciou o emergir de uma corrente teórica que se valia dessa deturpação para institucionalizar «regimes totalitários de negação de direitos»⁵⁹. Modelos esses que representam a tônica da impotência liberal para tratar das convulsões sociais europeias.

Novamente, as elites, agora sob o teorema do fascismo, aproveitam-se da enfraquecida e desorganizada massa popular para se legitimarem como organismos superiores⁶⁰ que, junto ao *Duce*, conduziriam o Estado a criar um sentimento de identificação e de unidade plena entre seus súditos, reciprocamente, assim como permeado pela ingerência total do aparato estatal – que se apresentava como

condição aparente de esquadra de polícia e repartição de finanças”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição** ... p. 56-57.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Igualdad y Libertad**. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993. p. 143.

⁵⁷ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 225.

⁵⁸ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória”. In: LEMBO, Claudio. (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 54.

⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria** ... p. 128.

⁶⁰ Cf. COSTAMAGNA, Carlo. **Storia e dottrina del fascismo**. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1938. p. 180.

verdadeiro fim em si mesmo⁶¹.

Com efeito, o Estado Fascista se proclama um organismo formado, indissociavelmente, pelo poder e por seus governados e, por essa razão, poderia monopolizar sua influência para toda a sociedade, consagrando a máxima «tudo no Estado, nada fora»⁶².

E, por essa razão, o fascismo e o nacional-socialismo subverteram o princípio da legalidade para favorecer um culto à forma legal e transformaram a justificação do estado, defendendo que “a comunidade vive, «não segundo o direito», mas «dentro, através e com o seu direito»”. Tudo isso com amplo apoio normativo, visto que “o sentido das votações no *Reichstag* ou das consultas populares não será o de impor decisões ao *Führer*, mas o de provocar e lhe exprimir adesão da *Gefolgschaft* [comunidade]”⁶³, autorizando, em última análise, a própria restrição e a redução dos direitos e liberdades individuais, em nome de uma falaciosa concretização dos fins estatais.

Essa desastrosa experiência autoritária, evidentemente, contribuiu, de modo notável, à consciência do proletariado de que, somente com a titularidade de direitos políticos em sua plenitude, seria possível alterar o curso dos tempos em nome de mudanças sociais. É dizer, em outras palavras, que esse «engodo estatal» ia se confirmando ao longo dos tempos, notadamente, quando se alcançou a opinião de que, em verdade, “as liberdades individuais, sem a afetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos”⁶⁴.

Daí porque os setores marginalizados passam a pleitear efetiva participação política, com intervenção igualitária no processo eleitoral⁶⁵, e, assim, a quebra do paradigma censitário, com a universalização do sufrágio, a partir da defesa

⁶¹ Inclusive, Sergio Panunzio sustenta que, sobretudo o Estado Fascista Italiano, viveu essa «*epoca dello Stato*», assumindo o conceito de uma entidade transcendental, única capaz de recuperar a sociedade do pós-guerra. (PANUNZIO, Sergio. **Il sentimento dello Stato**. Roma: Libreria del Littorio, 1929. p. 126).

⁶² Cf. LUCATELLO, Guido. “Profilo Giuridico dello Stato totalitario”. In: **Scritti giuridice in onore di Santi Romano**, tome I. Padova: Cedam, 1940. p. 571

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria** ... p. 152; p. 149.

⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos...** p. 51

⁶⁵ Neste sentido, Peces-Barba reitera que os direitos políticos não pertencem à mesma ‘geração’ que os direitos e liberdades civis, sendo estes considerados de uma segunda geração, e os direitos sociais, integrantes de uma terceira geração. (Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”. In **Derechos y Libertades** (Revista del Instituto Bartolomé las Casas). Ano III, nº. 6. 1998, p. 15-27.)

intransigente do conceito de que, sem participação plural, não há democracia⁶⁶.

Sustenta-se, pois, que, no contexto de concretização das liberdades fundamentais, era indispensável que se assegurassem direitos democráticos⁶⁷ com participação ativa e, até, passiva do povo, com reconhecimento do sufrágio universal, igual e secreto, uma vez que, somente com a proteção a essas prerrogativas individuais, poderia se falar, de fato, em gozo dos direitos civis e políticos⁶⁸.

Nesse sentido, pode-se concluir que “o quadro democrático é também uma exigência da natureza do Estado de Direito, já que os direitos fundamentais – com a extensão que resulta da concepção actual da dignidade da pessoa humana – só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático.”⁶⁹.

Ainda que reconhecido, efetivamente, esse direito político de participação democrática efetiva e universal – como, de fato, terminou por ser assegurado –, retornava à pauta, novamente, a questão da possibilidade de exercício integral desses direitos no contexto econômico-social da época.

Em verdade, as contumazes críticas dirigidas à proteção liberal ao direito de propriedade e às liberdades individuais asseguradas naquele primeiro momento se aplicavam, igualmente, aos recém-proclamados direitos políticos universalizados e, por óbvio, recepcionados pelas massas proletárias. Em um universo em que uma grande parcela populacional não dispõe de mínimas condições econômico-sociais de sobrevivência e tem que se sujeitar à exploração pela força capital, não há igualdade de oportunidades, sendo certo que todos os direitos proclamados pelas constituições, ao fim, terminam sendo usufruídos apenas por alguns «*beati possidentes*»⁷⁰.

⁶⁶ Cf. SILVA José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 109.

⁶⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência – Por uma Nova Hermenêutica – Por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 58-59.

⁶⁸ Cf. PACE, Alessandro. “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Pietro Calamandrei” In: **Revista de Estudios Políticos**, n.º 63, Jan.-Março, 1989, p. 40-41.

⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 36-37.

⁷⁰ Essa expressão é empregada por Fabio Konder Comparato, ao concluir, com maestria, a situação dos exercícios desses direitos e liberdades: “toda uma série de direitos individuais consagrados na Constituição, tanto os civis – como o direito de propriedade privada, o direito à liberdade de locomoção, à liberdade de expressão do pensamento, à liberdade do exercício profissional – quanto os políticos – direito de votar e ser votado – supõem, para a sua existência efetiva, o concurso de condições econômicas e sociais bem definidas: alimentação, saúde, instrução, rendimentos mínimos garantido. Onde faltem, largamente, estas exigências preliminares, aqueles direitos constituirão um luxo do qual apenas usufruem os *beati possidentes*”. (COMPARATO, Fábio Konder.

E, diante dos desmedidos abusos na concentração da riqueza pelos atores econômicos, alinhados a uma insana industrialização da vida e degradação do trabalho⁷¹, os quais concorriam, marcadamente, para o acréscimo dos desequilíbrios sociais a níveis alarmantes, instala-se, precisamente, o processo de esmorecimento e decadência dos princípios liberais e seus equivocados apelos a formalidades e à liberdade individual e mercadológica.

Ao lado dessa ruína, vão brotando as premissas de um Estado mais Social, mais atento às necessidades dos indivíduos, e que, por luta e reivindicação de uma massa popular, cada vez, mais consciente e exigente – tanto que assume uma condição de “protagonista social”⁷² –, torna-se juridicamente democrático, o que, apesar de ser uma vitória, não era suficiente face a envergadura dos problemas e anseios da sociedade⁷³.

Daí porque se pleiteava interferência estatal nas várias áreas da vida em coletividade, notadamente para se reparar e transformar o sistema social caótico da época, com vias a estancar o processo crescente das desigualdades estamentais⁷⁴. É dizer, um Estado que, além de se inspirar na valorização e no reconhecimento de direitos, deve passar a promovê-los, por intermédio de suas instituições e aparato. E, assim, dirigindo efetivamente a economia e intervindo diretamente em busca do almejado equilíbrio social.

O homem, anteriormente caricaturado sob o enfoque individual, era lançado, sozinho, ao sabor de sua própria sorte, dentro do mercado e da economia liberal, cujas principais características eram valorizar, de modo proposital, a concentração econômica e a formação de perniciosos oligopólios. Essa nova

“Liberdades Formais e Liberdades Reais”. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a Democracia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 15)

⁷¹ Cf. CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 158

⁷² Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7ª edição. Madrid: Editora Tecnos S.A, 1998. p. 38-40.

⁷³ Destaque-se que há quem assente, como Eros Roberto Grau, que o surgimento do Estado Social, ao contrário de ser uma derrota do capitalismo e de seu modelo liberal, quase perfeito, deve ser visto, verdadeiramente, como uma própria necessidade do sistema, desde que à época, a concentração da riqueza, os monopólios, oligopólios e as mazelas sociais davam ensejo a prenúncios de uma crise global – que se tornaria fato em 1929 –, além das, cada dia mais constantes, referências ao modelo soviético como alternativa à resolução do problema social. (Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 40 e ss).

⁷⁴ HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, Constituição e Direitos Sociais”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Ed. Luem Juris, 2008. p. 13-14.

perspectiva que se arquitetava passava a tratá-lo como parte integrante de um «contexto social»⁷⁵, cujo aparato estatal deve concorrer para manter justas essas relações intersubjetivas.

O Estado é impelido, por corpulenta pressão da sociedade, a superar o antigo paradigma abstencionista e, agora, a tomar atitudes positivas em prol de seus indivíduos. É obrigado, por conseguinte, a exercer um verdadeiro *facere* de atos práticos concretos, os quais devem outorgar aos seus cidadãos prestações fáticas efetivas (*Leistungsrechten im engeren Sinne*), consubstanciadas no reconhecimento e na concretização de direitos, dentre os quais, ao trabalho, à saúde, à educação, à seguridade social, os quais devem ser «levados a sério»⁷⁶, em nome de uma justiça social e da diminuição dos abismos da sociedade.

Com efeito, o poder público passa a ser considerado o garantidor de uma gama de serviços e de providências necessários a uma integração existencial e social dos indivíduos, moldando a economia e o processo produtivo em função das exigências e das prioridades da sociedade, em prol de uma distribuição e redistribuição do produto social, e, assim, refreando os antagonismos da sociedade.

Era patente e indisfarçado o processo de gritante alteração nas relações Estado-indivíduos e Estado-sociedade⁷⁷. Por intermédio dessa nova categoria de direitos prestacionais, recém-positivados, os quais se consubstanciavam em atos públicos ativos e concretos em favor dos indivíduos, evoluía-se na fundamentação dos direitos fundamentais. Em verdade, os direitos «contra o Estado» da lógica liberal precedente, onde o poder público absoluto precisava ser restringido e subjugado constitucionalmente, dão

⁷⁵ A esse respeito, Cristina Queiroz leciona, com maiores detalhes: “na configuração do elemento *sociabilidade*, não se entende já por indivíduo – *maxime*, cidadão – o ser individual e isoladamente considerado, mas a pessoa inserida num determinado contexto social. Esse *contexto social*, assente na intersubjetividade e na relação com os outros, não se opõe, ponto por ponto, ao Estado (ou ‘esfera pública’), antes deverá ser entendido que entre os dois – ou melhor, com o concurso dos dois – tem por objectivo a realização da dignidade da pessoa humana, em todas as facetas do desenvolvimento da sua personalidade, e que esta se mostra indissociável da construção e manutenção de uma sociedade tendencialmente igualitária e justa”. (QUEIROZ, Cristina Maria Machado de. **Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 12-13).

⁷⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais**. In Separata do Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, ano 1984. Coimbra: 1988. p. 245.

⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria ...** p. 183-187.

lugar a uma nova lógica jurídica: de direitos «através do Estado»⁷⁸.

Destarte, o aparato estatal passa a reconhecer uma nova esfera de direitos subjetivos públicos dos indivíduos. Obviamente, essa nova esfera não significa a renúncia às antigas conquistas, mas, de fato, um acréscimo substancial. Nesse sentido, com a superação do *status libertatis* ou estado negativo de condutas estatais, alcança-se o novo ciclo, o *status civitatis* ou estágio positivo, como aponta Jellinek⁷⁹, em que as pretensões individuais (*Ansprüche*), além das antigas abstenções do aparato estatal, reconhecem também, agora, ações positivas do Estado, a fim de assegurar os direitos dos cidadãos.

As Cartas Constitucionais passam a reconhecer solenemente e a positivar os direitos sociais, em prol da concretização da igualdade substancial entre os indivíduos e da máxima proteção à dignidade da pessoa humana. A Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã da República de Weimar, em 1919, representam esse novo momento de «reconciliação» do Estado com a sociedade, em que a norma constitucional não pretende conformar o status quo, mas sim transformar a sociedade, recorrendo-se, para tal, às políticas públicas⁸⁰.

O Estado Social de Direito foi, portanto, a saída jurídica e política encontrada para responder às exigências das massas populares no trato da questão social, constituindo uma resposta efetiva aos reclamos por condições justas de trabalho, assistência e seguridade social do movimento operário, em um contexto de mazelas decorrentes da revolução industrial⁸¹.

⁷⁸ É certa a epítome de Vieira de Andrade: “Desde, logo, surge, também aqui, uma *nova categoria de direitos*, designados por *direitos a prestações (Leistungsrechte)* ou, relativamente a serviços existentes, por *direitos de quota-parte (Teilhaberechte)*. Distinguem-se das liberdades e dos direitos de participação democrática, desde logo porque representam exigências de comportamentos estaduais positivos – embora a composição indivíduo-Estado não desapareça, esbate-se na medida em que os direitos não são, em si, direitos *contra* o Estado (contra a lógica estadual), mas sim direitos através do Estado... Esse tipo de direitos cumpre-se pela organização de um sistema estadual, que, especialmente através de leis e de atos da Administração, deve definir e executar, conforme as circunstâncias políticas que facultem e garantam o gozo efectivo dos bens constitucionalmente protegidos”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição ...** p. 58-59).

⁷⁹ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici ...** p. 105 e ss.

⁸⁰ PIOVESAN, Flavia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.** 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 29

⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 69

Essa renovação e quebra de paradigmas⁸², concretizada no século XX, operou o reconhecimento dos direitos fundamentais a prestações estatais positivas, a partir de um novo Estado erigido sob uma nova regra, não mais liberalista, mas sim, como assenta Canotilho⁸³, a partir de um modelo de “proibição de omissão”, segundo o qual o Estado deveria agir afirmativamente em favor da concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Se, de um lado, é certo que esse novo modelo de reconhecimento de direitos em uma perspectiva de *igualdade* não significa o abandono ou a recusa às liberdades oitocentistas, mas uma complementação de pontos de vista jurídico-estatais, por outro lado, também não é menos acurado asseverar que alguns ícones da tradição liberal seriam restringidos.

Nessa quadra de pensamentos, alinhada à influência das ideologias socializantes, o sistema jurídico, aos poucos, vai exigindo que se justifique a tutela de certos direitos, dentre os quais, a propriedade, a partir da sua função exercida na sociedade e de seu possível benefício em prol da coletividade. Constrói-se, pois, a ideia de que, mesmo no campo privado, direitos se justificam a partir de sua função social⁸⁴.

Há significativa desvalorização⁸⁵ dos clássicos cânones do ordenamento, como a propriedade, a autonomia e a liberdade contratual privada, porque este também se revelava um ambiente propício à manutenção e ao aumento das desigualdades econômico-sociais. Por esse argumento, chegou-se a conclusão de que

⁸² A propósito, assevera Jorge Miranda: “século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das revoluções. Desembocam nele todas as grandes correntes filosóficas e acelera-se o ritmo dos eventos políticos. É, portanto, um século em que o Direito Público sofre poderosíssimos embates e em que à fase liberal do estado constitucional vai seguir-se a uma fase social”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 6ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 96-97.

⁸³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p.364.

⁸⁴ A propósito, é certa a lição de Francisco Amaral: “Aparece assim o conceito de função em direito, significando o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura. A referência à função social ou econômico-social de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica, neste caso a autonomia privada e o seu instrumento de realização, o negócio jurídico, significa a aproximação do direito com as demais ciências sociais, como a sociologia, a economia, a ciência política, antropologia, em processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea apresenta ao jurista [...] em prol de uma ordem mais justa na sociedade” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução...** p. 363)

⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes ...** p. 33.

o melhor meio de se reduzir a degradação contínua da parte hipossuficiente seria a partir de uma intervenção estatal também nesta seara privada, de modo a reequilibrar a balança dos interesses⁸⁶.

Essas interferências estatais no campo privado, em favor da concretização de uma igualdade substantiva entre as partes, passaram a se fazer sentir, sobretudo, em áreas mais delicadas da sociedade, as quais se relacionavam com a massificação da produção e com a circulação dos bens permitidas pelos avanços científicos⁸⁷.

As relações laborais, indisfarçadamente, desiguais, aliadas às chagas produzidas com os abusos decorrentes da revolução industrial, justificaram, desde logo, uma ingerência estatal mais efetiva⁸⁸, conferindo, inclusive, uma feição protecionista, uma vez que o trabalhador, ao perfectibilizar o contrato, empenha sua força física de trabalho em favor de seu empregador.

No mesmo sentido, observa-se a intercessão pública restringindo a autonomia privada no âmbito civilista, e até comercial, atuando legislativamente para mitigar a liberdade contratual⁸⁹.

Em verdade, o intuito dessa ação legislativa, no horizonte das relações jurídico-particulares, traz consigo a compreensão basilar de que, apesar das prestações positivas, ou o *facere* público, a fim de se alcançar uma justiça social pela distribuição da riqueza, é fato que o sistema jurídico “não pode ignorar o fenômeno privado”⁹⁰, e, por essa razão, também no universo privado, é preciso adotar condutas ativas.

Evidente, portanto, que esse novo paradigma de intervenções positivas pelo aparato público, propiciado, decisivamente, pela afirmação do Estado Social, impactou decisivamente em todas as estruturas da sociedade. Inclusive porque se abandonava a filosofia dos direitos fundamentais contra o poder público, uma vez que eram, cada vez mais, consistentes e numerosas as políticas públicas inseridas no

⁸⁶ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Contrato: Exigências e Concepções Atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 85.

⁸⁷ Cf. FARIA, José Eduardo. **Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 203-205.

⁸⁸ Cf. ABRANTES, José João Nunes. **Contratos de Trabalho e Direitos Fund...** p. 36-37.

⁸⁹ Cf. PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 19-22.

⁹⁰ Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Ed. Dickinson, 1997. p. 250.

universo privado dos indivíduos.

Além do mais, essas políticas afirmativas, em prol de se alcançar uma igualdade material e uma justiça social mais efetiva, passam, em razão da instituição, no ordenamento, de relevantes normas jurídicas, a envolver também a adoção de prestações e de comportamentos no universo privado e seus ramos, por exemplo, no Direito do Trabalho, ou mesmo no Direito Civil, ambiente que, anteriormente, representava ícone da primazia da autonomia e da liberdade privadas.

Daí porque se pode concluir, com absoluta tranquilidade, que essa nova arrumação constitucional acarretou, de fato, uma reformulação das margens entre o público e o privado⁹¹, com fronteiras, cada vez, mais interligadas. Da mesma forma como é cristalino e livre de controvérsia afirmar que “o bem-estar social tornou-se uma vertente inseparável de dignificação do estatuto jurídico-constitucional do ser humano” e, tanto é assim é que “não é hoje imaginável um sistema jurídico fundado no respeito e garantia da pessoa humana sem uma cláusula constitucional de bem-estar social”⁹².

2.4 A “(PÓS) MODERNIDADE” E SEU REFLEXO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Social, aliado ao seu modelo de prestações sociais positivas em prol de uma melhor redistribuição da riqueza de uma sociedade pautada em uma maior justiça social, exige uma estafante intervenção estatal nos mais diversos setores da economia e da vida social. Essa mediação reclama, além de leis específicas, uma série de outras ações, especialmente, normas regulamentares e atos administrativos a serem concretizados. Tudo isso acarreta duas consequências nefastas ao sistema.

A primeira delas é uma desmedida expansão do Executivo⁹³ em desfavor dos demais poderes, o qual termina por concentrar grande parte das providências

⁹¹ Sobre o tema: “a tradicional dicotomia, de origem romana, Direito Público/Direito Privado, sofre grande impacto, em razão da progressiva publicização do Direito Privado, e de sua ‘invasão’ pela normativa constitucional. Se no Estado Liberal havia o primado do privado sobre o público, seja pelo domínio da ‘liberdade dos modernos’ sobre a ‘liberdade dos antigos’, seja em razão do respeito não apenas ao sacrossanto espaço da autonomia individual, mas também ao livre jogo das forças do mercado, no Estado Social se invertem os termos desta equação”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 24).

⁹² Cf. OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007. p. 343

⁹³ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 32 e ss.

reclamadas pela sociedade e agrava o desprestígio do Legislativo e, em última análise, do próprio direito positivo, caracterizado por uma «inflation de lois»⁹⁴, traduzido pelo aumento desenfreado do número de regras jurídicas e, especialmente, das chamadas «leis-medida»⁹⁵, que não cumpriam os requisitos da generalidade e abstração e cujo intuito era apenas resolver situações fáticas concretas, enfraquecendo, assim, o ordenamento.

A segunda consequência perniciosa ao Estado termina por ser o superdimensionamento da Lei Fundamental, que assume uma feição excessivamente dirigente⁹⁶, exagerando nas promessas impossíveis de ser cumpridas⁹⁷, as quais vão se acumulando ao longo dos preceitos republicanos e, em última análise, acabando por frustrar a expectativa do povo e revolver a ideia de que a Constituição e suas normas escritas não passam de uma mera «folha de papel»⁹⁸, sem valor, e que não se ajusta à realidade.

Esses inequívocos sinais evidenciam a debilidade do sistema e a incapacidade estatal em assegurar, plena e efetivamente, todos os direitos sociais pleiteados pelos seus cidadãos.

Era, de fato, uma utopia acreditar que o Estado poderia intervir, equitativa e constantemente, em todos os domínios da sociedade. E, como acontece a toda quimera, esta também evanesceu.

O processo de globalização e sua múltipla proliferação no século XX trouxeram consigo a perda gradual do domínio estatal sobre a economia, com o enfraquecimento da formulação e da regulação das políticas governamentais. Igualmente, percebia-se o surgimento de estruturas, forças e problemas transnacionais que iam além dos próprios limites fronteiriços dos Estados e vinham ligados,

⁹⁴ Cf. SEGADO, Francisco Fernandez. "El procedimiento legislativo descentralizado em Itália y Espana". In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio, Sérvulo da. **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 279

⁹⁵ Cf. CARBONNIER, Jean. "L'inflation de lois". In: **Essas sur les lois**. Paris: Repertoire du Nottariat Defrénois, 1979, pp. 271 e sgs

⁹⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 154-158.

⁹⁷ Cf. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 332.

⁹⁸ Cf. LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002. p. 68.

umbilicalmente, a fortíssimos oligopólios e trustes supranacionais⁹⁹. Da mesma forma, não se pode esquecer os problemas decorrentes de uma crescente multidiversidade social da população, os quais reforçam a conseqüente incapacidade do «Estado-Providência»¹⁰⁰ de responder aos anseios de uma sociedade cada vez mais complexa, implicando, conseqüentemente, na derrocada do tradicional modelo jurídico.

O indivíduo não poderia nem deveria acreditar ingenuamente que toda sorte de expectativas e auxílios seriam cumpridos pelo aparato estatal indefinidamente, de modo que, grosso modo, vem à ruína completa a suposição de ser possível não apenas viver dentro do Estado, mas, como assevera Forsthoff¹⁰¹, sobretudo, «do Estado» e de suas prestações.

Essas questões, é evidente, fomentam e robustecem, progressivamente, fundadas dúvidas quanto à eficácia jurídica do “projeto da modernidade”¹⁰², tendo, como pano de fundo, o materializar das mutações e a desconstrução de vários institutos, em especial, o ganhar força da afirmação teórica da “crise do conceito clássico de autoridade”¹⁰³, porquanto não há um mínimo de incerteza quanto ao fato de que o Estado vai abdicando de parcelas consideráveis do poder em prol das entidades privadas, as quais vão se tornando atores mais efetivos na própria dinâmica geopolítica.

É evidente o aparecimento de um novo paradigma, calcado na tripartição «sociedade civil/Estado/terceiro setor», em que os órgãos estatais, inábeis e desprovidos

⁹⁹ Sobre a influência dos oligopólios e trustes no processo de globalização e crise do Estado Social: FIORI, José Luis. **Os Moedeiros Falsos**. Petrópolis: Editora Vozes, 1998. p. 26 e BORDIEU, Pierre. **Contrafogos**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 101.

¹⁰⁰ É precioso, nesse particular, o escólio de Vieira de Andrade: “afirma-se a falência do Estado, sobretudo a dimensão *externa*, como entidade nacional soberana, perante os fenómenos de «mundialização» ou de «globalização», com a emergência de factos, movimentos e forças transnacionais e multinacionais e a conseqüente incapacidade de disciplinar e de controlar atividades planetárias e efeitos, que ultrapassam as fronteiras políticas tradicionais... O que está em causa é o próprio paradigma de intervenção estatal, sobretudo depois da derrocada dos modelos socialistas colectivistas. O equívoco de ligar indissolúvelmente a justiça social à igualdade, em termos de a vincular à construção de uma sociedade igualitária, pode revelar-se, se não tão grave, pelo menos tão ineficaz como aquele que fez depender a liberdade da igualdade.... Como era de esperar, a globalização transportou os problemas dos direitos fundamentais para o âmbito mundial”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição** ... p. 63; 65 e 67).

¹⁰¹ FORSTHOFF, Ernst. **Stato di diritto in trasformazione**. Trad. Carlo Amirante. Milano: Giuffrè, 1973.

¹⁰² Sobre este ponto, vide: HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 109

¹⁰³ Cf. ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos Direitos Fundamentais**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. p. 26.

dos meios econômico-financeiros para lidar com as exigências e as especificidades dos novos problemas, investem na delegação de competências e de atribuições ao «terceiro setor», haja vista este exercer melhor o “controle de certas atividades de interesse público e social, considerado mais bem equipado, mais bem treinado e mais próximo das demandas sociais que pretende atender”¹⁰⁴, acentuando a crise do aparelho público.

O poder que, na fase industrial, decorria da concentração dos meios de produção econômicos, permitindo a ascensão de monopólios detentores do controle das finanças e do fabrico, agora, diante do progresso científico-tecnológico, passa a circundar aquele que possui o domínio e a primazia do conhecimento e da informação¹⁰⁵. O «saber», na pós-modernidade, é, verdadeiramente, uma locomotiva com destino ao controle das finanças e das forças decisórias. Tanto é assim que, consoante notícia Deleuze¹⁰⁶, as entidades privadas detentoras do poder informacional passam a outorgar uma «liberdade e autonomia ilusória», as quais servem apenas para dilatar a esfera de concentração do conhecimento, por exemplo, quando se entregam aos indivíduos atividades corriqueiras, quando se permite o acesso residencial ao banco ou às compras eletrônicas e, mesmo, ao trabalho, através da internet, enfim, essa liberdade somente serve para que seja possível se retirar maiores informações acerca das preferências de cada um, de suas opiniões, reduzindo, cada vez mais, a esfera de intimidade e de inviolabilidade da vida privada de cada pessoa a um mínimo.

De modo semelhante, a crise do Estado Social de Direito, motivada pela força da globalização dos mercados, provoca a deterioração das fronteiras geográficas nacionais, as quais perdem a «razão de ser»¹⁰⁷, diante de um protótipo mercadológico internacionalizado e financeiramente interdependente. Esse novo desenho geopolítico também é resultado da concentração e da ampliação das esferas de poder privadas, gradualmente mais transnacionais e tendentes a impor suas próprias regras de conduta.

¹⁰⁴ BITTAR, Eduardo. **O direito na pós-modernidade**. São Paulo. Ed. Forense Universitária, 2005. p. 140

¹⁰⁵ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na Sociedade Pós-Moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 23.

¹⁰⁶ DELEUZE, Gilles. “Post-scriptum sobre as Sociedades de Controle”. In: **Conversações**. Trad. Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992. p. 221.

¹⁰⁷ A propósito, é pertinente a observação de Zygmunt Bauman: “As distâncias já não importam, ao passo que a idéia de uma fronteira geográfica é cada vez mais difícil de sustentar no ‘mundo real’. Parece claro de repente que as divisões dos continentes e do globo como um todo foram função das distâncias, outrora impositivamente reais devido aos transportes primitivos e às dificuldades de viagem” (BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. p. 19)

Genuínas normas privadas que auto regulamentam suas ações à margem do próprio ordenamento estatal, dando ensejo à constituição de «neofeudalismos jurídicos»¹⁰⁸.

Com efeito, é assente a fragmentação estatal nesse estágio de evoluída globalização e formação de blocos político-econômicos e financeiros supranacionais, porquanto há sensível renúncia à soberania do Estado em diversas matérias, o qual, em detrimento de uma segurança e unidade propiciadas pela junção comunitária, vai abrindo mão de certas prerrogativas antes exclusivas, daí porque se justifica esse esfacelamento como um retorno ao status feudal¹⁰⁹.

Seja como for, é inegável que a vulnerabilidade das instituições estatais, aliada a uma crise estruturante e ao agravamento das adversidades econômicas – que, agora, alcançam, inclusive, os países ditos desenvolvidos – decorrentes das cíclicas crises financeiras, observa, ao largo, o fortalecimento do poderio privado¹¹⁰ no âmbito da economia globalizada.

Ressalte-se, ademais, como adverte Habermas¹¹¹, que não se cuida apenas de uma simples vicissitude econômica, fruto de instabilidades monetárias ou incontinências especulativas, mas, de fato, uma crise medular e sistêmica que afeta os sustentáculos do capitalismo e o alicerce do Estado.

Se não fosse suficiente, com a assunção das entidades privadas à primazia do poder, torna-se mais evidente o descompromisso com o bem estar coletivo, já que o objetivo maior dos negócios particulares é o lucro. Assim, essa situação invariavelmente tende a acarretar a diminuição do âmbito de proteção dos indivíduos, mormente porque o Estado vai relegando à iniciativa privada serviços que antes eram exclusivamente públicos. Basta verificar o inarredável sentido da privatização que

¹⁰⁸ Cf. FARIA, José Eduardo. **Direito na Economia Globalizada...** p. 322 e ss.

¹⁰⁹ Nesse sentido, é o que sustenta André-Jean Arnaud: “tudo o que constitui as estruturas de referência para uma reflexão sobre a força contemporânea dos Estados-Nações, no contexto mundial, já parecia existir antes do pensamento jurídico ‘moderno’ [...] As noções de fragmentação das soberanias (o Estado divide sua soberania com outras instâncias, inclusive seu atributo de dizer o direito), de pluralismos das fontes (todo direito não emana apenas do Estado), de policentralidade (o Estado não está no centro de toda a vida jurídica, nem todo tipo de direito é, necessariamente, hierarquizado de normas de tipo piramidal), estavam, não apenas muito vivas, mas era também muito férteis, antes que a filosofia ‘moderna’ tenha dado ao nosso direito o aspecto sob o qual conhecemos e que se esgarça cada dia mais.” (ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999. p. 47)

¹¹⁰ Cf. SARMENTO, Daniel. “Direitos Sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional”. In: **Revista de Direito Administrativo** - nº. 223 - ano 2001. p. 154 e ss.

¹¹¹ Cf. HABERMAS. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 62.

mundialmente ocorre nas áreas da saúde, educação e previdência e seguridade social.

Entretantes, há considerável transformação no paradigma do aparato estatal, deixando a segundo plano as responsabilidades pelas prestações e assumindo uma feição de «regulador», «incentivador» ou «último recurso», valendo-se, para tal, de uma proposta pela convergência do setor privado nas funções públicas¹¹².

E, justamente em face dessa perspectiva de gradual aumento na interdependência e no relacionamento entre as esferas estatais e da iniciativa particular, amplia-se a ideia de desconstrução da separação dicotômica entre público e privado. Aliás, essa cizânia que, desde o próprio Estado Social já vinha perdendo seu sentido, notadamente quando se evidenciou que as prestações públicas positivas, na grande maioria dos casos, influenciavam, sobretudo, as relações privadas, de modo que prepondera a percepção de que o ordenamento deve ser pautado na unidade, independentemente do ramo de atuação.

Indubitável, ademais, a constatação de que essa patente dependência recíproca entre o aparelho estatal e as entidades privadas se justifica, por outro lado, em razão da crescente concentração do poder nas mãos dos particulares. Tanto é assim que se aponta, na realidade, a existência de um «fenômeno do poder privado»¹¹³ de dimensões jamais observadas outrora. Isto porque, como adverte, com precisão, Böckenforde¹¹⁴, o sistema possui a tendência de tornar os mais fortes ainda mais fortes, e os débeis, ainda mais débeis, de modo que os detentores desse poderio possuem as condições necessárias a impor seu pensamento e suas regras próprias. Inclusive, corroborando essas assertivas, é presente a instituição até de formas alternativas de jurisdição, engendradas por essas grandes empresas multinacionais através de processos de mediação e arbitragem internacional, escapando, mais e mais, da órbita impositiva do Estado.

Nesse intrigante contexto, faz-se necessário, pois, investigar os reflexos que essa privatização social pode causar aos direitos humanos positivados, posto que

¹¹² A propósito, vem a calhar a síntese de Vieira de Andrade: “O paradigma do Estado Social *prestador* é substituído pelo do Estado Social *regulador, garantidor e incentivador*, que, de ‘forma mais inteligente e subtil’ promove a colaboração dos privados na realização das tarefas de interesse público”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição ...** p. 66).

¹¹³ Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares ...** p. 242.

¹¹⁴ Cf. BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 86.

a escrita histórica já evidenciou que o mercado e sua *lex mercatoria*, por si só, não são suficientes para amparar os indivíduos, em especial, os mais carentes¹¹⁵, de possíveis lesões a direitos, mormente quando não contam, em seu favor, da rede de proteção pública típica do *Welfare State*.

Os direitos fundamentais, portanto, considerados dentro de uma sociedade integralmente planetária e de problemas partilhados, passam a ser verdadeiro ponto de inflexão entre o público e o privado, permeado a uma, cada vez mais, evidente disparidade substancial entre as próprias pessoas privadas¹¹⁶, a qual tem ocasionado que alguns se portem em posição de inquestionável dominância perante outros (seja por razões econômicas, sociais, culturais, ou até de informação).

Consequentemente, o Direito, por mais que seja alvo das críticas pós-modernas, não pode quedar-se inerte diante de situações de cristalina opressão e injustiça¹¹⁷ como essas.

E, justamente pelo fato de os direitos fundamentais ostentarem, nos dias hodiernos, uma posição jurídica privilegiada, aliada à inequívoca circunstância de que a ordem jurídica deve ser aplicada em sua unidade¹¹⁸, mostra-se, portanto, extremamente necessário analisar e fundamentar qual o real alcance e a vinculação das relações jurídico-privadas aos direitos fundamentais (e seu sistema constitucional de proteção). Tudo isso, de modo que seja garantida a integridade plena do valor da dignidade da pessoa humana¹¹⁹ em todos os âmbitos do ordenamento jurídico. E até que ponto a autonomia individual pode ser utilizada como subterfúgio para o alargamento das desigualdades materiais, e essa brutal situação possa se perpetuar

¹¹⁵ Cf. CLAPHAN, Andrew. **Human Rights in the Private Sphere**. Oxford: Clarendon Press, 1989. p. 124 e seguintes.

¹¹⁶ Cf. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 18.

¹¹⁷ A propósito, é lapidar o registro de Juan María Ubillos: “el Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir, desde luego, por la vía de una adhesión incondicional al dogma de la autonomía privada. La sacralización de este principio, que hoy aparece seriamente eronizado en la experiencia del tráfico jurídico privado, ha servido tradicionalmente para apuntalar la inmunidad de estos poderes, privando de garantías afectivas a quienes ven menoscaba injustificadamente su libertad”. (UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Ed. Dickinson, 1997. p. 250).

¹¹⁸ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Trad. António Menezes Cordeiro. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 114.

¹¹⁹ Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. “La eficacia a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español”. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.) **Direitos Fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. P. 166-167.

impunemente ao ordenamento, impondo-se, efetivamente, uma subordinação da Constituição, mesmo apesar de ser norma suprema e hierarquicamente superior¹²⁰, aos interesses e posições jurídicas dos particulares.

Com efeito, não há dúvida de que a dignidade humana, elemento legitimador das declarações de direitos fundamentais, não oscila e, por consequência, aplica-se tanto no campo das relações públicas como privadas, com uma razão de ser: o homem jamais perde sua condição digna¹²¹, independentemente do campo em que esteja.

Finalmente, pois, não se pode negar o evidente. Renegar à Constituição a prerrogativa de impelir os indivíduos e a coletividade a respeitar os paradigmas de justiça postos perante a sociedade significa o mesmo que anuir ao *status quo* pautado na exclusão. E, mais que isso, porquanto, se “é certo que a Constituição não pode tudo, e não deve por isso ser sobrecarregada com tarefas que ela não tem minimamente como cumprir, sob pena da sua desvalorização como norma jurídica, também é certo que decapitá-la da sua carga substantiva, condenando-a ao silêncio sobre a opressão e injustiça social, corresponde, *mutatis mutandi*, a convertê-la num Pôncio Pilatos, que lava suas mãos diante da ignomínia”¹²².

2.5 ALGUMAS CONCLUSÕES

O relevante percurso histórico dos direitos fundamentais¹²³ evidencia, com maestria, que essa matéria é profundamente complexa e sujeita à grande evolução com o passar dos anos.

¹²⁰ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012. p. 27.

¹²¹ Nesse sentido, é oportuno aprofundar a posição de Ana Paula Barcellos no tocante a tal problemática: “a dignidade é uma característica inerente ao homem, que a norma não concede mas apenas reconhece; daí por que muitos autores registram que não há um ‘direito’ à dignidade, mas sim o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção. A importância dessa observação está em que o indivíduo continua sendo digno nada obstante a violação das normas que pretendem assegurar condições de dignidade” (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 126)

¹²² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 46.

¹²³ Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; GARCIA, Eusebio Fernandez (org.). **História de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII**. Madrid: Ed. Dickinson, 2003. p. 15.

Esse trajeto jamais foi fácil ou suave e sempre foi fruto da dor e do sofrimento dos homens que, deparados com os horrores que seus pares são capazes de causar, vão se conscientizando para as necessidades de uma «vida mais digna»¹²⁴ a todos.

Com a luta, alcançou-se a limitação do Estado Absoluto¹²⁵ e reconheceram-se as prestações negativas do poder público, e, assim, o indivíduo conseguiu um espaço de autonomia, livre de quaisquer influências¹²⁶, e, por isso, plena liberdade para se lançar ao mercado e granjear sua riqueza individual¹²⁷.

Mais tarde, percebeu-se que essas conquistas eram muito tímidas, mas o pontapé inicial, de um longo roteiro, havia sido dado.

No entanto, as desigualdades sociais se avultavam. A industrialização trazia consigo tormentosas chagas e mazelas e empurrava, paulatinamente, o indivíduo para as margens da sociedade.

Obteve-se, então, um novo paradigma estatal, em que o aparato público se obrigava a outorgar aos indivíduos prestações positivas em prol da distribuição da riqueza e da obtenção de uma justiça social mais equânime.

Edificava-se, assim, o Estado Social, em razão dessas políticas afirmativas de concretização dos direitos sociais¹²⁸, acarretando uma redefinição das fronteiras limítrofes entre o público e o privado.

Ademais, não se pode deixar de registrar os notáveis avanços na seara econômica, social, política e científica, sendo, por isso, evidente que o estágio da sociedade mudou, e vem mudando muito, desde a longínqua era do nascer dos direitos fundamentais.

Entretanto, a escrita histórica aponta, certamente, que é raro uma ascensão não trazer consigo um retrocesso. E, assim, é perceptível também que o Estado Social foi incapaz de ilidir as desigualdades sociais, além de ser

¹²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos...** p. 38

¹²⁵ Cf. TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna.** Bologna: Il Mulino, 1976. p. 250.

¹²⁶ CAMBI, Eduardo Augusto. **Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.19.

¹²⁷ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado.** 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006. p. 55

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1993. p.600.

excessivamente oneroso e não lograr êxito em se sustentar orçamentariamente¹²⁹ diante das crescentes exigências sociais, dos problemas demográficos e das crises do sistema econômico-financeiro causadas pela facilidade de crédito e tentativas frustradas de manutenção do status quo de bem estar. O desequilíbrio entre os particulares assume níveis alarmantes, em meio a uma sociedade caracterizada pelo estabelecimento de empresas multinacionais que, além de concentrarem perigosamente os meios financeiros e de produção, exercem verdadeira primazia sobre o poder social, impondo suas regras e seus desígnios.

Assim, se, de um lado, é indene de dúvida que, no contexto constitucional contemporâneo, os direitos fundamentais ocupam posição privilegiada, expandindo-se e até influenciando nas demais áreas¹³⁰, de outra banda, também é indiscutível que a assunção pelas entidades privadas a parcelas de autoridade e poder que nunca antes haviam auferido conduzem, logicamente, a um maior número de situações de distensão e conflito, o qual se justifica em razão desse desequilíbrio de posições jurídicas.

Esse desnível acaba por tornar mais corriqueiros os abusos e os ultrajes aos direitos da parte mais vulnerável, de modo que, sem muita dificuldade, pode-se constatar que, em face dessa circunstância, os perigos que envolvem os direitos fundamentais não ficam, atualmente, adstritos às ações ou às omissões instigadas pelo Estado.

Tem-se, portanto, que, apesar das conquistas, o caminho dos direitos fundamentais está longe de se limitar às violações engendradas pelo aparato estatal, mas adquire relevância seu sentido enquanto “*direitos contra terceiros*. (a «Drittwirkung»)”¹³¹.

¹²⁹ A esse respeito, é reconhecidamente oportuna a observação conclusiva de Suzana Tavares da Silva: “O que se discute hoje não é apenas o problema do modelo econômico subjacente à prestação dos serviços sociais influenciado por ou inflamado contra as correntes neoliberais, mas sim uma questão derradeira: a da incapacidade financeira do Estado para sustentar o actual sistema legal que substancia o modelo de Estado Social pretensamente consagrado na nossa Constituição. Não se trata, portanto, de uma questão ideológica ..., mas sim da verificação da impossibilidade efectiva de manter o actual estado de arte em matéria de socialidade” (SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena ...** p. 99-100)

¹³⁰ Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales. Teoría General**. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 353-361.

¹³¹ A propósito, é relevante a síntese de Jorge Reis Novais a respeito da evolução dos direitos fundamentais no contexto do Estado: “Por último, os direitos fundamentais são agora concebidos, não só como técnicas de defesa contra os abusos e violações provenientes da autoridade pública, mas também como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade e que, dirigidos igualmente *contra* os poderes

3 A VINCULAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO VINCULAÇÃO NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS DOS PARTICULARES

3.1 INTRODUÇÃO AO TEMA E SURGIMENTO DA PROBLEMÁTICA

À medida que a sociedade reivindica avanços em matéria de direitos fundamentais, há, gradualmente, uma sensível evolução em sua disciplina constitucional, com o aumento do espectro de proteção individual e coletiva contra malsinados abusos. De fato, desde o seu irromper até a efetiva positivação nas Cartas Magnas, a ampliação no âmbito dos direitos fundamentais veio sob a roupagem de contraponto à autoridade, verdadeiro limite jurídico à ação do aparato estatal, a qual antes era absoluta e sem critérios. Não se pode negar que o percurso foi árduo e tormentoso e, aliás, ainda o é, porquanto são deveras patentes as inúmeras ameaças à efetivação plena desses direitos na sociedade contemporânea.

No entanto, o trajeto percorrido, ao longo dos séculos, descortinou o apogeu do Estado Liberal e seus dogmas refletidos no parâmetro de direitos fundamentais, enquanto liberdades negativas e voltadas, sobretudo, a conceber um amparo à intromissão do Poder Público na vida particular¹³². Ademais, ao lado do ápice atingido, também se observa a superação desse paradigma, motivada pela revolução industrial e suas gritantes desigualdades e moléstias sociais, ganhando relevo concepções mais socializantes de que, somente a partir da igualdade entre os indivíduos, é possível alcançar a plena liberdade, e, para alcançar essa transformação *do status quo*, o Estado deve contribuir decisiva e ativamente¹³³, através de prestações estatais.

Exatamente nesse contexto, a antiga separação total do público-privado, característica ineludível do liberalismo, vai esmorecendo pela primeira vez, e, com isso, evidencia-se que os vínculos entre Estado e sociedade tendem a “aproximar-se

particulares, adquirem relevância nas relações jurídicas privadas enquanto *direitos contra terceiros*. (a «Drittwirkung»)." (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria ...** p. 201.)

¹³² Cf. RIBEIRO, Joaquim de Souza. “Constitucionalização do Direito Civil”. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXIV – ano 1998, p. 730

¹³³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57.

por múltiplos caminhos”¹³⁴, implicando novas conjunturas aos direitos fundamentais. Verdadeiramente, observa-se uma interligação de via dupla, onde, de um ângulo, o Poder Público conserva a necessidade de intervir junto aos indivíduos para concretizar suas prestações, e, noutra perspectiva, as entidades particulares vão se tornando centros de disseminação do poder.

Nada obstante, é, com o evanescer do Estado Social, que, efetivamente, desencadeiam-se as condições mais necessárias à assunção das parcelas concretas de autoridade por parte das entidades privadas, apropriando-se de funções antes operadas exclusivamente pelo aparelho público e ocasionando uma difusão privada das esferas de poder¹³⁵.

O Estado meramente regulador, consoante o primado da globalização econômica e da integração supranacional¹³⁶, limita-se a estabelecer apenas as diretrizes a serem respeitadas pelo mercado, mas não assume, de fato, as rédeas das prestações públicas. Um aparato que, em verdade, encontra-se financeiramente falido e sem o mínimo de condições orçamentárias para continuar outorgando aos seus indivíduos todas as prestações desejadas.

E, em face desses motivos, encontra-se obrigado a entregar à iniciativa particular, por intermédio de processos irretratáveis de privatização e desestatização, atividades públicas outrora essenciais, as quais, entretanto, face às dificuldades econômicas, precisam ser confiadas às mãos livres do mercado e sua filosofia lucrativa.

É evidente, pois, que, em um tempo repleto de crises globalizadas, novíssimos conceitos, profundas reflexões e aguçadas dúvidas acerca da viabilidade das estruturas sociais vigentes, o mundo observa o irromper de uma sociedade inteiramente distinta, em que, se, de um lado, há o estrondoso fracasso do Estado, na

¹³⁴ Cf. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **Teoria geral do controlo jurídico do poder público**. Tese de Doutoramento apresentada, em 1995, perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: 1995. p. 30.

¹³⁵ A esse respeito: “[o direito] se assenta, como se viu, nos interesses e na vontade dos atores políticos e económico - as ‘organizações complexas’ - com maior poder de articulação, mobilização, confronto, veto, barganha, decisão de investimento... Nesse cenário de fragmentação, como o Estado tem dificuldade para responder de modo padronizado, eficiente e coerente a demandas e pressões particularistas, como suas normas, gerais e abstratas, já não consegue dar conta de um universo social caleidoscópico”. (FARIA, José Eduardo. **Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 325-326).

¹³⁶ Cf. LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 96 e ss.

sua vã tentativa de se fazer presente e de providenciar todos os horizontes da vida coletiva¹³⁷, de outra banda, há o inequívoco fortalecimento da sociedade civil, que passa a influenciar decisivamente o Poder Público, ressoando os anseios da vida privada em geral¹³⁸.

Assim, nessa perspectiva de ideias, observa-se que, diante das entidades privadas ostentando um poderio social, paulatinamente, mais concentrado e importante, o Estado passa a ser apenas «mais um sujeito de poder»¹³⁹, entre inúmeros outros portadores de iguais relevantes prerrogativas, dentro do núcleo da sociedade, relevando ao passado a época que oferecia a primazia e até a exclusividade nas parcelas reais de poder.

Se já não fosse suficiente tamanha ebulição no tabuleiro de poder da sociedade, provocando consideráveis mudanças na disposição das forças sociais, a própria ciência do direito constitucional contemporâneo perpassa por uma evolução esquemática no tocante ao reconhecimento da real posição jurídica assumida pela Constituição.

A norma fundamental nacional, que antes era tratada como elementar regra de estabelecimento da «organização dos poderes» e de limitação do Estado, é, em seguida, alçada à condição de parâmetro de aferição de validade e de legitimidade do ordenamento ordinário, podendo, para o exercício de tal mister, ser juridicamente invocada¹⁴⁰ perante os Tribunais Constitucionais e mesmo diante de querelas usuais e menos proeminentes.

De fato, o ordenamento jurídico-constitucional ganha, sobremaneira, importância, deixando à margem as vestes de simples normas fundamentais do Estado, para assumir o rótulo de verdadeira «ordem jurídico-fundamental da

¹³⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 45-52.

¹³⁸ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 65.

¹³⁹ Cf. CASSESSE, Sabino. **Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo**. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 46.

¹⁴⁰ Nessa conjuntura, é digna de registro a advertência de Eduardo García Enterría: “La constitución no es, pues, en ningún lugar de Europa antes de la última Guerra Mundial, una norma invocable ante los Tribunales. [...] Esta falta de condición de la Constitución fue refrendada por toda la práctica judicial europea, que no admitió nunca que fuese invocada como norma de decisión de litigios y menos aún como paradigma de validez de las leyes, y acantonó así su significado al plano en que la situo originalmente la post-Revolución Francesa: titularidad de la soberanía y organización de los poderes”. (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica**. 4ª Edición. Madrid: Editorial Civitas, 2004. p. 19-21).

comunidade»¹⁴¹, porquanto suas normas passem, usualmente, a tratar de temas para muito além da vida estatal e suas regras de organização, como trabalho, família, educação, arte, cultura, além de propriedade e, em certos casos, negócios e relações jurídicas individuais.

Eis o conturbado período, pautado pela característica marcante da “passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico”¹⁴², acompanhado do emergir de uma filosofia normativa em que a lei, que antes era parâmetro máximo de aferição dos atos normativos, passa a ser questionada, dela se exigindo uma relação de «conformità» e, conseqüentemente, «subordinazione» aos essenciais postulados¹⁴³ estampados positivamente na *Lex Mater*, extrato máximo do ordenamento.

Além do mais, era preciso também que se reconhecesse uma máxima efetividade às referidas normas da Constituição, para evitar que suas disposições não se transformassem em singelas promessas solenemente descumpridas, meras proclamações utópicas e que não representavam uma norma, em sua plenitude, antes, porém, um reles compromisso desprovido de coercibilidade jurídico-processual¹⁴⁴.

É dizer, em outras palavras, que, se, em uma perspectiva, a Carta Magna representa a síntese dos valores mais relevantes, reconhecidos pela sociedade como indispensáveis à consolidação e à manutenção estatal, espelhando, assim, uma lhana «função simbólica»¹⁴⁵, em outro aspecto, a hipérbole de tal característica, consubstanciada em vãs afirmações contempladas em um papel, não pode servir de supedâneo para situações falaciosas, verdadeiras ilusões, que não representam o real estado das coisas. Daí porque a insuperável necessidade de atribuição de exigibilidade jurídica às suas prescrições.

¹⁴¹ Cf. HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992. p. 16.

¹⁴² A esse respeito, é oportuna e precisa a lição de Luís Roberto Barroso, *verbis*: “A primeira característica distinta das normas constitucionais é a sua posição no sistema: desfrutam elas de superioridade jurídica em relação a todas as demais normais. A *supremacia constitucional* é o postulado sobre o qual se assenta todo o constitucionalismo contemporâneo. Dele decorre que nenhuma lei, nenhum ato normativo, a rigor, nenhum ato jurídico, pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição. É para assegurar essa supremacia que se criou o controle de constitucionalidade das leis... A norma constitucional, portanto, é o parâmetro de validade e o vetor interpretativo de todas as normas do sistema jurídico”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86 e 199).

¹⁴³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Diritto Mite. Legge, diritti, giustizia**. Torino: Einaudi, 1992. p. 39.

¹⁴⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar Editora, 1996. p. 59 e ss.

¹⁴⁵ Cf. NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 92 e ss.

Com efeito, lastreadas nessas premissas, vão se arquitetando as estruturas da supremacia constitucional e da eficácia jurídica de todas as normas constitucionais¹⁴⁶, incluindo-se as ditas programáticas. Da mesma forma, nesse sentido, ganham relevo os princípios fundamentais, que passam a alicerçar o “edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”¹⁴⁷ hodiernos, e, como não poderia deixar de ser, os direitos fundamentais passam, reflexamente, a também estar inseridos na órbita central do ordenamento jurídico¹⁴⁸, irradiando plenos efeitos e influenciando decisivamente na hermenêutica da legislação inferior e no exercício da jurisdição.

As incríveis transformações vivenciadas pelo constitucionalismo contemporâneo expressam a indisfarçada evolução normativa com impactantes paradigmas de eficácia e de força jurídica das normas fundamentais, aliados ao aumento considerável no espectro protegido pelos direitos fundamentais positivados.

No entanto, é também inegável que as contínuas metamorfoses da estrutura estatal trouxeram novos perigos aos direitos fundamentais e seu máximo respeito. Essas ameaças respondem, em grande parte, pelo descortinar da autoridade do Estado em prol das poderosas entidades privadas, portadoras de crescente poder social.

E é, justamente, diante dessas recorrentes ameaças à integridade e à plena efetividade dos direitos fundamentais, que uma contínua parcela da doutrina e da jurisprudência constitucional tem advogado, acirrada e fundamentadamente, a construção dogmática que defende a extensão da eficácia dos direitos fundamentais no seio das relações privadas, desde que é dado concreto que o desrespeito e a vulneração às liberdades essenciais têm provindo, ultimamente, com muito maior intensidade dos próprios particulares.

E, se não bastasse, é indene de dúvidas que, no ambiente contemporâneo,

¹⁴⁶ A defesa da eficácia das normas constitucionais surge, em especial, na Itália, a partir da doutrina de Vezio Crisafulli, tendo, no Brasil, como expoente, dentre outros, José Afonso de Silva, que, embora reconheçam tonalidades e matizes diferentes, outorgam a todas as normas, ao menos, eficácia interpretativa e integrativa junto ao ordenamento, assim como impendem normas infraconstitucionais que as contrariem. Sobre este ponto, vide: CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue Disposizione di Principio**. Milano: Giufrè, 1952. E SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁴⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 237.

¹⁴⁸ A propósito, Habermas assenta que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão acaba por refletir na qualificação dos direitos fundamentais, quando os coloca como princípios da ordem jurídica, outorgando à dogmática a construção de conceitos, atribuindo-os conteúdo essencial e efeitos junto a terceiros. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Facticidade y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 319-320.

noticia-se, consoante adverte Peter Häberle¹⁴⁹, uma universal «onipresença dos direitos fundamentais no Estado constitucional», o que corrobora a sua expansão interpretativa.

Nada obstante, não é, simplesmente afirmando essa vinculação ou irradiação às relações privadas, que se assegurará o concreto respeito a tais direitos na seara privada. Faz-se extremamente necessário que se justifique e se fundamente, pormenorizada e dogmaticamente, o “como e em que medida”¹⁵⁰ se concretizará essa incidência, e, para isso, é preciso se invocar os antecedentes históricos inerentes à formação do arcabouço jurídico das construções teóricas que apresentam soluções à problemática.

Isso porque não se trata apenas de transpor imediatamente aos particulares a posição jurídica passiva, como se a querela fosse idêntica ao que ocorre com o poder estatal. A hipótese, em verdade, é diversa e possui evidentes peculiaridades, notadamente no que diz respeito à circunstância de que se trata, em última análise, de alguém que também é titular justamente desses direitos fundamentais¹⁵¹, implicando, nessas hipóteses, necessariamente, uma colisão de direitos.

Contudo, é, com o encerrar da Segunda Guerra Mundial e todos os traumas dela decorrentes, que se cravejaram as condições possíveis à retomada da cultura jurídica alusiva aos direitos humanos no plano internacional e o fortalecimento dos direitos fundamentais nos catálogos constitucionais dos Estados soberanos.

Nessa conjuntura, especialmente, na Alemanha, apontando-se, em regra, sua origem no limiar da década de cinquenta, quando se construiu a concepção identificada como *Drittwirkung der Grundrechte*, a qual, linhas gerais, sustentava a vigência de direitos fundamentais positivados entre os particulares em suas relações

¹⁴⁹ Cf. HÄBERLE, Peter. “Efectividad de los derechos fundamentales: em particular relación con el ejercicio del poder legislativo”. In: PINA, Antonio Lopez. (Org). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Civitas S.A s, 1991. p. 260 e ss.

¹⁵⁰ Inclusive, acerca de tal assertiva, assim o desenvolvimento de Robert Alexy: “la cuestión acerca de como las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un problema de construcción. La cuestión acerca de en que medida lo hacen formula un problema material, es decir, un problema de colisión” (ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 511).

¹⁵¹ A respeito, Ingo Sarlet aduz que um dos (poucos) consensos entre os defensores da teoria é de que a incidência dos direitos fundamentais não pode ser exatamente igual entre o poder público e particulares, em SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: SARLET, Ingo (Org.). **A Constituição Concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 117.

jurídico-privadas.

Essa tese, inclusive, pode ser interpretada como uma resposta efetiva da dogmática alemã às constantes transgressões operadas pelo regime nazista aos direitos fundamentais, como forma de prevenir sua repetição no futuro, e, por via de consequência, a doutrina germânica acabou se tornando o celeiro das construções argumentativas no estudo da temática e, ainda, no que tange à medida da penetração dos mencionados direitos na legislação ordinária, especialmente após a vigência da Lei Fundamental de Bonn, datada de 1949.

Embora a relevância dessa origem tedesca, há quem aponte ter sido nos Estados Unidos a defesa precursora de uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Essa intervenção estadunidense teria ocorrido nos idos entre 1944 e 1948, invocando-se a análise pela *Supreme Court* de condutas adotadas por particulares em suposto contraponto aos preceitos contidos na 14ª Emenda Constitucional.

Assim, encontra mais amparo doutrinário a tese de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações *inter* privados fundamenta-se em uma construção intelectual empreendida pela «ciência jurídica germânica»¹⁵² que, posteriormente, ultrapassou as fronteiras alemãs para alcançar os mais diversos países europeus, assim como o restante do mundo.

Com efeito, firmada essa premissa atinente ao pioneirismo tedesco no desenvolvimento da problemática, imputa-se a Hans Peter Ipsen a expressão cunhada como *Drittwirkung der Grundrechte*, representativa do conceito de vinculação das relações jurídico-privadas aos preceitos constitucionais. Ademais, tornou-se referência e ganhou vigorosa guarida a partir dos estudos doutrinários aprofundados por Hans Carl Nipperdey, então presidente do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, que referendava o conceito sustentado de que, no catálogo de direitos da Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*), havia direitos fundamentais cuja importância lhes alçava a verdadeiros princípios do ordenamento jurídico como um todo, inclusive perante terceiros¹⁵³.

¹⁵² Cf. MÜNCH, Ingo Von. “Drittwirkung de los derechos fundamentales en Alemania”. In: CODERCH, Salvador (coord.). **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 29.

¹⁵³ A propósito desses importantíssimos antecedentes históricos à sedimentação da tese da vinculação dos direitos fundamentais às entidades particulares, a obra de Alexey Julio Estrada é lapidar, trazendo consigo exaustivo desenvolvimento das origens da temática, vide ESTRADA, Alexey Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Columbia, 2000. p. 90 e ss.

Essa concepção teórica revolve as ideias de Jellinek¹⁵⁴, assentando que os dispositivos constitucionais que consagram direitos fundamentais têm um conteúdo absolutamente distinto em cada situação. Se, por um lado, há grande número de liberdades clássicas, os chamados direitos subjetivos de *status libertatis* ou estado negativo de condutas, de outro prisma, há também os direitos subjetivos a prestações estatais, aqueles do *status civitatis* ou estágio positivo, de modo que o conjunto dessas regras e princípios formaria um fidedigno conjunto constitucional objetivo, cuja importância e regulamentação normativa se irradiariam aos demais ramos da ordem jurídica¹⁵⁵.

Nessa linha de argumentos, reconhecer essa irradiação normativa dos direitos fundamentais seria resultado direto do novo patamar assentado pelo Estado Social de Direito, conquanto o rol dos direitos previstos na vigente Lei Fundamental da Alemanha não poderia ser interpretado valendo-se dos mesmos significados e obtendo o mesmo alcance previsto nas antigas e superadas constituições. Isso porque a Constituição deveria contemplar o reflexo dos anseios determinantes da sociedade germânica e as circunstâncias jurídicas desde o momento que foi promulgada e entrou em vigor.

Assim, o contexto vivenciado àquela altura, na Alemanha, implicava a necessidade de uma revolução em matéria de direitos fundamentais, notadamente, em face do esforço conjunto para recuperar o país da devastação social e jurídica causada pela criminalidade institucional empreendida pelo regime nacional-socialista e suas brutalidades aos direitos humanos.

Ademais, diante do indisfarçado «poder social» (*Sozialmächte*) exercido pelas entidades particulares, privando as partes da necessária igualdade de posições jurídicas e, por essa razão, comprometendo seriamente a plena liberdade na formulação de compromissos e negócios jurídicos bilaterais, mostrava-se veementemente necessária essa invocação aos direitos fundamentais¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici** ... p. 105 e ss.

¹⁵⁵ Cf. ESTRADA, Alexey Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales**... p. 103-105.

¹⁵⁶ No tocante ao surgimento das correntes teóricas na Alemanha nesse sentido, vaticina José João Abrantes: “De facto, há hoje na sociedade civil grupos, poderes e relações que incidem sobre a liberdade individual com uma força tal, que, por vezes, é ainda maior que a dos poderes públicos. Face a estes *Sozialmächte*, já não é possível continuar a encarar os direitos fundamentais como um problema de confronto entre liberdade (privada) e autoridade (pública). Tais direitos devem, sob certas condições, aplicar-se directamente, não só contra o Estado, mas também às relações particulares, designadamente contra entes privados que constituam verdadeiros *poderes sociais* ou mesmo contra indivíduos que disponham, na relação com outros, de uma *situação real de poder* equiparável à supremacia do Estado. Não surpreende, pois, que a teoria tenha sido inicialmente colocada no âmbito laboral”. (ABRANTES, José João Nunes. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 83-85).

Como corolário dessa efusiva e perspicaz construção doutrinária escudando a extensão da vinculação dos direitos fundamentais aos particulares em suas relações jurídico-privadas, certamente a problemática não tardaria a alcançar e a suscitar os debates em processos jurisdicionais perante os mais diversos Tribunais, bem assim junto às Cortes Superiores da Alemanha, até serem esgotadas as instâncias e se ascender à Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), intérprete máxima das normas fundamentais.

Evidente, portanto, que caberia ao Judiciário tedesco oferecer uma última e definitiva resposta acerca da possibilidade e da viabilidade da eficácia dos direitos fundamentais em face dos particulares no horizonte germânico e, assim, exercitar uma das vertentes da jurisdição constitucional que é a tarefa de «densificar»¹⁵⁷ e de refinar (*Verfeinerung*) o conteúdo dos direitos fundamentais e inerentes ao estatuto jurídico-constitucional da pessoa, de modo a se alcançar um «efeito educativo» outorgado pela jurisprudência.

3.2 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO NO “CASO LÜTH” E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA NA APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

É inegável que a referida construção teórica parte da premissa elementar que é a situação de inequívoca desigualdade material entre os particulares na celebração dos negócios jurídicos privados, e, diante de tal desequilíbrio substantivo, a saída dogmática mais efetiva para tutelar a parte vulnerável seria invocar a aplicação dos direitos fundamentais a fim de se reestabelecer um imprescindível nivelamento à relação.

Em especial, por essa razão, uma das áreas que, desde logo, mostrar-se-iam propícia à aceitação da corrente doutrinária em voga foi o âmbito das relações trabalhistas,

¹⁵⁷ Sobre essa questão, é preciso o escólio de Fernando Alves Correia: “O relevante papel de garantia e efectividade dos direitos fundamentais desempenhado pela justiça constitucional, *maxime*, pelos tribunais constitucionais, manifesta-se na afirmação e consolidação dos direitos e liberdades dos cidadãos e, bem assim, no aprofundamento de seu conteúdo e alcance, dos quais se vão extraindo desenvolvimentos e implicações cada vez mais exigentes. Para expressar esta segunda vertente da justiça constitucional no campo dos direitos fundamentais, vem a doutrina germânica falando de um ‘refinamento’ (*Verfeinerung*) dos direitos constitucionais e do estatuto jurídico-constitucional da pessoa e do cidadão levado a cabo pelo Tribunal Constitucional. A mesma ideia é realçada pela doutrina espanhola que fala de uma ‘redefinição contínua’ do conteúdo dos direitos fundamentais operada pelo Tribunal Constitucional, no ‘efeito educativo da jurisprudência constitucional’”. (CORREIA, Fernando Alves. “A Concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional”. In: Separata da **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto** – n.º VII, ano 2010 (edição especial). Porto: 2010. p. 39).

porquanto a desigualdade de posições jurídicas manifesta-se sensivelmente no universo do contrato laboral.

Assim, a tese foi encampada, inicialmente, pelo Tribunal Federal do Trabalho Alemão (*Bundesarbeitsgericht*), ao proferir um julgamento – BaGE 1, 185 –, em 1954, em que restou assentado, peremptoriamente, que “uma série de importantes direitos fundamentais não garantem apenas a liberdade individual contra o poder do Estado; eles são, acima de tudo, princípios da vida social” e, em frente a esses motivos, devem aplicar-se diretamente “nas relações entre os cidadãos”¹⁵⁸.

Reconheceu-se, pois, os direitos fundamentais enquanto sistema de valores da Constituição, os quais, nessa perspectiva, influenciariam as demais áreas jurídicas e serviriam de norte interpretativo limitador de todas as formas de poder, seja público ou privado¹⁵⁹.

Os enunciados medulares da construção dogmática se amoldavam, com maestria, à situação de subordinação típica do ambiente laboral, e, em virtude disso, logo os precedentes se tornaram rotineiros, chegando, como aponta Ingo Von Münch¹⁶⁰, a se principiar uma jurisprudência que orientava o posicionamento contumaz do Pretório Trabalhista tedesco. Com efeito, em uma nova oportunidade, já nos idos de 1957, a Corte proferiu sentença analisando a licitude ou não da rescisão do liame empregatício, escudada em cláusula contratual que vedava a celebração de matrimônio por parte da empregada.

A jovem funcionária, então, apresentava à Corte sua irresignação contra sua dispensa, pretendendo a anulação do ato, invocando, essencialmente, o direito fundamental à proteção da família e do casamento por parte do Estado (artigo 6º, nº. 1 da GG), bem assim que mencionada previsão convencional ultrajava a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, nº. 1 da GG) e o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2º, nº. 1 da GG).

O Tribunal Laboral Federal, então, declarou expressamente a nulidade da rescisão contratual, acolhendo os argumentos aduzidos pela trabalhadora e, outrossim,

¹⁵⁸ Nesse sentido, é original: “zwar nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung sollen nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantieren, sie sind vielmehr Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben, die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben”. (ABRANTES, José João Nunes. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais** ... p. 85).

¹⁵⁹ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos da Teoria dos Direitos Fundamentais”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; *et alii*. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica (Instituto Brasiliense de Direito Público), 2000. p. 153.

¹⁶⁰ Cf. MÜNCH, Ingo Von. “Drittwirkung de los derechos fundamentales en Alemania... p. 35.

aplicando à situação a tese da *Drittwirkung*, asseverando, de modo cristalino, que as “disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem pública”¹⁶¹ do ordenamento jurídico, a qual corresponderia aos princípios fundamentais da *Grundgesetz*.

É de se destacar que, novamente, vem à tona a concepção de que os direitos fundamentais possuem uma «função adicional ou de reforço»¹⁶², a qual é representada por um verdadeiro sistema de princípios e valores inerentes à plenitude da ordem jurídica. Por conseguinte, é inegável que acarretam uma irradiação às demais áreas, notadamente ao direito privado.

Pouco tempo após a emblemática decisão transcrita, o debate foi franqueado a um novo palco decisório. Agora, chegava às hostes do Tribunal Constitucional Alemão uma disputa cujo pano de fundo era justamente a análise da viabilidade constitucional em aplicar a tese jurídica da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Esse julgado, diante do ambiente dogmático vigente à época e por se tratar de uma das primeiras oportunidades em que uma Excelsa Corte se debruçaria sobre a controvérsia, certamente se transformaria em um efetivo paradigma para o desenvolvimento ou para o declínio das construções teóricas defendidas no âmbito da doutrina constitucional.

A querela, apreciada nos primórdios de 1958, tempos depois, ficou conhecida, internacionalmente, como o Caso Lüth (BverfGE 7, 198). Com efeito, em sucintas linhas gerais, a demanda envolvia um boicote pelos telespectadores e distribuidores de filmes ao novo filme dirigido por Veit Harlan, denominado *Unsterbliche Geliebte* (A Amante Imortal).

Esse boicote público havia sido proposto por Erich Lüth, crítico de cinema presidente de um Clube de Imprensa de Hamburgo, por ocasião da abertura da “Semana do Filme Alemão”, e apresentava como justificativa a indissociável e histórica ligação do diretor ao regime nazista, o qual havia produzido, inclusive, filmes de incitação ao ódio contra os judeus, de modo que não poderia retornar à situação de legítimo representante da cinematografia alemã. Alegando que “*Depois que a cinematografia alemã no terceiro*

¹⁶¹ Cf. VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2004. p. 108.

¹⁶² Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Constitucionalização do Direito: direitos fundamentais nas relações particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 77-78.

Reich perdeu sua reputação moral, um certo homem é com certeza o menos apto de todos a recuperar esta reputação: Trata-se do roteirista e diretor do filme 'Jud Süß'. Pouparamos de mais prejuízos incomensuráveis em face de todo o mundo, o que pode ocorrer, na medida em que se procura apresentar justamente ele como sendo o representante da cinematografia alemã'.

E arremata, ao cabo de suas explicativas, que, em virtude desse intenso vínculo existente com um governo genocida, o sucesso do filme implicaria, portanto, um novo prejuízo à reputação germânica que tentava se revitalizar, porquanto a “volta de Harlan irá abrir feridas que ainda não puderam sequer cicatrizar e provocar de novo uma terrível desconfiança que se reverterá em prejuízo da reconstrução da Alemanha”¹⁶³.

Frente a tal situação, as empresas produtoras cinematográficas, Domnick-Film-Produktion GmbH e a Herzog-Film GmbH, ajuizaram demanda judicial no intuito de compelir Erich Lüth a abster-se de promover qualquer tipo de boicote ao filme, valendo-se, em supedâneo à pretensão exordial do § 826 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão), que caracteriza o delito civil contrário à ordem pública e aos bons costumes e prevê a obrigação de reparar pelo responsável. Em contestação às assertivas autorais, o réu invoca o direito fundamental previsto no artigo 5º da GG, que consubstancia a liberdade de expressão e pensamento, englobando, portanto, as manifestações exteriorizadas e seus juízos de valor provocados na opinião pública.

Após sucessivos pronunciamentos das Cortes Judiciárias que julgaram procedente a pretensão abstencionista das empresas, notadamente, o Tribunal Estadual de Hamburgo, impedindo a conclamação pública ao boicote, a discussão chegou ao Tribunal Constitucional. Essa chegada, por intermédio de uma reclamação constitucional, trazia consigo a argumentação de que o *decisum* importava vulneração literal ao direito fundamental à liberdade de expressão do cidadão Erich Lüth e, por essa razão, merecia ser revogado pelo Excelso Pretório à luz do efeito de irradiação dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*), os quais são extensíveis às relações privadas.

A conclusão, então, foi no sentido de se reconhecer a invalidade dos pronunciamentos jurisdicionais inferiores, assentando, categoricamente, que havia violação ao direito à liberdade de expressão, o qual representaria uma dimensão principiológica objetiva perante o ordenamento (*objektiven Wertordnung*) e, por conseguinte, funcionaria

¹⁶³ Cf. SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad: Leonardo Martins *et al.* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2006. p. 381-383-384

como causa normativa superior e de justificação e interpretação do direito civil¹⁶⁴.

Nesse sentido, resta indene de dúvida que o precedente L \ddot{u} th (BverfGE 7, 198) impulsionou o posicionamento da Excelsa Corte Federal Alemã a uma seara, até então, inexplorada pela jurisprudência constitucional europeia. Esse novo caminho trilhado redundou no reconhecimento de que a Constituição não é uma norma axiologicamente neutra, e, por essa razão, os direitos fundamentais, para além de uma pura titularidade subjetiva, conservam-se, efetivamente, como “fundamentos da ordem jurídica da comunidade que impregnam todo o ordenamento jurídico e a ser reconhecidos enquanto directivas constitucionais para toda a atuação do poder político, designadamente do legislador”¹⁶⁵, um autêntico sistema de valores (*Wetsystem*), ostentando, assim, uma proeminente força jurídico-valorativa irradiante aos demais horizontes normativos.

Com efeito, essa nova dimensão objetiva, atestada como resultado dos fundamentos decisórios invocados pelo Tribunal, corrobora o crescente significado e importância dos direitos fundamentais no âmbito normativo e, em especial, na concretização de uma «liberdade jurídico-fundamental» inerente a um sólido Estado Constitucional, como Konrad Hesse¹⁶⁶ tem sustentado.

É dizer, em outras palavras, que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais

¹⁶⁴ Aliás, a decisão do Tribunal Constitucional Federal encontra-se transcrita na coletânea da jurisprudência editada por Jürgen Schwabe, cujos principais argumentos podem ser assim expressados: “Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais enquanto normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (*Medium*) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito pré-existente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pré-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição... Por isso, foram as cláusulas gerais com propriedade alcunhadas de ‘pontos de entrada’ (*Einbruchstellen*) dos direitos fundamentais no direito civil. O juiz tem que, por força de mandamento constitucional, julgar se aquelas normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental da forma descrita; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta desta influência junto à interpretação e aplicação daquelas normas. Este é o sentido da vinculação do juiz cível aos direitos fundamentais (Art. 1 III GG)”. (SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência...** p. 387-388)

¹⁶⁵ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 65-66.

¹⁶⁶ Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 1998. p. 242.

implica, inevitavelmente, uma extensão desses preceitos aos domínios infraconstitucionais, fazendo-se incidir, igualmente nessa senda, os «valores substanciais»¹⁶⁷ inspiradores da Carta Suprema, acompanhados de sua inerente força normativa.

Portanto, dentro dessa perspectiva construída jurisprudencialmente, esse novo âmbito de extensão dos direitos fundamentais ampliou, consideravelmente, o domínio protetivo dos mesmos, porquanto a dimensão objetiva dos direitos fundamentais possibilitou a «consagração constitucional» de relevantes preceitos fundamentais dotados, agora, de plena vinculação e coercibilidade perante a ordem jurídica, mesmo que não fosse, necessariamente, outorgado um pressuposto subjetivo ou uma titularidade de invocação individual própria aos destinatários¹⁶⁸.

Essa novel dimensão, consoante exposto, dilata, indiscutivelmente, os contornos na proteção aos direitos fundamentais. No entanto, além desse viés amplificador, é responsável ainda por garantir, a partir desse sistema axiológico formado no ordenamento, a outorga aos Tribunais, especialmente aqueles dotados de jurisdição constitucional, da prerrogativa de assegurar novos efeitos aos direitos fundamentais, muito avante, à sua «*fonction défensive classique*». Em verdade, concretiza-se uma permissão ao Judiciário para efetuar um controle peculiar de conformidade e de subordinação das normas e dos atos praticados na seara infraconstitucional aos direitos fundamentais¹⁶⁹.

Não há, por conseguinte, como divorciar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais de sua aplicação no horizonte das relações jurídico-privadas, porquanto haja relação intrínseca de dependência desta em relação àquela, já que somente foi possível solidificar a construção teórica da eficácia horizontal após a plena edificação dos seguros alicerces proporcionados pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Logo, não é sem razão que Böckenforde¹⁷⁰ conclui que a tese da vinculação

¹⁶⁷ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: Para uma Dogmática Constitucional ... p. 53.

¹⁶⁸ A respeito dessa ampliação, assenta Jorge Reis Novais: “a dimensão objectiva pode não traduzir-se, apenas, a esse perspectivização objectivista das obrigações do Estado nas relações jurídicas que estabelece com os cidadãos. De facto, podemos considerar a possibilidade de uma norma de direito fundamental impor ao Estado um determinado dever sem que daí resulte a correspondente pretensão para um qualquer indivíduo ou, pelo menos, sem que essa pretensão preencha os requisitos exigidos para sua qualificação como direito subjectivo. [...] Por último, a dimensão objectiva pode resultar da própria consagração ou reconhecimento constitucional de determinados valores nas normas de direitos fundamentais, independentemente de qualquer referência à sua subjectivação” (NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas** ... p. 69).

¹⁶⁹ Cf. CAPITANT, David. **Les effets Juridiques des Droits Fondamentaux en Allmagne**. Paris: L.G.D.J., 2001. p. 182 ; p. 203.

¹⁷⁰ Cf. BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales** ... p.104.

dos particulares aos direitos fundamentais é «filha legítima» do efeito da irradiação, conquanto esta tenha se tornado um instrumento elaborado para justificar aquela aplicabilidade estendida¹⁷¹. Como corolário da materialização dessas teses, operada graças, sobretudo, ao precedente Lüth do Tribunal Constitucional Alemão, a controvérsia, literalmente, ganhou o mundo, e, em virtude disso, foram apresentadas também outras concepções, teorias e distintas terminologias, que serão abordadas, em seguida, no afã de se encontrar inovadoras ou melhores soluções ao problema.

3.3 AS CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS PREDOMINANTES E SEUS REFLEXOS NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Já não é novidade, portanto, após todo o desenvolvimento do tópico anterior, afirmar que as construções teóricas restaram enraizadas pela doutrina germânica a partir da tese do *Drittwirkung der Grundrechte*, cuja lavra é atribuída a Ipsen, nos anos de 1954¹⁷², consoante já explicitado oportunamente.

Nesse sentido, a tradução literal à expressão tedesca leva ao conceito de eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros e encontra sustentáculo a partir do verbete *dritte*, justificador da inserção de novos destinatários desses direitos, daí porque os particulares seriam *terceiros* à relação inicial, abstraída, no primórdio, unicamente em face do Estado.

Entretanto, essa terminologia não logrou alcançar o consenso doutrinário sequer na própria Alemanha, uma vez que havia quem defendesse ser a hipótese de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais em detrimento à clássica eficácia vertical entre Estado e indivíduos¹⁷³. Em virtude dessa linha argumentativa, surgiu uma nova terminologia, nomeada como *Horizontalwirkung*, a qual realçava o atributo

¹⁷¹ No mesmo sentido e apontando essa convergência conceitual, é certa a lição de Jane Reis Pereira: “A associação entre dimensão objetiva e eficácia privada decorre do fato das duas teorias haverem sido adotadas na jurisprudência de forma simultânea e imbrincada. É que o caráter objetivo dos direitos fundamentais foi articulado precisamente quando se resolveu um problema relativo a repercussão destes em relações privadas – caso Lüth –, o que se põe em evidência a implicação e complementariedade entre os dois temas. De fato, a admissão da eficácia dos direitos fundamentais em relações *inter privados* pode ser entendida como consequência mais importante do reconhecimento da sua dimensão objetiva. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações entre Particulares”. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 154).

¹⁷² Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales** ... p. 31-32.

¹⁷³ Cf. MÜNCH, Ingo Von. “Drittwirkung de los derechos fundamentales en Alemania... p. 35.

da horizontalidade entre as relações privadas dos indivíduos, situados em um «mesmo patamar», diversamente do relacionamento com o aparato estatal, que figurava em outro nível.

Da mesma forma, essa teoria passou a ser objeto de severas críticas, haja vista se pautar sobre a premissa de que os particulares, em suas relações jurídicas, possuem uma relação «horizontal», no entanto, releva flagrantemente a circunstância de que, mesmo nos indivíduos entre si, há entidades detentoras de poderes privados em verdadeira posição de superioridade, até de certa verticalidade sobre os vulneráveis, desvirtuando a fictícia igualdade material entre os privados¹⁷⁴.

Por outro lado, não se podem perder de vista as advertências formuladas também em razão do suposto equívoco do vocábulo eficácia. A propósito, Peces-Barba Martínez¹⁷⁵ sustenta que a extensão dos efeitos dos direitos fundamentais às relações privadas seria, muito mais, um problema de «validade» do que propriamente de «eficácia», conquanto eficácia estaria relacionada à perspectiva de tutela processual, e, por isso, validade seria mais afeita ao direito substantivo. Contudo, essa perspectiva também é rejeitada, sobretudo, invocando-se o argumento de que validade seria o juízo de conformidade de um ato ou norma perante o ordenamento jurídico, motivo pelo qual não seria o mais adequado à espécie¹⁷⁶.

Ademais, há quem prefira valer-se de conceitos mais amplos e abstratos, como a defesa de uma «privatização dos direitos fundamentais» que se reverte ao vazio, desde que os direitos fundamentais permanecem inerentes ao constitucionalismo¹⁷⁷, ou, ainda, como em termos neutros de uma eficácia no direito privado (*Grundrechte im Privatrecht*)¹⁷⁸, as quais “têm o inconveniente de serem

¹⁷⁴ Cf. SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2004. p. 126-127.

¹⁷⁵ Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales. Teoría General**. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 618-619.

¹⁷⁶ No tocante a essa controvérsia, é oportuno o escólio de Wilson Steinmetz: “se define validade (validez) como a propriedade (ou relação de) da conformidade, formal e material, da norma jurídica a normas de hierarquia jurídica superior, então a expressão ‘validez das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares’ é destituída de sentido. Ora, as normas de direitos fundamentais são normas de status constitucional, portanto, são normas de máxima hierarquia do ordenamento jurídico positivo. Logo, das normas de direitos fundamentais não pode ser predicada a validade (validez) ou invalidade (invalidez).” (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 46-47)

¹⁷⁷ Cf. MÜNCH, Ingo Von. “Drittwirkung de los derechos fundamentales en Alemania... p. 32.

¹⁷⁸ Cf. ESTRADA, Alexey Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales**... p. 91.

excessivamente amplas, podendo abranger tanto o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais como o da vinculação do legislador de direito privado”¹⁷⁹.

Sem embargo, a despeito dessas mais diversas terminologias adotadas e de suas correspondentes críticas fundamentadas, vem a calhar o raciocínio assentado de que “o rótulo bem pouco importa no estudo de qualquer controvérsia”¹⁸⁰, e, nesse cenário, adotar-se-á, indistintamente, muitos dos vocábulos e conceitos supra empregados, porquanto reflitam, com satisfatória clareza, a problemática em foco e, especialmente, as estruturas teóricas idealizadas pela doutrina mais abalizada.

3.3.1 TEORIA DA NEGAÇÃO À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A despeito da construção dogmática defensora da aplicabilidade dos direitos fundamentais no universo das relações particulares dos indivíduos ostentar algumas divergências e salutares pontos distintivos entre si, é uma tese que recebe, frequentemente, o endosso nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, em especial, como corolário dos pressupostos esmiuçados anteriormente e do estágio constitucional contemporâneo. No entanto, há ainda vozes que resistem fortemente a essa vinculação aos direitos fundamentais proposta – embora os defensores estejam, cada vez mais, solitários nesse quadrante.

A propósito, no próprio território germânico, quando do surgimento da teoria, houve intensa resistência à sua juridicidade e adequação ao ordenamento alemão. Os expoentes¹⁸¹ dessa concepção que negava o alargamento dos efeitos às relações privadas foram Mangoldt e Forsthoff¹⁸², os quais, a partir da legitimação de uma visão *ultra* conservadora, patrocinavam o conceito de que os direitos fundamentais devem seguir sua lógica histórico-liberal e permanecer, assim, oponíveis unicamente ao Estado, conquanto, para concretizarem seu papel

¹⁷⁹ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental ... p. 135.

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas** ... p. xxxi/xxxii.

¹⁸¹ Sobre este ponto, vide ESTRADA, Alexey Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales**.... p. 98.

¹⁸² Cf. FORSTHOFF, Ernst. **El estado de la sociedad industrial**. (Trad. Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñoz). Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 254-263.

constitucional, não era preciso transmutar a essência tradicional do instituto e convertê-lo em um diploma de incertezas.

Em reforço a essas considerações, invocava-se, igualmente, a *ratio* do constituinte originário alemão, que, em seu percurso histórico, jamais pretendeu dar tamanho enfoque e abertura aos direitos fundamentais, especialmente porque, em vias reflexas, essa tese traria consequências deletérias à autonomia individual, a qual, não se pode perder de vista, também possui estatura e proteção constitucional¹⁸³.

Com efeito, Ubillos¹⁸⁴ aponta que haveria ainda uma corrente, máxime de civilistas, que argumentavam que os direitos fundamentais seriam dirigidos às ameaças do Estado, enquanto as ameaças dos particulares entre si seriam regulamentadas quer pelo Direito Civil, ou mesmo pelo Direito Penal, de tal modo que a Constituição nada teria a acrescentar no trato das relações jurídico-privadas¹⁸⁵.

Nessa mesma toada, Forsthoff chega ao nível de sustentar que a Lei Fundamental tedesca não seria um «supermercado para satisfação de todos os desejos», e, em virtude disso, reduzir preceitos constitucionais em um frívolo catálogo de valores instigaria, em última análise, a própria «dissolução» da Constituição e sua força jurídica, visto que o abandono dos conhecidos métodos de interpretação e hermenêutica proporcionaria severos problemas de insegurança jurídica e quebra da confiança dos indivíduos¹⁸⁶.

Essas posições jurídicas, embora justificáveis, diante do contexto histórico vivenciado, revelam “postulados, marcados pelo descrédito e pela incoerência, aparecem aos olhos do estudioso da problemática dos direitos fundamentais como uma defesa cega da autonomia privada e da liberdade contratual. Não passam, assim, de elucubrações no plano abstrato”¹⁸⁷, cujo aprofundamento e o progresso da

¹⁸³ Cf. AMARAL, Francisco. “A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectiva estrutural e funcional”. In: **Revista de Direito Civil**, vol. 46, nº. 12 – ano 1988 (out/dez). p. 17-20.

¹⁸⁴ Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales** ... p. 281-282.

¹⁸⁵ Nessa linha, aduz, em síntese, Benedita Mac Crorie: “Há, no entanto, quem considere que essa extensão é desnecessária, uma vez que entende que as ameaças procedentes dos particulares se contemplam nas leis civis e penais e não na Constituição, que se limita a traçar os limites que o poder público não pode ultrapassar”. (MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos** ... p. 20-21).

¹⁸⁶ Essas concepções defensoras da inaplicabilidade dos direitos fundamentais são reproduzidas exaustivamente por Juan Bilbao Ubillos, que confere a Forsthoff a pecha de «paleoliberal de filiação» por suas posições conservadoras extremadas. Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales** ... p. 278.

¹⁸⁷ Cf. VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais** ... p. 117.

dogmática contemporânea dos direitos fundamentais, por si só, seria suficiente para superar essa visão conservadora e liberal¹⁸⁸.

Entrementes, essa resistente defesa doutrinária, empreendida na Alemanha, terminou por sofrer um violento golpe, quando o Tribunal Constitucional Federal, por intermédio do Caso Lüth (BverfGE 7, 198), assentou a eficácia, ao menos indireta (*Drittwirkung mittelbare*), dos direitos fundamentais nas relações jurídicas dos particulares. Inclusive, posição essa inteiramente referendada em diversos outros julgados, como quando teve oportunidade de apreciar o Caso Blinkfüer (BverfGE 25, 256)¹⁸⁹.

Por conseguinte, diante da consolidação jurisprudencial, essas vozes, no universo jurídico germânico, contrárias ao entendimento pacificado, pararam de ressoar acadêmica e processualmente e terminaram perdendo a força que ostentavam originariamente.

Frente, pois, ao declínio das objeções tedescas, o principal ponto de resiliência à tese da irradiação dos direitos fundamentais nas relações jurídico-particulares passou a ser nos Estados Unidos da América. O direito norte-americano, escudado na «*State Action Doctrine*»¹⁹⁰, rejeita a possibilidade de vinculação de entidades privadas aos preceitos fundamentais esculpidos na Carta Constitucional, mantendo apenas o aparato estatal como destinatário de tais direitos e garantias supremos.

Aliás, com supedâneo na proteção constitucional outorgada à autonomia

¹⁸⁸ Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales** ... p. 617.

¹⁸⁹ Cf. SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência**... p. 400-409.

¹⁹⁰ Acerca da *State Action Doctrine*, é elucidativa a lição de Daniel Sarmento: “A acidentada trajetória da doutrina da *state action* nos Estados Unidos inicia-se com os *Civil Rights Cases*, julgados pela Suprema Corte norte-americana em 1883. Em 1875, o Congresso Nacional norte-americano aprovou a *Civil Rights Act*, prevendo uma série de punições civis e penais contra a discriminação racial em locais e serviços acessíveis ao público, com fundamento na competência conferida pela 14ª Emenda à Constituição daquele país, a qual, logo após o fim da escravidão, obrigara os Estados a respeitarem os princípios da igualdade e do devido processo legal. No entanto, a Suprema Corte, apreciando cinco casos de pessoas indiciadas por terem cerceado o acesso de negros em hotéis, teatros e trens, afirmou a inconstitucionalidade da norma, sob o argumento de que a União tinha recebido da Constituição apenas a competência para editar normas impedindo as discriminações praticadas pelos próprios Estados, mas não aquelas cometidas por indivíduos e empresas privadas. Nestes julgamentos, ficaram assentadas duas premissas (a) os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares; e (b) o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar estas relações é exclusiva do legislador estadual”. (SARMENTO, Daniel. “A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 201).

individual¹⁹¹, a qual constitui, efetivamente, um cânone do constitucionalismo estadunidense, aliado a um viés de constitucionalidade inteiramente atrelado ao paradigma *ainda* liberal na concepção dos direitos fundamentais, a doutrina insiste em testificar que a *Lex Mater* norte-americana, ao positivizar as liberdades e as garantias individuais, fê-lo com o propósito de regular apenas o convívio Estadocidadãos, não se transpondo normativamente, por esse fato, aos comportamentos particulares¹⁹².

Com efeito, para além da «liberdade contratual» - que figura quase como dogma na ordem jurídica e mesmo na sociedade americana -, é também invocado, como fato impeditivo a essa vinculação particular aos direitos fundamentais, o Pacto Federativo, em especial, sob o prisma de que tal eficácia retiraria dos Estados Federados sua plena autonomia legislativa em matéria de Direito Civil¹⁹³. A única exceção se consubstanciaria na Emenda Constitucional nº. 13, que expressaria e categoricamente vedaria a escravidão no território estadunidense e seria, portanto, solitário exemplo de incidência de normas constitucionais na restrição a autonomia civil individual.

De fato, há que se reconhecer que a própria terminologia utilizada pelo texto constitucional estadunidense, em seus variados preceitos, não confere ao intérprete jurídico uma ampla margem de subsunção normativa, notadamente porque faz questão de sempre ratificar ser o Estado e os poderes públicos os destinatários únicos dos direitos e garantias fundamentais. Essa circunstância, aliás, pode ser justificada pela razão apontada por Laurence Tribe e Michael Dorf, qual seja, de ser a Constituição dos Estados Unidos a mais antiga ainda em vigor no mundo e, “consequentemente, o uso do significado original com o intuito de dar um parecer definitivo para a proposta da Constituição dos Estados Unidos, impõe grandes dificuldades que, talvez, não aconteçam em outros países”¹⁹⁴.

Em virtude dessas peculiaridades próprias do regime norte-americano, a

¹⁹¹ Cf. TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. 2nd ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 1691.

¹⁹² Cf. COOLEY, Thomas Mointyre. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. (Trad. Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: Russell, 2002. p. 217.

¹⁹³ Cf. NOWAK, John E; ROTUNDA, Ronald D. **American Constitutional Law**. 5th ed. St Paul: West Publishing Co., 1995. p. 474-477.

¹⁹⁴ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p. xli.

«*State Action Doctrine*», academicamente, é uma tese deveras fundamentável e envolvente aos olhos do leigo. Entretanto, é fácil perceber que a construção teórica pressupõe a existência de limites fronteiriços rígidos e transparentes entre a esfera pública e a privada, demarcação essa que hodiernamente se revela, senão impossível, manifestamente improvável, porquanto é, cada vez, mais frequente a existência de uma «*gray zone*» ou zona de penumbra limítrofe, como resultado de entidades que se situam nos limiares entre o público e o privado¹⁹⁵.

Nessa perspectiva e diante de tais dificuldades, até de ordem prática, são perceptíveis sinais de moderação na aplicação da teoria. Inclusive, a esse propósito, a própria Suprema Corte americana, no segundo quartel do século passado, imbuída de parcimônia jurídica, resolveu por mitigar a «*State Action Doctrine*», conferindo guarida aos argumentos estruturantes da doutrina do «*public function theory*»¹⁹⁶, que admite um alargamento do conceito de ação ou poder estatal para fins de vinculação das entidades particulares aos direitos e liberdades fundamentais previstos na Constituição.

Assim, o plano teórico se baseia em três vigas imprescindíveis¹⁹⁷: a primeira delas se traduz na aceção de que, embora o ator seja, indisfarçadamente, privado (*seemingly private actors*), encontra-se revestido de uma função típica do aparato estatal («*power or public function*») e, por via de consequência, está também submetido ao pálio das normas constitucionais rotineiramente dirigidas aos poderes públicos, por exemplo, o que ocorre a um partido político que figura como entidade particular, mas organiza as eleições primárias, uma função estatal¹⁹⁸; a segunda pilar ensejadora da aplicação da tese seria quando há uma «relação de simbiose» («*symbiotic relationship*») ou interdependência entre o poder público e os agentes

¹⁹⁵ Cf. FACHINI NETO, Eugênio. "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado". In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 26

¹⁹⁶ Cf. NOWAK, John E; ROTUNDA, Ronald D. **American Constitutional Law** ... p. 478;

¹⁹⁷ Cf. TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law** ... p. 1695-1709

¹⁹⁸ A respeito da *public function* exercida pelos partidos políticos ao organizarem as primárias, a Suprema Corte norte-americana no caso *Smith v. Allwright* - 321 U.S. 649 (1944) assentou textualmente que essa ação era caracteriza como uma *State Action*, mesmo que praticada por uma pessoa jurídica de direito privado: "Upon examination of the statutes of Texas regulating primaries, held: that the exclusion of Negroes from voting in a Democratic primary to select nominees for a general election -- although, by resolution of a state convention of the party, its membership was limited to white citizens -- was State action in violation of the Fifteenth Amendment". Posicionamento esse que é, parcialmente, reproduzido in UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales** ... p. 278.

particulares, a partir de um vínculo mais consistente e para além de uma necessidade de licença ou regulamentação¹⁹⁹, como diante da possibilidade de execução judicial (*judicial enforcement*) de um contrato discriminatório e, portanto, ofensivo aos direitos fundamentais previstos na carta constitucional: essa circunstância consistiria uma ação estatal; ou, ainda, o último requisito teórico, quando seja evidente uma implicação estatal ou um «encorajamento» público à atividade privada («*state commandment or encouragement of private activities*»), quando, por exemplo, o poder público arrenda um imóvel à iniciativa particular para exploração de atividades econômico-lucrativas²⁰⁰.

Essa temperança empreendida pela Suprema Corte americana, quando do reconhecimento da construção jurídica da «*public function theory*», impôs uma sensível moderação ao radicalismo liberal da pretérita «*State Action Doctrine*», aumentando, sem a menor sombra de dúvidas, a órbita de proteção aos direitos fundamentais, para, em certas situações, chegar até a incluir entidades particulares como destinatárias dessas normas.

Em verdade, o próprio posicionamento jurisprudencial esteve longe de sedimentar-se de modo unívoco e remansoso, sendo, por essa razão, marcantes os avanços e retrocessos perceptíveis ao longo do enfrentamento de cada precedente. Em

¹⁹⁹ Também foi inserida pela Suprema Corte estadunidense, no âmbito da *public function*, a possibilidade de exercício de direitos de propriedade sobre um imóvel, os quais supostamente teriam sido restritos pelos antigos proprietários da vizinha, como noticia o caso *Shelley v. Kraemer* - 334 U.S. 1 (1948): “It should be observed that these covenants do not seek to proscribe any particular use of the affected properties. Use of the properties for residential occupancy, as such, is not forbidden. The restrictions of these agreements, rather, are directed toward a designated class of persons and seek to determine who may and who may not own or make use of the properties for residential purposes. The excluded class is defined wholly in terms of race or color; ‘simply that, and nothing more.’. It cannot be doubted that among the civil rights intended to be protected from discriminatory state action by the Fourteenth Amendment are the rights to acquire, enjoy, own and dispose of property. Equality in the enjoyment of property rights was regarded by the framers of that Amendment as an essential pre-condition to the realization of other basic civil rights and liberties which the Amendment was intended to guarantee”. Esse julgado também é, parcialmente, defendido in SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas** ... p. 192.

²⁰⁰ Igualmente, a *Supreme Court* acrescentou ao universo da *public function* quando o aparelho público cede, seja a título gratuito ou oneroso, um imóvel à iniciativa privada, as ações desta podem ser interpretadas como ações estatais, conforme deliberou no caso *Burton v. Wilmington Parking Authority* - 365 U.S. 715 (1961): “In view of all the circumstances of this case, including the facts that the restaurant was physically and financially an integral part of a public building, built and maintained with public funds, devoted to a public parking service, and owned and operated by an agency of the State for public purposes, the State was a joint participant in the operation of the restaurant, and its refusal to serve appellant violated the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment. When a State leases public property in the manner and for the purpose shown to have been the case here, the proscriptions of the Fourteenth Amendment must be complied with by the lessee as certainly as though they were binding covenants written into the agreement itself”. Essa decisão também é, parcialmente, transcrita in VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais** ... p. 131-132.

certas situações, como no caso *Shelley v. Kraemer* - 334 U.S. 1 (1948), ao se invalidar previsões contratuais que violavam os direitos fundamentais e a proibição de tratamento discriminatório, chegou-se bem próximo de afirmar que os indivíduos deveriam conformar seus negócios jurídicos em respeito às normas constitucionais, na esteira do que afirma Laurence Tribe²⁰¹. Nada obstante, de outro lado, o mesmo Tribunal retrocedeu, ao referendar a possibilidade de estabelecimentos comerciais, tais como *shopping centers*, expulsarem indivíduos – potenciais clientes, diga-se de passagem –, em razão de sua raça ou cor da pele²⁰², outorgando, por conseguinte, primazia à propriedade privada e à autonomia individual face aos direitos e garantias individuais, como o fez, deliberadamente, no caso *Pruneyard Shopping Center v. Robins* - 447 U.S. 74 (1980).

Sem embargo, não se pode perder de vista que, nos Estados Unidos, a liberdade e a autonomia individual são, historicamente, alçadas a verdadeiro cânone da sociedade e do universo jurídico-normativo, razão pela qual mesmo a tímida e oscilante «*public function theory*»²⁰³ já é, em certas situações, apontada como uma evolução.

Todavia, mesmo podendo ser considerado um *upgrade*, a tese não fica isenta das duras críticas formuladas ante sua falta de consistência teórica, sendo, pois, considerada, no próprio ambiente americano, uma «*doctrine without shape or line*»²⁰⁴.

Por conseguinte, é de se destacar que, em regra, os particulares permanecem órfãos de uma tutela efetiva contra as transgressões operadas nas searas das relações privadas, na grande maioria das ocasiões, em que pese o louvável esforço da jurisprudência constitucional estadunidense expressada em alguns precedentes, a qual, inclusive, conseguiu alcançar gabarito considerável de proteção,

²⁰¹ Cf. TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law** ... p. 1697.

²⁰² Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales** ... p. 56.

²⁰³ Vale a citação, em arremate, feita por Joaquim Barbosa ao caso *Lugar vs. Edmondson Oil. Co.* - 457 U.S. 922 (1982), que sintetiza a construção teórica: “Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da ‘atribuição razoável’ Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por pessoa pela qual o Estado seja responsável. [...] Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer se trata de um ‘ator estatal’. Isto por ser ele uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado” (GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 88-89).

²⁰⁴ Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales** ... p. 164.

entretanto, muitas vezes, seguido de um recuo quase que instantâneo.

Seja como for, revela-se oportuna, mesmo para a ambiência norte-americana, a conclusão de Jorge Reis Novais²⁰⁵, segundo a qual “parece pacífico que a recusa de qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é inaceitável. O simples facto da existência de uma discussão que se prolonga por mais de cinquenta anos não permitiria, de resto, outra conclusão: alguma eficácia terá de haver, pois não pode toda a gente ter andado a discutir sobre o vazio durante todo este tempo”.

3.3.2 TEORIA DA APLICAÇÃO MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OU VINCULAÇÃO INDIRETA DAS ENTIDADES PARTICULARES

A resistência cega à aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares e sua tentativa de manter a imunidade do Direito Privado da influência decisiva empreendida pelas normas constitucionais vão, gradativamente, perdendo espaço, tanto na doutrina quanto nos pronunciamentos jurisdicionais mais relevantes. Isso porque a manutenção de um ramo jurídico fechado e insuscetível ao influxo dos preceitos contidos no extrato máximo do ordenamento normativo, que é a Constituição, revela-se, dia-a-dia, uma tarefa quase impossível, mesmo aos mais enérgicos privatistas, de tal forma que a saída encontrada foi condicionar essa influência dos direitos fundamentais por intermédio dos instrumentos inerentes ao próprio ramo privado²⁰⁶.

É nesse sentido, assumindo uma posição intermediária, entre a pura e simples negação da vinculação dos particulares e a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, que se situa a tese doutrinária da eficácia mediata ou indireta (*Drittwirkung mittelbare*) dos preceitos constitucionais essenciais dentro no universo das relações jurídico-particulares contraídas pelos indivíduos.

A elaboração teórica apontada, precipuamente, a Günter Dürig²⁰⁷, por ser o

²⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 72.

²⁰⁶ Cf. ABRANTES, José João Nunes. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais ...** p. 89-90.

²⁰⁷ Os fundamentos teóricos essenciais, bem como a relevância e representatividade do nome de Dürig à tese, são apontados por Jiménez-Blanco e Jesus García Torres, mas também podem ser, facilmente, colhidas da análise aprofundada dos argumentos encampados pelo Tribunal Constitucional Alemão no

defensor mais representativo e influente na condução das justificativas jurídicas, parte de uma premissa inequívoca: a conservação da autonomia própria do direito privado (*Eigenständigkeit des Privatrechts*), «independência» essa que exige a necessidade de uma integração aos direitos fundamentais, a qual, por óbvio, processasse de um modo tênue e recusa a oponibilidade direta dos preceitos constitucionais²⁰⁸.

Com efeito, não é de um todo equivocado afirmar, então, que a tese da aplicação indireta – também denominada, por alguns, de teoria dualista²⁰⁹ – respalda-se no mesmo «ponto de partida» da vinculação imediata, qual seja, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais enquanto ordem de valor que irradia algum efeito nas demais áreas jurídicas, consubstanciando-se em “escolhas axiológicas da sociedade”²¹⁰.

No entanto, ultrapassada essa convergência, as construções dogmáticas passam, desde logo, a divergir quanto ao alcance e à profundidade dessa irradiação objetiva dos valores extraídos dos direitos fundamentais. Isso porque, segundo esta óptica, caberia, exclusivamente, ao legislador de direito privado efetuar um juízo aprofundado de ponderação dos direitos fundamentais, para, imbuído desse propósito, conformá-los a partir de uma margem aproximada²¹¹ e estabelecer normativamente as regras de conduta capazes de proteger e tutelar adequadamente as partes vulneráveis diante dos negócios jurídico-privados²¹² passíveis de ser celebrados.

Não se olvide, contudo, que é indene de dúvida que referida «autonomia» do Direito Privado e suas regras de conduta é relativa, e, em face dessa circunstância, faz-se necessário estabelecer uma *link* de acesso²¹³, aberto ao entrelaçamento das relações particulares sob o prisma dos direitos fundamentais, mormente quando o intérprete se encontra diante de uma situação de «vazio normativo», onde inexistente qualquer regra, previamente ponderada e legislada, acerca da possível colisão entre os

Caso Lüth (BverfGE 7, 198), o qual no corpo do julgado, inclusive, faz citações direta ao mencionado doutrinador germânico. Cf. TORRES, Jesus García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1986. p. 25-35.

²⁰⁸ Cf. STARCK, Christian. “Derechos fundamentales y derecho privado”. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº. 66, – año 22 (2002). p. 67.

²⁰⁹ Cf. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos ...** p. 24

²¹⁰ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental ...” p. 159-160.

²¹¹ Cf. PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 71 e ss.

²¹² Cf. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado...** p. 64.

²¹³ Cf. ESTRADA, Alexey Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales...** p. 110-111.

direitos fundamentais aplicável na hipótese e a melhor solução a ser encontrada.

De fato, segundo esta perspectiva, seria preciso compatibilizar, de um lado, o princípio do livre desenvolvimento da personalidade («*freie Entfaltung der Persönlichkeit*»), de que decorre a possibilidade de firmar as mais diversas escolhas contratuais e assumir obrigações negociadas pelo indivíduo, inclusive, afastando-se e até renunciando a certos direitos constitucionais²¹⁴; de outra banda, a solução compartilhada deve ainda assegurar, simultaneamente, a unidade da ordem jurídica («*Einheit der Gesamtrechtsordnung*»)²¹⁵.

É, precisamente, nessa quadra de ideias que se inserem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados privatistas, por exemplo, os «bons costumes» («*guten Sitten*»)²¹⁶, visto que esses elementos funcionariam como verdadeiros vetores de conexão e influxo entre os direitos fundamentais e as normas de Direito Privado, permitindo, através deles, o irromper dos preceitos constitucionais, densificando, clarificando e conformando o conteúdo jurídico do negócio celebrado sob a perspectiva das relevantes disposições previstas na Constituição²¹⁷.

É dizer, portanto, em outras palavras, que se parte da concepção de que o indivíduo, no âmbito particular, pode renunciar, lícitamente, a certos direitos fundamentais em prol da celebração de negócios e da assunção de obrigações civis, renúncia essa que, desde então, no campo estatal, já seria defesa pelo texto constitucional. Ademais, na esteira dessa posição, seria, propriamente, o legislador de direito privado o real legitimado para assentar as balizas e as regras inerentes à vida e às relações jurídicas recíprocas entre os particulares, cabendo-lhe fazer as opções de tutela e seu âmbito para proteção no universo

²¹⁴ A propósito da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, Konrad Hesse assevera que esta é uma das premissas medulares do Direito Privado que se extinta, colocaria em causa o próprio ramo em si: “*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*” (HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**... p. 61)

²¹⁵ Cf. ABRANTES, José João Nunes. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais** ... p. 90-91.

²¹⁶ Cf. CAPITANT, David. **Les effets Juridiques des Droits Fondamentaux en Allmagne**... p. 249-250.

²¹⁷ A respeito da função das cláusulas gerais do Direito Privado na intermediação da influência constitucional, é digna de nota a sempre precisa conclusão de Vieira de Andrade: “A força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiros) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas *mediatamente*, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quanto muito, os preceitos constitucionais serviriam como *princípios de interpretação* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (*Werverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wetschutzlückenschiessung*), mas sempre dentro do «espírito» do direito privado” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição** ... p.235).

privado²¹⁸.

Assim, segundo tal enfoque, não seria possível invocar-se, direta e imediatamente, da Carta Constitucional os direitos e as garantias fundamentais, como se direitos subjetivos fossem e, por isso, invocáveis nas relações civis. Essa vedação se justificaria em nome da salvaguarda da «segurança» à manutenção do Direito Privado, enquanto ramo «autônomo» e «independente», evitando que tal ramo se tornasse mero veículo de concretização das aspirações e dos desejos constitucionais, confundindo e transmudando conceitos de constitucionalidade com simples legalidade. Por esses motivos, a aplicação dos direitos e das garantias individuais deveria se concretizar por mediação da legislação existente, em especial, a partir das cláusulas abertas e indeterminadas contidas nas normas infraconstitucionais.

Na realidade, à luz dessa perspectiva, o âmago da ligação entre os direitos fundamentais e as relações particulares estaria localizado, precípua e quase exclusivamente, sob as costas do legislador privado, responsável pela concretização legal dos axiomas fundamentais, que, transformados em normas, seriam oponíveis pelos indivíduos²¹⁹. Tudo isso seria «justificável» a partir da necessidade de se manter incólume a autonomia do Direito Privado das «consequências dogmáticas insustentáveis»²²⁰ que a aplicação direta acarretaria ao livre desenvolvimento da personalidade na sua esfera voltada à liberdade plena de contratar, de contrair obrigações e de renunciar a direitos.

De resto, nas hipóteses de lacunas legislativas, caberia ao poder judicante a responsabilidade por extrair a irradiação objetiva dos direitos e das garantias individuais, preenchendo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados consagrados na

²¹⁸ Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. “Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. In **Revista de Direito Público** (Editora Revista dos Tribunais), nº. 82 – ano 1987. p. 45-46.

²¹⁹ Cf. VILLALON, Pedro Cruz. “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”. In: **Academia Sevillana Del Notariado**. Madrid: EDERSA, 1998. p. 113-114.

²²⁰ A propósito dessas consequências jurídicas, Canaris faz uma síntese: “Se, porém, generalizarmos este entendimento, ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas da sua autonomia. Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se conseqüentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria- tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado...** p. 53-54).

legislação civil²²¹ e, subsumindo a influência valorativa dos mesmos, resolver a situação concreta de litígio²²². Para além disso, evidentemente, restaria ainda a atribuição tradicional de efetuar o controle de conformidade das normas jurídicas perante o texto constitucional.

Em verdade, é de bom alvitre destacar que essa primazia ao Poder Legislativo frente ao Judiciário, como mediador pleno da concretização dos direitos fundamentais, vem concatenada a uma ideia de fundo que é o temor da discricionariedade²²³ e do possível arbítrio interpretativo dos magistrados em face da ausência de legitimidade democrática, motivo pelo qual, na visão dos entusiastas dessa tese, a segurança jurídica seria alcançada tanto mais quanto houvesse uma norma reguladora.

Portanto, *grosso modo*, a teoria da eficácia mediata pretende levar a crer que atuaria “filtrando a projeção das normas constitucionais sobre o direito privado”, permitindo um penetrar de modo suave e flexível, “evitando uma desconexão entre a Constituição e as relações particulares”, valendo, sobretudo, através de uma ponderação legislativa e de atividade judicial supletiva²²⁴.

Essa teoria encontrou ressonância no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e, mais que isso, foi expressamente acolhida pela jurisprudência, de modo primevo, no paradigmático caso Lüth (BverfGE 7, 198) e, mais tarde, após ter sido referendada em várias outras oportunidades, sedimentou-se na Corte de modo manso e pacífico.

A propósito, no precedente Blinkfüer (BverfGE 25, 256), o Pretório Excelso Germânico ratificou a opção pela construção teórica da aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, evidenciando seu ponto de vista a partir da seguinte assentada: “*O processo movido nas instâncias ordinárias correspondia a uma lide cível que deveria ser decidida com base no ordenamento jurídico de direito privado. O*

²²¹ Cf. SCHNEIDER, Hans Peter. “Aplicación Directa y Eficacia Indirecta de las Normas Constitucionales”. In: **Democracia y Constitución**. Trad. KJ Albiez Dohrmann. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 81.

²²² Vale a pena se ressaltar ainda que, mesmo entre os defensores da teoria da vinculação indireta, há quem defenda que, na conjectura de haver um «vácuo legislativo», excepcionalmente, abrir-se-ia margem à invocação direta dos direitos fundamentais em certas situações latentes. Cf. ALONSO GARCÍA, Enrique. **La interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 376 e ss.

²²³ Essa preocupação subliminar dos defensores da tese indireta é alarmada por Javier Jiménez Campos e reproduzida certamente por Daniel Sarmiento in: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas** ... p. 199; p. 200.

²²⁴ Cf. VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais** ... p. 145.

*ordenamento axiológico objetivo constituído pela Grundgesetz influencia, entretanto, a interpretação destas normas, se estas forem passíveis de serem interpretadas à luz das normas constitucionais”*²²⁵, entendimento esse corroborado também no caso Wallraff (BverfGE 66, 116).

Evidente, portanto, que essa solução intermediária construída no seio de uma doutrina de escol e referendada em relevantes precedentes jurisprudenciais dos mais prestigiados Tribunais Constitucionais representa sensível avanço na dogmática dos direitos fundamentais e sua efetiva tutela jurídica. Entretanto, esse inquestionável, progresso não torna a tese imune às críticas.

Com efeito, é, desde logo, pesada a crítica a uma das premissas essenciais da tese, qual seja, a defesa da «autonomia» do Direito Privado, e, por essa razão, as relações jurídico-particulares somente seriam sindicáveis a partir das próprias normas privadas. Leciona Canaris²²⁶, curiosamente um privatista brilhante, que “parece-me até uma impossibilidade intelectual querer controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais aferindo-a de segundo uma outra norma de direito privado”, porquanto, os defensores dessa concepção parecem se esquecer de que as normas de direitos fundamentais possuem estatuto de «lex superior», situando-se em um nível hierárquico superior, de modo que “a ideia de que as normas de direito privado só são de controlar, na sua conformidade com os direitos fundamentais, ‘por meio’ das normas de direito privado também não faz sentido”, o que implica que a teoria “deve ser rejeitada sem reboço”.

Finalmente, a tese sofre a abalizada censura patrocinada por Canotilho²²⁷, por não lograr êxito em propiciar uma tutela efetiva dos direitos fundamentais perante os particulares, dependendo, demasiadamente, dos arroubos do legislador ordinário, e ainda

²²⁵ Cf. SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência...** p. 404. [Para maiores e pormenorizados detalhes, o caso Blinkfüer (BverfGE 25, 256) encontra-se reproduzido, quase na íntegra, nessa obra às fls. 400-409]

²²⁶ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado...** p. 30-32

²²⁷ A respeito do suporte dado pela doutrina a uma «dupla ética na sociedade», é certa a crítica de Gomes Canotilho: “Essa ‘dupla ética’ existe quando, por exemplo, se considera como violação da integridade física e moral a exigência de ‘testes de gravidez’ às mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da ‘produtividade das empresas’ e da ‘autonomia contratual e empresarial.’ O mesmo se verifica quando se considera intolerável a pressão dos poderes públicos sobre a liberdade de opinião, e se julga incensurável a pressão do ‘patrão’ sobre o ‘assalariado’, impedindo-o de se exprimir”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1294).

por terminar afiançando a consagração de uma discriminatória e nefasta «dupla ética na sociedade», em que uma mesma conduta se mostra aceitável, sob o ponto de vista jurídico, quando provém de um particular, e, contraditoriamente, revele-se ilícita e combatida, quando envolva o Poder Público.

3.3.3 TEORIA DA APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OU VINCULAÇÃO DIRETA DAS ENTIDADES PARTICULARES

Há ainda, na vereda mais avançada das construções dogmáticas tradicionais que fundamentam a aplicação dos direitos fundamentais no universo das relações jurídico-particulares, a tese que aventa a incidência direta dos mencionados preceitos constitucionais (*Drittwirkung unmittelbare*). Em uma perspectiva prematura e assaz simplista da presente corrente, pode-se dizer que é sustentada a óptica segundo a qual os dispositivos fundamentais poderiam ser invocados subjetivamente pelos indivíduos, mesmo quando ausente regulamentação ou mediação prévia do legislador infraconstitucional na concretização desses direitos.

Essa concepção teórica também remonta, decisivamente, como berço ensejador, ao contexto germânico no pós-Segunda Guerra Mundial e, em especial, aos escritos precursores atribuídos a Hans Carl Nipperdey, bem assim a Hans Peter Ipsen, cujo entendimento, em linhas gerais, parte da premissa, já outrora esmiuçada, de que os direitos fundamentais assumem a feição de verdadeiros princípios norteadores de todo o ordenamento normativo, e, em face dessa vigorosa dimensão, seus efeitos se irradiariam para todas as áreas jurídicas, vencendo sua tradicional e clássica órbita enquanto direitos voltados, precipuamente, ao aparato estatal²²⁸.

Além do mais, a tese traz consigo, de modo ínsito, a ideia de que, no hodierno panorama econômico-social vivenciado, os perigos e as ameaças à plena integridade dos direitos fundamentais não mais provêm, exclusivamente, dos poderes públicos, mas efetivamente são, cada vez mais, constantes os desrespeitos oriundos do próprio poder privado²²⁹.

²²⁸ Cf. ESTRADA, Alexey Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales...** p. 104-105.

²²⁹ Cf. ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos Direitos Fund...** p. 103.

É dizer, em palavras semelhantes, que, no estágio do desenvolvimento contemporâneo, marcado, sobretudo, pela emergência de uma sociedade da informação, completamente globalizada, entrelaçada territorial e financeiramente, bem como de uma sensível redução da autoridade soberana do Estado, os grupos sociais fragmentados e as entidades privadas “detêm na sociedade de massas uma parcela cada vez maior do poder social e económico, um poder real que se impõe aos indivíduos de várias maneiras e que é capaz de afetar intensamente zonas e aspectos relevantes da sua vida e sua personalidade”²³⁰.

Por essas razões invocadas, os direitos fundamentais funcionariam como autêntico «direito constitucional objetivo vinculante», que emanaria influência crucial às relações jurídicas extra constitucionais, não apenas enquanto diretrizes de interpretação, mas, precisamente, fornecendo regulação jurídica expressa ao nível do ordenamento, de tal sorte que se consubstanciariam efetivos «*derechos subjetivos privados*» próprios do indivíduo²³¹.

Nesse sentido, consideradas as circunstâncias atuais de que os contrastes aos direitos fundamentais não mais provêm, unicamente, do Estado e o reconhecimento inequívoco da dimensão objetiva dos preceitos constitucionais essenciais, a aplicação direta e a vinculação *erga omnes* aos direitos fundamentais seriam consequência natural da unidade da ordem jurídica²³².

Em complemento a essa percepção, Walter Leisner²³³, além de ratificar a aplicação imediata dos direitos fundamentais, ilustra o posicionamento ao asseverar que o Direito Privado – por maior que seja a autonomia e a independência lhe atribuídas por setores doutrinários privatistas – não pode ser alçado à condição de um “gueto”, imune à Constituição e às suas disposições, dotadas de supremacia normativa, ou mesmo livre da unidade do ordenamento jurídico e insuscetível da penetração dos direitos fundamentais²³⁴.

²³⁰ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição ...** p. 236

²³¹ Cf. ESTRADA, Alexey Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales...** p. 104.

²³² A esse respeito, inclusive, já que um dos pilares da tese da aplicação direta é a unidade do ordenamento jurídico, há quem aponte tratar-se de uma «*teoria monista*» em contraponto à «*corrente dualista*». Cf. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos ...** p. 21-22).

²³³ No tocante à posição de Walter Leisner, corroborando a construção teórica da eficácia direta dos direitos fundamentais, a qual era defendida, a princípio, por Nipperdey, é certo o desenvolvimento histórico e doutrinário empreendido na obra de Jiménez-Blanco e Jesus García Torres, *in*: TORRES, Jesus García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares...** p. 37.

²³⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações..." p. 117.

Contudo, não significa dizer que todos os direitos fundamentais serão vinculantes e aplicados indistintamente aos particulares. Primeiro, porque é extrema de dúvida que existem inúmeros deles, integrantes do rol constitucional, os quais, por uma razão de lógica intrínseca, foram pensados em sua oponibilidade exclusiva aos Poderes Públicos, sem que isso, obviamente, retire a força da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Em segundo lugar, porque não se defende, elementarmente, transformar as relações privadas tanto quanto fossem de ordem pública e, com um passe de mágica, transpor, idêntica e imediatamente, a aplicabilidade dos direitos fundamentais no universo dos particulares²³⁵, *tal quale* face ao Estado, inclusive, porque não se pode perder de vista a circunstância de que se trata, em última análise, de outra pessoa ou entidade também titular de direitos fundamentais²³⁶.

Nem muito menos, é bom que se ressalte, defende-se a aniquilação, pura e simples, da autonomia privada²³⁷, a partir de um fundamentalismo interventivo e regulador que engessaria, por completo, o direito privado. Aliás, é necessário que seja sempre efetuado um juízo de ponderação entre os valores e os princípios em confronto na situação, desde que o próprio direito ao livre desenvolvimento da personalidade pressupõe a possibilidade de “exteriorização ativa e positiva”²³⁸ de, por exemplo, escolhas contratuais e obrigacionais que o indivíduo, livre e senhor de si, é legitimado a fazer ao longo de sua existência, e, absolutamente, natural na vida em coletividade.

De fato, a defesa de uma vinculação direta das entidades particulares em suas relações privadas aos direitos fundamentais jamais foi pensada como uma forma de usurpar a competência institucional e constitucionalizada do legislador para, ao editar as normas ordinárias, concretizar e conformar os preceitos fundamentais²³⁹. Até porque é o Poder Legislativo quem ostenta legitimidade democrática para fazer as

²³⁵ Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. "Direitos Fundamentais e suas Características". *In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. vol. 29 – ano 2000. p. 63

²³⁶ A propósito, Ingo Sarlet aduz que um dos (poucos) consensos entre os defensores das teorias que apontam alguma vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas é de que a incidência não pode ser exatamente igual entre poder público e particulares em SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações..." p. 117.

²³⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*... p. 514.

²³⁸ Cf. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*... p. 75.

²³⁹ Aliás, sobre esse particular, é elucidativa a opinião de Wilson Steinmetz: “os teóricos da eficácia imediata não propõem que as ponderações do juiz devem se sobrepor às ponderações do legislador democraticamente legitimado. Argumentam exatamente em sentido contrário. Se há desenvolvimento legislativo de direitos fundamentais e se este desenvolvimento é compatível com a Constituição, então o juiz não poderá se sobrepor a ele sob pena de violar os princípios democrático e da separação de poderes” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais* p. 174-175)

opções político-normativas de efetivação dos direitos constitucionais, de modo que a teoria ganha relevo, sobretudo, quando é patente a insuficiência ou a inexistência de normas privatistas para tutelarem adequadamente as mais desiguais situações, quando, então, invoca-se o recurso direto aos princípios constitucionais que atuariam em diálogo, com vias a resolver o conflito e a proteger a parte vulnerável²⁴⁰.

Com efeito, não é por outra razão que Juan Bilbao Ubillos²⁴¹ faz uma leitura diferenciada entre as teorias da aplicação mediata e imediata, apontando o equívoco de se imputar uma contraposição entre as mesmas e sugerindo, efetivamente, uma relação de complementariedade, segundo a qual o apelo à incidência direta dos preceitos constitucionais se concretizaria apenas quando não existisse «mediação legislativa», ou na «ausência de lei».

Em antinomia a esse posição, é invocada a abalizada crítica de que a adoção da tese da eficácia direta dos direitos fundamentais no tráfego privado acarretaria consequências corrosivas ao direito civil²⁴², implicando a derrocada, por nulidade, de incontáveis atos e negócios jurídicos individuais celebrados. Com o devido respeito, a crítica, da forma como é suscitada, parece ser uma tentativa frustrada de defender o indefensável. Na realidade, essa objeção parte de uma lógica discutível, que, inclusive, é rejeitada, categoricamente, por muitos dos próprios privatistas.

E o primeiro argumento é de que “a questão não se encontra em saber se a autonomia privada, deve ou não ser protegida, mas sim se esta deve *prevalecer* em face dos demais direitos fundamentais quando tratar-se de relações jurídicas entre

²⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. “Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007. p. 319-320.

²⁴¹ Nessa perspectiva, o entendimento literal é o seguinte: “conviene aclarar algunas ideas para ayudar a deshacer un malentendido perturbador, que es el que resulta de la habitual contraposición entre eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos excluyentes. Es una falsa disyuntiva: admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* en determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradiación de esos derechos a través de la ley. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente”. (UBILLOS, Juan María Bilbao. “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 319).

²⁴² Cf. PINTO, Paulo Mota. “O direito ao desenvolvimento da livre personalidade”. In: **Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 233.

particulares. Ai admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais”²⁴³, ou seja, invocar-se, apaixonadamente, a autonomia como um fim em si mesmo no ordenamento é dar ensejo a uma visão puramente formal das coisas e distante léguas da realidade social.

Em segundo lugar, acreditar que os direitos fundamentais somente podem ser invocados no âmbito privado pelos próprios mecanismos infraconstitucionais é partilhar de um silogismo completamente distorcido, em que as normais constitucionais teriam eficácia sujeita à autorização ordinária. Ideia essa ultrapassada por completo, conquanto “nenhum ramo do Direito, público ou privado, sobrevive hoje às margens da normatividade constitucional. Pelo contrário, a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento da força normativa de toda a Lei Maior, induziram à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes”²⁴⁴ assentados na Carta Máxima.

Um terceiro aspecto relevante é o fato da restrição aos direitos fundamentais, aí inserida uma mitigação à autonomia privada, ser algo deveras natural à ordem jurídica, inclusive porque “se das vinculações privadas pode resultar o cerceamento de um direito consagrado *prima facie*, isso só desvenda a verdade constitucional de que a tutela dos direitos não é absoluta”²⁴⁵, encontrando efetivos limites nos próprios direitos reconhecidos a outrem, havendo ainda inequívoca mitigação da autonomia ao próprio nível do direito privado, quando se estabelecem normas de proteção ao consumidor ou ao trabalhador, enquanto partes contratantes economicamente mais vulneráveis.

Partindo desses pressupostos e com o objetivo claro de evitar que as entidades particulares fossem amparadas e socialmente valorizadas²⁴⁶ como se pudessem ser consideradas escoreitas cumpridoras do ordenamento, quando se revelam contumazes violadoras dos direitos, liberdades e garantias constitucionais dos indivíduos, valendo-se

²⁴³ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental ... p. 182.

²⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas** ... p. 243

²⁴⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. “Constitucionalização do Direito Civil”... p. 746

²⁴⁶ Cf. AGUILA-REAL, Jesus Alfaro. “Autonomía privada y derechos fundamentales”. In: **Anuario de Derecho Civil** – año 1993 / Enero-Marzo. Madrid: Centro de Publicaciones, 1993. p. 57-65.

seja por insuficiência de tutela das normas privadas, ou mesmo por subtração da igualdade substantiva de posições, impondo à parte hipossuficiente, a celebração do negócio ou prática de determinado ato jurídico que a jurisprudência deu guarida à essa compreensão. Nesse propósito, o Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*) se posicionou em sentido favorável à tese²⁴⁷, quando, por exemplo, já em 1954, apreciou o BaGE 1, 185, ou, ainda, pouco tempo demais, em 1964 (BaGE 15, 275), ao assentar a vedação constitucional a toda e qualquer modalidade de controle do trabalhador que ofenda ou vulnere sua dignidade, enquanto pessoa humana, seja por “uso de aparelhos ópticos (v.g. câmaras de vídeo) de vigilância dos trabalhadores, as escutas telefônicas, os testes psicológicos feitos no decurso de processos de admissão de trabalhadores, sem autorização destes e sem que exista uma razão objectiva”, ou se trata de uma das necessidades prementes do ramo de atividade da empresa («*dringende betriebliche Erfordernisse*»), ou, finalmente, haja interesses prevaletentes dignos de proteção («*überwiegenden schutzwürdigen Interessen*»)²⁴⁸.

Embora, posteriormente, o entendimento consolidado pelo Pretório Constitucional Alemão, ao subscrever a doutrina da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais, tenha, de certo modo, desautorizado a posição encampada pela Corte Trabalhista, o debate teórico já havia alcançado volume suficiente junto à doutrina abalizada e despertado sincero interesse no universo jurídico, tendo, por isso, o tema se difundido ao longo de praticamente todo o mundo, notadamente perante o direito europeu²⁴⁹.

Em meio à perspectiva específica da construção teórica que sustenta a vinculação direta das entidades privadas aos direitos fundamentais, a tese recebeu ecos mais vigorosos e em maior número no âmbito das doutrinas espanhola, portuguesa e brasileira, assim como ostenta adesão de parte do segmento jurídico italiano.

Nesse aspecto, cabe investigar as razões que levam os juristas da Espanha a fazer a opção pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações

²⁴⁷ Cf. HELDRICK, Andreas; REHM, Gebhard. “Importing Constitutional Values through Blanket Clauses”. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-ERES, Daphne. **Human Rights and Private Law**. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 114-115.

²⁴⁸ ABRANTES, José João Nunes. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais** ... p. 151-152 e Nota de Rodapé n.º. 300.

²⁴⁹ Cf. MORELLI, Sabrina. “La applicazione diretta della costituzione nei rapporti interindividuali”. In: **Giustizia Civile**. Milano: Giuffrè, 1996. p. 537-548.

particulares. A propósito dessa análise, faz-se oportuno enfatizar, desde logo, que a norma constitucional espanhola faz menção expressa aos destinatários dos «*derechos y libertades*» como sendo unicamente os poderes públicos. É essa a redação literal do artigo 53, nº. 1, que dispõe: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos*”²⁵⁰.

No entanto, a discricção da norma suprema do ordenamento espanhol não implica qualquer empecilho à robusta recepção da doutrina pela temática. Aliás, são inúmeros os renomados juristas²⁵¹ que, incisivamente, já se inclinaram pela aceitação da teoria da eficácia direta, valendo-se da justificativa de que, no atual panorama constitucional, as entidades privadas controlam, cada vez mais, o poder social, restringindo ao seu bel prazer o exercício de direitos e liberdades dos demais, de modo que é necessária a superação do clássico modelo de direitos fundamentais voltados apenas contra os perigos estatais, mais ainda quando se reconhece nela uma dimensão objetiva que irradia efeitos a todos os ramos normativos²⁵².

E, para além desse cenário, é invocado ainda, pela doutrina mais vanguardista, como argumento, o fato de ainda haver desigualdades sociais na Espanha as quais impedem o exercício pleno das liberdades individuais e negociais, de modo que o recurso direto aos direitos fundamentais atuaria como um dos mecanismos corretores desse desequilíbrio, promovendo uma equiparação de posições de igualdade, objetivo da Constituição Espanhola²⁵³.

Em Portugal, igualmente, a discussão também é exaustiva e aprofundada, apesar de a Constituição da República Portuguesa ser, dentre todas as analisadas, a que

²⁵⁰ A despeito da menção apenas aos «poderes públicos» prevista no art. 53, Rafael Naranjo de La Cruz afirma que a Constituição, em verdade, não é categórica quanto à possibilidade ou não dos preceitos incidirem nas relações privadas, de modo que esse silêncio deve ser respondido a partir de uma interpretação sistemática das disposições constitucionais. (Cf. LA CRUZ, Rafael Naranjo de. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 199 e ss)

²⁵¹ Nesse sentido, além dos já expostos ao longo do capítulo, pode-se citar: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**... p. 22-23; assim, como UBILLOS, Juan María Bilbao. “La eficacia a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español”... p. 189-191.

²⁵² Sobre essa opção, é digna de nota a síntese de La Cruz: “los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares” (LA CRUZ, Rafael Naranjo de. **Los límites de los derechos fundamentales**... p. 208)

²⁵³ Cf. GARCIA, Pedro de Vega. “Dificultades y problemas para la Construcción de un Constitucionalismo de la Igualdad”. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org). **Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 272.

oferece um regramento mais transparente e específico acerca da problemática. Nessa linha, o artigo 18, nº. 1, reconhece categoricamente o seguinte: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Se for seguida textualmente a trilha da disposição normativa constitucional, a questão deveria ser resolvida de modo unânime. Entretanto, cada dia, menos institutos jurídicos são aceitos unanimemente por todos os operadores, de modo que é ampla a maioria formada na doutrina lusitana²⁵⁴ referendando a imediata vinculação na esteira da aparente literalidade normativa e consoante a conclusão comum de que “as entidades privadas têm de respeitar de forma directa e necessária os direitos constitucionalmente garantidos”²⁵⁵.

Nada obstante o extenso número de defensores da tese exposta, na outra ponta, há renomados autores portugueses, em especial egressos do tronco civilista, que defendem que a letra fria da C.R.P. não impõe a aceitação de uma aplicabilidade direta, tal como se os direitos, as liberdades e as garantias constitucionalmente assegurados fossem, de *per se*, diretos subjetivos individuais e, portanto, invocáveis imediatamente no universo privado. Nesse caminho de ideias, a opção mais condizente com a manutenção da autonomia privada e da validade dos negócios jurídicos civis celebrados seria a doutrina da eficácia indireta²⁵⁶.

Assim, linhas gerais, em Portugal, há, ao menos, ao longo da volumosa doutrina que enfrenta a controvérsia, aparente primazia por uma opção que implique uma

²⁵⁴ A propósito, apenas para citar alguns representantes, além daqueles já reproduzidos: ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos Direitos Fund...** p. 94 e ss. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos ...** p. 86. No mesmo sentido, Vital Moreira em obra conjunta com Canotilho, asseveram que a Constituição da República Portuguesa de 1976 representa “fonte directa de regulação das relações entre os próprios cidadãos”. *in*: **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.144). Embora, posteriormente, Canotilho tenha adotado postura própria, um pouco diferenciada.

²⁵⁵ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 137.

²⁵⁶ Essa é a opinião defendida pelo civilista português Carlos Alberto Mota Pinto. (PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 71 e ss). E acompanhada, quase que na íntegra, por seu filho, o também privatista, Paulo Mota Pinto: “Pensamos, justamente, que a aplicação à atividade de entidades privadas das normas que consagram direitos fundamentais deve ocorrer, em primeira linha, através de *normas de direito privado*, quer estas se limitem a reproduzir o teor das normas constitucionais, quer contenham *conceitos indeterminados* ou cláusulas gerais, a preencher e concretizar segundo valores constitucionalmente consagrados, e, em particular, numa actividade de ‘interpretação conforme aos direitos fundamentais’”. (PINTO, Paulo Mota. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”. *In*: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.) **Direitos Fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 155)

subordinação mais efetiva aos direitos fundamentais. Em verdade, essa sujeição se consubstanciaria a partir de uma aproximação mais sensível à construção teórica defensora da vinculação direta das entidades particulares, em suas relações jurídico-privadas, aos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente assegurados pelo poder constituinte de 1976.

De outra banda, na Itália, apesar de a Constituição não ostentar a mesma clareza do texto português, a doutrina tem asseverado que, efetivando-se uma interpretação conjugada da essência do artigo 2º, que dispõe categoricamente “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali*”, aliada ao Artigo 54, que impõe de modo expresso: “*Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi*”, é possível concluir pela aceitação de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Nessa perspectiva, é a lição de Pietro Perlingeri²⁵⁷, para quem as normas constitucionais, em especial, as que estabelecem direitos fundamentais, ostentam a prerrogativa de regular e de disciplinar as relações jurídicas privadas, mormente quando há um vazio normativo infraconstitucional, de tal modo que o texto da Constituição não configura meramente «regra hermenêutica», mas sim norma dotada de força jurídica e supremacia.

Finalmente, no Brasil, há também um silêncio normativo, porquanto o artigo 5º, §1º, não dispõe, precisa e peremptoriamente, a respeito do tema, limitando-se a afirmar que: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Daí porque tem ficado a cargo da doutrina e da jurisprudência examinar qual a opção do constituinte brasileiro acerca do tema.

Com efeito, esse mister tem que ser exercido levando-se em consideração alguns aspectos da mais relevância, por exemplo, o fato de ser consagrado constitucionalmente um Estado intervencionista direcionado à redução da brutal desigualdade social, que, no mais das vezes, ocasiona situações de feroz opressão aos

²⁵⁷ A propósito, esse é o entendimento: “a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil [...] a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra de hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (PERLINGERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar Editora, 1999. p. 11-12).

direitos humanos, no seio de relações privadas²⁵⁸. Da mesma forma, a circunstância de a Constituição Federal já expressamente assegurar direitos fundamentais cujos destinatários são, justa e exclusivamente, os próprios particulares, como no generoso rol de direitos trabalhistas que ostentam, de modo inequívoco, a condição de fundamentais.

Em complemento, outra premissa constantemente mencionada no âmbito brasileiro, como suporte à teoria da vinculação imediata, é considerá-la um mecanismo propagador do processo de “unidade e supremacia da Constituição Federal”²⁵⁹, ou seja, a aplicação da tese funcionaria como consectário lógico e direto pela opção indisfarçadamente eleita pela ordem brasileira por um modelo hermenêutico consagrador da força normativa e irradiante da constituição²⁶⁰, e também, atento a essa compreensão, a influência normativa dos direitos fundamentais sobre as relações jurídico-privadas somente não seria sentida daqueles direitos que, por sua própria essência, têm o Estado como único destinatário, razão pela qual todos os demais, mediante ponderação de valores, irradiariam efeitos²⁶¹.

Por último, é deveras oportuno ressaltar que há, na própria doutrina civilista, quem advogue a tese esboçada sob o alicerce de que a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, atua como instrumento de integração plena do ordenamento jurídico infraconstitucional²⁶² e promovendo uma “humanização” do Direito Civil, irradiando efeitos nas situações em que a personalidade seja tratada²⁶³.

Portanto, face a essas rápidas considerações, é fácil perceber que, salvo

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos Fundamentais e Direito Privado... p. 152-153.

²⁵⁹ Cf. SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2004. p. 202.

²⁶⁰ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental ... p. 185.

²⁶¹ Sobre este ponto: “Como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que o Poder Constituinte tenha disposto o contrário, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas-gerais do direito privado.” (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais...** p. 169).

²⁶² Cf. FACHIN, Luiz Edson. “Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Personalidade no Código Civil Brasileiro”. *In: Revista da EMERJ*. vol. 8, nº. 31 – ano 2005. p. 51 a 70.

²⁶³ Cf. TEPEDINO, Gustavo. “Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional brasileiro”. *In: BARRETO, Vicente (Org.). A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 49.

raríssimas divergências²⁶⁴, a voz majoritariamente recorrente também na doutrina brasileira defende a opção pela teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares.

3.3.4 CONSTRUÇÕES TEÓRICAS DIFERENCIADAS OU TEORIAS ALTERNATIVAS

Para além das concepções doutrinárias tradicionais, têm surgido teses intermediárias, elaboradas por tendências moderadoras a partir da conjugação dos elementos clássicos a novo conceitos construídos para encontrar melhores saídas à resolução da problemática.

A primeira das teorias é a *doutrina dos deveres de proteção ou imperativos de tutela estatal* («*Schutzpflichten*»), que se fundamenta na ideia de que os direitos fundamentais aplicam-se, precipuamente, nas relações Estado/indivíduos, de ordem que mencionados preceitos não seriam direitos subjetivos dos indivíduos a serem invocados nas relações privadas. No entanto, além dessa dimensão usual, o aparato estatal ostentaria esse «imperativo de tutela», consubstanciado na obrigação de proteger e de amparar a integridade dos preceitos constitucionais essenciais mesmo nas relações particulares, seja qual for o perigo ou a ameaça.

Sustenta Canaris²⁶⁵, expoente máximo da tese, que sua vantagem é que “mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre *ele* que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculador a proteger um cidadão perante o outro”.

Nessa perspectiva, a construção teórica leva a concluir que, como o Estado

²⁶⁴ Uma das opiniões discrepantes é a de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que escudam a aplicação da tese indirecta sob o fundamento de “não haver registro de casos em que a ordem jurídica infraconstitucional seja insuficiente para proteger os direitos fundamentais” de modo que a irradiação plena dos preceitos fundamentais dirigir-se-ia unicamente ao Estado, ficando os privados vinculados na medida da concretização pela via ordinária. (Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 115).

²⁶⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado...** p. 58

– e somente ele – é titular do permissivo ao uso lícito da força em prol da pacificação social, é ele quem detém a obrigação constitucional de proteger seus cidadãos de todos os percalços, seja através da «conformação da ordem jurídica», para que, por meio dela, os direitos fundamentais sejam garantidos e efetivados, ou, na sua ausência, através de uma ação autônoma jurisdicional, ou mesmo administrativa, seja garantida a incolumidade dos direitos fundamentais frente a intervenção desses terceiros²⁶⁶.

Em complemento à existência desse «imperativo de tutela», procura-se, ainda, de certo modo, alargar o âmbito de proteção através do Estado, ao sustentar que essa proteção deve, em absoluto, ser prestada de modo suficiente, sendo, pois, a hipótese de uma proibição da insuficiência ou do déficit na tutela («*Untermassverbot*») em desfavor de uma das partes²⁶⁷, assim como, por corolário lógico e evidente, fica vedada também uma intervenção excessiva («*Übermassverbot*») que alcance o próprio conteúdo essencial do direito fundamental, obrigando, assim, os órgãos estatais a efetuarem um juízo de proporcionalidade do ato e seu contexto protetivo²⁶⁸.

Com efeito, a doutrina preocupa-se em manter o horizonte tradicional dos direitos fundamentais enquanto direitos voltados exclusivamente aos poderes públicos, impondo, ainda, a estes uma *responsabilidade* constitucional de garantir a segurança e a integridade daqueles direitos contra todas as possíveis violações provenientes de terceiros. E, dentro dessa linha de raciocínio, o «dever de proteção» caberia, em primeiro lugar, ao legislador e, em seguida, na falha deste, o «imperativo de tutela» caberia ao juiz com vias a proteger os direitos fundamentais do indivíduo.

No entanto, é nessa seara que reside a crítica à teoria, primeiro, porque se conduz a uma falsa ilusão de que o julgador, em segunda linha, atuaria como *efetivo garante* à tutela da incolumidade dos direitos fundamentais, de modo que, na ausência de norma legislativa, o Judiciário poderia exercer, na plenitude, seu «dever de proteção». Em que pese a lógica da conclusão, o próprio Canaris²⁶⁹ já cuida de

²⁶⁶ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas** ... p. 88-89

²⁶⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**... p. 34; p. 69

²⁶⁸ Cf. NEUNER, Jörg.. " O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental". In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 236

²⁶⁹ A propósito, assevera Canaris: "É certo que a realização de imperativos de tutelas de direitos fundamentais, mediante a interpretação e o desenvolvimento integrador do direito, constitui também i, a das tarefas legítimas dos órgãos jurisdicionais, mas a sua competência não vai, neste aspecto, de forma alguma, além da do legislador" (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**... p. 66)

restringir essa função, limitando-a ao espaço de conformação que (supostamente) seria do legislador. Em outras palavras, o magistrado ficaria submetido duplamente ao legislador, devendo respeitar uma margem de conformação mesmo quando sequer existente a norma jurídica.

E, além de tudo, o abstrato «imperativo de tutela» do legislativo não ostentaria condição para ser exigido judicialmente, de modo que assiste razão a Ubillos²⁷⁰, ao sustentar que esse seria o dilema crucial da tese, porquanto o abstrato e genérico «dever de proteção» «não teria muita serventia» prática para garantir a proteção de um direito fundamental reconhecido na Constituição, mas privado da lei concretizadora.

A segunda das concepções teóricas se denominou *convergência estatista* e representa, em verdade, um passo obtuso à frente (ou atrás, a depender da perspectiva) na doutrina dos deveres de proteção, porquanto seus defensores, notadamente Jürgen Schwab, “ultrapassam a ideia do mero dever de proteção e retiram do monopólio estadual da autoridade a ideia da responsabilidade pública por qualquer agressão, por privados, dos direitos fundamentais de uma pessoa, afirmando que essa ofensa é sempre *imputável* ao Estado, pois que, ou foi permitida por uma lei, ou pela *ausência de uma lei*”²⁷¹.

Assim, por os eventuais ultrajes aos direitos fundamentais constituírem integral responsabilidade estatal, seria absolutamente «supérflua» e induziria ao erro a eventual discussão acerca de uma eficácia horizontal ou em relação a terceiros²⁷². Com o devido respeito, o fato de a ordem estatal não vedar um determinado comportamento não significa dizer que o Estado dele participe ou a ele seja imputável²⁷³; essa equivocada conclusão, por

²⁷⁰ Nesse sentido, é a crítica exposta: “El problema es que el cumplimiento por parte del legislador de ese mandato, de ese deber de protección del que habla la doctrina alemana, como obligación derivada de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, nos es justiciable [...] De modo que el reconocimiento em abstracto de esse deber de protección no le sirve de mucho al presunto agraviado que invoca em su favor um derecho fundamental cuyo ejercicio no ha sido regulado en sede legislativa. ¿Quién decide cuando se ha incumplido el mandato dirigido al legislador? Cuáles son las consecuencias que se derivan de esa apreciación? Hay que preguntarse entonces si esa intervención del legislador es condición sine qua non para el reconocimiento mismo del derecho en este escenario” (UBILLOS, Juan María Bilbao. “La eficacia a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español”... p. 187)

²⁷¹ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 282

²⁷² Cf. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos ...** p. 38).

²⁷³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**... p. 442.

si só, já evidencia o radicalismo da posição, incoerente, portanto, com a profundidade da controvérsia debatida.

No terceiro quadrante das teses alternativas, encontra-se a *metódica da diferenciação* ou *da solução diferenciada*, proposta por Gomes Canotilho, segundo o qual, partindo do reconhecimento de que os direitos fundamentais possuem «multifuncionalidade» ou «pluralidade de funções», deve ser superada a clássica reducionista dicotomia existente entre eficácia mediata e aplicação imediata, em favor de uma «solução diferenciada» que tome em consideração “o referente do direito fundamental que estiver em causa no caso concreto”, sem perder de vista as especificidades do direito privado²⁷⁴.

Com efeito, essa metódica passaria por uma «arrumação» em grupos de eficácia, de modo que, no Grupo I, situar-se-iam os direitos fundamentais com eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição e cuja essência já seria inerente à aplicação das relações particulares, como a inviolabilidade do domicílio e das correspondências. O Grupo II abarcaria a eficácia horizontal por intermédio da mediação do legislador privado, uma vez que o legislativo estaria vinculado à concretização normativa dos direitos fundamentais, estabelecendo a proteção adequada aos particulares. Por outro lado, o Grupo III envolveria a eficácia horizontal imediata pela mediação do juiz, que possuiria a responsabilidade de encontrar uma «solução justa» para os casos de conflito de posições fundamentais, através de «medidas de decisão», com recurso à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. E, assim, essas «medidas de decisão» recusariam a incidência de uma norma privada incompatível com os direitos fundamentais e, seja por meio das cláusulas gerais civis (boa fé, abuso do direito, etc), ou mesmo pelo apelo direto aos direitos fundamentais, deveriam encontrar uma «solução justa» ponderada. Por sua vez, o Grupo IV comportaria a eficácia horizontal nas situações de poderes privados, a qual partiria do pressuposto de que os contratempus aos direitos fundamentais provêm, igualmente, dos «complexos sociais de poder», que, embora não seja aparelho público, não priva o indivíduo de proteção contra a perturbação a esses direitos que possuem eficácia “caracterizada pela situação desigualitária das partes”. E, por último, o Grupo V, em que rodearia o núcleo irredutível da autonomia privada, imune, por conseguinte, à

²⁷⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** p.1289.

força conformadora dos direitos fundamentais, quando, por exemplo, “um pai favorece um filho em relação ao outro através da concessão da quota disponível”. Nesse sentido, seria através desses estratos que, em cada caso concreto, deveria ser examinado o referente aplicável²⁷⁵.

A quarta construção teórica alternativa é atribuída a Vieira de Andrade²⁷⁶, a qual, apesar de muito próxima à vinculação direta, parte da premissa de que a aplicação imediata, para além dos direitos fundamentais de lógica intrínseca às relações privadas, exige que haja uma situação de disparidade do poder econômico-social com a submissão de uma das partes em relação à outra, que, por ostentar um «poder especial de caráter privado», refletiria uma situação específica de sujeição ao poder, de modo que o maior grau de subordinação demandaria uma intensidade maior na aplicação, chegando próximo do nível estatal²⁷⁷.

Assim, nas relações igualitárias ou de isonomia, prevaleceria a autonomia individual, sendo a vinculação apenas de modo indireto, por intermédio do próprio direito privado, salvo quando o ato vulnerasse «pura e simples o conteúdo essencial dos direitos fundamentais»²⁷⁸.

Por último, a quinta das teses mais relevantes é a *doutrina integradora* ou *modelo dos níveis de eficácia*, sugerida por Robert Alexy²⁷⁹, que elabora um protótipo alternativo marcado pela proposta de conjugação das teorias da eficácia mediata, dos deveres de proteção e da eficácia imediata, resultando num complexo sistema de níveis de efeitos que ponderaria o conflito dos direitos fundamentais e a aplicação concreta ao caso.

Nesse sentido, no primeiro nível, estaria situada a doutrina da eficácia indireta, de modo que os órgãos estatais, notadamente a atividade legislativa e jurisprudencial, estariam submetidos ao respeito da dimensão objetiva e valorativa dos direitos fundamentais. Já, no segundo nível, inserir-se-ia a teoria dos deveres de proteção, devendo o Judiciário, quando apreciasse conflitos interprivados, aplicar e interpretar as normas

²⁷⁵ *Idem* p.1290-1294.

²⁷⁶ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...** p.245-254.

²⁷⁷ É dizer que “as situações de poder social são muitas e diferenciadas e o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm necessariamente de variar conforme os tipos de situação e as circunstâncias” (ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. In Documentação e Direito Comparado, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º. 5. Lisboa: 1981. p. 243-244)

²⁷⁸ Em sentido similar, é a opinião de Vasco Pereira da Silva: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. “Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. In **Revista de Direito Público**, n.º. 82 – ano 1987. p. 41-52.

²⁷⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales...** p. 514-515.

privadas condizentes com a ordem de valores de direitos fundamentais, e que essa posição fundamental de tutela fosse levada em consideração, de modo que a atividade jurisdicional leve “*en cuenta el principio jufundamental que habla en favor de la posición que hace valer el ciudadano*”. Por último, o terceiro nível abarcaria a concepção representada pela tese da eficácia direta dos direitos fundamentais, não substituindo, imediatamente, o Estado pelos particulares como sujeitos passivos, mas a partir da assertiva de que existem direitos, liberdades e garantias essenciais que, sem o espectro voltado às relações privadas, não existiriam nem teriam o menor sentido, devendo, por conseguinte, naturalmente repercutir e integrar as relações particulares de modo direto²⁸⁰.

Portanto, essas teorias alternativas, cada qual à sua maneira, procuram encontrar soluções diferenciadas para além das construções dogmáticas tradicionais, tendo, por isso, o mérito de, com essa conduta, conseguir abafar²⁸¹, ainda que temporariamente, a polêmica consistente em assentar qual das teses seria mais correta ou que melhor solucionaria a problemática.

3.4 ALGUMAS CONCLUSÕES

A sociedade contemporânea assiste, intrépida, a esse inédito processo de completa evolução na dogmática dos direitos fundamentais. Esses direitos que, a duras penas, alcançaram um *status* único, e, por desfrutarem de garantia constitucional («*Verfassungsgesetzliche gewährleistete Rechet*»)²⁸², a sua efetividade e concretização na ordem jurídica justificam profundas mudanças no cenário e no modelo jurídico atual. É um tempo de mudanças de fundamentos e perspectivas, de superação das antigas dicotomias entre território público e privado, uma época de valorização da Constituição e das opções sociais nela refletidas.

Esse processo, necessariamente, envolve a teorização germânica ensejadora do «*Drittwirkung*», que procura fundamentar e apresentar justificativas relevantes e solucionadoras da problemática envolvendo a eficácia e a aplicação dos direitos fundamentais no universo das relações jurídico-privadas dos indivíduos e suas implicações para a ordem jurídica.

²⁸⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**... p. 514-522.

²⁸¹ Cf. VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais** ... p. 167.

²⁸² Cf. QUEIROZ, Cristina Maria Machado de. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**... p. 89

Dentro desse contexto, impede analisar que, ao longo do tempo, foram surgindo inúmeras construções teóricas que formulam balizas constitucionais à incidência dos preceitos fundamentais nas relações particulares. Algumas delas têm-se, atualmente, apresentado minoritárias, ficando restritas a universos jurídicos mais liberais, como doutrinas que negam, veementemente, essa eficácia, cuja defesa centra-se nos Estados Unidos da América. De outra sorte, inserem-se as concepções clássicas que argumentam uma eficácia mediata, ou a partir dos mecanismos da legislação privada, e, ainda, a tese imediata, que propõe uma incidência direta das disposições constitucionais e, em última linha, dos recentes enunciados dogmáticos alternativos ou moderadores, propostos, em regra, a partir da conjugação de elementos comuns a todas as construções paradigmas.

Em verdade, as teorias que, em alguma intensidade, defendem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas possuem vários elementos de convergência. A propósito, “convergem na ideia de que o papel do legislador é fundamental: a ele cabe, em primeira instância, conformar a convivência entre as esferas de autonomia e liberdade dos cidadãos, ponderando o interesse na realização dos valores”, até porque decorre da própria legitimação parlamentar inerente ao espírito democrático que os textos constitucionais hodiernos inspiram. De mesmo modo, convergem “ainda, eventualmente, na ideia de que cabe ao juiz, designadamente ao constitucional, verificar, à luz dos parâmetros da Constituição se aquela composição feita pelo legislador é constitucionalmente aceitável”²⁸³. Finalmente, todas elas reconhecem não apenas a estatura e a proteção constitucional, mas ainda a importância que a autonomia privada exerce sobre os negócios e a vida privada individual, motivo pelo qual nenhuma delas, se interpretada de modo correto, pretende proscrever a autonomia individual da ordem jurídica.

No entanto, as teses doutrinárias tradicionais e seus seguidores se esforçam em advogar as vantagens e os benefícios de sua aceitação e, como corolário, passam a reclamar para si a melhor solução à problemática, excluindo, instantaneamente, os eventuais proveitos que a teoria adversa poderia trazer ao ordenamento. Não se procura encontrar as serventias que a outra construção porventura venha a acrescentar à discussão, mas, de fato, entram em uma competição eliminatória, em que supostamente apenas um dos lados poderia sagrar-se vencedor.

Entretentes, é, com alicerce na compreensão desse flagrante equívoco, que,

²⁸³

Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria...** p. 74-75.

bem ou mal, aparecem, no horizonte doutrinário, as proposições intermediárias ou alternativas. A premissa fundamental é acreditar ser ilusória a suposição segundo a qual apenas uma das construções dogmáticas é correta, e, por essa razão específica, é certo que cada uma delas apresenta propostas e, mais que isso, soluções corretas e incorretas para a resolução de um complexo problema. Daí porque “é necessário um modelo que integre os pontos corretos de cada teoria em uma solução completa e adequada”²⁸⁴ e que, definitivamente, encontre as melhores saídas.

Resulta cristalino, portanto, que nenhuma concepção radical logrará, no ambiente jurídico contemporâneo, efeitos satisfatórios e positivos à bem sucedida dogmática dos direitos fundamentais. Por essa razão, o melhor e mais frutífero recurso à efetiva tutela dos preceitos constitucionais é a adoção de teorias harmônicas que, a partir da integração das teses clássicas, mantenham o *standard* de proteção e de integridade dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea.

²⁸⁴ Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais** p. 182

4 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E SUA INFLUÊNCIA NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRÁFEGO JURÍDICO-PRIVADO

4.1 INTRODUÇÃO AO TEMA E O DESTAQUE DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL NO SISTEMA JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

O auspicioso processo de cristalização dogmática dos direitos fundamentais, no paradigma jurídico *Pós-Moderno*, traz consigo, inevitavelmente, um amálgama completo de soluções diferenciadas para a problemática alusiva à eficácia e à aplicabilidade dos direitos, das liberdades e das garantias constitucionais no âmbito das relações particulares e seus reflexos conformadores perante a ordem jurídica.

Nesse sentido, uma das áreas mais emblemáticas e imprescindíveis a tal concretização normativa é, precisamente, a jurisdição constitucional, em especial, o peso e a influência que emanam dos julgados proferidos pelos Tribunais Constitucionais, os quais, por terem galgado tamanha relevância no estágio hodierno dos sistemas jurídicos, ostentam função central no processo de “refinamento” («*Verfeinerung*») dos princípios e dos valores fundamentais, alcançando até o patamar de uma “jurisdição dos direitos fundamentais”²⁸⁵.

Não é por outro fundamento que se defende que os direitos, as liberdades e as garantias somente podem ser alçados à condição de fundamentais e assim nominados, quando estiverem alicerçados em uma sólida proteção jurisdicional capaz de tutelá-los de modo imperativo²⁸⁶, o que significa, por essa linha de raciocínio, conferir às Cortes Constitucionais o precioso título de “guardiãs dos direitos fundamentais”²⁸⁷, porquanto, ao serem responsáveis pela defesa da Constituição, estar-se-ão, em última análise, concretizando e amparando os direitos individuais. A justiça constitucional assume, portanto, um viés de “garantia jurisdicional da constituição”²⁸⁸ ou de ferramenta de

²⁸⁵ Cf. CARDOSO DA COSTA, José Manuel. “Constitucionalização do Direito Civil”. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXIV – ano 1998. p. 123-125.

²⁸⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 257.

²⁸⁷ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** p.507.

²⁸⁸ Cf. KELSEN, Hans. “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et à l'étranger**, tomo 45 – XXXV Ano, 1928. p. 221.

intervenção na proteção e efetivação das normas positivadas no texto constitucional.

Com efeito, a outorga de mecanismos jurídico-processuais, em até certo ponto contra majoritários, é da essência do constitucionalismo hodierno, que caminha na vereda de se reconhecer a supremacia hermenêutico-interpretativa dos Tribunais na definição do significado e na cominação da efetividade das normas prescritas na Lei Fundamental²⁸⁹.

Mas não se limita a isso. Tamanha é a relevância da jurisdição constitucional nos dias contemporâneos que, muito mais que um vetor amplamente conhecido e eficaz²⁹⁰ para a proteção das regras e dos princípios supremos e dos seus sentidos, a jurisprudência tem contribuído, por ela própria e “em medida considerável, para tornar viva a eficácia integradora da Constituição”, tal como aponta Otto Bachoff²⁹¹, e, até mesmo, em certas circunstâncias e em determinados ordenamentos, a jurisdição constitucional tem desenvolvido uma faceta mais intensa junto ao sistema, de não apenas “interpretar a realidade social, mas também transformá-la”²⁹² a partir de suas decisões.

Ainda quanto ao papel essencial da justiça constitucional, não se pode perder de vista uma de suas marcantes dimensões enquanto responsável pela defesa intransigente dos direitos fundamentais, aprofundando seus contornos e significados e chegando a constituir, quiçá, a “vertente preponderante, sob os pontos de vista qualitativo e quantitativo, da jurisdição constitucional”²⁹³.

Muito desse flanco aberto pela jurisdição constitucional permitiu a sedimentação do raciocínio de que “o conjunto de direitos fundamentais não forma uma ordem acabada e fechada”²⁹⁴, daí porque se percebe o indisfarçado grau de importância que a faceta jurisdicional do constitucionalismo desempenha, modernamente, na concretização das plurifacetadas normas e, mais ainda, do estatuto dos direitos, das

²⁸⁹ É preciso o arremate de Madison, Hamilton e Jay: “A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987. p. 481.

²⁹⁰ Cf. URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**: evolução história e modelos do controle da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012. p. 12.

²⁹¹ Cf. BACHOFF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008. p. 12.

²⁹² Cf. FACHIN, Luiz Edson (Coord.) Prefácio da Obra. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2.

²⁹³ Cf. CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 21-22.

²⁹⁴ Cf. RIBEIRO, Joaquim de Souza. “Constitucionalização do Direito Civil”. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXIV – ano 1998. p. 730

liberdades e das garantias fundamentais.

Aliás, o momento atual do constitucionalismo é, sem sombra de dúvidas, marcado por um Poder Judiciário palpitante e decisivo em quase todas as áreas da vida em sociedade, o qual “passou a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais”, notadamente com a incumbência de “fazer-se alerta para interpretar os direitos fundamentais considerando o texto e o contexto constitucional” e “oferecer respostas concretas e historicamente engajadas às questões que lhe são postas em condições históricas definidas e experimentadas”²⁹⁵.

De fato, é preciso o raciocínio segundo o qual, na conjuntura constitucional contemporânea “não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo dos juízes e tribunais”²⁹⁶. Essa tendência, mostra-se ainda mais evidente quando, nos dias hodiernos “cada vez mais tornam-se visíveis relações jurídicas entre privados nas quais fatalmente as partes não se encontram em posição de igualdade”²⁹⁷, e essas gritantes e indisfarçadas desigualdades jurídico-sociais e de informação terminam por acirrar o já altíssimo grau de litigiosidade presente nas sociedades contemporâneas.

Eis, portanto, o momento contextualizado pela justiça constitucional no cenário global em que se prosseguirá na análise da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, desta feita, sob a égide da jurisprudência constitucional de países cuja literatura mostra-se mais robusta e dos reflexos na construção dogmática do problema.

4.2 DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL SOBRE A MATÉRIA

Consoante antecipado nos capítulos anteriores, Portugal é um dos países que,

²⁹⁵ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais”. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. 16 – ano 1996. p. 55.

²⁹⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p.267.

²⁹⁷ Cf. SILVEIRA, Michele Costa da. “As grandes metáforas da bipolaridade”. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31.

em sua disciplina constitucional, tratam a questão de modo mais expresso, em particular, quando rotula no artigo 18, nº. 1, a aplicabilidade dos direitos fundamentais tanto na esfera estatal quanto na esfera das entidades particulares. Todavia, o fato de existir previsão textual na *Lex Mater* a respeito da temática não significa, necessariamente, que a controvérsia tenha sido esgotada.

Aliás, com certa frequência, o estudo da jurisdição constitucional revela que nem sempre a letra categórica da norma conduz a uma interpretação uníssona e livre de controvérsia. É essa precisamente a conjuntura portuguesa, em que se percebe não ter o Tribunal Constitucional abarcado um posicionamento límpido e definido²⁹⁸ ou que possa caracterizar uma jurisprudência pacífica ou mesmo definitiva no tocante à querela.

Com efeito, essa aparente lacuna ou indefinição no posicionamento português talvez seja justificada pelo próprio modelo de controle de constitucionalidade delineado pela Constituição da República lusitana, aprovada em 1976 e atualmente em vigor.

Na realidade, por opção do próprio constituinte, não há, no sistema processual-constitucional de Portugal, um remédio jurídico semelhante à queixa constitucional tedesca ou similar ao recurso de amparo previsto no ordenamento espanhol que garanta uma tutela própria e específica aos direitos fundamentais²⁹⁹ com acesso direto à Corte Constitucional. Por essa razão, deve a matéria ser enfrentada por intermédio do controle de constitucionalidade abstrato, ou ainda mediante utilização do corriqueiro recurso concreto de constitucionalidade.

Ademais, mesmo no tocante ao recurso concreto, seu objetivo preponderante é

²⁹⁸ Consoante a observação de Paulo Mota Pinto: “Na jurisprudência constitucional portuguesa, não se encontra uma orientação clara sobre o problema dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas privadas. O Tribunal Constitucional português não resolveu o problema em geral, e podemos mesmo perguntar se deverá, alguma vez, resolvê-lo em termos gerais... Referimo-nos ao facto de a fiscalização da constitucionalidade concentrada em Portugal, pelo Tribunal Constitucional, só abranger o controle de normas, embora incluindo não apenas as normas em si mas também numa certa interpretação, que de uma determinada norma faça o tribunal recorrido”. (Cf. PINTO, Paulo Mota. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.) **Direitos Fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. P. 158)

²⁹⁹ A propósito, salienta José Casalta Nabais: “Ao contrário do que acontece com a «queixa constitucional» - Verfassungsbeschwerde, Staatsrechtliche Beschwerde, Bescheidbeschwerde – do direito alemão, austríaco e suíço, e com o «recurso de amparo» do direito espanhol e hispano-americano, não há em Portugal um mecanismo especial de protecção dos direitos fundamentais. A protecção dos direitos fundamentais não constitui, pois, uma competência a se do TC português.” (NABAIS, José Casalta. **Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional**. In Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº. LXV – ano 1989. Coimbra: 1990. p. 2)

aferição da constitucionalidade de normas jurídicas³⁰⁰, não alcançando um controle das decisões jurisdicionais ou administrativas em si mesmo, muito embora, deva-se ressaltar, por oportuno, que o Tribunal Constitucional concede uma interpretação extensiva do tradicional sentido de norma, adotando um entendimento amplo a partir de um conceito formal e funcional^{301 302}, cujo resultado, regra geral, termina por admitir, em certas circunstâncias, o alcance de particulares à Corte, quando esgotados todos os recursos e instâncias processuais ordinárias.

No entanto, efetivamente não consta positivado, dentre as garantias constitucionais, um instrumento de acesso direto, tal qual a «Verfassungsbeschwerde», prevista na Lei Fundamental alemã, ou mesmo o mandado de segurança e o *habeas corpus*, mecanismos acautelados na vigente Constituição Federal brasileira³⁰³. Assim, em face de tais razões, o recurso concreto de constitucionalidade ainda não se mostra suficientemente amplo a caracterizar a defesa dos direitos fundamentais como uma competência apriorística ou privativa da Corte³⁰⁴, embora a quase unanimidade dos julgados evidencie a

³⁰⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 932.

³⁰¹ Nesse particular, é esclarecedora a lição de Fernando Alves Correia: “O conceito de *norma*, para efeitos de fiscalização de constitucionalidade, tem sido densificado na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Segundo a jurisprudência uniforme e constante do nosso órgão supremo da justiça constitucional, a noção de norma jurídica abrange qualquer acto do poder público que contiver uma ‘regra de conduta’ para os particulares ou para a Administração, um ‘critério de decisão’ para esta última ou para o juiz ou, em geral, um ‘padrão de valoração de comportamento’. Trata-se de um conceito simultaneamente *formal* e *funcional* de norma, que não abrange somente os preceitos de natureza *geral* e *abstracta*, antes inclui quaisquer normas públicas, de eficácia externa, independente do seu carácter geral e abstracto ou individual e concreto” (CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 68-69)

³⁰² Há quem defenda uma proximidade entre essa interpretação do Tribunal Constitucional e a abertura à queixa constitucional: “a partir do momento em que o Tribunal Constitucional passa a arrogar-se o poder de julgar da inconstitucionalidade da norma na concreta interpretação que dela fez o juiz comum, enquanto questão de inconstitucionalidade da norma nessa interpretação, começa a dissipar-se a linha de fronteira entre controlo de inconstitucionalidade de norma e controlo da inconstitucionalidade da decisão judicial, isto é, nosso sistema de fiscalização começa de alguma forma a admitir na prática, mas ao arrepia das regras estabelecidas, queixas constitucionais (recursos de amparo) relativamente a decisões dos tribunais comuns”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 170-171)

³⁰³ Cf. CORREIA, Fernando Alves. “Relatório Geral da I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha”. In Documentação e Direito Comparado, Separata do **Boletim do Ministério da Justiça**, nº. 71/72. Lisboa: 1997. p. 58

³⁰⁴ A propósito, é severa a crítica de Reis Novais, para quem o sistema português deveria admitir e normatizar um recurso de amparo: “De facto, na medida em que o sistema está exclusivamente dirigido à fiscalização de normas, ficam desde logo teoricamente subtraídas à intervenção garantística do Tribunal Constitucional todas as inconstitucionalidades actuadas, não por normas, mas através de decisões e actos individuais e concretos sejam eles praticados pelos titulares do poder político, pela Administração ou pelo poder judicial. Pelo menos no domínio sensível dos direitos fundamentais, esta lacuna significa que ficam sem tutela do Tribunal Constitucional todas as intervenções restritivas cuja contestação não tenha por base a inconstitucionalidade de uma norma ordinária: o Tribunal Constitucional só pode fiscalizar as normas

capital e invidiosa importância que os julgadores conferem aos direitos, às liberdades e às garantias, os quais são tomados em conta na totalidade das sentenças prolatadas.

Por todas essas considerações procedimentais, inerentes ao próprio sistema português, a questão não é enfrentada diretamente nos acórdãos, razão pela qual a análise jurisprudencial da controvérsia obriga o estudo dos precedentes ainda que circunstanciais ao tema.

Com efeito, um dos primeiros casos em que é possível cotejar, no pronunciamento, resquícios da apreciação atinente à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas é o acórdão n.º 198/85 (Diário da República, II Série 217, de 19 de Setembro de 1992), cujo relator foi o Conselheiro Cardoso da Costa. Ficou assentado categoricamente o seguinte: *“no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição apenas se prevê a possibilidade de restrições legais ao sigilo da correspondência «em matéria de processo criminal», e a restrição ora em causa não tem aí, a todas as luzes, a sua sede — não é, por outras palavras, ditada por um objectivo de investigação e perseguição criminal. Por outro lado, independentemente do preciso significado que deva atribuir-se em geral, ou no âmbito de outros direitos fundamentais, à extensão da vinculatividade de tais direitos também às entidades privadas, o que é dizer, às relações jurídico-privadas (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição), afigura-se indiscutível que o direito ao sigilo da correspondência é um daqueles que, por sua natureza, não pode deixar de ter um alcance erga omnes, impondo-se não apenas ao poder público e aos seus agentes, mas igualmente no domínio das relações entre privados”*³⁰⁵.

No caso em apreço, o Tribunal Constitucional referendou a existência do direito fundamental ao sigilo de correspondência concernente às pessoas coletivas (ou pessoas jurídicas, como são denominadas na legislação brasileira), inclusive, àquelas em estado falimentar, mencionando textualmente, ainda, que esse direito é oponível a todos, incluindo-se, portanto, os demais particulares, motivo pelo qual as correspondências devem ser dirigidas, necessariamente, ao representante legal, a quem cabe abrir e analisar seu conteúdo.

restritivas de direitos fundamentais, não já as intervenções ablativas nas liberdades e direitos fundamentais praticadas pela Administração e pelo poder judicial.” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria...** p. 159-160).

³⁰⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 198/85. Relator Conselheiro Cardoso da Costa. Publicado no Diário da República, II Série 217, de 19/09/1992. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850198.html>>. Acesso em: 22 janeiro 2013

Nada obstante, em que pese a afirmativa literal contida na fundamentação do julgado trasladado, é de se destacar que, em parte alguma, há qualquer referência, ainda que *en passant*, às doutrinas que justificam a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas, ou mesmo qualquer alusão às possíveis intensidades dessa vinculação.

Em parte como consequência dessas evasivas, há, no seio da doutrina, quem sustente que o precedente citado, de *per se*, não pode ser interpretado como uma predileção, ou admissão indubitável, exarada pela Corte Constitucional, da vinculação dos particulares aos direitos, às liberdades e às garantias individuais^{306 307}.

Contudo, ao aprofundar-se o estudo relacionado ao posicionamento jurisprudencial do Pretório Constitucional, há outros casos em que se observam novos vestígios que corroboraram a aparente inclinação pela tese da vinculação direta dos direitos fundamentais no campo privado. A esse respeito, no acórdão nº. 359/91 (Diário da República, I Série-A, de 15 de Outubro de 1991), tendo como relator o Conselheiro Monteiro Diniz, aferiu-se a constitucionalidade, ou não, da possibilidade de um tratamento diferenciado na proteção e na tutela do interesse dos filhos decorrentes de um casamento e de uma união de fato. Especificamente na demanda mencionada, era objeto de ponderação se, da mesma forma que ocorre nos casos de dissolução de casamento, seria possível a transmissão do contrato de arrendamento (ou locação, tal qual é rotineiramente reputado no ordenamento brasileiro), após o término de uma união de fato, ao progenitor responsável pela guarda dos filhos menores, sendo um meio de proteger as crianças.

Como resultado do exame da matéria, o Tribunal trouxe à tona novamente o assunto, mencionando sua conclusão, nos seguintes termos: “*Integrado num preceito constitucional respeitante aos direitos, liberdades e garantias, é este princípio directamente aplicável, isto é, dispõe de eficácia imediata, não carecendo de mediação, desenvolvimento ou concretização legislativa para esse efeito, e vincula as entidades*

³⁰⁶ Nesse sentido: “Estamos em crer que a teoria do *Drittwirkung* ou da *third-party applicability* (da eficácia em relação a terceiros ou eficácia externa) dos direitos fundamentais, tida em conta neste Ac., não foi pensada nem desenvolvida para casos deste tipo. Efectivamente, não vemos como é que o direito ao sigilo da correspondência alguma vez tenha valido apenas face às entidades públicas. A teoria referida parece ter tido antes por objetivo alargar a eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares decorrentes da autonomia privada, nomeadamente nas relações contratuais.” (NABAIS, José Casalta. *op cit.* p. 17)

³⁰⁷ Da mesma forma, entende Paulo Mota Pinto, ao afirmar que o direito ao sigilo da correspondência foi justamente pensado, na essência, em sua vinculação perante os particulares. (Cf. PINTO, Paulo Mota. “O direito ao desenvolvimento da livre personalidade”. *In: Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 228, nota 223).

públicas e privadas.”³⁰⁸

O arremate, por maioria de votos, foi no sentido de se declarar inconstitucional³⁰⁹ a não transmissão do contrato de arrendamento a cônjuge, cujos filhos menores lhe foram confiados, devido à violação do tratamento igualitário entre crianças nascidas de um casamento ou fora dele, em sua acepção lata, vedando-se, pois, a discriminação na transferência contratual.

A polémica, entretanto, apesar dos dois vereditos acerca da causa, não restou irrefutavelmente dirimida.

Aliás, no mesmo propósito, em distinta oportunidade, o litígio novamente foi defrontado pelo Tribunal Constitucional por ensejo do julgamento do Processo n.º 739/02, em que se discutia a incidência plena dos direitos fundamentais no âmbito dos partidos políticos portugueses, os quais, muito embora sejam detentores de um inegável e relevante poder social, não estão inseridos dentro do aparato administrativo-estatal propriamente dito.

Em outros detalhes, militantes políticos filiados ao Partido Comunista Português suscitavam a nulidade das deliberações do Comitê Central partidário, dentre as quais as que haviam aplicado sanções disciplinares aos promoventes, invocando crucialmente as disposições constitucionais, notadamente direitos, liberdades, garantias e normas atinentes ao funcionamento das agremiações políticas.

Como corolário desses fatos controvertidos, o Pretório lusitano, por intermédio do acórdão n.º 185/2003, da relatoria do Conselheiro Artur Maurício, certificou, em outro momento, que os direitos fundamentais também vinculam as entidades privadas, não estatais, de modo que os particulares podem invocá-los em nome da tutela constitucional de suas posições jurídicas. Sob esse pretexto, restou consignado peremptoriamente: *“Mas, sobretudo, entendendo-se – como se entende – que no ‘bloco de legalidade’ a que estão sujeitas as deliberações punitivas dos partidos se devem integrar, por força da sua aplicação directa, os comandos constitucionais pertinentes, em matéria de direitos liberdades e garantias – em particular, as garantias de audiência e defesa aplicáveis, nos termos do artigo 32º n.º 10 da Constituição ‘em quaisquer processos sancionatórios’ -, não*

³⁰⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 359/1991. Relator Conselheiro Monteiro Diniz. Publicado no Diário da República, I Série-A, de 15/10/1991. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910359.html>>. Acesso em: 22 janeiro 2013

³⁰⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Constituição e Défice Procedimental” In: **Estado e Direito**, n.º 2 – ano: 1988. p. 33-34.

*pode deixar de se considerar lícita a invocação da violação desses preceitos”*³¹⁰.

Da mesma forma, é deveras oportuno salientar a afirmação taxativa alusiva à necessidade inderrogável de os partidos respeitarem os direitos fundamentais dos seus integrantes: *“Tem para o caso especial relevância a consagração constitucional do dever dos partidos políticos de se regerem ‘pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democrática e da participação de todos os seus membros’... Ora – disse-se já – que os partidos políticos gozam de poderes de auto-governo, devendo, no entanto, reger-se pelos princípios constitucionais estabelecidos no n.º 5 do artigo 51º da CRP, avultando, para o caso, os da ‘organização e gestão democráticas e da participação de todos os seus membros’, o que não é mais do que outra forma de referir a exigência de ‘democracia interna’; e, de igual modo, devem os partidos políticos respeitar os direitos fundamentais dos seus filiados.”*.

Finalmente, há ainda trecho de manifestação, no particular, deveras conclusiva, que proporciona o entendimento pela consagração da vinculação dos preceitos fundamentais, positivados na Constituição, às relações jurídicas dos particulares, embora se repita o vácuo a respeito das construções doutrinárias tradicionais respectivas ao conteúdo do problema. Eis o excerto irretorquível da decisão: *“De todo o modo, ficou claro, no que concerne à garantia dos direitos de participação dos militantes na vida interna dos partidos, que ela decorre da ‘eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias”*”.

Por conseguinte, levando-se em consideração os precedentes mais emblemáticos³¹¹, objeto de menção acima, tem sido conclusão frequente, no horizonte doutrinário, que o Tribunal Constitucional inclinou-se por reconhecer o caráter vinculante dos direitos fundamentais positivados na Carta de República Portuguesa de 1976, inclusive nos domínios das relações privadas³¹², conquanto deva-se destacar que há posicionamentos

³¹⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º. 185/2003. Relator Conselheiro Artur Maurício. Publicado no Diário da República, I Série-A, de 03/04/2003. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910359.html>>. Acesso em: 22 janeiro 2013

³¹¹ A doutrina defende ainda que os Acórdãos 275/02, 153/90, 23/06, dentre outros precedentes, também oferecem indicação do acolhimento da tese em questão, muito embora consubstanciem exame de normas jurídicas, em uma espécie de via indireta do contraponto aos direitos fundamentais. (Cf. PINTO, Paulo Mota. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português” ... p. 159 e ss).

³¹² A esse respeito, proclama Benedita Mac Crorie: “[n]o Acórdão n.º. 185/2003, parece que o TC vai um pouco mais além, uma vez que considera estar perante uma colisão de diferentes direitos e princípios: auto-governo e auto-gestão democrática dos partidos, liberdade de expressão, direitos de reunião e manifestação e de participação dos cidadãos na vida política através dos partidos políticos. Neste caso, parece que o TC assumiu expressamente a eficácia imediata dos direitos fundamentais” (MAC CRORIE, Benedita

notáveis sustentando que não é possível assinalar, com precisão absoluta, que o Pretório de Portugal alcançou uma resposta geral e definitiva acerca do assunto³¹³.

4.3 DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL NO TOCANTE À CONTROVÉRSIA

Seguindo a linha explicitada outrora e diferentemente do que ocorre em terras portuguesas – cujo sistema constitucional contém disciplina normativa, ainda que de modo não integral, sustentando a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais –, na Espanha, a Constituição foi pouco mais lacunosa no enfrentamento da questão.

Nesse propósito, o ponto nodal da controvérsia encontra-se na parte final do art. 53, n.º. 1, que assenta que os direitos fundamentais “*vinculan a todos los poderes públicos*”. É dizer, portanto, que não existe menção textual de sua aplicabilidade direcionada especificamente às relações ou às entidades privadas.

Entretanto, se a dicção, aparentemente, expressa da norma portuguesa não satisfaz de imediato à querela, esse hiato constitucional hispânico também não é conclusivo nem pode ser interpretado de forma solitária, notadamente porque não garante um entendimento dominante ou tampouco acarreta o sedimentar da posição jurisprudencial majoritária em seu favor.

Aliás, parte da doutrina espanhola patrocina, com primor e sustância jurídica, a defesa do argumento de que as normas constitucionais devem ser interpretadas não isolada ou dispersamente, mas sempre com o intuito de ser abstrair seu sentido global, no esforço de se evitar, tanto seja possível, as antinomias normativas³¹⁴, e, justo por essa razão, o sentido do artigo 53, n.º 1 deve ser amealhado sistematicamente também em função do artigo 9, n.º. 1³¹⁵, que dispõe: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución*”. Portanto, a partir dessa conjugação de normas constitucionais, tornar-se-ia possível concluir pela eficácia dos direitos fundamentais no âmbito dos particulares.

Como corolário do Estado Democrático e Constitucional de Direito que vigora

Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 18)

³¹³ Cf. PINTO, Paulo Mota. “O direito ao desenvolvimento da livre personalidade”... p. 228, nota 223.

³¹⁴ Cf. CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de Derecho Constitucional**, vol. I. Madrid: Editora Tecnos S.A, 2005, p. 179.

³¹⁵ Cf. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**, vol. II. Madrid: Editora Tecnos S.A, 2005, p. 60

nas terras espanholas, esta discussão de tamanho jae, sem sombra de dúvida, alcançaria as salas do Tribunal Constitucional Espanhol, a quem incumbiria dar uma resposta, em última instância, acerca da interpretação constitucional no que tange ao campo de incidência dos direitos fundamentais e ao seu vínculo com as relações e as entidades particulares.

Esse arremate, inclusive, traria consigo importante consequência ao sistema de proteção dos preceitos fundamentais, face à influência noticiada pela doutrina espanhola da jurisdição que emana de suas sentença um “efeito educativo da jurisprudência”³¹⁶ na aplicação dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional, aprofundando e delimitando, nos precedentes jurisprudenciais apreciados, o alcance desses direitos a partir da extração hermenêutica dos valores contidos nas normas constitucionais e defendendo, na medida do possível, junto aos demais poderes, os fundamentos da Constituição³¹⁷.

Em adendo, esse resultado da posição da Corte, intérprete suprema da Constituição, revela-se ainda mais relevante no contexto espanhol, visto que o ordenamento castelhano prevê, em contraponto ao sistema jurídico português e consoante antecipado, o «recurso de amparo», instrumento processual notável, interposto diretamente ao Tribunal Excelso pelos particulares que se sentem prejudicados, e que funciona como verdadeiro garante do respeito e observância pelos direitos fundamentais, inseridos no “âmbito primordial dos objetivos da justiça constitucional”³¹⁸.

Destaque-se ainda que a consagração de consistentes remédios jurisdicionais, especificamente para salvaguarda de direitos fundamentais em casos concretos, evidencia, com maior ênfase, o grau de importância desses preceitos para a ordem jurídica.

Nesse ensejo, ao admitir o controle de constitucionalidade não apenas de normas, mas também de atos lesionadores de direitos fundamentais e de liberdades

³¹⁶ Cf. LUENGO, José Antonio Doncel. **El recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, Medio Subsidiario de Protección de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996. p. 16-17.

³¹⁷ A propósito, é relevante o arremate de Enrique Álvarez Conde: “Por eso, la justicia constitucional supone na defensa de todos e cada uno de esos valores. Todo ello, naturalmente, implica que la función de la justicia constitucional no puede – no debe – ser aséptica, sino que tiene que coadyuvar, junto con los demás poderes públicos, al desarrollo de los valores que sirven de fundamento a la Constitución.” (CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de Derecho Constitucional**, vol. II. Madrid: Editora Tecnos S.A, 2005, p. 288).

³¹⁸ A esse respeito, leciona Fernando Alves Correia: “A garantia do respeito pelos direitos fundamentais como dimensão essencial da justiça constitucional, em particular do Tribunal Constitucional, assume um especial relevo nos ordenamentos jurídico-constitucionais que conhecem instrumentos processuais específicos de proteção dos direitos fundamentais, como sucede – e limitámo-nos, agora, a citar exemplos de países europeus – com o espanhol e alemão” (CORREIA, Fernando Alves. “Os direitos fundamentais e a sua proteção jurisdicional efectiva”. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXIX – ano 2003. p. 68)

públicas, inclusive, atos e decisões judiciais, aliado à circunstância segundo a qual a sentença do amparo desfruta de poderes de não somente anular o ato eivado de nulidade, como ainda restabelecer o prejudicado no pleno usufruto de suas garantias³¹⁹, o sistema procedimental permite ao Tribunal Constitucional ostentar uma posição favorecida no enfrentamento da controvérsia.

A esse respeito, uma das primeiras ocasiões em que o Pretório Constitucional Espanhol confrontou o tema foi quando do julgamento proferido na STC 88/1985 (BOE nº. 194 de 14 de agosto de 1985). O âmago da contenda dizia respeito à caracterização, ou não, como discriminatória da rescisão de um contrato de trabalho pura e simplesmente em razão do exercício do direito de expressão perante programa televisivo acerca das atuais condições de trabalho a que estavam submetidos os trabalhadores.

Na oportunidade, ficou peremptoriamente consignado que o contrato firmado não implica que esteja a empresa imune ao respeito dos direitos fundamentais do trabalhador enquanto cidadão: *“La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a)], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones”*.

Sustentou-se, ainda, no corpo do acórdão, que as entidades privadas não são isentas dos preceitos constitucionais a ponto de lhe serem permitidas violações injustificadas a tais normas, uma vez que esse suposto «feudalismo» é incompatível com o Estado Democrático e Social de Direito: *“Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales*

³¹⁹ Cf. CORREIA, Fernando Alves. “A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e Divergências”. In: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, vol. 3891/3893 – ano 131 (1998/1999). p. 236-237.

*ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)”*³²⁰.

Do quadro em análise, é perceptível a inclinação do Tribunal Constitucional para acolher a aplicabilidade dos direitos fundamentais – no caso em apreço, da liberdade de expressão – no horizonte das relações privadas, culminando, inclusive, com a concessão do amparo e com a decretação da nulidade da rescisão contratual, com o restabelecimento do vínculo de emprego. Registre-se que a própria doutrina espanhola³²¹ reconhece que é, na senda das relações trabalhistas, a área onde se presenciam casos cada vez mais evidentes, sendo, por isso, campo deveras fértil para a discussão do tema.

Ocorre, todavia, que não foi em todos os casos que a conclusão direcionou-se perceptivelmente ao entendimento pela vinculação dos sujeitos de direito de privado às liberdades fundamentais. Ao revés, há séria controvérsia acerca do posicionamento do Colendo Excelso sobre a temática e sobre qual incidência haveria sido, de fato, amparada.

Há, dessa forma, vários precedentes em que se evidencia uma hesitação do Pretório Espanhol no desígnio de uma tese definida acerca do tema. A propósito, no julgamento do STC 18/1984 (BOE nº. 49 de 9 de marzo de 1984), observa-se claramente essa indecisão, porquanto se assente inicialmente: *“Esta concretización de la Ley Suprema no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho como el que consagra el art. 1 de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”*.

Contudo, ao longo do restante da fundamentação do julgado, parece-se inclinar para uma eficácia mediata, através da ação dos poderes públicos: *“la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes*

³²⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença STC nº. 88/1985. Publicada no BOE nº. 194 de 14/08/1985. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=17094>>. Acesso em: 22 janeiro 2012

³²¹ Cf. DAL-RE, Fernando Valdés. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado”. **Derecho privado y constitución.**, num. 17 – ano 2003. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 525.

políticos han violado tal deber”.³²²

Em distinta oportunidade, chegou a lume do Excelso Tribunal a questão a respeito dos direitos fundamentais e as relações particulares, analisando-se especificamente se se aplicava, na seara das regras de sucessão dos títulos nobiliárquicos da monarquia, o princípio da proibição de discriminação em razão de sexo. Neste particular, no momento da apreciação da STC 114/1995 (BOE nº. 184 de 3 de agosto de 1995), ficou assentado, na decisão, que os direitos fundamentais raramente ficam circunscritos unicamente em relação ao Poder Público, nos seguintes termos: *“Pues los efectos de los derechos fundamentales, incluso de los derechos de libertad, rara vez se circunscriben al estricto ámbito de la contraposición entre el poder público y el individuo aislado. Por el contrario, desde su mismo origen, la noción de los derechos, con su consiguiente pretensión de efectividad, supuso una alteración de las relaciones sociales, y no solo del simple modo de ejercicio del poder político.”*³²³

Por último, deve-se igualmente ressaltar, motivado pela eloquência das assertivas, a decisão pronunciada nos autos da STC 177/1988 (BOE nº. 266 de 5 de noviembre de 1988). Nessa contenda, a Excelsa Corte expressamente proclamou que, embora a Constituição, no seu artigo 53, nº. 1, tenha assinalado, de modo textual, a vinculação apenas dos poderes públicos, não significa que os particulares estão desonerados de respeitar os direitos fundamentais, sob o (pseudo) manto intangível da autonomia privada.

Nesse aspecto, consta nos fundamentos da sentença: *“Ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos*

³²² ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença STC nº. 18/1984. Publicada no BOE nº. 49 de 09/03/1985. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=16897>>. Acesso em: 20 janeiro 2012

³²³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença STC nº. 177/1988. Publicada no BOE nº. 266 de 5/11/1988. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=19594>>. Acesso em: 23 janeiro 2012

fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional”³²⁴

A esse respeito, portanto, os precedentes noticiam inúmeros indícios, cada vez mais concretos, a depender do caso, de que o Pretório Espanhol tende, majoritariamente, a ratificar a vinculação dos direitos fundamentais também na esfera das relações jurídico-privadas concretizadas entre particulares, o que resulta, por via de consequência, em conceder uma interpretação extensiva do art. 53, n.º 1, da Constituição.

Nada obstante, é preciso efetuar ressalva semelhante ao que ocorre com os precedentes lusitanos, desde que, nas sentenças proferidas pela Corte castelhana e objeto de análise anterior, não houve qualquer menção categórica às construções doutrinárias explicitadas no capítulo anterior que amparam a tese jurídica em discussão. Da mesma maneira que inexistem, nos julgamentos, referências peremptórias ou critérios de decisão que apontem o grau ou o parâmetro de intensidade dessa vinculação.

Por conseguinte, tem-se concluído que, apesar da existência de inúmeros precedentes que corroboram a aplicação dos direitos fundamentais também nas relações particulares concretas³²⁵, ainda não é possível assentar que se firmou, na Espanha, jurisprudência constitucional robusta e uníssona acerca do tema, o que demandaria a existência de critérios claros, precisos e consistentes, situação ainda não alcançada, porquanto as atuais decisões têm-se pautado, prioritariamente, através de fundamentos da

³²⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença STC n.º. 177/1988. Publicada no BOE n.º. 266 de 5/11/1988. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=17744>>. Acesso em: 24 janeiro 2012

³²⁵ Nesta linha, é válido o arremate de Juan María Bilbao Ubillos: “No puede hablarse, en rigor, de una doctrina del Tribunal Constitucional español que defina con claridad su posición en esta materia. Al Tribunal no le han faltado ocasiones, ciertamente, pero, consciente de que éste es un terreno muy resbaladizo, ha preferido eludir el problema de fondo, pasar de puntillas, para no tener que pronunciar-se sobre una cuestión que él mismo ha calificado de ‘espinosa’. Y ha encontrado en el expediente de la ‘asunción judicial’ una buena excusa para no entrar de lleno en la polémica. Pero son muchas las sentencias en las que ha acabado por reconocer implícitamente la eficacia de un derecho fundamental en el seno de una concreta relación privada” (UBILLOS, Juan María Bilbao. “La eficacia a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español”. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.) **Direitos Fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. P. 192)

ordem de “justiça material que, em certas situações merecem proteção frente aos particulares”³²⁶.

4.4 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO ACERCA DO TEMA

Evidente que, como visto nos capítulos antecedentes, a intensa e enriquecedora discussão doutrinária travada, ao longo dos últimos anos, no território brasileiro, aliado aos reclamos doutrinários de que a dignidade da pessoa humana implicaria a universalização dos direitos fundamentais para a esfera privada³²⁷, sem sombra de dúvidas, projetaria o intrincado debate ao palco do Supremo Tribunal Federal, a quem caberia, enquanto ápice do Judiciário, dar sua virtuosa contribuição³²⁸ e resposta, em última instância, acerca da interpretação jurisdicional no tocante ao raio de incidência dos preceitos fundamentais da Constituição Federal no âmbito das relações privadas.

De fato, um arremate acerca dessa aplicação seria oportuno, desde que é indene de controvérsia a necessidade premente de se estabelecer as medidas da aplicabilidade, circunstância essa que, inclusive, os mais vanguardistas dos defensores da teoria da vinculação direta anuem ser preciso definir, de tal sorte que o critério definido pela Corte apontaria o caminho exato a ser trilhado, conquanto não é razoável concordar com uma transposição idêntica da aplicabilidade no tocante ao Poder Público e aos particulares³²⁹.

Por isso, a Corte Constitucional brasileira, quando tivesse a oportunidade de se debruçar sobre a querela, deveria necessariamente assentar se o ordenamento jurídico aceitaria a vinculação do Direito Privado aos direitos fundamentais, mas principalmente em que parâmetros e sob qual intensidade essa irradiação se concretizaria.

³²⁶ Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Civitas S.A, 2005. p. 148.

³²⁷ A esse respeito, Carlos Roberto Siqueira Castro: “O postulado da dignidade humana passou, assim a embasar a reivindicação, que já hoje assume foros de universalidade na teoria constitucional, de que os preceitos relativos aos direitos e deveres individuais e coletivos, segundo a ementa adotada pelo constituinte brasileiro no Capítulo I do Título II de nossa Carta Política, vinculem também a esfera privada.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas”. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, vol. 4, nº 42 (ago/2004), p. 4231-4239).

³²⁸ Cf. FACHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 45.

³²⁹ Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. “Direitos Fundamentais e suas Características”. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. vol. 29 – ano 2000. p. 63

Nessa árdua tarefa hermêutica, caberia ao Pretório Excelso fundamentar as premissas estruturantes e a magnitude da aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, §1º, de uma Carta Magna que eleva os direitos econômicos, sociais e trabalhistas à condição de verdadeiros direitos fundamentais, assim como estipula, como objetivos essenciais do Estado, a construção de uma sociedade justa e solidária, a partir da erradicação da pobreza, e ainda que vislumbra a redução das desigualdades – art. 3º, I e III – de tal sorte, que seria a partir desta perspectiva normativa que a Corte iria enfrentar o problema³³⁰.

E, dentro desse contexto jurídico, a primeira oportunidade que o Supremo Tribunal teve de apreciar a matéria foi no ano de 1996, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 158.215-4/RS (Publicado no Diário da Justiça 07/06/1996 p. 307), em que foi relator o Ministro Marco Aurélio Mello. O caso, em síntese geral, tratava de ação proposta por indivíduos associados a uma cooperativa, sediada no Rio Grande do Sul, os quais arguíam a direta aplicabilidade do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório – art. 5º, LV da Constituição – ao caso, porquanto haviam sido sumariamente expulsos por Assembleia Geral, prevista no estatuto da entidade.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul referendou a proscricção sob o argumento de que os autores haviam levado a questão à imprensa, solicitando que a Assembleia analisasse imediatamente o acontecimento e as acusações, o que fora efetivado, e a deliberação resultou no banimento dos mesmos.

Nada obstante, houve interposição do recurso extraordinário, sustentando, essencialmente, que a expulsão não havia sido precedida dos indispensáveis contraditório e ampla defesa, constitucionalmente assegurados, o que contaminaria de ilicitude o banimento.

O processo foi submetido a julgamento na Segunda Turma, em 30 de abril de 1996, com a conclusão pelo provimento do recurso para garantir a integridade constitucional da amplitude da defesa aos autores, reformando a decisão recorrida e anulando a expulsão. O respectivo acórdão ficou ementado da seguinte maneira:

³³⁰ A esse respeito, vem a calhar: “Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como objetivo fundamental da República, ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos. Nossa Constituição, apesar da irresignação de alguns, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada” (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 237).

EMENTA: DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.³³¹

Embora se depreenda da análise do julgado transcrito que a tese da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foi indisfarçadamente acolhida pela Corte Máxima brasileira, é interessante observar que a decisão não faz nenhuma menção aos fundamentos teóricos que subsidiam a defesa doutrinária da tese, situação bastante comum no seio dos acórdãos brasileiros³³², concernentes ao tópico.

Com efeito, da análise detalhada da fundamentação proferida pelo Excelso Tribunal, observam-se, em seu trecho primordial, as seguintes razões de decidir: “*Exsurge, na espécie, a alegada contrariedade ao inciso LV do rol das garantias constitucionais. Conforme ressaltado pela Procuradoria Geral da República, os recorrentes foram excluídos do quadro de associados da Cooperativa em caráter punitivo, tal como depreende-se do acórdão atacado (folhas 245 a 249). O Colegiado de origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos Recorrentes no sentido de serem julgados pela Assembléia da Cooperativa. A exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da ampla defesa nos processos em geral. Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados.*”.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 158.215-4/RS. Ementa Publicada no Diário da Justiça 07/06/1996 p. 307. Relator. Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 27 janeiro 2013.

³³² Cf. SARMENTO, Daniel. *ob cit.* p. 250.

Nesse sentido, ainda que ausente uma menção categórica³³³ acerca das teorias da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, observa-se que o *decisum* se revela integralmente favorável à doutrina, inclusive, o precedente citado inaugurou um novo entendimento da Corte no tocante à questão, concretizando novel hermenêutica da Constituição Federal de 1988.

Adotou-se, pois, uma nova posição jurisprudencial, desde que todos precedentes de até então faziam referência a um antigo pronunciamento, datado de 1983, e, portanto, sob a égide da anterior Carta Magna de 1967, quando se analisou o Agravo de Instrumento nº. 87.831-9/SP (Publicado no Diário da Justiça 07/10/1983 p. 259), cuja conclusão corrente era no sentido de recusar a incidência dos direitos fundamentais no âmbito particular³³⁴.

Entretanto, não há dúvida de que um único julgamento, por mais determinante que pareça, não conduz, necessariamente, à conclusão de que restou pacificada a controvérsia, notadamente quando acontecem várias modificações na composição do tribunal. Assim, justamente em face dessas possíveis dúvidas a respeito da estabilidade da jurisprudência do Tribunal Supremo atinente à questão, a doutrina jurídica passou a esperar avidamente por novos pronunciamentos, a fim de ser possível concluir pela sedimentação

³³³ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais” *In: Direito Público*, v. 1, nº 2 (out. /dez. 2003). Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, p. 174

³³⁴ O acórdão em questão foi o seguinte: “AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE MOVIDA POR CASAL CONDOMINO, CONTRA O CONDOMINIO DO EDIFICIO, PORQUE O SINDICO NÃO PERMITE QUE EMPREGADA DOMESTICA DO CONDOMINO UTILIZE AS PISCINAS DO CONDOMINIO, DO QUE RESULTARIA A INVIABILIDADE DO USO DA PISCINA INFANTIL, PELO FILHO MENOR DO CASAL AUTOR. LEI N. 4591, DE 1964, ARTS. 19 E 22, PARAGRAFO 1., LETRA "E"; CONSTITUIÇÃO, ART. 153, PARAGRAFO 1. E 22. CLAUSULAS CONVENCIONAIS DO CONDOMINIO. ACERCA DO USO DAS PISCINAS, RELATIVAMENTE AOS CONDOMINIOS, SEUS FAMILIARES E EMPREGADOS. RESTRIÇÃO IMPUGNADA CONSTANTE DE CLÁUSULA CONVENCIONAL, QUE NÃO SE REFERE AOS CONDOMINIOS, MAS A USO DE PARTES COMUNS POR TERCEIROS. ESTABELECE-SE A DISCIPLINA, NO INTERESSE DOS CONDOMINIOS, POR TODOS HÁ DE SER RESPEITADA, SEM QUE O PROCEDIMENTO EM CONTRARIO DE QUALQUER DELES SE POSSA AUTORIZAR, COM INVOCAÇÕES AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA PROPRIEDADE. QUANTO A EXTENSAO DO USO DAS PISCINAS A TERCEIROS, INCLUSIVE VISITANTES E SERVICIAIS, NADA IMPEDIRA, DESDE QUE NISSO CONVENHAM OS CONDOMINIOS, ALTERANDO, ASSIM, CLAUSULAS DA CONVENÇÃO DE CONDOMINIO. NÃO CABE, EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO, REEXAMINAR O CONTEUDO DAS CLAUSULAS CONVENCIONAIS, A TEOR DA SÚMULA 454. AFASTADA A QUESTÃO CONSTITUCIONAL, O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PODE SER ADMITIDO, NO CASO, EM FACE DOS OBICES DO ART. 325, INCISOS VIII E V, LETRA "C", DO REGIMENTO DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº. 87.831-9/SP. Ementa publicada no Diário da Justiça de 07/10/1983 p. 259. Relator Min. Néri da Silveira. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=270679>>. Acesso em: 27 janeiro 2012)

de um entendimento sólido.

Essa espera, entretanto, não demorou muito, visto que, no mesmo ano de 1996, chegou à Corte Excelsa nova contenda, envolvendo, particularmente, as teorias da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A demanda, deste feita, envolvia empregado brasileiro que trabalhou, durante 34 (trinta e quatro) anos, para a empresa *Air France* e pretendia, em nome do princípio da igualdade – previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal – que lhe fossem reconhecidos todos os direitos trabalhistas previstos no “Estatuto do Pessoal da Empresa”, o qual, em tese, somente beneficiaria os trabalhadores que detivessem nacionalidade francesa.

A partir dessas premissas teóricas, o Supremo Tribunal Federal, em 29/10/1996, por meio do relator, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, submeteu o Recurso Extraordinário nº. 161.243-6/DF (Publicado no Diário da Justiça 19/12/1997 p. 756) a julgamento. A decisão reconheceu a transgressão ao princípio da isonomia, que aplicar-se-ia também àquela relação privada, e deu provimento ao recurso para reconhecer o direito do trabalhador brasileiro às benesses dirigidas aos cidadãos franceses, estipuladas no “Estatuto do Pessoal da Empresa Air France”, consoante se observa da ementa transcrita:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*.

I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*).

II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.

IV. - R.E. conhecido e provido.³³⁵

É fácil perceber, portanto, que, mais uma vez, o Pretório Supremo deu guarida à tese da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, inclusive, independente de legislação ordinária a respeito, que sequer foi mencionada no caso

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 161.243-6/DF. Ementa publicada no Diário da Justiça 19/12/1997 p. 756. Relator Min. Carlos Mário da Silva Velloso. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 27 janeiro 2013.

concreto.

Aliás, o voto proferido pelo relator evidencia claramente que o ultraje à igualdade de tratamento é vedado pelo ordenamento constitucional brasileiro, em especial, nas relações privadas, senão vejamos o teor das razões: *“Aqui, deixou-se de aplicar, em relação ao empregado, ora recorrente, o estatuto da empregadora, que concede vantagens aos empregados, ao argumento puro e simples de que ele não seria aplicável porque o empregado não era de nacionalidade francesa, mas brasileira. Não se considerou, todavia, que a prestação de serviço realizava-se no Brasil, sujeita a empresa às leis brasileiras, convindo registrar que na empresa havia empregados franceses e brasileiros, todos empregados da mesma empresa, certo que não se reservava aos franceses um certo tipo de trabalho diferente do trabalho praticado pelos brasileiros... O fator desigualador foi, não custa repetir, apenas isto: a nacionalidade. Em síntese, no caso, o elemento usado para desigualar é simplesmente singularizador do destinatário; acresce que não há conexão lógica e racional que justifique o tratamento diferenciado e, ademais, não me parece ocorrer, no tratamento diferenciado afinidade com o sistema normativo vigente.”*

Sem sombra de dúvida, a igualdade de tratamento – positivada no art._5º da Carta Magna – foi vulnerada pela empresa privada Air France em sua relação trabalhista com o funcionário brasileiro, que ficou discriminado, porquanto os trabalhadores franceses possuíam maiores regalias.

A propósito, é igualmente esclarecedora a declaração de voto do Ministro Néri da Silveira, que textualmente consignou: *“no que concerne aos direitos sociais, nosso sistema veda, no inciso XXX, do art. 7º da Constituição Federal qualquer discriminação decorrente – além, evidentemente, da nacionalidade – de sexo, idade, cor ou estado civil. Dessa maneira nosso ordenamento é contrário a tratamento discriminatório entre pessoas que prestam serviços iguais a um empregador... Quando a Constituição quis fazer essas discriminações, ela o fez. Mas o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. Em consequência, não pode uma empresa, no Brasil, seja nacional ou estrangeira, desde que funcione, opere em território nacional, estabelecer discriminação decorrente de nacionalidade para seus empregados”*.

Observa-se, desse modo, que, em duas oportunidades distintas, a Excelsa Corte brasileira tendeu a acostar sua posição pela aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações particulares, embora não custe enfatizar que nenhuma das consagradas doutrinas a

respeito da temática foi invocada expressamente nos dois acórdãos transcritos acima, tendo sido, de fato, a conclusão judicante pautada em um juízo de ponderação³³⁶ dos preceitos, valores e bens jurídicos tutelados pela Constituição da República e que estariam em situação de colisão em cada caso concreto analisado nos processos.

Em terceira consideração a respeito da controvérsia, o conteúdo foi soerguido a exame pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº. 201819/RJ (Publicado no Diário da Justiça 27/10/2005 p. 64)³³⁷, cuja relatoria para redação do acórdão coube ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Desta feita, terminou-se por enfrentar novamente a questão, e, não diferente, restou assegurada a aplicabilidade dos preceitos na órbita jurídica dos particulares, tendo assim sido editada a ementa da decisão:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos 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

³³⁶ Cf. FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Contratos e eficácia dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 97.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 201819/RJ. Ementa publicada no Diário da Justiça de 27/10/2005 p. 64. Relator para acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 25 janeiro 2013.

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.

Ademais, revela-se extremamente oportuno transcrever trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, que identifica, com esmero, o posicionamento jurisprudencial firmado no seio do Tribunal: *“Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho a preocupação de, tão somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas,”* evidenciando, com primor, o estágio decisório atual, conforme exposto alhures, em que os acórdãos não fornecem elementos jurídicos seguros para determinar a teoria escolhida (se, em verdade, pode se concluir que tenha optado por alguma).

Todavia, essa circunstância não significa que a tese da vinculação dos particulares não tenha alcançado aceitação entre os demais integrantes, consoante ratifica a declaração de voto do Ministro Joaquim Barbosa, que sustentou, com clareza, o seguinte: *“De minha parte, a exemplo do ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo a cautela de dizer que não estou aqui a esposar entendimento de que essa aplicabilidade deva verificar em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo”*.

Exatamente seguindo a mesma linha de raciocínio exposta, são as razões suscitadas pelo Ministro Celso de Mello, ao considerar, em seu voto, os seguintes argumentos: *“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 a atuação, o poder de*

transgredir ou 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”.

Pelo exposto na decisão acima transcrita, a maioria formada no âmbito da Corte Máxima entendeu por vincular uma entidade de direito privado *strictu sensu* – e, portanto, não estatal – aos direitos fundamentais, reconhecendo a necessidade de respeito às garantias individuais também no campo privado. Frise-se, todavia, que, embora usualmente se reconheçam tais precedentes como indícios periféricos de uma opção do Supremo Tribunal Federal à teoria da aplicabilidade imediata³³⁸, é preciso registrar a ressalva de que todas as situações constituem análise no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, com efeitos exclusivos *inter partes* e sem caráter vinculante aos demais órgãos judicantes nacionais, além do fato de a matéria jamais ter sido submetida ao crivo do plenário, com a composição plena, razão pela qual o indicativo jurisprudencial pretérito é circunstancial, não sendo ainda possível assentar, com total segurança, que reflète a posição dominante da Corte Excelsa Brasileira, mais ainda porque esta encontra-se em constante processo de mudança seja dos seus membros e até, em certos circunstâncias, de sua jurisprudência.

4.5 ALGUMAS CONCLUSÕES

Na era do apogeu da globalização econômica, onde os Estados-Nacionais se encontram praticamente sem fronteiras, a sociedade encontra-se cada vez mais aberta e, talvez por isso, avulta aos olhos o poderio sócio-político de organizações e empresas cada vez mais transnacionais. Entidades que, em ritmo crescente, passam a dominar e monopolizar toda a estrutura da produção da riqueza atual.

Diante deste cenário, caracterizado por vultosos centros de poder privado, a desigualdade das partes na concretização de relações jurídicas entre si é evidente e, como resultado, não é difícil perceber ultrajes e violações aos direitos fundamentais, engendrados

³³⁸ A propósito, é o que defende a doutrina de escol: “Também o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, na esteira de algumas decisões anteriores, acabou por adotar de modo inequívoco a tese de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.” (SARLET, Ingo Wolfgang. “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro”. *In*: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.) **Direitos Fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 130)

intrinsecamente na concretização destas relações.

Por essa razão, se faz necessária uma tutela mais adequada aos direitos, liberdades e garantias constitucionais na perspectiva das obrigações particulares o que reflete uma tendência, até certo ponto preponderante, de se admitir “alguma forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas”³³⁹.

Nesse sentido, uma das conclusões que se alcança é que a despeito das normas constitucionais dos países referenciados reconhecerem e protegerem os direitos fundamentais em um amplo e substancial catálogo positivo – evidentemente, o fazendo de modo diferente entre si, inclusive no tocante ao âmbito de sua eficácia jurídica – pode-se perceber “como elemento comum existe o fato de que o texto constitucional, por si mesmo, não é suficiente para resolver por completo a questão da vinculação direta dos particulares”³⁴⁰.

Igualmente, é possível arrematar que, embora as disposições constitucionais expressamente não tenham sancionado a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, tal fato, na visão da ampla maioria da doutrina não constitui empecilho à construção dogmática que suporte tal concepção, inclusive, como consequência direta da dimensão objetiva desses preceitos essenciais e sua reconhecida supremacia normativa.

Por conseguinte, ao se superar o antigo conceito que compreendia os direitos fundamentais como mera ordem valorativa para considerá-los como parâmetro de validade do sistema jurídico, termina-se por deslocá-los para o palco prevacente do debate constitucional e suas inevitáveis nuances sobre as restantes disciplinas do Direito.

Assim, diante da magnitude da questão, vai se cristalizando na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais destes diversos países, a interpretação segundo a qual esta incidência na seara particular é inevitável³⁴¹.

E, mais que isso, é possível ainda consignar, por último, que, a despeito de se ficar evidente a preocupação dos magistrados em se assegurar o amparo dos indivíduos contra violações proferidas na órbita das relações jurídico-privadas é conclusão corrente que os Pretórios Constitucionais de Portugal ou Espanha e ainda o Supremo Tribunal

³³⁹ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental ... p. 181.

³⁴⁰ Cf. BARBIERI, Diovana. **Direitos fundamentais dos consumidores: a sua aplicabilidade direta nas relações jurídico-privadas, à luz dos ordenamentos jurídicos da Espanha, Portugal e Brasil.** Lisboa: Editorial Juruá, 2012. p. 36.

³⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas ... p. 232**

Brasileiro, ainda não firmaram posição definitiva, enfrentando direta e expressamente a questão alusiva aos direitos fundamentais e sua eficácia aos particulares, delineando o grau de intensidade, sua forma como se apresenta no contexto, ou mesmo optando explicitamente por alguma das construções doutrinárias³⁴². Sendo certo, entretanto, que o caminho jurisprudencial trilhado pelas Cortes afasta-se, cada vez mais, das posições radicais e intransigentes, seja aquelas que pregam a total inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, ou mesmo as que reverberam a direta e imediata incidência, como se as entidades fossem o próprio Estado³⁴³. A convergência é para soluções sutis e diferenciadas a fim de, em cada caso concreto, ser aplicado o máximo desiderato constitucional possível àquele conflito³⁴⁴.

³⁴² Cf. LIÑAN, Clement Auger. “El principio de la tutela judicial efectiva en las relaciones privadas”. In: **Cuadernos de Derecho Judicial**, nº. XI – ano 2003. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003. p. 73

³⁴³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas** ... p. 232-233

³⁴⁴ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. “A Constitucionalização do Direito Civil”. In: **Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro**, nº. 17 – ano 1999. p. 89.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fácil perceber, à luz de todo o exposto, que o paradigma constitucional vem se transformando radicalmente nos últimos tempos, designadamente com a chegada da contemporaneidade e de seus novos valores.

No campo da informação, constata-se uma sociedade mais informada, evoluída e mais consciente de seus direitos e deveres, sejam eles individuais, ou mesmo coletivos, a qual reclama por meios mais eficazes para guarda de seus bens e situações jurídicas contra ameaças, seja do poder público, seja de outros particulares.

É a época da velocidade da informação, com o homem pós-moderno, seguindo conceitos padronizados, verdades compartilhadas e soluções divididas. É necessário se refletir acerca do atual estágio do percurso dos direitos fundamentais. Dentro dessa perspectiva, sem se procurar, *prima facie*, responder definitivamente os consagrados dilemas acerca do futuro dos direitos e garantias individuais e coletivos, mas, de fato, renovar o debate com novos elementos.

Com efeito, essa discussão passa, necessariamente, pelo lancinante processo de evolução histórica dos direitos fundamentais, consequência direta do “progresso” irreversível da humanidade.

Assim, como corolário da decisiva influência da burguesia e de seus objetivos na luta contra o absolutismo monárquico, foram alcançadas as liberdades e garantias marcantes do Estado Liberal.

Esse estágio hodierno também foi edificado, a partir da paulatina desconstrução de concepções históricas, como os princípios do Estado Liberal que sempre estiveram indissociavelmente ligados aos institutos tradicionais e outrora preponderantes na disciplina constitucional.

Sucedem, assim, que arcaicos conceitos, como autonomia das vontades, individualismo, igualdade formal e liberalismo, os quais sempre permearam o campo político-normativo, passam, rotineiramente, a ser substituídos por novos elementos norteadores mais condizentes com a realidade experimentada.

Aliás, deve-se reiterar que esse trajeto jamais foi fácil ou suave e sempre foi fruto da dor e do sofrimento dos homens, que, deparados com os horrores que seus pares são capazes de causar, conscientizam-se para a necessidade de melhores níveis

de vida a todos.

De sorte que se foi com a luta que se alcançou a limitação do Estado Absolutista, com o reconhecimento das prestações negativas do poder público, conferindo ao indivíduo espaço liberto e de autonomia, foi com a consciência da liberdade auferida que se puderam perceber a timidez e a fragilidade dessas conquistas, mormente porque as desigualdades sociais se avultavam. A industrialização trazia consigo aflições e revezes que empurravam o indivíduo para as margens da sociedade.

Por isso, também pelo esforço proletário contra a igualdade meramente formal, que acarreta o empobrecimento, a miséria e a exclusão das classes menos favorecidas³⁴⁵, em contraponto à concentração da riqueza nas elites industriais, granjeou-se a concretização dos direitos sociais, consubstanciados em obrigações positivas por parte do Estado.

Consolidou-se, assim, o Estado Social, atrelado às políticas afirmativas de concretização dos direitos sociais e acarretando, de um lado, a redefinição das fronteiras limítrofes entre o público e o privado, mas, de outro, a onerosidade excessiva aos cofres públicos e a incapacidade orçamentária a permitir a intervenção nos inúmeros campos objeto de reclamos pelos indivíduos.

A saída encontrada para encarar essa insuficiência financeira estatal foi, então, a outorga de uma parcela do poder e da responsabilidade, antes exclusiva do aparelho público, às entidades privadas, que, em uma era de globalização econômica, assumiram o controle de grandes campos do poderio sócio-político e, em ritmo crescente, passaram a dominar e a monopolizar toda a estrutura da produção da riqueza atual³⁴⁶.

Diante desse cenário, caracterizado por imponentes centros de poder privado e de desigualdade das partes na concretização de relações jurídicas, não é difícil perceber seu resultado: os ultrajes e as violações aos direitos fundamentais, engendrados

³⁴⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direitos fundamentais sociais. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 19.

³⁴⁶ A propósito deste processo de confluência recíproca, Norberto Bobbio explicita que se trata de dois momentos interligados: “o primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses privados aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos” (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987, p. 27).

intrinsecamente na concretização desses vínculos particulares.

Com efeito, esse tal “progresso” irreversível da humanidade e do constitucionalismo esboça um questionamento intrigante: pode o Direito, enquanto Ciência, e no estágio privilegiado que os direitos, as liberdades e as garantias ostentam hodiernamente, cancelar recorrentes agressões às normas fundamentais, somente porque inseridas em um campo privado de condutas, sob o (pseudo) argumento de que apenas o Poder Público é destinatário dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente?

Ao que parece, não.

Além do mais, não custa relembrar, por oportuno, que uma das premissas mais consistentes no novo constitucionalismo é o reconhecimento da força normativa e da supremacia das Constituições, o que conduz, invariavelmente, o ordenamento a uma “reinterpretação dos seus institutos”³⁴⁷, de acordo com uma nova ótica imperativa e condizente com a dignidade da pessoa humana, inclusive, na idealização de uma tutela mais efetiva aos direitos, liberdades e garantias constitucionais sob a perspectiva das obrigações privadas, o que se revela, em última análise, a partir da construção jurídica que salvaguarda a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, é válido ressaltar as inúmeras construções teóricas que, ao longo dos anos, formulam alicerces constitucionais à incidência dos preceitos fundamentais nas relações privadas. No primeiro quadrante, aquelas que, atualmente, revelam-se minoritárias, restritas a universos jurídicos mais liberais, como a doutrina que nega essa eficácia, centrada, particularmente, nos Estados Unidos da América. Em outra quadra, inserem-se as concepções clássicas que argumentam uma eficácia mediata, ou a partir dos mecanismos da legislação privada; ainda, a tese imediata, que propõe uma incidência direta das disposições constitucionais; e, por último, as recentes premissas teóricas alternativas ou moderadoras, propostas, regra geral, a partir da conjugação de elementos comuns a todas as construções paradigmáticas.

Entrementes, assim como é inconteste que as Constituições contemporâneas têm apresentado catálogos substanciais de proteção e de reconhecimento aos direitos fundamentais e, ainda, que sua aplicação na seara particular não encontra obstáculo,

³⁴⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 174.

mesmo quando o texto expressamente não dispõe, também é indubitável que nenhuma concepção radical logrará, no ambiente jurídico experimentado atualmente, efeitos satisfatórios e positivos à já bem sucedida dogmática dos direitos fundamentais. Por essa razão, o melhor e mais frutífero recurso à efetiva tutela dos preceitos constitucionais é a adoção de conceitos harmônicos que, a partir da integração de teses, mantenham o *standard* de proteção e de integridade dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea.

Aliás, a rigor, não se pode falar em uma única teoria que se apresente completamente correta, e, por esse propósito, constata-se que o “O grande equívoco que paira sobre as construções teóricas a respeito da maneira como os direitos fundamentais influenciam a seara privada é, sobretudo, o fato de que cada teoria trata o assunto de forma a excluir as demais, como se eficácia mediata, imediata e eficácia produzida por direitos de defesa e de prestação fossem categorias inconciliáveis entre si.” E, justamente em face desse deslize doutrinário, agasalha-se, na presente obra, o raciocínio segundo o qual “a solução está na construção de um modelo que, englobando todos os aspectos relevantes de cada teoria, represente de forma transparente o modo como incidem os direitos fundamentais no âmbito privado, distinguindo diferentes níveis”³⁴⁸.

Inclusive, é de se registrar que essa advertência de desfecho, a fim de se alcançar a melhor saída na defesa da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e nos seus limites, revela-se deveras oportuna, especialmente porque essa questão vem sendo alçada, sistemática e progressivamente, aos palcos das Cortes Constitucionais, cuja resposta definitiva haverá de ser consignada, quando da formação de uma linha jurisprudencial definida.

No entanto, a preço de hoje, embora seja de se louvar a evidente e constante preocupação dos magistrados em se assegurar o amparo dos indivíduos contra as inúmeras violações proferidas na órbita das relações jurídico-privadas, a conclusão corrente e mais abalizada é no sentido de que os Pretórios Constitucionais de Portugal ou Espanha, bem como o Supremo Tribunal Brasileiro, ainda não firmaram jurisprudência definitiva, apreciando e apontando direta e expressamente a questão alusiva aos direitos fundamentais e à sua eficácia aos particulares, delineando o grau de intensidade, a forma como se

³⁴⁸ Cf. VALE, André Rufino do. “Constituição e direito privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”. In: **Revista de Direito Público** - Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 6, out./dez. 2004, p. 121.

apresenta no contexto, ou mesmo optando explicitamente por alguma das construções doutrinárias³⁴⁹.

Muito embora, é certo afirmar que a trilha dos precedentes examinados aponta que o caminho jurisprudencial que as Cortes tendem a assentar afasta-se, cada vez mais, das posições extremadas e intransigentes, sejam aquelas que radicalizam, no sentido da total inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, ou mesmo as que reverberam a direta e imediata incidência, em transposição imediata, como se os particulares assumissem a condição do próprio Estado.

A convergência que se desenha transparece o correto intento de aprimorar as soluções sutis e diferenciadas, a fim de que, em cada caso concreto, seja aplicado o máximo desiderato constitucional possível àquele conflito normativo e de princípios, sempre procurando fornecer um anteparo constitucional àqueles que se encontram em posição de necessidade, para evitar que os indivíduos não sejam sempre lançados ao sabor de sua própria sorte.

³⁴⁹ Cf. LIÑAN, Clement Auger. “El principio de la tutela judicial efectiva en las relaciones privadas”... p.73

6 BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos Direitos Fundamentais**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

_____. **Contratos de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. “As Obrigações e os Contratos”. *In: Revista do CEJ/Conselho da Justiça Federal*, nº. 1 – ano 1997.

AGUILA-REAL, Jesus Alfaro. “Autonomía privada y derechos fundamentales”. *In: Anuario de Derecho Civil* – año 1993 / Enero-Marzo. Madrid: Centro de Publicaciones, 1993.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**. Cascais: Principia, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALONSO GARCÍA, Enrique. **La interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

AMARAL, Francisco. “A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectiva estrutural e funcional”. *In: Revista de Direito Civil*, vol. 46, nº. 12 – ano 1988 (out/dez).

_____. **Direito Civil. Introdução**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. *In Documentação e Direito Comparado*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº. 5. Lisboa: 1981.

_____. "Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares". *In*: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2012.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BANOND, Isabel. "A Ideia de Liberdade no Mundo Antigo: notas para uma reflexão". *In*: **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**, volume 40 - ano 1999.

BARBIERI, Diovana. **Direitos fundamentais dos consumidores: a sua aplicabilidade direta nas relações jurídico-privadas, à luz dos ordenamentos jurídicos da Espanha, Portugal e Brasil**. Lisboa: Editorial Juruá, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 4ª ed. Rio de Janeiro, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATTAGLIA, Felice. "Ancora sullo Stato di Diritto". *In*: **Revista Internazionale di Filosofia del Diritto**, volume XXV, anno 1948.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BITTAR, Eduardo. **O direito na pós-modernidade**. São Paulo. Ed. Forense Universitária, 2005.

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

_____. **Igualdad y Libertad**. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência – Por uma Nova Hermenêutica – Por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos da Teoria dos Direitos Fundamentais”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; *et alii*. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica (Instituto Brasiliense de Direito Público), 2000.

_____. “Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais” In: **Direito Público**, v. 1, nº 2 (out. /dez. 2003). Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 158.215-4/RS. Ementa Publicada no Diário da Justiça 07/06/1996 p. 307. Relator. Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 27 janeiro 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº. 87.831-9/SP. Ementa publicada no Diário da Justiça de 07/10/1983 p. 259. Relator Min. Néri da Silveira.

Disponível em
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=270679>>. Acesso
em: 27 janeiro 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 161.243-6/DF. Ementa
publicada no Diário da Justiça 19/12/1997 p. 756. Relator Min. Carlos Mário da Silva
Velloso. Disponível em
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso
em: 27 janeiro 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 201819/RJ. Ementa
publicada no Diário da Justiça de 27/10/2005 p. 64. Relator para acórdão Min. Gilmar
Ferreira Mendes. Disponível em
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso
em: 25 janeiro 2013.

CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina,
2011.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10ª edição. Coimbra:
Almedina, 1980.

_____. **Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional**. Tomo I. 6ª edição.
Coimbra: Almedina, 1989.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**, vol. II.
Madrid: Editora Tecnos S.A, 2005.

CAMBI, Eduardo Augusto. **Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo: direitos
fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista
dos Tribunais, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do
Direito**. Trad. António Menezes Cordeiro. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste
Gulbenkian, 1996.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Trad. Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais.** *In* Separata do Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, ano 1984. Coimbra: 1988.

_____. “Constituição e Défice Procedimental” *In: Estado e Direito*, n.º 2 – ano: 1988 / 2º semestre. .

_____. **Direito Constitucional.** 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais.** 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Direitos fundamentais sociais. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”).** São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPITANT, David. **Les effets Juridiques des Droits Fondamentaux en Allmagne.** Paris: L.G.D.J., 2001.

CARBONNIER, Jean. "L'inflation de lois". *In: Essas sur les lois.* Paris: Repertoire du Nottariat Defrénois, 1979.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel. “Constitucionalização do Direito Civil”. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV – ano 1998.

CASSESSE, Sabino. **Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo.** Bologna: Il Mulino, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas”. **Fórum Administrativo.** Belo Horizonte, vol. 4, nº 42 (ago/2004).

CLAPHAN, Andrew. **Human Rights in the Private Sphere.** Oxford: Claredon Press, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória”. *In*: LEMBO, Claudio. (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. “Liberdades Formais e Liberdades Reais”. *In*: COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a Democracia.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1989

_____. **Afirmção histórica dos direitos humanos.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de Derecho Constitucional,** vol. I e II. Madrid: Editora Tecnos S.A, 2005.

COOLEY, Thomas Mointyre. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América.** (Trad. Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: Russell, 2002.

CORREIA, Fernando Alves. “Relatório Geral da I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha”. *In* Documentação e Direito Comparado, Separata do **Boletim do Ministério da Justiça,** nº. 71/72. Lisboa: 1997.

_____. “A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e Divergências”. *In: Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol. 3891/3893 – ano 131 (1998/1999).

_____. **Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)**. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. “Os direitos fundamentais e a sua proteção jurisdicional efectiva”. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIX – ano 2003.

_____. “A Concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional”. *In: Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – nº. VII*, ano 2010 (edição especial). Porto: 2010.

COSTAMAGNA, Carlo. **Storia e dottrina del fascismo**. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1938.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue Disposizione di Pricipio**. Milano: Giufrè, 1952

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

DAL-RÉ, Fernando Valdés. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado”. **Derecho privado y constitución.**, num. 17 – ano 2003. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

DELEUZE, Gilles. “Post-scriptum sobre as Sociedades de Controle”. *In: Conversações*. Trad. Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Civitas S.A, 2005.

_____. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Introducción Teoría del Contrato. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica**. 4ª Edición. Madrid: Editorial Civitas, 2004.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença STC nº. 88/1985. Publicada no BOE nº. 194 de 14/08/1985. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=17094>>. Acesso em: 22 janeiro 2012.

_____. Tribunal Constitucional. Sentença STC nº. 18/1984. Publicada no BOE nº. 49 de 09/03/1985. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=16897>>. Acesso em: 20 janeiro 2012.

_____. Tribunal Constitucional. Sentença STC nº. 177/1988. Publicada no BOE nº. 266 de 5/11/1988. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=19594>>. Acesso em: 23 janeiro 2012

ESTRADA, Alexey Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Columbia, 2000.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.) Prefácio da Obra. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. “Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Personalidade no Código Civil Brasileiro”. *In: Revista da EMERJ*. vol. 8, nº. 31 – ano 2005.

FACHINI NETO, Eugênio. "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado". *In: SARLET, Ingo (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIA, José Eduardo. **Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Contratos e eficácia dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010.

FINNIS, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino**. Trad. Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

FIORI, José Luis. **Os Moedeiros Falsos**. Petrópolis: Editora Vozes, 1998. p. 26 e BORDIEU, Pierre. **Contrafogos**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

FORSTHOFF, Ernst. **Stato di diritto in trasformazione**. Trad. Carlo Amirante. Milano: Giuffrè, 1973.

FORSTHOFF, Ernst. **El estado de la sociedad industrial**. (Trad. Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz). Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

GARCIA, Pedro de Vega. “Dificuldades y problemas para la Construcción de un Constitucionalismo de la Igualdad”. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org). **Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU. Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na Sociedade Pós-Moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HÄBERLE, Peter. “Efectividade de los derechos fundamentales: em particular relación con el ejercicio del poder legislativo”. In: PINA, Antonio Lopez. (Org). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Civitas S.A s, 1991.

HABERMAS. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

_____. **O discurso filosófico da modernidade.** Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

_____. **Facticidade y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.** 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

HELDRICK, Andreas; REHM, Gebhard. “Importing Constitutional Values through Blanket Clauses”. *In*: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-ERES, Daphne. **Human Rights and Private Law.** Oxford: Hart Publishing, 2003.

HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, Constituição e Direitos Sociais”. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

_____. **Derecho Constitucional y Derecho Privado.** Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1995.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 1998.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi.** Trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

KASER, Max. **Direito Privado Romano.** Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”. *In*: **Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et à l'étranger**, tomo 45 – XXXV Ano, 1928.

LA CRUZ, Rafael Naranjo de. **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LIÑAN, Clement Auger. “El principio de la tutela judicial efectiva en las relaciones privadas”. In: **Cuadernos de Derecho Judicial**, nº. XI – ano 2003. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Contrato: Exigências e Concepções Atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LUCATELLO, Guido. “Profilo Giuridico dello Stato totalitario”. In: **Scritti giuridice in onore di Santi Romano**, tome I. Padova: Cedam, 1940.

LUENGO, José Antonio Doncel. **El recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, Medio Subsidiario de Protección de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996.

LUQUE, Sigfredo Hillers de. “El Estado de Derecho como garantía de las libertades públicas: el Estado formal de Derecho y el Estado *justo* de Derecho”. In: **Revista de la Facultad de Derecho Complutense**, volume 65, ano 1982.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; GARCIA, Eusebio Fernandez (org.). **História de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII**. Madrid: Ed. Dickinson, 2003.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”. In **Derechos y Libertades** (Revista del Instituto Bartolomé las Casas). Ano III, nº. 6. 1998.

_____. Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. Madrid: Ed. Dickinson, 1999.

_____. **Curso de derechos fundamentales. Teoría General**. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999.

MARTY, Gabriel. **Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones**, vol. I. Trad. José M. Cajica. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr, 1952.

MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional: aditamentos segundo as lições**. [texto policopiado]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1982.

_____. Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 6ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, baron de. **L'Esprit des lois**, livre XI. Paris: Chez Pierre Didot L'ainé Imprimeur, 1795.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “A Constitucionalização do Direito Civil”. *In: Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro*, nº. 17 – ano 1999.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1976.

MORELLI, Sabrina. “La applicazione diretta della costituzione nei rapporti interindividual”. *In: Giustizia Civile*. Milano: Giufrè, 1996.

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

MÜNCH, Ingo Von. “Drittwirkung de los derechos fundamentales en Alemania”. *In: CODERCH, Salvador (coord.). Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

NABAIS, José Casalta. **Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional**. *In Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº. LXV – ano 1989. Coimbra: 1990.

NEUNER, Jörg.. " O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental". *In*: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **O Anticristo**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOWAK, John E; ROTUNDA, Ronald D. **American Constitutional Law**. 5th ed. St Paul: West Publishing Co., 1995.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007.

PACE, Alessandro. "Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Pietro Calamandrei" *In*: **Revista de Estudios Políticos**, n.º 63, Jan.-Março, 1989.

PANUNZIO, Sergio. **Il sentimento dello Stato**. Roma: Libreria del Littorio, 1929. p. 126).

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações entre Particulares". *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7^a edição. Madrid: Editora Tecnos S.A, 1998.

PERLINGERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar Editora, 1999.

PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 71

PINTO, Paulo Mota. “O direito ao desenvolvimento da livre personalidade”. *In: Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”. *In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.) Direitos Fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007

PIOVESAN, Flavia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno: uma introdução sociológica**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1981.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº. 198/85. Relator Conselheiro Cardoso da Costa. Publicado no Diário da República, II Série 217, de 19/09/1992. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850198.html>>. Acesso em: 22 janeiro 2013

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº. 359/1991. Relator Conselheiro Monteiro Diniz. Publicado no Diário da República, I Série-A, de 15/10/1991. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910359.html>>. Acesso em: 22 janeiro 2013

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº. 185/2003. Relator Conselheiro Artur Maurício. Publicado no Diário da República, I Série-A, de 03/04/2003. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910359.html>>. Acesso em: 22 janeiro 2013

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1992.

QUEIROZ, Cristina Maria Machado de. **Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. “Constitucionalização do Direito Civil”. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV – ano 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais”. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 16 – ano 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. “Direitos Fundamentais e suas Características”. *In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. vol. 29 – ano 2000.

SABINE, George Holland. **A history of political theory**. 4th edition. Hinsdale: Dryden Press, 1973.

SALDANHA, Nelson. “O que é o Liberalismo”. *In: SALDANHA, Nelson. Estado de Direito, Liberdades e Garantias (Estudos de Direito Público e Teoria Política)*. São Paulo: Sugestão Literária, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. *In: SARLET, Ingo (Org.). A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro”. *In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.) Direitos*

Fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. “Direitos Sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional”. *In: Revista de Direito Administrativo* - nº. 223 - ano 2001.

_____. “A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil”. *In: In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SCHIMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza Ed., 1996.

SCHNEIDER, Hans Peter. “Aplicación Directa y Eficacia Indirecta de las Normas Constitucionales”. *In: Democracia y Constitución.* Trad. KJ Albiez Dohrmann. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Trad: Leonardo Martins *et al.* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SEGADO, Francisco Fernandez. “El procedimiento legislativo descentralizado em Itália y Espana”. *In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio, Sérvulo da. Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva.* São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, João Nuno Calvão da. **Mercado e Estado, Serviços de interesse económico geral.** Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998

_____. **Poder constituinte e poder popular.** São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30ª edição. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. “Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. *In* **Revista de Direito Público** (Editora Revista dos Tribunais), n.º. 82 – ano 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Constitucionalização do Direito: direitos fundamentais nas relações particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Michele Costa da. “As grandes metáforas da bipolaridade”. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOARES, Rogerio Guilherme Ehrhardt. **Direito Público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântida Editorial, 1969.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2004.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Direito Constitucional. I - Introdução à Teoria da Constituição**. Braga: Livraria Cruz, 1979.

STARCK, Christian. “Derechos fundamentales y derecho privado”. *In*: **Revista Española de Derecho Constitucional**, n.º. 66, – año 22 (2002).

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976.

TEPEDINO, Gustavo. “Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional brasileiro”. *In*: BARRETO, Vicente (Org.). **A Nova Família: Problemas e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. “Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento”. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

TORRES, Jesus García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1986.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. 2nd ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílís de Souza Birchal. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Ed. Dickinson, 1997.

_____. “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. “La eficacia a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español”. *In*: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.) **Direitos Fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: evolução história e modelos do controlo da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2012.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2004.

_____. “Constituição e direito privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas” *In: Revista de Direito Público* - Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 6, out./dez. 2004

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **Teoria geral do controlo jurídico do poder público**. Tese de Doutoramento apresentada, em 1995, perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: 1995.

VILLALON, Pedro Cruz. “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”. *In: Academia Sevillana Del Notariado*. Madrid: EDERSA, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Diritto Mite. Legge, diritti, giustizia**. Torino: Einaudi, 1992.