



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Magno de Aguiar Maranhão Junior

A DERROCADA DA *SUMMA DIVISIO* E A ASCENSÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Rio de Janeiro
2010

MAGNO DE AGUIAR MARANHÃO JUNIOR

**A DERROCADA DA *SUMMA DIVISIO* E A ASCENSÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL**

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof. Poul Erik Dyrland

Prof^ª. Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2010

A DERROCADA DA *SUMMA DIVISIO* E A ASCENSÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo traçar a evolução das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, perpassando pela doutrina da *state action* até alcançar a eficácia horizontal direta como também a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais. Rompe-se com o antigo paradigma que preconizava a dicotomia entre o Direito Público e o Privado e passa-se a adotar uma visão do Direito como um só bloco monolítico cujo plexo se subdivide em diversos ramos. O corpo do texto contém breves explicações acerca dos direitos fundamentais e suas modalidades de eficácia. Tudo em consonância com a conjuntura jurídica atual, além das inovações pertinentes alçadas pela doutrina e jurisprudência hodierna. A pesquisa também demonstra a distinção entre o Estado ativo e reativo, que impulsiona forte influência para que se possa identificar o modelo de eficácia adotada pelo ordenamento jurídico em questão, além da nova visão do Direito sob a ótica da interpretação construtiva, que permite a construção e reconstrução das normas pelo intérprete em consonância com o caso concreto. Outrossim, faz-se uma análise acerca da eficácia dos direitos fundamentais à luz do entendimento da jurisprudência da Suprema Corte brasileira com o objetivo de destacar e comentar a os julgados frente ao desenvolvimento dogmático e intelectual do tema, que demonstra com clareza a visão do novo paradigma Civil-Constitucional do Direito Privado. Seguido por reflexões finais que demonstram as conclusões extraídas.

Palavras-chave – Eficácia. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. *State Actions*. Eficácia Mediata e Imediata. Direitos Fundamentais. Direito Civil-Constitucional. Hermenêutica Filosófica. Fenomenologia. Método Heurístico. Interpretação Construtiva.

A DERROCADA DA *SUMMA DIVISIO* E A ASCENSÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

ABSTRACT

The essay's scope is to list the evolution of the theories about the effectiveness of the fundamental rights at the private juridical relations, passing the state action doctrine through the direct and mediate or indirect horizontal effectiveness of the fundamental rights. Breaks with the old paradigm that use to appreciate the dichotomy between the Public and Private Law and get onto adopt a vision of the law as an unique monolithic block whose complex is subdivided by various bunches. The text body contains brief explanations about the fundamental rights and their modalities of effectiveness. Everything attuned with the ongoing juridical juncture, furthermore the pertinent innovations reached by de modern doctrine and the court decisions. The research also shows the distinction among the active and reactive state, which propel strong influence to identify the model of effectiveness for the juridical procedural law, hereafter demonstrates the new vision of the right on the constructive interpretation sight which allow the construction and reconstruction of the right by the interpreter in harmony with the concrete case. Although, it's made an analysis about the effectiveness of the fundamental rights studied by the insights of the Brazilian's Supreme Court aiming to emphasize and comment the decisions facing the dogmatic and intellectual development of the theme, which demonstrates with clarity the vision of the new Civil-Constitutional paradigm of the Private Law. Followed by final reflections when demonstrates the extracted conclusions.

Keywords – Effectiveness. Fundamental Rights. Human Rights. State Actions. Direct and Mediate Effectiveness. Civil and Constitutional Law. Philosophical Interpretation. Phenomenology. Constructive Interpretation.

Aos meus pais, irmãos e minha família, com amor.

Também dedico este trabalho a todo aquele que, ao mergulhar no estudo do Direito, compartilha da mesma inquietude que impulsiona a compreensão, cada vez maior, deste ser, humano, demasiado humano.

O real valor das coisas não tem relação direta e imediata com o tempo de sua duração. Não é como uma fórmula matemática em cuja devida organização de sua estrutura numérica dará ensejo a um resultado líquido, certo e determinado. O valor deve ser mensurado de acordo com a intensidade e a importância que as coisas acontecem em nossa vida. Por isso existem os momentos inesquecíveis, os instantes inexplicáveis e as pessoas incomparáveis, como dizia Fernando Pessoa.

Assim, agradeço ao meu insigne orientador, professor Poul Erik Dyrland pelos valiosos ensinamentos transmitidos com a realização dessa pesquisa. Agradeço também à professora Néli Fetzner por todo o suporte inerente aos aspectos formais do trabalho, além das proveitosas reuniões agendadas ao longo do processo. Ao professor Guilherme Peña de Moraes por ser um dos “culpados” pela escolha do tema desse trabalho, estimulando o estudo do Direito Constitucional mediante notáveis abordagens durante as aulas. E à Ana Dina por toda seriedade, presteza e gentileza com que conduziu todos os trâmites regulamentares para a apresentação dessa Monografia.

O senhor... Mire veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam.

(Riobaldo - Grande Sertão: Veredas, João Guimarães Rosa)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AG. RG. RESP – Agravo Regimental e Recurso Especial

AG. RESP – Agravo em Recurso Especial

ART – Artigo

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CR/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DJ – Diário da Justiça

DOU – Diário Oficial da União

ED – Edição

MIN - Ministro

REL - Relator

RESP – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Introdução	02
1. A Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais	07
1.1 As Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais.....	12
1.2 Principais Documentos Históricos.....	19
2. Os Direitos Fundamentais	20
2.1 Caracteres dos Direitos Fundamentais.....	22
3. A Eficácia dos Dispositivos Constitucionais	26
3.1 Terminologia.....	26
3.2 A Problemática da Eficácia dos Dispositivos Constitucionais.....	28
4. A Eficácia Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais	36
4.1 <i>State Actions</i>	41
4.2 Inclinações da CR/1988 – Posição Esperada pelo Modelo de Estado Brasileiro.....	45
4.3 A Derrocada da <i>Summa Divisio</i> e as Modalidades de Eficácia Horizontal.....	56
4.3.1 Eficácia Horizontal Mediata.....	60
4.3.2 Eficácia Horizontal Imediata.....	64
4.4 Aplicação pela Suprema Corte Brasileira.....	67
5. A Partição da <i>Miniabteilung</i> e o Diálogo entre as Teorias	80
6. Conclusão	88
7. Referências Bibliográficas	92

INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos fundamentais, por toda sua abrangência, implica uma escolha sobre o enfoque de estudo para determinação da metodologia de trabalho. Assim, há que se optar por uma das múltiplas possibilidades diante do universo temático que se apresenta.

Dito isso, dentro das diversas perspectivas, dentre as quais se encontram: a perspectiva filosófica, universalista, estatal, sociológica, histórica, ética, política ou econômica; esta obra irá centrar-se na dimensão concreta dos direitos fundamentais, cujos direitos se encontram positivados na órbita constitucional pátria.

Sem perder de vista a necessária interpenetração entre os diversos prismas supra-referidos, o presente trabalho visa a realizar um estudo investigativo acerca dos direitos fundamentais no que concerne a sua eficácia horizontal, atingindo assim o plexo das relações que eram originalmente resolvidas por intermédio das próprias normas que regem o Direito Privado.

No tocante ao método de trabalho, perceber-se-á explícita predileção pelo recurso da filosofia, com subjacência nas ideias dos grandes pensadores, e ao Direito Constitucional pátrio e comparado, com ênfase nas fontes que influenciaram não apenas o poder constituinte originário como também o próprio estudo da ciência jurídica.

Portanto, pode-se dizer que o tema, inçado de controvérsias, se torna fascinante na medida em que viabiliza a conjugação de estudos constitucionais e jurisfilosóficos, sem perder o contato com as decisões atuais das Cortes Supremas.

Assim, diante da conjuntura jurídica atual dos países modernos, que tendem para utilizar a *Lex Mater* como ponto nevrálgico do ordenamento jurídico, se demonstrou uma tarefa interessante dissertar sobre a influência do Direito Constitucional nas relações privadas;

contrapondo-se ao tradicional sistema adotado no Direito Romano, onde as relações de Direito Privado eram resolvidas unicamente pela legislação civil.

Muitos desses conceitos e categorias forjados na época da codificação liberal e com assento no próprio Direito Romano, a cada dia mais, perdem seu elo com a realidade. Daí a necessidade do discurso jurídico se deixar penetrar pelo grande fluxo de transformações que o circundam. Se perfazendo, portanto, necessário perceber que a lei não basta a si mesma, pois o sentido dos textos legais é continuamente construído pelos intérpretes.

Assim, tendo em vista a aproximação entre as esferas do Direito Público e Privado, sobretudo, pela derrocada da *summa divisio*, consubstanciada na despatrimonialização do Direito Civil e a adoção do modelo de Constituição social pela grande maioria dos países, que compartilham a preocupação com a evolução político-social do Estado – com exceção dos EUA que persiste com o modelo liberal –, surge o interesse de tratar da influência dos direitos fundamentais constitucionais na seara do Direito Privado.

O objeto desta monografia, no entanto, consiste em traçar um panorama sobre a visão Civil-Constitucional do Direito Privado por intermédio da lógica hermenêutica filosófica aplicada ao Direito, analisando de forma crítica as classificações doutrinárias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas intersubjetivas e os mais famosos casos concretos apreciados pela Suprema Corte Alemã e brasileira sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Assim, atravessando o contexto histórico, os conceitos elementares e os aspectos essenciais acerca das modalidades de eficácia dos direitos fundamentais, são discutidas as principais teorias que defendem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; além dos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que refletem a evolução jurisprudencial brasileira. Permitindo assim uma reflexão crítica sobre a questão.

Realizada a contextualização global da pesquisa, se perfaz necessário o seu desmembramento no que toca a sua microestrutura.

Com efeito, o presente estudo desdobra-se em cinco capítulos, seguidos de uma conclusão alocada no capítulo seis e das referências bibliográficas, no sétimo.

No primeiro capítulo pretende-se traçar a evolução histórica dos direitos fundamentais, com o fito de situar o leitor no tempo e no espaço. Trabalha-se, portanto com a noção Nietzscheana transposta no método genealógico da moral que, trazida para a realidade dos direitos fundamentais, demonstra que esses direitos são resultado da maturação histórica e vêm sofrendo distorções e complementações desde sua gênese até a sua atualidade. Além disso, é apresentada a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, com os principais documentos históricos que positivaram esses direitos.

O segundo capítulo trata da conceituação dos direitos fundamentais e seus caracteres. Primeiramente, é feita a essencial diferenciação entre o conceito de direitos fundamentais e direitos humanos e, doravante, são abordadas as características da historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade e a imprescritibilidade dos direitos fundamentais.

No capítulo subsequente, é analisada a tormentosa questão da eficácia das normas constitucionais. O imbróglio inicia-se a partir da terminologia aqui adotada, que foge ao modelo adotado nos clássicos manuais de Direito Constitucional. De conseguinte, é realizado o exame da teoria tricotômica da eficácia, acrescida das respectivas críticas alçadas pela doutrina e das correções realizadas pela jurisprudência, que nessa monografia, são vistas como verdadeiros adendos à respectiva teoria, e que dão azo ao ativismo judicial.

No capítulo quarto é feita a exposição dos modelos de eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Dentro da eficácia vertical, é trabalhada a questão da *state action* esposada por Winfried Brugger. Nesse diapasão, é realizado um paralelo entre adoção do

modelo de eficácia dos direitos fundamentais por determinado ordenamento jurídico e o perfil de cada Estado com base nos estudos de Mirjan R. Damaska, quando são detectados os Estados de perfil ativo e reativo, e suas características. Também são abordados alguns dispositivos Constitucionais que refletem algumas inclinações do Constituinte pela eficácia horizontal que, afinal de contas, não deixa de ser uma tendência do Constitucionalismo contemporâneo.

Posteriormente, é tratada a questão das modalidades de eficácia horizontal mediata e imediata, oriundas da doutrina de Günter Düring e Hans Carl Nipperdey, respectivamente. Em seguida, são comentadas as decisões da Suprema Corte brasileira acerca dos casos considerados mais relevantes sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil.

No quinto capítulo é revelada a posição defendida nesse trabalho, no sentido de que deve haver uma partição entre a diminuta linha divisória centrada entre as teorias mediata e imediata dos direitos fundamentais, apontando para soluções diferenciadas em cada caso concreto, preconizando assim o diálogo entre as teorias. Reafirmando, com base nos pensamentos fenomenológicos de Martin Heidegger e no existencialismo de Jean Paul Sartre, que a preocupação primordial do intérprete transcende os meros textos legais e se debruça no caso concreto – objeto –, em relação ao sujeito – o intérprete –, que é diretamente influenciado pelo tempo e espaço ao exercer sua tarefa de construção e reconstrução de significados durante sua produção hermenêutica.

No sexto capítulo encontra-se a conclusão, que também foge ao padrão tradicional. Optou-se aqui por não sintetizar as proposições deduzidas em cada capítulo. Em vez disso, preferiu-se realizar uma breve retomada de alguns aspectos considerados mais importantes do texto sob uma ótica diferenciada, e, ao mesmo tempo, holística e integrativa; propiciando assim uma leitura fluente do texto.

Por derradeiro, cumpre alertar que o objetivo dessa pesquisa não é o de exaurir o estudo da matéria que, por toda sua complexidade e amplitude, comporta maiores detalhes e particularidades, dentre as quais estão compreendidas aquelas circunstâncias peculiares que apenas surgem com as riquezas fornecidas pelo caso concreto. Pretende-se aqui, no entanto, estimular a discussão sobre o tema e contribuir para o fomento do debate acadêmico no cenário jurídico que se apresenta.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A percepção de que os valores humanos mais importantes devem estar resguardados na *Lex Mater* como norma suprema no ordenamento jurídico se deve ao passado histórico vivido pela população mundial que culminou com as duas grandes guerras que deixaram cicatrizes perduráveis na civilização hodierna.

Ao elencar as noções de direitos fundamentais, VIEIRA¹ traz a colação o fato de que, ao servir como veículo para a incorporação dos direitos da pessoa humana pelo direito, os direitos fundamentais passam a se constituir numa importante parte da reserva de Justiça e moral do sistema jurídico “[...] em primeiro lugar pela abertura dos direitos fundamentais à moralidade, o que se pode verificar pela incorporação pelos direitos fundamentais de valores morais, como a dignidade humana, a igualdade ou a liberdade”.

A sedimentação desses direitos fundamentais como normas obrigatórias e reitoras de conteúdos ético-jurídicos, é resultado da maturação histórica², o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam os mesmos em todas as épocas.

Dessa forma, percebe-se com maior facilidade a justificação para a releitura (reconstrução)³ dos Direitos fundamentais no que concerne à mutação semântica em relação à profundidade e extensão de seu grau de eficácia⁴. Em outras palavras, significa a reinterpretação dos Direitos fundamentais de acordo com o tempo e o espaço.

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 36.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 231.

³ Conforme pontuado por Poul Erik Dyrlund, com precisão cirúrgica, o melhor vocábulo para descrever o fenômeno em que se ambientam os dois prismas que atestam a natureza relativa dos Direitos fundamentais é efetivamente o vocábulo “reconstrução”. Preconizando assim a releitura do Direito fundamental em consonância com o tempo e o espaço em que se encontra o intérprete.

⁴ Neste particular, a extensão corresponde à capacidade de elasticidade do direito fundamental quando sopesado com outro direito fundamental diante de um determinado contexto, ou seja, sob uma noção predominantemente espacial que diz respeito à flexibilidade do direito fundamental quando comparado a outro. Já a profundidade diz respeito à mutação semântica do princípio em si, decorrente das circunstâncias temporais em que se encontram

Tal conclusão é correlata ao pensamento de NIETZSCHE⁵, que por intermédio do método genealógico, conclui que os conceitos e valores tradicionais da moral têm sua razão de existir ou uma maior importância em um momento histórico e um local determinado⁶.

Nesse sentido, vale mencionar o fato de que o cristianismo marcou impulso relevante acerca da dignidade do homem.

A primeira grande discussão conceitual entre doutores da igreja para decidir sobre a ortodoxia ou heterodoxia, que são as duas interpretações antagônicas da identidade de Jesus Cristo, ocorrida no primeiro Concílio Ecumênico realizado em Nicéia no ano de 325; é considerado verdadeiro marco histórico que representa a primeira etapa na elaboração do conceito de pessoa humana⁷.

Tendo em vista que a tese consubstanciada nos conceitos estoicos foi vencedora, foi conferida a natureza humana e divina a um só “ser”. Daí porque a expressão dignidade da pessoa humana utilizada pelo Constituinte de 1988, nessa concepção religiosa do mundo, apesar de esquecida no tempo, não configura pleonasmo⁸.

No que tange os demais direitos fundamentais, um dos documentos mais importantes da idade média a apresentar as primeiras positivamente dos direitos e das liberdades civis, dentre os quais estão relacionados o direito de propriedade, inserido nas cláusulas 30 e 31, e o

os intérpretes, diretamente influenciados pelo momento histórico em que se encontram. Não havendo que se falar em sopesamento nessa segunda hipótese, pois o direito fundamental é estudado individualmente.

⁵ O filósofo mostra que os conceitos e valores tradicionais da moral não são estabelecidos objetivamente, pois têm suas origens em um momento histórico determinado, em uma cultura específica ou servem, tão-somente, a determinados interesses e propósitos que, com o passar dos anos, caem no esquecimento.

“Ora, para mim está na palma da mão, primeiramente, que essa teoria procura o foco próprio de surgimento do conceito de ‘bom’ no lugar errado, e ali o põe: o juízo ‘bom’ não provém daqueles a quem foi demonstrada ‘bondade’! Foram antes ‘os bons’, eles próprios, isto é, os nobres, poderosos, mas altamente situados e de altos sentimentos, que sentiram e puseram a si mesmos e a seu próprio fazer como bons, ou seja, de primeira ordem, por oposição a tudo o que é inferior, de sentimentos inferiores, comum e plebeu”.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Obras Incompletas*. In. Os Pensadores. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural. 1999. p. 341.

⁶ Sob este aspecto cumpre acrescentar que o próprio legislador considerou a importância das exigências do bem comum e os fins sociais que a lei se dirige na tarefa do juiz de aplicar a lei, tal como se observa pela leitura do art. 5º da LICC– Dec.-lei 4.657/42, que foi recepcionada como lei ordinária com o advento da CR/1988. O que realça ainda mais a característica da dinamicidade do direito.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 19.

⁸ *Ibid.* p. 19.

devido processo legal, cláusula 39; foi a *Magna Carta Libertatum*⁹, pacto firmado por *John Lackland* e os senhores feudais no ano de 1215.

Originariamente a *Magna Carta Libertatum* era apenas um meio de concessão de privilégios aos barões ingleses, cujos valores ético-jurídicos elencados foram sofrendo mutações interpretativas e ampliações até ganharem o simbolismo que tem hoje, passando a serem vistos como verdadeiros direitos e garantias individuais de todos os cidadãos.

Sem embargo, a trajetória histórica do devido processo legal nos Estados Unidos, expresso pela primeira vez na comentada cláusula 39 da *Magna Carta Libertatum*, pode ser dividida em três grandes fases. Na primeira, que se estendeu até o final do século XIX, era atribuído um significado puramente procedimental – *Procedural Due Process of Law*¹⁰.

Nessa fase, o devido processo legal relacionava-se tão-somente à regularidade dos processos, no início penais, e depois passou a abarcar os processos civis e administrativos, se restringindo a tutela de direitos processuais dentre os quais se encontram a ampla defesa, a produção de provas e a assistência por advogado¹¹.

Já no final do século XIX, com a visão calcada no liberalismo econômico, a Corte passou a modificar sua visão. Engendradora na ideia de *laissez faire, laissez passer*; passou a invalidar normas que interferiam na liberdade de contratação, no direito de propriedade e as que geravam intervenções na economia. Tal fase acabou ficando conhecida como *Lochner Era*, em razão do *leading case* *Lochner v. New York*¹², julgado pela Suprema Corte americana em 1905.

⁹ O vocábulo oriundo da língua Grega era grafado no latim clássico com “*ch*”, mas foi usado durante toda a idade média sem a letra “*h*”.

Ibid. Nota de rodapé. p. 71.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2003. p. 83.

¹¹ *Ibid.* p. 84.

¹² No presente caso, discutia-se a constitucionalidade de uma lei proveniente do estado de Nova Iorque que havia fixado uma jornada máxima de trabalho para a profissão de padeiro. A Suprema Corte norte-americana decidiu que essa lei violava o devido processo legal porquanto interferia na liberdade de contratação das partes, fruto da autonomia da vontade. *Ibid.* p. 84

Por derradeiro, a partir do final da década de 30, o eixo do devido processo legal substancial se transferiu das liberdades econômicas para os direitos fundamentais.

Desde então o *Due Process of Law*¹³ transformou-se num poderoso instrumento para a defesa dos direitos constitucionais do cidadão norte-americano diante dos caprichos do legislador, culminando com o caso *Griswold v. Connecticut*, na qual a Suprema Corte invalidou lei estadual que incriminava o uso de pílulas anticoncepcionais, utilizando-se do controle da razoabilidade e racionalidade das leis.

Diante disso, apesar da dificuldade de se conceituar o devido processo legal diante de sua maleabilidade, esses momentos históricos demonstram nitidamente as sensíveis transformações ocorridas na sua conceituação.

¹³ A tradução literal da expressão inglesa “*Due Process of Law*” para Devido Processo Legal comporta três complicações apontadas pela doutrina mais autorizada.

O primeiro deles está no termo inglês “*Law*”, que pode significar “lei” – tal como traduzido no inciso LIV do art. 5º da CRFB/1988 –, mas também pode significar Direito, como se pode aferir pela própria nomenclatura da escola de Direito norte-americana, que se denomina *Law School*. Daí surge a indagação acerca de qual desses significados seria o mais adequado para a expressão??

A tradução literal da expressão inglesa na palavra “lei”, não é das melhores. O próprio sistema jurídico da *Common Law*, oriunda do Direito Anglo-Saxônico, não tem a lei como sua fonte principal, e sim o Direito, calcado nos precedentes jurisprudenciais.

Além disso, parece ser uma *contradictio in terminis*, o fato do *devido processo da lei (legal)*, servir como base para alegar a inconstitucionalidade de uma lei. Em outras palavras, estar-se-ia dizendo que uma lei seria inconstitucional por violar o devido processo da lei, o que não faz o menor sentido.

Por esses e outros motivos, entende-se aqui que a referência do instituto é ao Direito e não à lei. Não se trata de uma garantia Constitucional de respeito à lei, mas sim ao Direito.

O segundo problema está na palavra “*Process*”, que foi traduzida para o português como “Processo”.

Essa também não é a melhor acepção do termo, porquanto “*Process*”, nesse contexto, tem a conotação de “meio de produção”. A palavra da língua inglesa que significa o instrumento de prestação jurisdicional (processo) denomina-se “*Procedure*”.

Não é à toa que a associação internacional de Direito Processual chama-se oficialmente “*International Association of Procedural Law*”. No mesmo sentido, a própria disciplina ministrada nos países de língua inglesa que faz alusão ao Direito Processual é denominada “*Procedure*”.

Por derradeiro, a expressão “*Due*” não deve ser entendida como um verbo, mas sim um adjetivo. Logo, esse termo “devido”, significa adequado. Não é aquilo que é devido a alguém, mas a forma adequada para se chegar a um resultado.

Em suma, “*Due Process of Law*” seria o “Meio de Produção Adequada do Direito”. De maneira que ninguém seria privado do Direito à liberdade ou de seus bens sem que haja o “Meio de Produção Adequada do Direito”, derivando desse macro-princípio os postulados da Razoabilidade e Proporcionalidade, consoante a doutrina moderna.

Hodiernamente, fala-se na garantia do processo justo, entendido o termo “processo” também no sentido mais amplo, como “meio de produção”.

Essa foi uma das valiosas lições do prof. Alexandre Freitas Câmara.

Com a dignidade humana também não é diferente, uma vez que só ganha esse enorme destaque no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e no âmbito internacional em período posterior ao apogeu da banalidade do mal¹⁴, com o advento da Constituição de 1988.

Ressalte-se que, ao adentrar no campo de concentração nazista, o próprio prisioneiro era esvaziado de seu próprio ser, que culminava com a substituição cruelmente simbólica de seu nome por um número¹⁵.

Influenciado por esse triste período marcante, a decisão de positivar o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme destaca SARLET¹⁶, representa a profunda mudança na mentalidade do poder constituinte, *in verbis*:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

É tão evidente a mudança que o constituinte originário de 1988 elenca pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro o capítulo dos direitos e garantias fundamentais antes da organização do Estado. Reconhecendo assim a primazia do “ser humano” em detrimento do Estado.

¹⁴ Tal expressão foi criada Hannah Arendt (1906-1975), teórica política alemã, em seu livro *"Eichmann em Jerusalém"*, cujo subtítulo é *"Informe sobre a Banalidade do Mal"*. Na obra, a autora faz uma análise do "indivíduo Eichmann" soldado atuante no regime totalitário nazista, que não possuía traços antissemitas ou doentios. Eichmann agia simplesmente como um burocrata, cumprindo ordens sem pensar nas conseqüências e perdendo assim sua identidade humana.

ARENDR, Hannah. *Eichman in Jerusalem: a report on the banality of evil*. New York: The Vinking Press. 1963.

¹⁵ “Os campos destinam-se não apenas a exterminar pessoas e degradar seres humanos, mas também servem à chocante experiência da eliminação, em condições cientificamente controladas, da própria espontaneidade como expressão da conduta humana, e da transformação da personalidade humana numa simples coisa, em algo que nem mesmo os animais são [...]”

Registre-se, ainda, que é por esse motivo que o legislador incluiu na LEP (lei n.º. 7.210/84), especificamente no art. 41, XI; como direito do preso, o “chamamento nominal”.

ARENDR, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Companhia das Letras. 2000. p. 488 - 489.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68.

O mesmo ocorre com o Código Penal brasileiro, que rompe com a antiga ordem da parte especial contida no Código do Império repetida no Código Penal Republicano de 1890, a qual iniciava com a tipificação dos crimes contra o Estado e terminava com os crimes contra a pessoa.

Essa hierarquia de valores é completamente invertida com o advento do Código Penal de 1940 que, na parte especial, começa tratando dos crimes contra a pessoa e encerra com os crimes contra o Estado, colocando assim o ser humano como epicentro do ordenamento jurídico¹⁷.

O próprio Código Civil, a exemplo do Código Beviláqua, segue a mesma linha de raciocínio ao iniciar o Livro I da parte geral com a abordagem sobre as pessoas naturais.

Assim, a ruptura com o patrimonialismo exacerbado arcaico fica ainda mais nítida com a inovadora previsão expressa dos direitos da personalidade no capítulo II do Código Civil de 2002, simbolizando a primazia do homem em detrimento da “coisa”.

Tal fenômeno é poeticamente descrito nas palavras de BORGES¹⁸, relatando que:

Um homem se propõe a tarefa de desenhar o mundo. Ao longo dos anos, povoa um espaço com imagens de províncias, de reinos, de montanhas, de Baías, de naus, de ilhas, de peixes, de moradas, de instrumentos, de astros, de cavalos e de pessoas. Pouco antes de morrer, descobre que esse paciente labirinto de linhas traça a imagem de seu rosto.

1.1 AS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outra perspectiva histórica dos direitos fundamentais situa sua evolução em gerações¹⁹ ou dimensões²⁰.

¹⁷ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*, vol. 2, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 01.

¹⁸ BORGES. Jorge Luis. *Obras Completas*. vol. 2. São Paulo: Globo. 1999. p. 254.

A primeira delas engloba uma gama de direitos reivindicados nas revoluções americana e francesa, representados pelo ideal de liberdade, constituindo os chamados direitos individuais, também denominados de direitos civis e políticos, inspirados pelo Estado liberal.

Acrescente-se, pois, que esses direitos também sofrem modificações no seu significado, como já dito. O termo liberdade, conforme explana HOBBSAWM²¹, “antes de 1800, sobretudo uma expressão legal que denotava o oposto de escravidão, tinha começado a adquirir novo conteúdo político. Sua influência direta é universal, pois forneceu padrão para todos os movimentos revolucionários subsequentes [...]”.

O constitucionalismo liberal assentava-se numa visão limitativa do homem, a pessoa humana era concebida a partir de uma perspectiva individualista, como um ser abstrato, quase metafísico, que sobrepairava o mundo concreto. O Estado deveria preservar a sua autonomia e liberdade, mas escapava às suas preocupações a garantia de condições reais de subsistência, para que o homem pudesse exercer aquela liberdade que lhe era formalmente franqueada²².

Hodiernamente, o núcleo do princípio da liberdade é a própria autonomia da vontade. Em última análise, seria a submissão de um povo às leis editadas por eles próprios, que poderia ser denominado liberdade pública de autogoverno. Por outro lado, haveria as liberdades privadas, funcionando como instrumentos de defesa do próprio cidadão contra as ingerências governamentais.

¹⁹ Ver BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²⁰ Para alguns autores, o termo mais correto seria “dimensões” de direitos e não “gerações”, porquanto aquele significa que há uma harmonia entre as três dimensões. Diferentemente do termo “gerações” que pode significar a ideia de sucessividade. Ausculte-se SARLET, nesse mesmo sentido.

“Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensão’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por partilhar, na esteira da mais moderna doutrina.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Atual, rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

²¹ HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*. 20. ed. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Temi. 1977. p. 84 e 85.

²² SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2003. p. 68.

Em suma, uma sociedade livre é aquela que estabelece leis por meio de seus governantes, que são escolhidos como seus representantes através de um processo democrático de eleição, e que possui mecanismos limitadores do poder estatal.

A segunda dimensão está intimamente atrelada aos ideais do Estado Social e à ideia do *welfare state*²³, cujo escopo é garantir condições mínimas de vida à população.

Representada, portanto, pelo ideal de igualdade, esse conjunto de direitos fundamentais é denominado de direitos sociais ou de direitos econômicos, sociais e culturais.

Enquanto os direitos de primeira dimensão, caracterizados pelo ideal de liberdade, demandam, preponderantemente, uma prestação negativa do Estado, os direitos de segunda dimensão necessitam de uma prestação positiva do Estado.

Por fim, os direitos colacionados na terceira dimensão visam a tutelar os direitos difusos e coletivos, e não o homem isoladamente. Representando assim os ideais de solidariedade humana, corroborados pelo ideal da fraternidade, que era o terceiro pilar do movimento iluminista que influenciou de forma consistente a Revolução Francesa de 1789²⁴.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, conforme destaca PEREZ LUÑO, podem ser considerados como uma resposta ao fenômeno denominado de “poluição das liberdades”, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais. Nessa perspectiva, assumem relevância os direitos ao meio ambiente e o direito à informática, cujo reconhecimento é postulado em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade pessoal diante dos bancos de dados, meios de comunicação, entre outros²⁵.

²³ Estado de bem-estar social, *Welfare State*, também conhecido como Estado-providência é um tipo de organização político-econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Cabendo ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e promover a proteção à população.

²⁴ Para saber mais sobre a Revolução Francesa, vide: HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*. 20 ed. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Temi. 1977.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Atual, rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

Essa classificação não está desprovida de críticas, tal como disserta SARLET²⁶

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensões [...], gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões. Todavia, tenho para mim que esta tríade queda incompleta em não se fazendo a devida referência ao mais fundamental dos direitos, isto é, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A despeito da crítica, adota-se aqui o entendimento de que o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, gravitam, ao mesmo tempo, em torno de todas as dimensões de direitos fundamentais.

Dessa maneira, a vida e a dignidade humana importam em uma conduta negativa do Estado à medida que impedem, por exemplo, a imposição de pena de morte fora dos casos em que houver imposição de um regime de exceção²⁷ ou preconizam a incolumidade física e o direito de imagem do indivíduo. São perfeitamente condizentes com a liberdade, porquanto, a vida e a dignidade humana são reflexos da existência humana, que compreende seres dotados da capacidade cognitiva, autonomia e, por conseguinte de livre-arbítrio²⁸.

²⁶ *Ibid.* p. 55.

²⁷ “A sua extraordinária importância [a vida humana], como base de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, vai ao ponto de impedir que o próprio Estado possa suprimi-la, dispondo a Constituição Federal que não haverá pena de morte, ‘salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX’ (art. 5º, inciso XLVII, letra a)”.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte especial, vol. 2, 6. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 23.

²⁸ “Em resumo, o termo dignidade humana é o reconhecimento de um valor. É um princípio moral baseado na finalidade do ser humano e não na sua utilização como um meio. Isso quer dizer que a dignidade humana estaria baseada na própria natureza da espécie humana a qual inclui, normalmente, manifestações de racionalidade, de liberdade e de finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio”.

ARCHER, Luís. *Reflexão Ética sobre a Dignidade Humana*. 1999. Disponível em: <http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/9D4875F1-511B-4E29-81B2-C6201B60AD52/0/P026_DignidadeHumana.pdf>. Acesso em 21 abr. 2010. p. 10.

A despeito da denominação adotada pelo autor supra acerca da teoria dos princípios, cabe aqui esclarecer que nesse trabalho é adotada a modalidade de classificação que reconhece os preceitos como gênero, do qual se subdividem os postulados, os princípios e as regras. Sendo os postulados vistos como metanormas de aplicação de outras normas ou elementos, no caso de experiências conflituosas ou recalcitrantes ocorridas no plano concreto ou no plano da eficácia. Os princípios como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. E as regras como “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da

A vida e a dignidade humana também demandam uma conduta estatal positiva, haja vista que cabe ao Estado do bem-estar social prover condições mínimas de vida à população. Garantindo assim o mínimo existencial ou mínimo vital, mediante o fornecimento de hospitais, de escolas, de locais de lazer e emprego.

Essa dupla direção protetiva da cláusula da dignidade humana significa que ela é um direito público subjetivo, ou seja, um direito fundamental do indivíduo contra o Estado e contra a sociedade; e, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade ou de seus grupos²⁹.

Por derradeiro, a dignidade humana demanda a tutela do homem não considerado individualmente, mas em função de toda a humanidade que viveu no passado, vive no presente e viverá futuro. Os homens são constituídos por uma solidariedade ontológica da raça humana e realizam-se através da relação e da ajuda ao próximo.

A dignidade humana exprime-se em um “nós-humanidade” e não somente na soma dos “eus-individuais”³⁰. Da mesma maneira, a vida humana só é plenamente permitida com a solidariedade humana, obtida, primordialmente, pelo respeito ao próximo. A ideia central é a

correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Sabendo-se que “um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica dele decorrente, pode experimentar um *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)”.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 69 e 78/79.

Ressalte-se, ainda, que os preceitos, que compreendem os postulados, os princípios e as regras, devem ser somados aos valores para que ganhem um significado na hermenêutica jurídica. E esse conjunto de valores, que consiste nas crenças, convicções e aspirações da sociedade; é responsável por permear toda carga axiológica dos preceitos. Formando verdadeiro arcabouço para a determinação da ética e da moral do cidadão.

²⁹ HÄBERLE, Peter. *A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p.89.

³⁰ “Essa auto-realização pessoal, que seria o objecto e a razão da dignidade, só é possível através da solidariedade ontológica com todos os membros da nossa espécie. Tudo o que somos é devido a outros que se debruçaram sobre nós e nos transmitiram uma língua, uma cultura, uma série de tradições e princípios. Uma vez que fomos constituídos por esta solidariedade ontológica da raça humana e estamos inevitavelmente mergulhados nela, realizamo-nos a nós próprios através da relação e ajuda ao outro. Não respeitaríamos a dignidade dos outros se não a respeitássemos no outro”. ARCHER. *Op. cit.*, p. 10.

de que, dentro de cada ser humano individualmente considerado, por mais obscura que seja sua existência, pulsa toda a humanidade.

Explicado o entendimento adotado neste trabalho, cumpre esclarecer que a divisibilidade dos direitos em dimensões ou gerações assim como as demais tipologias adotadas para classificar os direitos fundamentais não lograrem em explanar de modo completo todo o conteúdo e complexidade dos direitos fundamentais – inclusive por se tratarem de conceitos metamórfico-subjetivos³¹ – essas classificações servem como importante instrumento didático e lógico-racional para se trabalhar com os direitos fundamentais nas situações concretas que se apresentam.

Cumpre aqui consignar que essa classificação em dimensões de direitos fundamentais não deve ser observada como verdadeira “porta do nunca mais³²”, estanque, mas sim como uma classificação calcada no critério da preponderância.

Em que pese habitual presença de interesse difuso ou social em determinada espécie de direito, esse não deixará de objetivar a proteção da vida do homem visto em sua individualidade.

O mais importante é a postura ativa e responsável de todos os governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as

³¹ O conceito de metamorfose se extrai da obra intitulada *Metamorfoses*, cuja autoria é atribuída a Ovídio, a qual para muitos estudiosos poderia ser chamada de "a enciclopédia da mitologia clássica" – cujo texto narra os acontecimentos míticos de alguns dos personagens mais importantes e utilizados na mitologia grega e as transformações que dão nome ao livro. Dentre as quais homens transformam-se em rios, em flores ou rochas; ninfas que são transformadas em sons, deuses que se transformam em pássaros, etc.

No texto, o vocábulo empregado significa que os conceitos inerentes aos direitos fundamentais se modificam a todo o tempo, de acordo com o momento histórico vivido em face das circunstâncias do caso concreto e conforme a visão de mundo do intérprete.

Ver: OVÍDIO. *Metamorfoses*. Trad. Manuel Maria Barbosa Du Bocage. 4. ed. São Paulo: Martin Claret. 2006.

³² A "Porta do Nunca Mais", também chamada "Porta Sem Regresso" ou “Porta da Morte”, está localizada em um entreposto, hoje transformado em museu, onde a luta pela liberdade está inscrita nas paredes, no solo e paira nos ares. Fica na Casa dos Escravos, na Ilha de Gorée, Senegal-África. Esse antigo símbolo do terror, que hoje recebe turistas de todos os lugares do mundo, reservava dois caminhos aos africanos que por lá passavam: ou a morte no oceano, ou uma vida escrava nas Américas. Por esta porta, milhões de africanos foram transportados a partir deste forte rumo a uma vida de tristeza e escravidão no Brasil, nas Caraíbas e na América do Norte.

Sobre a “Porta do Nunca Mais” ver: JBONLINE. *Lula pede perdão por escravidão no Brasil: presidente se emociona durante visita à casa dos escravos na África*. Disponível em:

<<http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/brasil/2005/04/14/jorbra20050414008.html>> Acesso em 21 abr. 2010.

dimensões numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural. Assim, estar-se-á dando passos para a afirmação de um Direito Constitucional altruísta e fraterno³³.

Alguns autores apontam para a existência de uma quarta ou até quinta dimensão de direitos fundamentais, como, por exemplo, BONAVIDES³⁴, ao afirmar que os mesmos decorrem da globalização política na esfera da normatividade jurídica, e correspondem à fase última de institucionalização do Estado social. A proposta do ilustre professor compreende os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc.

A respeito da quarta dimensão de direitos fundamentais, TAVARES³⁵ afirma que se trata de um rol de direitos decorrentes da superação de um mundo bipolar, dividido entre o capitalismo e o comunismo. Assim, o fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos são responsáveis pela ascensão dessa nova categoria de direitos humanos.

Diante de todos esses avanços biotecnológicos, acerca dos direitos fundamentais de quarta geração, BOBBIO³⁶, assegura que “[...] já apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Todas essas propostas são plenamente condizentes com os avanços tecnológicos atuais, notadamente pela política neoliberal e pelo fenômeno da globalização, que permite maior compartilhamento de informações estimulando a cooperação entre os indivíduos e os Estados. Porém, apenas com a sedimentação dos direitos de terceira dimensão, que abrangem a aceitação desses direitos em prol da civilização futura que se terá a maturidade necessária para acrescentar mais uma dimensão protetiva no rol de direitos fundamentais.

³³ SARLET. *Op. cit.*, p. 57.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 571.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 389.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 06.

1.2 PRINCIPAIS DOCUMENTOS HISTÓRICOS

A análise da origem e natureza dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no curso de sua positivação ao longo da história é um tema bastante rico e merecedor de inúmeras páginas de uma monografia dedicada a esse aspecto. O objeto desta obra, contudo, é muito mais modesto, pois se restringe a denominar os principais documentos históricos com o intento de propiciar ao leitor que se situe no tempo e espaço para permitir o posterior exame da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Dito isso, os direitos e princípios encontrados no rol dos direitos fundamentais visualizados pela doutrina clássica encontram-se positivados nos mais importantes textos históricos internacionais dentre os quais se destacam: a *Magna Carta Libertatum* (1215), *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), a Declaração Norte-Americana – *Bill of Rights* (1689), a Declaração de Direitos de Virgínia (1776), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Constituição do México (1917), a Declaração do Povo Trabalhador da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas - URSS (1918), a Constituição Alemã (1919), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, a Convenção Americana dos Direitos do Homem (1969), entre outros.

Atualmente, merece destaque a Declaração de Direitos Humanos do Islão, aprovada em 1990 e a Carta Árabe de Direitos Humanos.

E repousa no seio desses textos a previsão genérica e abstrata dos direitos fundamentais que serão tratados a seguir.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem, ao longo da história, dificulta a elaboração de um conceito sintético e preciso desses direitos³⁷. Aumentando-se o obstáculo quando são empregadas várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais do homem e diversas outras nomenclaturas sugeridas.

A expressão que reflete melhor o estudo está contida nos termos “direitos fundamentais do homem” adotado pelo constituinte, porquanto se referem aos princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. Logo, no qualificativo: “fundamentais”, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive³⁸.

O termo “direitos fundamentais” surgiu na França aproximadamente em 1770, em decorrência do movimento cultural e político³⁹ que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789⁴⁰.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 175 e 176.

³⁸ *Ibid.* p. 175 e 176.

³⁹ Iluminismo, Esclarecimento ou Ilustração, deriva do latim *iluminare*, em alemão *Aufklärung*, em inglês *Enlightenment*. São termos que designam um dos mais prolíficos períodos da história intelectual e cultural ocidental. Nas palavras de Immanuel Kant: "O Iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si. Tutelados são aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direção de outrem. É-se culpado da própria tutela quando esta resulta não de uma deficiência do entendimento mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direção de outrem. *Sapere aude!* Tem coragem para fazer uso da tua própria razão! - esse é o lema do Iluminismo".

KANT, Immanuel. *Beantwortung der Frage: was ist Aufklärung?* Trad. livre. Disponível em: <http://de.wikisource.org/wiki/Beantwortung_der_Frage:_Was_ist_Aufkl%C3%A4rung> Acesso em: 17 jul. 2010.

Tal movimento ensejou a Revolução Francesa em 1789 e a declaração dos direitos do homem e do cidadão, conforme esposado no texto. Segundo Peter Reil, o término do período é habitualmente assinalado em coincidência com o início das Guerras Napoleônicas, em 1804 a 1815.

REIL, Peter Hanns. *Introduction*. In: encyclopedia of the enlightenment. Edição: Peter Reill e Ellen Wilson. New York: Facts on File. 2004. p. X-XI.

⁴⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 29.

Hodiernamente, há uma tendência em conceituar os direitos fundamentais como aqueles oriundos do âmbito jurídico interno de um Estado, enquanto a terminologia “direitos humanos” é mais encontrada nos tratados e convenções internacionais, tal como destaca PEREZ LUÑO⁴¹.

Nesse mesmo esteio de raciocínio, os direitos fundamentais, nas palavras de VIEIRA⁴², são a “denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional”.

Assim, os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. E na sua dimensão objetiva, como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto os outros concebidos como garantias individuais – forma a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, democrático⁴³.

Portanto, convém realçar que o fato do direito positivo não reconhecer-lhes toda a sua dimensão e amplitude no formato de regras, isso não lhe retira essa perspectiva, vista que no seu âmago estão implícitos os princípios que resumem uma concepção do mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista da efetividade desses direitos.

Seria um verdadeiro contra-senso a positivação integral de toda a delimitação dos direitos fundamentais, tendo em vista o seu contorno principiológico que denota a grande

⁴¹ PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986. p. 31.

A concepção de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de “direitos naturais” não é aqui adotada, pois a positivação desses direitos em normas de direito internacional denota a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos. Nesse mesmo sentido:

SARLET, Ingo Wolfgang. . *Op. cit.*, p. 29.

⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 36.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 2.

carga axiológica contida em cada direito, que, como visto anteriormente, se relaciona intimamente com o momento histórico vivido pela sociedade.

Em outras palavras, seria um disparate a tentativa do constituinte de estreimar conceitos metamórfico-subjetivos, o que importaria verdadeiro sisifismo⁴⁴.

Isso sem querer mencionar o fenômeno da mutação constitucional⁴⁵, que frisa bem o que se quer dizer.

2.1 CARACTERES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina clássica elenca algumas características essenciais dos direitos fundamentais, dentre as quais podem ser elencadas a historicidade, a universalidade, a limitabilidade, a concorrência, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

A historicidade diz respeito à afirmação do direito fundamental ao longo da evolução histórica, perpassando por todas as suas conotações. Se os direitos fundamentais não são, em princípio, absolutos, não podem pretender valia unívoca de conteúdo a todo o tempo e em

⁴⁴ A origem da expressão “sisifismo” é decorrente da mitologia grega. Decorre da história em que Sísifo é punido por enganar o próprio Hades, o Deus da morte e Tânatos, um de seus servos. Sua sanção consistia em empurrar com as mãos uma enorme pedra para o alto de uma enorme ladeira íngreme o dia inteiro. E, ao fim do dia, ele deveria deixar a pedra rolar novamente para baixo, tornando a realizar a mesma tarefa árdua e infundável no dia seguinte e por toda a eternidade.

Do dicionário: “Sisifismo - si.si.fis.mo. *sm* (*Sísifo*, *np+ismo*) *neol*: Eterno recomeço de alguma coisa: *Sisifismo intelectual*”.

MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=sisifismo>> Acesso em: 21 abr. 2010.

⁴⁵ Mutação Constitucional   o fenômeno informal de altera o do conteúdo do texto Constitucional sem qualquer altera o formal na letra da lei. A mudança ocorre no entendimento da norma em virtude da dinâmica evolu o social.   uma altera o de entendimento sem altera o expressa no texto, diante da nova conjuntura política, econômica e social.

Acrescente-se o fato de que a muta o constitucional adv m do próprio mandamento aposto no art. 5  da LICC. Para saber mais sobre muta o constitucional, ver CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constitui o*. 7. ed. Almedina: Coimbra. 2003, p. 1228. e BULOS, Uadi Lammêgo. *Muta o Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

todo lugar. Por este motivo, afirma-se que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num contexto histórico determinado⁴⁶.

A característica da universalidade é similar ao princípio kantiano⁴⁷, resumido na frase: “procede apenas segundo aquela máxima, em virtude da qual podes querer ao mesmo tempo que ela se torne lei universal”⁴⁸. Destinando-se, indiscriminadamente a toda humanidade.

Desta forma, a universalidade funciona exatamente como uma lei universal, referindo-se ao alcance dos direitos fundamentais, atingindo assim a todos os jurisdicionados.

A limitabilidade tem íntima relação com o princípio da relatividade dos direitos fundamentais, aqui entendido como verdadeira reconstrução dos direitos fundamentais, demonstrando que eles não são absolutos. Podendo, portanto, serem “relativizados” (ou reconstruídos)⁴⁹ no caso concreto quando diante de um conflito de interesses, quando será necessário o uso da ponderação axiológica pelo intérprete.

A partir dessa definição, verifica-se que a reconstrução dos direitos fundamentais poderá ser observada sob os prismas temporal – critério da profundidade – e espacial – critério da extensão –,⁵⁰ com o auxílio da predominância para o enquadramento na classe pertinente.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 241.

⁴⁷ Na Fundamentação da metafísica dos Costumes, Kant formula o princípio do imperativo categórico, calcado no princípio da universalidade, ensinando que a ação ética é aquela ação boa, direcionada a toda humanidade e sem interesses secundários. Segundo Adolfo Sanches Vásquez, para Kant, o único bom moralmente e sem restrições é a boa vontade. Entendida como aquela vontade de agir por dever e não por interesses escusos. Daí a sua crítica posterior ao racionalismo exacerbado, mencionando que “[...] trata-se de uma teoria da obrigação moral inoperante e inexecutável para a obrigação moral”.

VÁSQUEZ, Adolfo Sanches. *Ética*. Trad. João Dell’anna. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1999. p. 193 - 199.

A crítica pertinente de Vásquez não retira a importância do princípio da universalidade como influência para a criação dos direitos fundamentais, dos direitos humanos e outros inúmeros institutos de direito baseados em princípios e disposições transcendentais. Sendo a universalidade propriamente dita, inclusive, uma das características dos direitos fundamentais aqui explicitados.

⁴⁸ KANT. *Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1964. p. 23.

⁴⁹ Vide nota de rodapé n°. 03.

⁵⁰ Ver p. 06 e nota de rodapé.

A análise da historicidade será observada pela ótica predominantemente temporal ou transitória, condizente com o critério da profundidade, quando o princípio terá sua conotação e importância dentro de um determinado momento histórico com as devidas maturações no seu significado⁵¹. Não perdendo, portanto, sua valia unívoca de conteúdo naquele momento.

Será, porém, a reconstrução vislumbrada sob o prisma predominantemente espacial quando vista pela característica da limitabilidade, quando então haverá a flexibilização de um princípio em detrimento de outro consoante as circunstâncias realizadas no caso concreto, fenômeno similar ao emprego da Régua de Lesbos⁵² utilizada na Grécia antiga.

Continuando o rol das características dos direitos fundamentais, a concorrência significa que os direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente. Em outras palavras, permite que o mesmo titular preencha os pressupostos de vários desses direitos concomitantemente.

⁵¹ Uma questão interessante é engendrada na Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), especificamente na tábua terceira que tratava dos “Direitos de Crédito”, aduzindo o seguinte: “6. Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor”. “8. Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida”. “9. Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”. DHNET. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm> >. Acesso em 26 abr. 2010.

No caso, a palavra “cadeias” significa corrente, porquanto se trata de uma tradução lusitana. Assim, o devedor inadimplente seria amarrado por correntes, caso não pagasse a dívida. E a palavra latina usada para expressar essa determinada conduta era “*vinculum*”, daí o fato de que até hoje o instituto de Direito Civil da obrigação é definido como o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação economicamente aferível.

Em outras palavras, apesar do direito contemporâneo não permitir a auto-tutela, salvo em raras exceções peculiares, a palavra *vinculum* permanece sendo usada até hoje para definir o instituto jurídico, mas com uma significativa mudança semântica. Ao invés de simbolizar a corrente que servia para o aprisionamento do devedor por 60 dias, denota o elo entre ambas as partes do negócio jurídico, consubstanciado na relação jurídica obrigacional. Verifica-se, portanto, que a antiga preponderância do princípio da auto-tutela dada sua importância naquela época, cede hodiernamente em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵² A famosa régua confeccionada na ilha grega de Lesbos era feita de chumbo, para possuir a necessária flexibilidade, visando a sua adaptação à forma do bloco de pedra utilizado pelos arquitetos e construtores. Naquela época, este instrumento simbolizou a imagem precisa de equidade, conforme assinalou Aristóteles. “Com efeito, quando uma situação é indefinida, a regra também é indefinida, tal qual ocorre com a régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras; a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos.”

Daí a distinção entre concorrência e colisão de direitos fundamentais, pois a concorrência ocorre quando um comportamento praticado por um mesmo titular preenche, ao mesmo tempo, os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais, enquanto a colisão corresponde ao exercício de um direito fundamental por parte de um titular que impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental inerente a outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre os direitos individuais em jogo⁵³.

A irrenunciabilidade significa que os direitos fundamentais não podem ser renunciados. Alguns deles podem até deixar de serem exercidos em determinados momentos, porém, não se admite a sua renúncia⁵⁴.

A inalienabilidade se refere ao fato de que esses direitos são intransferíveis e inegociáveis, porque não tem conteúdo econômico-patrimonial.

Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer por conta da sua indisponibilidade⁵⁵.

A imprescritibilidade, por fim, que importa em dizer que os direitos fundamentais não podem ser fulminados pelo instituto da prescrição. De acordo com o entendimento de SILVA⁵⁶:

[...] prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda de exigibilidade pela prescrição”.

Justamente por serem direitos fundamentais e, conseqüentemente, essenciais para a vida do cidadão no meio social, não se justifica a sua sujeição ao fenômeno da prescrição, que inviabilizaria a tutela jurisdicional.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1.253.

⁵⁴ SILVA. *Op. cit.*, p. 181.

⁵⁵ *Ibid.* p. 181.

⁵⁶ *Ibid.*

A impossibilidade de renúncia dos direitos fundamentais em respeito à característica da irrenunciabilidade já analisada, se contrapõe frontalmente à possibilidade de extinção do direito pelo decurso do lapso temporal fundado na inação da parte.

Ou seja, a irrenunciabilidade não pode conviver com a prescrição sob pena de se construir legítima *contradictio in terminis*.

3. EFICÁCIA DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

3.1 TERMINOLOGIA

Inicialmente cumpre justificar o uso da terminologia aqui adotada, que foge à regra dos manuais e das demais obras de Direito Constitucional.

A opção pelo termo “dispositivos constitucionais” ao invés do emprego usual de “normas constitucionais”, se justifica diante da adoção do método de dissociação heurística entre regras e princípios proposto por ÁVILA⁵⁷. De acordo com esse critério, as normas são construídas apenas pelo exercício exegético dos intérpretes a partir dos dispositivos constitucionais somados ao seu significado usual. E essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, sendo, portanto, construídas pelo próprio intérprete.

Dessa forma, a norma seria fruto do exercício da construção do significado a partir do dispositivo que representa um fato somado à capacidade cognitiva do intérprete e não o

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 68.

“[...] as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas no texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Por isso a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor empírico, sustentado pelo próprio objeto da interpretação, quer com valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos [...]”.

próprio dispositivo constitucional *per se*⁵⁸. Por isso, entende-se que a classificação deve ser realizada em relação ao dispositivo – comando genérico e abstrato constante no texto constitucional –, e não em torno da norma, a qual sequer foi construída, ou reconstruída, pelo intérprete⁵⁹.

Os significados são construídos pelo sujeito – intérprete –, a partir do dispositivo de lei em relação ao objeto, que representa o fato que irá ser interpretado, que por sua vez são definidos pelo círculo hermenêutico. Esse círculo hermenêutico é formado pelo sujeito, objeto e idéia (atitude reflexiva crítica).

Quando se tem um fato que é valorado pelo homem, esse valor é transformado em texto legal o qual representa um fenômeno. Assim, o que se interpreta não é o texto em si, mas sim o fato subjacente que está incorporado na estrutura do texto em relação ao caso concreto presente. Da mesma forma que se constroem os significados dos direitos fundamentais anteriormente explanados, observando os critérios do tempo e espaço.

Logo, quando se altera o fato que irá ser interpretado, que é o objeto; acrescido ao dispositivo de lei (instrumento de interpretação), cria-se uma norma, que representa a junção entre técnica e valor. Sendo a interpretação, pois, uma tarefa de contínua construção e reconstrução realizada pelo intérprete⁶⁰.

⁵⁸ Paulo Bonavides argumenta no esteio de raciocínio da teoria de Friedrich Muller aduz que “toda concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa. Entender o contrário significa ater-se ao dogma e ao preconceito de perquirir o Direito onde ele não existe [...]”. A vontade objetiva da lei ou a do legislador é uma vontade desatualizada e imobilizada pelo texto.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 461-462.

⁵⁹ Dois autores perceberam com clareza que o exercício da interpretação não significa pura e simplesmente realizar a exegese do texto de modo isolado e autônomo para depois extrair um sentido objetivo e aplicá-lo a tais fatos, foram eles Friedrich Muller e Jan Schapp.

Sobre o tema, confira-se. MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2 ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonard. 2000. e SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Trad. Emílio Stein. Porto Alegre: SAFe. 1985.

⁶⁰ No que tange os limites da tarefa interpretativa construtiva, cumpre ressaltar que as pessoas já trazem uma pré-compreensão do Direito que não se confunde com um apego aos valores prévios rigidamente fixados. A exegese deve ser construída mediante um processo de diálogo no qual o intérprete parte dos pressupostos pertinentes ao sistema jurídico em relação aos novos elementos e valores e sua transformação ao longo do tempo e do espaço. Nesse sentido, ver. MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2 ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonard. 2000.

Portanto, nessa obra, quando se referir às normas constitucionais estar-se-á tratando de dispositivos que já passaram pelo crivo exegético do intérprete.

Ressalte-se que o termo “comandos constitucionais” também se adéqua a essa classificação calcada no método heurístico. Porém, a palavra “comandos” dá uma noção de imperatividade, o que nem sempre ocorrerá, tal como se verá adiante ao se analisar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por esse motivo, preferiu-se adotar aqui o termo “dispositivos constitucionais” para intitular o presente capítulo. Ressalte-se que essa preferência não obsta o emprego desta ou da palavra normas em seu sentido *lato*, tal como faz a doutrina clássica⁶¹.

3.2 A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

Para que o direito seja um verdadeiro conjunto de normas que regula a vida em sociedade, tal como previa ROUSSEAU⁶² na obra “O Contrato Social”, é necessário que ele tenha um mínimo de eficácia; ou seja, que tenha, ao menos, uma diminuta possibilidade de aptidão para produção de efeitos no mundo fático.

Para REALE⁶³, no âmbito da teoria tridimensional, o direito possui três aspectos básicos discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo, o direito como ordenamento e sua respectiva ciência; um aspecto fático, o direito como fato em sua efetividade social e histórica; e um aspecto axiológico, o direito como valor de Justiça.

Sobre a pré-compreensão, Canotilho está coberto de razão ao afirmar que esta deve surgir como um produto social e não como um mero consenso profissional. Importa em ir além da racionalidade de investigação de uma verdade dogmática e da racionalidade funcional, devendo os concretizadores da Constituição e do sistema jurídico investigar o âmago das controvérsias.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 46 – 47.

⁶¹ SILVA. *Op. cit.*, p. 179.

⁶² “As leis não são, propriamente, mais do que as condições da associação civil. O povo, submetido às leis deve ser o seu autor. Só àqueles que se associam cabe regulamentar as condições da sociedade”.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: Ensaio Sobre a Origem das Línguas*. In. Os Pensadores. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural. 1999. p. 108.

⁶³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. 2 Tiragem. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 66 e 67.

A questão do direito como fenômeno axiológico, fático e normativo, vistos em conjunto, é condição necessária para que se entenda a relação entre direitos fundamentais como previsões normativas gerais e abstratas de um lado, e o seu respectivo grau de incidência no caso concreto, de outro⁶⁴.

A axiologia traz importante noção para os operadores do Direito, cujo escopo é aproximar cada vez mais o direito ao ideal de Justiça. COÊLHO⁶⁵ sintetiza a ideia do movimento de união entre o direito e a Justiça, definindo como:

[...] Tessitura complexa e delicada, envolvida nas dobras do tempo, em constante mutação. Frequentemente atordoado pelo tecnicismo do Direito e o particularismo das normas, ou, ao revés, embevecido com os ideais de justiça, o jurista deixa de perceber a dimensão global e totalizante do fenômeno jurídico, vendo-o ora como *técnica*, ora como *valor*. Nem uma coisa nem outra se separadas. As duas conjuntamente. É assim o direito. É técnica e é valor.

No que tange aos aspectos fáticos e normativos, esses são de valia essencial para a compreensão da eficácia dos dispositivos constitucionais. Uma vez que o comando objetivo acoplado aos valores, devem ser devidamente observados pela sociedade sob pena de se transformar o dispositivo legal em verdadeira letra morta.

Logo, se a lei existe, passando pelos trâmites legais para sua criação; é válida, por ser condizente com os preceitos Constitucionais e legais; entretanto, carece de aptidão para a produção de efeitos no mundo fático, torna-se ineficaz. Acarretando na perda da sua aplicabilidade.

⁶⁴ Quando se tem um fato que é valorado pelo homem, esse conteúdo é transformado em texto legal o qual representa um fenômeno. Assim, o que se interpreta não é o texto em si, mas sim o fato subjacente que está incorporado na estrutura do texto. E quando se altera o fato que irá ser interpretado, que é o objeto da interpretação, acrescido ao dispositivo de lei, cria-se uma norma – técnica e valor. Sendo a interpretação, pois, uma tarefa de contínua construção e reconstrução.

É da relação que faz o sujeito perceber o novo fato a ser interpretado; ou seja, o objeto da interpretação, que nasce a norma, que é técnica e valor; formando assim o círculo hermenêutico, que só possui sentido quando reunidos todos seus elementos: sujeito, objeto e ideia.

⁶⁵ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p.04.

O critério de classificação atual para os dispositivos constitucionais⁶⁶ e, por conseguinte, utilizado nos direitos fundamentais, se refere à teoria tricotômica da eficácia, compreendendo os dispositivos de eficácia plena, contida e limitada⁶⁷; sendo esta última repartida em dois grupos: programáticas e de legislação, de princípio institutivo ou organizatório.

A primeira categoria inclui todos os dispositivos que, por possuírem uma normatividade suficiente, têm a possibilidade plena de produzirem todos os seus efeitos essenciais, atingindo todos os objetivos almejados pelo constituinte.

A segunda categoria, dos dispositivos de eficácia contida, inclui comandos que também podem produzir todos os seus efeitos de imediato, diferenciando-se das primeiras por serem dotadas de mecanismos que permitem a contenção da sua eficácia em certos limites desejados pelo legislador ordinário.

Por derradeiro, os dispositivos do terceiro grupo são todos os que não estão aptos a produzir todos os efeitos essenciais por faltar-lhes uma suficiente normatividade. Essa tarefa foi atribuída ao poder executivo ou ao legislador ordinário, respectivamente.

O problema, todavia, ocorre justamente quando o legislador ordinário não preenche essa lacuna, inviabilizando assim a produção de efeitos do comando constitucional.

A dúvida que surge seria a seguinte: o julgador deveria ficar à mercê do legislador para dar efetividade aos dispositivos constitucionais afirmadores de direitos fundamentais de

⁶⁶ Existem outros métodos de classificação, tal como o modelo americano que utiliza a classificação das “normas”, aqui denominadas de dispositivos constitucionais, aplicáveis – *self-acting or self-enforcing* –, e não auto-aplicáveis – *not self-acting or not self-enforcing*.

Apesar de sua importância, sofreu críticas no seu aspecto terminológico pelo fato dos comandos auto-aplicáveis passarem a falsa impressão de que não sofrem regulamentação legal e as não auto-aplicáveis não produzem efeito algum. O aspecto da forma de classificação calcado na completude de conteúdo também foi alvo de críticas, pois cada comando constitucional é, em certa medida, incompleto, porquanto sua aplicação no caso concreto reclama um exercício exegético ante a abstração e generalidade do direito fundamental. Por fim, faz-se a crítica pela forma anacrônica e desvinculada da realidade vigente dessa concepção clássica, uma vez que tem como base as constituições liberais sendo incompatíveis com o constitucionalismo social democrático dominante nesse século, no qual assume relevo o caráter programático dos comandos constitucionais.

Nesse mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. . *Op. cit.*, p. 245 e 246.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 82 e 83.

princípio institutivo ou organizatório e que dependem de complementação pelo legislador ordinário ou pode aplicá-los diretamente, suprimindo assim a lacuna acarretada pela omissão legislativa?

No caso dos dispositivos programáticos a dúvida permanece. O magistrado pode ou não atuar em nome do poder executivo na implementação de políticas públicas para garantir o mínimo vital para a população?

O art. 5º, parágrafo 1º da CR/1988 prescreve que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Filiando-se à tendência das Constituições da Espanha, art. 33 e Portugal, art. 18.

Nesse sentido, para dar máxima efetividade à Constituição, é necessária uma postura proativa do magistrado, viabilizando assim verdadeiro ativismo judicial.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes da república.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁶⁸.

Tendo em vista a intensidade garantida ao controle de constitucionalidade, somado ao poder da súmula vinculante, da reclamação constitucional e o próprio fenômeno da mutação constitucional; fica clara a superação da teoria tripartite de Estado ortodoxa e a falência do positivismo puro, que dá lugar à necessidade de resguardar os direitos, garantias e remédios

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oab/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2010. p.06.

constitucionais ante as situações de emergência. O que denota a importância do poder judiciário em face ao modelo complexo de Estado democrático hodierno.

Destarte, cabe assinalar a crítica construtiva proposta por MORO⁶⁹ com relação à classificação supra, no que tange às normas constitucionais de eficácia limitada, aqui tratadas por dispositivos. No capítulo denominado “O mito da vedação da atuação judicial como legislador positivo”, o autor menciona que a prevalência de certos dogmas dos tribunais tem impedido a concretização judicial de normas constitucionais classificadas como de “aplicabilidade mediata”; além de uma correta atuação jurisdicional em relação ao princípio da isonomia.

Além disso, o autor esclarece que o dogma da vedação à atuação judicial como legislador positivo sequer decorre de comando constitucional expresso. Admiti-lo por construção jurisprudencial vai de encontro ao princípio da supremacia da Constituição e ao princípio da efetividade⁷⁰, apenas representando abdicação indevida pelo poder judiciário da função de controle atribuída pela Constituição.

Entende-se, pois, que as normas que definem direitos fundamentais não terão sua classificação mudada pelo § 1º do art. 5º; todavia, a tutela jurisdicional não pode ser negada dentro dos limites do dispositivo, a fim de que seja dada máxima efetividade e aplicabilidade ao texto constitucional.

Tal fato ocorre na aplicação do art. 196 da CR/1988 quando se trata das ações que visam ao fornecimento de medicamentos para os hipossuficientes. De forma que a Suprema Corte brasileira⁷¹ entende que se deve dar aplicação imediata ao dispositivo constitucional, consoante os julgados extraídos dos RE 271286 AgR / RS e RE 393175 AgR.

⁶⁹ MORO, Sérgio Fernando. *Por uma Revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Disponível em: <<http://br.geocities.com/profpito/porumarevisaodateoriamoro.html>>. Acesso em: 05 set. 2009.

⁷⁰ MORO. *Op. Cit.*

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393175 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ. 02-02-2007, Ement. Vol-02262-08. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

Em consonância com esse raciocínio, o STF decidiu que prevaleceria o direito à vida e à saúde ante a necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial. O fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes é dever constitucional do estado (arts. 5º, "caput", e 196 da CR).

Asseverou que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. Uma vez que o caráter programático do art. 196 da CRFB/1988 tem por destinatários todos os entes políticos que compõem (no plano institucional, a organização federativa do estado brasileiro), o que acarretaria a frustração das justas expectativas depositadas no próprio poder público pela coletividade. Ocorrendo assim o que BARROSO⁷² classifica como hipocrisia constitucional⁷³.

Portanto, é a partir do ativismo judicial, com fundamento na normatividade e na máxima efetividade do texto constitucional, que os magistrados têm legitimidade para substituir os lapsos do poder público, preconizando o mínimo existencial e a vedação ao retrocesso.

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta na qual o poder judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas⁷⁴.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 280.

⁷³ O fenômeno da hipocrisia constitucional consiste na criação e na ampliação de direitos materiais apenas no campo legislativo, porém desacompanhada da indispensável instituição de mecanismos capazes de assegurar aos seus titulares a fruição dos correspondentes bens da vida nos casos de seu não cumprimento espontâneo. Outra parcela da doutrina denomina esse fenômeno como “a busca da legitimação pela mera promessa” ou, até mesmo como “legislação simbólica”, como faz o nobre professor Marcelo Neves.

Ver NEVES, Marcelo. *A constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oab/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2010. p. 07.

Até o advento da Constituição de 1988, essa era a linha de atuação do poder judiciário no Brasil, que passou a adotar a postura ativista. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

O ativismo judicial tem uma face positiva, consubstanciada pelo atendimento por parte do poder judiciário às demandas da sociedade as quais não puderam ser satisfeitas pelo poder legislativo em temas como greve no serviço público, a eliminação do nepotismo, regras eleitorais ou entrega de medicamentos. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo poder legislativo, o que inviabiliza a construção de uma democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade⁷⁵.

Hodiernamente, a posição do judiciário é predominantemente proativa. Não obstante, as críticas devem ser objeto de reflexão para evitar os excessos, importando em intervenções em circunstâncias realmente necessárias, buscando assim o equilíbrio na intervenção, que deve ocorrer em casos realmente necessários.

Assim, o magistrado não deve atentar tão-somente para a solução do caso concreto *per se*, também deve observar os reflexos políticos, econômicos e sociais de sua decisão.

É importante assinalar que toda e qualquer tentativa de classificação da eficácia dos dispositivos Constitucionais, como aduz SARLET⁷⁶, não terá o condão de abranger todas as manifestações possíveis da eficácia e aplicabilidade. Sendo conveniente consignar que os dispositivos constitucionais, sempre dotados de um mínimo de eficácia que varia consoante o

⁷⁵ *Ibid.* p. 09.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Atual, rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 255.

seu grau de densidade normativa, também podem considerar-se, em certa medida, diretamente aplicáveis, naturalmente nos limites de sua eficácia e normatividade.

Acrescente-se a isso o fato de que a real eficácia dos Direitos Fundamentais, tal como haurido no espírito desse trabalho, só será extraída a partir da criação da norma, a qual só ocorrerá quando formada a tríade sujeito – objeto – ideia, a qual torna imprescindível a análise da situação concreta.

Traçadas essas considerações acerca da classificação adotada por José Afonso da Silva, acrescidas das críticas e reflexões inerentes ao tema, a doutrina trata de outra forma de classificação que aborda as modalidades de eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, especificamente para delimitar a incidência desses direitos em relação aos sujeitos passivos, que são o escopo dessa obra e serão doravante abordados.

4. EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história aponta o poder público como destinatário precípua das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. Os desdobramentos originados pelas crises sociais e econômicas do século XX, entretanto, tornaram evidente a nova tarefa do estado de preservar a sociedade civil dos perigos de deterioração criados por ela própria. Tal fenômeno se demonstra similar àquele visualizado por HOBBS⁷⁷, designado pela expressão: *homo homini lupus*.

Tornou-se claro que outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos de peso, poderiam, da mesma forma, trazer para o indivíduo vários constrangimentos que se buscavam prevenir contra o Estado. Logo, as razões que conduziram, no passado, à proclamação dos direitos fundamentais são plenamente aptas a justificar que eles sejam invocados nas relações entre particulares seja de maneira direta, indireta ou através de uma ação estatal.

A percepção de que a força vinculante e a eficácia imediata aposta no art. 5º, § 1º da CR/1988, são inerentes aos direitos fundamentais, reforça a ideia de que os direitos fundamentais não podem deixar de ter aplicação na seara do Direito Privado.

A doutrina aponta duas vertentes de eficácia dos direitos fundamentais, dentre as quais se encontram a eficácia vertical e horizontal.

Entende-se, pois, como eficácia vertical aquela que se insere na aplicação tradicional dos direitos fundamentais, consubstanciada na relação entre Estado - Particular, a qual o último é o detentor de tais garantias.

⁷⁷ HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Os Pensadores, 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

O termo em destaque foi extraído da obra de Plauto (254-184), dramaturgo Romano que viveu entre 230 a.C. e 180 a.C., denominada *Asinaria*. Em seu texto a frase é: "*Lupus est homo homini non homo*". A expressão foi popularizada bem mais tarde por Thomas Hobbes, filósofo inglês do século XVIII, que afirmava que o egoísmo era o mais básico comportamento humano.

Como eficácia horizontal, privada ou efeito externo dos direitos fundamentais, compreendem as relações que têm como objeto o estudo da relação de particulares entre si. Eficácia esta que passou a ser discutida nos anos cinquenta⁷⁸, por meio do caso Lüth e a liberdade de expressão. E, mais tarde, na França, com o caso Morsang-sur-Orge na década de 90⁷⁹.

Alguns países, contudo, a exemplo dos EUA, não admitem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Não obstante, a posição defendida nesse trabalho aponta para a ocorrência da irradiação de eficácia dos direitos fundamentais tanto nas situações de manifesta desigualdade sócio-econômica entre os particulares como em circunstância na qual haja uma situação de supremacia de fato ou de direito que viole frontalmente os direitos fundamentais.

Obviamente, que aqui se está a tratar das relações privadas dentre as quais não há determinação expressa do Constituinte para que haja intervenção, ou seja, daquelas que eram originalmente resolvidas no âmbito privado e, por suas peculiaridades, devem fazer incidir os dispositivos Constitucionais de forma direta ou indireta.

⁷⁸ O primeiro caso apreciado pela Corte Constitucional Alemã sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é conhecido como o caso Lüth, em 1958. Eric Lüth tinha convocado o público alemão para realizar boicotes contra os filmes produzidos por Vit Harlan (promitente diretor de cinema na era nazista), especificamente o filme “*Unsterbliche Geliebte*”. Na decisão proferida pelo tribunal de Hamburgo, ficou assentado que a incitação desses atos infringiam a relação civil alemã (§ 856 do BGB). O Tribunal Constitucional, porém, entendeu que a conduta de Lüth estava ajustada ao direito de liberdade de expressão (art. 5º, I da LF) e que esse direito haveria de ser ponderado com outras considerações constitucionais, devendo a legislação civil ser interpretada de acordo com essa ponderação. Resolvendo, por fim, que assistia razão à Lüth, havendo prevalência no direito de liberdade de expressão no caso concreto.

Sobre o caso, veja-se: ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. Ratio Iuris. V. 16, nº 2. 2003. p. 132 - 133.

⁷⁹ O “lançamento de anões” (em inglês: “*dwarf tossing*”; em francês: “*lancer de nains*”) era um concurso grotesco no qual anões, vestindo roupas de proteção, iam sendo arremessados em direção a um tapete acolchoado dentro uma casa noturna, na cidade de *Morsang-sur-Orge*. Sagrava-se vencedor aquele que conseguisse lançar o anão mais longe. O prefeito da cidade, porém, interditou o espetáculo, entendendo que tal prática afrontava a dignidade da pessoa humana. Inconformada com a decisão administrativa, a empresa responsável, em litisconsórcio com o próprio anão - Sr. Wackenheim, impugnaram a decisão. Porém, o Conselho de Estado francês manteve o ato do poder público local e reafirmou a indisponibilidade da dignidade da pessoa humana.

Para saber mais, ver: GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa.. in COAD/Seleções Jurídicas*. nº. 12/96. p. 55 - 71.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2003. p. 72.

Nesse sentido SARLET⁸⁰, ao tratar da necessidade de influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares esclarece:

A existência de algum detentor de poder privado num dos pólos da relação jurídico-privada poderá, isto sim, justificar uma maior intervenção e controle no âmbito do exercício do dever de proteção imposto ao Estado; em outras palavras, uma maior intensidade na vinculação destes sujeitos privados, bem como uma maior necessidade de proteção do particular mais frágil.

São nos direitos de natureza fundamental que estão contidos os valores mais importantes, consubstanciados nas crenças, convicções e aspirações da sociedade; consagrados pelos preceitos constitucionais penetrando pelos demais ramos do ordenamento jurídico, modelando assim suas leis e institutos.

Nesse sentido, os direitos fundamentais passam a ser observados do ponto de vista da sociedade como valores ou fins que essa se propõe a perseguir⁸¹.

Assim, seus efeitos não podem se esgotar na limitação do poder estatal, de modo que deverão se alastrar por todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e ordenando a atividade estatal.

Tal perspectiva é observada pelo fenômeno, já mencionado, da Constitucionalização do Direito Privado ou despatrimonialização, que se trata de um processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito, passando a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

Sendo, no entanto, um movimento necessário para pautar as relações privadas em parâmetros mais justos, em que se concebe a Constituição como o topo hermenêutico

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in _____ (Org.): *A Constituição concretizada - Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 155.

⁸¹ Os fins que a sociedade se propõe a perseguir estão diretamente relacionados aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, esculpidos no art. 3º da CR/1998, visando assim a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

direcionador da interpretação do restante do ordenamento, com o escopo de conformar o direito infraconstitucional nos valores da Lei Maior.

Assim, as normas de cunho fundamental deverão condicionar a interpretação e integração do sistema jurídico, vinculando o legislador, a administração pública e o judiciário na solução dos conflitos.

Daí a eficácia irradiante dos direitos fundamentais registrada por SARMENTO⁸² e consagrada na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão que cunhou a expressão “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre os direitos privados⁸³.

No Brasil, um dos principais óbices ao reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas refere-se à autonomia conferida constitucionalmente ao particular no tocante à realização de seus atos, invocando a autonomia da vontade e a liberdade de contratar. Representando, deste modo, um dos componentes essenciais da liberdade, pressuposto da democracia, estando indissociavelmente ligada à proteção da dignidade da pessoa humana.

Definir quando um direito fundamental incide na relação entre particulares não é tarefa simplória, pois demanda um exercício de ponderação entre o direito fundamental respectivo e a própria autonomia da vontade, corolário do princípio da liberdade previsto no art. 5º, *caput* da CR/1988.

Dessa forma, conclui-se que a autonomia da vontade também não se dá de maneira absoluta. Demonstrando-se imprescindível que o Estado intervenha em determinados casos com a finalidade de proteger a liberdade de outrem e garantir o interesse social.

Em outras palavras, poder-se-ia dizer que esse dirigismo estatal em âmbito privado encontra a justificação mais remota na própria autonomia privada, vez que possui como

⁸² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124.

⁸³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2006. p. 230.

substrato jurídico as próprias leis oriundas da vontade do povo, editadas através de seus representantes, tal como dispõe o art. 1º, § único da CR/1988.

Para que a autonomia privada não se converta em uma liberdade incondicional ou abuso de direito, necessário perfaz atentar para a existência de condições de que assegurem o seu efetivo exercício em conformidade com o interesse comum, observando a função social.

Obviamente que não se discutem os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm como destinatários única e exclusivamente os órgãos estatais⁸⁴, assim como aqueles que foram concebidos para serem exercidos em face dos particulares⁸⁵.

Essa hipótese é observada, primordialmente, nos casos em que o legislador proíbe as condutas adotadas por particulares que importem em discriminação racial.

Ocorre também no caso da proteção dada ao consumidor, em que se reconhece sua hipossuficiência técnica e jurídica, ante a vulnerabilidade diante das relações de consumo. Além dos casos decididos pelo judiciário nas hipóteses não previstas em lei ou dentre as quais esta não se aplica e resolvem-se com base nos postulados da proporcionalidade e razoabilidade.

Cabe consignar que é indubitável que se está diante de uma área dominada pela subjetividade, em que as diferenças culturais podem ensejar soluções diferentes para problemas análogos, conforme o país ou momento histórico considerado⁸⁶.

Contudo, não se deve perder de vista a noção de dinamicidade⁸⁷ do direito, que não pode ser visto como um conjunto de normas engessadas e paralisadas no tempo e no espaço.

⁸⁴ Como exemplos claros, podem ser mencionados os direitos políticos; algumas garantias fundamentais na esfera processual, tais como o mandado de segurança e o *habeas corpus*; a conferência do direito subjetivo ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, entre outros.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Atual, rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 376.

⁸⁵ Isso ocorre, por exemplo, no caso do art. 7º, incisos XIII e XXX da CR/1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. *et al. Op. cit.*, p. 276.

⁸⁶ *Ibid.* p. 279.

⁸⁷ “O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo a luta. Enquanto o direito tiver de contar com as agressões partidas dos arraiás da injustiça – e isso acontecerá enquanto mundo for mundo – não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta – uma luta dos governos, dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos”.

Sendo imperiosa a irradiação dos direitos fundamentais nos casos de clara violação aos direitos fundamentais.

Agora, o que se procura saber, nos dizeres de CANOTILHO⁸⁸, é se nos espaços disponíveis da autonomia contratual, se nas linhas horizontais das relações igualitárias jurídico-civis; alguém pode afivelar a máscara do poder para impor ao seu parceiro contratual, amputações, mais ou menos sutis, da esfera de proteção dos seus direitos fundamentais.

4.1 *STATE ACTIONS*

É assente na doutrina que já se encontra superado o entendimento de que os direitos fundamentais somente se aplicam nas relações entre o Estado e o particular e não nas relações restritas aos particulares.

A teoria americana da *state action*, ainda presa ao modelo liberal dos direitos fundamentais, parte da premissa de que as liberdades e garantias individuais constantes na *Bill of Rights*⁸⁹ só podem ser invocadas nas relações privadas em face de uma violação por parte do Estado ou por parte de um agente particular no exercício de uma atividade estatal.

A doutrina do *state action*, que teve como principal expoente o constitucionalista Winfried Brugger⁹⁰, ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações

“O direito não é uma simples ideia, é uma força viva. [...] representa o trabalho incessante, não só do poder público, mas de toda a população”.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2003. p. 53.

A partir dessa concepção de Ihering, o Direito é visto nessa obra como uma força viva em processo constante de mutação. Enquanto o homem vai lutando, pensando, refletindo e vivendo, vai construindo e reconstruindo o Direito e a si próprio. O homem constrói e reconstrói indefinidamente a sua própria natureza inacabada. Formando uma realidade em transformação contínua.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra. 2008. p. 86.

⁸⁹ O *Bill of Rights* americano, que tomou a forma das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos e se inspirou, por sua vez, nos *Bills of Rights* adotados pelas antigas colônias britânicas da América do Norte, não se confunde com o *Bill of Rights* inglês que consagrou a Revolução Gloriosa de 1689 e estabeleceu no Estado moderno a separação dos poderes como forma de garantia das liberdades civis.

⁹⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ, ed. Impetus. 2008. p. 485 – 487. *apud* BRUGGER, Winfried. *Grundrechte und Verfassungsgerichtbarkeit in der Vereinigten Staaten von Amerika*. Tübingen: Möhr, 1987. p. 30.

privadas, tem como objetivo definir em que situações um conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais.

O caso *Shelley v. Kraemer*⁹¹, em 1948, ilustra bem o que se quer expor. Na ocasião, os proprietários de imóveis de um determinado loteamento haviam se comprometido contratualmente a não vender os imóveis a indivíduos de cor negra.

Um dos proprietários, desrespeitando a cláusula avençada, aliena seu imóvel a um comprador de raça negra, vindo os demais a ajuizarem ação em face do ex-proprietário dissidente, visando a anular o ato praticado.

A ação foi julgada procedente na jurisdição de primeiro grau. Registre-se, entretanto, que posteriormente a Suprema corte americana anulou a cláusula e julgou válida a venda.

Tal anulação, contudo, não se baseou na violação dos direitos de igualdade de direitos, calcados na Emenda Constitucional XIV, mas teve como fundamento a própria *state action*, ou seja, a ação do Estado.

Em suma, esse entendimento parte do pressuposto de que a discriminação que afronta a Constituição surge com a tutela jurisdicional concedida no juízo inferior consubstanciada no fato de que, ao julgar daquela forma, o Estado estaria utilizando seu poder coercitivo em favor de uma discriminação contrária à Constituição.

O problema dessa teoria é de que o reconhecimento da presença da *State Action* no caso concreto, apesar de ter funcionado nesse caso, protege de forma indireta e demasiadamente pontual a incidência dos direitos fundamentais.

Outra crítica pertinente seria de que tal restrição ao modelo de eficácia vertical acarreta em uma situação de insegurança jurídica, ante a necessidade de se realizar um

⁹¹FRIEDMAN, Michael Jay. Neely, MILDRED. Solá. DUDZIAK, Mary L. *Justiça para Todos: o legado de Thurgood Marshall. In Atraindo os Tribunais para a Luta pelos Direitos Civis.* FRIEDMAN, Michael Jay. Disponível em: <http://www.america.gov/media/pdf/books/marshall_port.pdf>. Acesso em 03 mai. 2010. p. 04.

exercício interpretativo, muitas vezes, extensivo daquilo que pode se considerar como uma ação estatal para conferir o mínimo de proteção aos cidadãos nas relações privadas.

De acordo com DAMASKA⁹², não se confunde o Estado de perfil reativo, normalmente liberal, que é o caso dos EUA onde vigora o sistema calcado na *common Law*; com o Estado de perfil ativo, que segundo a doutrina é o mais desejável para o Estado democrático de direito.

Enquanto o Estado liberal se conforma com uma jurisdição, cujo principal objetivo é a resolução de conflitos de forma imediata e descompromissada com a busca pela Justiça, esse Estado carece de uma jurisdição empenhada na implementação de políticas e na concretização de valores constitucionais.

Sob uma análise mais profunda, no Estado reativo percebe-se uma menor preocupação com a Justiça no tocante ao exercício da jurisdição estatal, bastando, tão-somente, a solução célere da lide. Em contrapartida, no Estado ativo, há preocupação com a Justiça e a defesa dos direitos e garantias constitucionais⁹³.

O Estado liberal corresponderia a um Estado reativo, enquanto o Estado Social ou o Estado Democrático, a um Estado mais ativo. Cada um deles delineando um rosto diferente para a função jurisdicional e, conseqüentemente, para a construção da sua jurisdição constitucional e seus instrumentos.

O sistema da *civil Law*, que advém da tradição romano-germânica, adotado nos países do continente europeu, especialmente na Itália, França, Alemanha, Espanha e Portugal, assim

⁹² DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: University Press, 2010. p. 73 - 96.

⁹³ “Two ways of conceiving the office of government have now been outlined, which generate two contrasting ideas about the objective of the legal process. According to one, the process serves to resolve conflict; according to the other, it serves to enforce state policy. (...) while the one favors the contest morphology, the other prefer the morphology of inquest”.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: University Press, 2010. p. 88 - 89.

como na América Latina colonizada por portugueses e espanhóis; tem por tradição a busca pela solução justa do conflito, se preocupando com a busca pela verdade material⁹⁴.

Assim, no Estado de perfil ativo, Estado social e Estado democrático, a resolução de conflitos subjetivos são pretextos para que seja possível encontrar a melhor solução para um problema social. Isso implica dizer que o direito, para além do frio texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição. Nesta perspectiva, toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, rompendo com um modelo econômico cujo fundamento não seja o da inclusão social.

Por isso, a utilização pura da teoria do *state action*, que se amolda à eficácia vertical dos direitos fundamentais, não é a mais indicada para o Estado brasileiro, que se propõe a resolver os conflitos e transformar a realidade social. Estando mais aproximado da figura do Estado ativo, sob a forma de um Estado Democrático de Direito⁹⁵, admitindo tanto a eficácia vertical como a horizontal dos direitos fundamentais.

⁹⁴ Optou-se aqui por utilizar o termo verdade material ao invés de verdade real, em consonância com o entendimento adotado por Eugênio Pacelli de Oliveira. No capítulo denominado “O mito e o dogma da Verdade Real”, aduz o renomado autor que: “[...] a verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de uma natureza exclusivamente jurídica. De fato, embora utilizados critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegado em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza”.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2008. p. 286.

⁹⁵ A noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, porquanto se revela um tipo de Estado que busca profunda transformação do modo de produção capitalista com o objetivo de construir uma sociedade na qual possam ser implantados níveis sensíveis de igualdade e liberdade. Nesse sentido:

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 36.

4.2 INCLINAÇÕES DA CR/1988 – POSIÇÃO ESPERADA PELO MODELO DE ESTADO BRASILEIRO

A despeito do princípio da autonomia da vontade, com espeque no art. 5º, II da CR/1988, tido como um dos principais óbices para o reconhecimento e a aplicação dos direitos fundamentais no Brasil; infere-se pelo próprio corpo da Constituição Federal de 1988 a existência de uma verdadeira inclinação para permitir a influência dos direitos fundamentais na seara privada.

Além de toda a análise fundamentada nos estudos de Mirjam R. Damaska sobre o modelo de Estado ativo e reativo, sendo o primeiro deles aquele que o Brasil mais se identifica justamente pelo modelo de Constituição Social-Democrática cujo escopo é de regular as relações sociais; alguns dispositivos Constitucionais deixam transparecer, de maneira expressa, a predileção do constituinte acerca da eficácia dos direitos fundamentais no plano horizontal.

Dessa forma, por meio de uma leitura sistemática da Constituição em conjunto com o art. 231, verifica-se que as terras⁹⁶ tradicionalmente ocupadas pelos índios⁹⁷, apesar de

⁹⁶ A escolha pela expressão “terras” realizada pelo Constituinte originário foi de uma sutileza ímpar. O substantivo “terras” é termo que assume contornos nitidamente sócio-culturais e não políticos. Segundo o entendimento do Min. Carlos Ayres Britto, “as ‘terras indígenas’ versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o direito nacional. [...] são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou ‘independência nacional’ (inciso I do art. 1º da CF). Todas as terras indígenas são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime Constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles ‘tradicionalmente ocupadas’. Segundo porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território-político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuidasse, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.”

“Somente ‘território’ enquanto categoria jurídico-política é que se põe como preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. [...] A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em ‘terras indígenas’. A traduzir que os ‘grupos’, ‘organizações’, ‘populações’ ou ‘comunidades’ indígenas não constituem pessoa federada”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET 3.388-4/RR, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJ. 25-09-2009, Ement. Vol-02375-01. Disponível em:

pertencerem a União nos exatos termos do art. 20, XI da CR/1988, destinam-se a sua posse permanente. Cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos, consoante o art. 231, § 2º da CR/1988.

Na sequência, o parágrafo 6º do art. 231 da CR/1988 aduz que: são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras originalmente ocupadas pelos indígenas; ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei Complementar, não gerando a nulidade e a extinção do direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Esse parágrafo representa uma dessas inclinações a que se refere esse subtítulo.

A realização de negócios jurídicos entre particulares que tenha por escopo quaisquer das ações dispostas no texto Constitucional do art. 231, § 6º enseja a sua nulidade *ab ovo* e a sua conseqüente extinção.

Em outras palavras, esses negócios jurídicos consubstanciados na autonomia da vontade do particular que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras indígenas, nascem com os germes de sua própria destruição. E o reconhecimento da nulidade de tais atos se justifica simplesmente pelo fato de que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam são originários, na forma do art. 231 *caput*.

<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603021>>. Acesso em: 28 jun. 2010. p. 73 a 75.

⁹⁷ O termo “índios”, adotado pelo Constituinte de 1988, em oposição ao termo “silvícolas”, encontrado no art. 8º, XVII, “o” da Constituição de 1967/69, no art. 3º, I da lei nº. 6.001/73 e até mesmo na súmula nº. 480 do STF; é o melhor vocábulo para tratar dos indivíduos de origem e ascendência pré-colombiana. Uma vez que a palavra “silvícolas”, no tocante a sua semântica, se refere a todo aquele que vive na selva. O que não implica no fato desse indivíduo ser necessariamente um índio. Muito embora o legislador considere as expressões como sinônimas.

Do dicionário: “Silvícola - sil.ví.co.la. *adj m+f (silvi+cola⁷)* Que nasce ou vive nas selvas. *s m+f* Pessoa que nasce ou vive nas selvas ou matas; aborígine, selvagem.

MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=sisifismo>> Acesso em: 27 jun. 2010.

Ressalte-se que esses direitos originários dos índios sobre as terras que originariamente ocupam foram “constitucionalmente reconhecidos” e não meramente outorgados, tal como consignou o Min. Carlos Britto na PET 3.388-4/RR⁹⁸. Sendo, portanto, ato de natureza declaratória de uma situação jurídica pré-existente, e não constitutiva.

Dessa forma, a eficácia desse direito indígena fundamental⁹⁹ ao reconhecimento dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e a proteção de sua posse permanente em usufruto exclusivo¹⁰⁰, se dá pelo comando Constitucional expreso, atingindo diretamente as relações horizontais sem a necessidade de lei infraconstitucional que permita o ingresso dos direitos fundamentais pelos pontos de irrupção¹⁰¹.

Mesmo sabendo que os direitos dos índios sobre suas terras consagra uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, instituição jurídica luso-brasileira que tem suas raízes nos primeiros tempos de colônia que remonta a época do alvará de 1º de abril de 1680¹⁰², é indubitável que esse dispositivo realça a intervenção estatal na autonomia da vontade nas relações horizontais, justamente em razão da preponderância do interesse na proteção desses direitos indígenas baseados no Constitucionalismo Fraternal ou Altruístico

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET 3.388-4/RR, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJ. 25-09-2009, Ement. Vol-02375-01. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603021>>. Acesso em: 28 jun. 2010. p. 78.

⁹⁹ Além de ser dotado das características inerentes aos direitos fundamentais, dentre as quais podem ser destacadas: a historicidade, a universalidade, a limitabilidade, a concorrência, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade; a proteção às terras indígenas busca fundamento último no princípio da isonomia, esculpido no art. 5º *caput* da CR/1988, visando o reconhecimento da igualdade substancial.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 2.402.

¹⁰¹ Aqui a expressão “pontos de irrupção” se refere ao ingresso das normas constitucionais que tutelam direitos fundamentais por meio dos dispositivos contidos na legislação infraconstitucional. Normalmente ocorre por intermédio das cláusulas abertas ou gerais, que são constituídas por uma técnica legislativa por meio da qual são criados dispositivos parcialmente em branco que necessitam de uma complementação interpretativa dos juristas que as preenchem utilizando-se de outros textos legais, de conhecimentos extra-legais ou da própria Constituição.

¹⁰² “[...] o indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 831.

em favor das minorias¹⁰³. E esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações do direito privado, daí a importância do texto Constitucional ao consagrar a ideia de permanência, que é essencial à relação do índio com as terras as quais habita¹⁰⁴.

Outro dispositivo que exterioriza característica similar no que toca a inclinação da Constituição Federal para determinar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é o art. 5º, XIX, o qual diz respeito ao fato de que as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado. Aliado ao inciso XVII do art. 5º, dispondo que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

Inicialmente, o direito de associação e o direito de reunião estão intimamente ligados à liberdade de expressão e ao sistema democrático de governo. Sendo a opinião pública fundamental para a realização do controle externo do exercício do poder público.

Assim, o direito de associação pressupõe uma coligação entre pessoas em caráter estável, sob uma direção comum para a realização de fins lícitos¹⁰⁵. O que se difere da reunião que não tem a característica da estabilidade.

¹⁰³ Nesse tópico específico, trabalha-se com fundamento na igualdade material ou substancial alicerçada nos ideais de justiça compensatória que se volta para a igualdade civil-moral de minorias com o fito de concretizar as ações afirmativas almejando a promoção da igualdade. Assim como ocorre no caso do art. 68 do ADCT.

Ausculte-se o trecho do voto do Min. Carlos Ayres Britto que aborda essa questão.

“Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET 3.388-4/RR, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJ. 25-09-2009, Ement. Vol-02375-01. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603021>>. Acesso em: 28 jun. 2010. p. 76.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 832.

¹⁰⁵ MENDES. *et al.* *Op. cit.*, p. 401.

Segundo Pontes de Miranda, associação seria “toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com intuito de alcançar um fim (lícito), sob direção unificante [...]”

A liberdade de associação contém quatro direitos subentendidos nos incisos XVII, XVIII¹⁰⁶, XIX, XX e XXI do art. 5º da CR/1988. Primeiramente pode ser detectado o direito de criar associação e cooperativas na forma da lei, que independe de autorização para sua criação. Em seguida, o direito de aderir a qualquer associação, pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se. Em terceiro lugar, o direito de desligar-se da associação, uma vez que nenhuma pessoa pode ser compelida a permanecer associada. E, por fim, o direito de dissolver espontaneamente a associação¹⁰⁷.

Em acréscimo, existem duas garantias correlatas ao direito de associação, quais sejam: a vedação à interferência estatal em seu funcionamento e a dissolução compulsória ou suspensão das atividades por decisão judicial. Sendo exigido no caso de dissolução, o trânsito em julgado da decisão¹⁰⁸.

Por outro lado, são postas duas restrições expressas pelo Constituinte em face da liberdade de associar-se, sendo vedadas as associações que não tenham fins lícitos e as de caráter paramilitar.

O foco dessas inclinações vislumbradas na Constituição Federal de 1988 ficará justamente nas garantias e nas vedações impostas.

O primeiro deles, alocado no inciso XIX do art. 5º é o de mais fácil visualização.

Situada na esfera das garantias, a intervenção estatal se dará com o fito de suspender ou dissolver as atividades associativas por intermédio de uma decisão judicial, a qual dependerá do trânsito em julgado para o caso de dissolução.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 265. *Apud* PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. 6 volumes. São Paulo: RT. 1970. T. V. p. 608.

¹⁰⁶ Acerca do art. 5º, XVIII, cumpre destacar a inovação do Constituinte em correlacionar as cooperativas às associações, tal como faz no art. 174, § 2º que trata da parte concernente à Ordem Econômica no âmbito da Constituição Federal.

Ressalte-se que a cláusula “na forma da lei” se refere tão-somente à criação das cooperativas, e não à autorização para essa criação. Logo, tanto a criação de associação como a de cooperativa independem de autorização.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 266.

¹⁰⁸ *Ibid.*

Trata-se, obviamente, de uma limitação à autonomia da vontade, pois não se pode praticar qualquer tipo de atividade dentro da associação. Por mais que se alegue o óbice aposto no inciso XVIII, *in fine*, do art. 5º da CR/1988 que veda a interferência estatal em seu funcionamento.

É certo que a autorização tem autonomia para gerir a sua vida e sua organização *interna corporis*. É certo ainda que no direito de associação inclui-se a faculdade de escolher com quem irá se associar, que alberga os direitos de desligar-se e de não ser obrigado a permanecer associado; porém, o direito de associação não é absoluto e, da mesma forma que os outros direitos fundamentais, comporta limitações.

Em vista disso, tem-se que o espaço da autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios Constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados¹⁰⁹.

E justamente por isso que se perfaz imperiosa a intervenção judicial para suspender ou até mesmo dissolver as atividades que não condizem com os direitos fundamentais, porquanto a vedação das garantias constitucionais de defesa, por exemplo, pode acabar por restringir a própria liberdade de exercício profissional e, indiretamente, a própria dignidade da pessoa humana quando a associação foi o único meio de subsistência do associado.

O segundo inciso mencionado, que corresponde às vedações impostas à liberdade de associação, também emana uma propensão para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Ao prescrever que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, veda imediatamente, pela exegese a contrário *sensu*, a associação com fins ilícitos.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819-8, Relator(a) originário: Ellen Gracie. Relator(a) p/ o acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ. 27-10-2006, Ement. Vol-2253-4. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 03 mai. 2010. p. 577.

A mesma ressalva concernente à relatividade dos direitos fundamentais se aplica ao dispositivo em comento, com a notória agravante de que o Estado não pode admitir que os administrados se juntem para conspirar contra o Estado Democrático de Direito, a ordem pública e aos bons costumes.

Além desses dispositivos mencionados, a função social da propriedade, prevista no art. 5º, XXIII da CR/1988 também demonstra uma inclinação do Constituinte, assim como as hipóteses de intervenção do Estado na propriedade.

O tema relativo à intervenção do Estado na propriedade¹¹⁰ é resultado da sua própria evolução no mundo moderno.

O Estado do século XIX, apoiado na doutrina do *laissez faire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos não conseguiu sobreviver aos novos fatores de ordem política, econômica e social enfrentadas pelo mundo contemporâneo. Em seguida, o Estado do Bem Estar Social, por outro lado, passou a observar a sociedade como um todo e não como uma soma de individualidade e assim, começou a garantir a prestação dos serviços fundamentais à população. O dilema moderno se situa na relação entre o Estado e o indivíduo. Para que o se possa atingir os reclamos globais da sociedade e captar as exigências do interesse público, é necessário que se atinjam alguns interesses individuais¹¹¹.

Modernamente tem-se assegurado a existência da propriedade como instituto político, mas o conteúdo do direito de propriedade sofre inúmeras limitações no Direito positivo, tudo

¹¹⁰ Embora integre o conceito de propriedade a definição constante na legislação civil, certo é que a garantia Constitucional da propriedade abrange não só os bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais.

MENDES. *et al. Op. Cit.* p. 426.

¹¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. rev. Ampliada e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009. p. 733 e 734.

para permitir que o interesse privado não se sobreponha aos interesses maiores da coletividade¹¹².

Dessa maneira, o direito de propriedade só se justifica diante do elemento constitutivo da função social contido na própria Constituição, consolidando assim o caráter social da propriedade. Nesse mesmo sentido determina o art. 1.228, § 1º do CC/2002, aduzindo que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. E o próprio art. 182, § 2º da CR/1988 que, no capítulo destinado à política urbana, menciona que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Sem contar com as disposições do art. 170, III; 184; 185 e 186 da CR/1988¹¹³.

Como é por todos sabido, a noção de função social da propriedade começa a sua história com base nas formulações acerca da figura do abuso de direito, figura esta que deu motivos para que a jurisprudência francesa fosse impondo gradativamente certos limites ao poder absoluto do proprietário. Este entendimento inicial sofreu forte ruptura nos finais do século XIX pela pena de Leon Duguit, que promoveu uma crítica radical à noção mesma de

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* p. 734. *Apud* PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. 6 volumes. São Paulo: Forense. 1974. Tomo V. p. 393.

¹¹³ Acerca dos dispositivos que interverem na propriedade mediante provisões especiais (arts. 5º, XXIV a XXX, 170, II e III, 176 a 178, 182 a 186, 191 e 222), José Afonso da Silva menciona que todo esse conjunto de disposições denota que o direito de propriedade não pode mais ser considerado como um direito puramente individual nem como instituição de direito privado. Deveria ser previsto como instituição da Ordem Econômica, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62).
SILVA. José Afonso da. *Op. Cit.* p. 269.

¹¹³ MARTINS COSTA. Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146 e 147.

direito subjetivo, propondo substituí-lo pela ‘noção realista de função social’, daí assentando, em célebre ditado de que a propriedade seria uma função social¹¹⁴.

A noção de função, no sentido em que é empregado o termo nessa matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse do próprio *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Todavia, quando o uso da propriedade não atende a sua função social, são admitidas intervenções.

Portanto, a partir do momento em que se admitem intervenções estatais na seara privada do indivíduo com fundamento da função social da propriedade, passa-se também a admitir a eficácia horizontal de direitos fundamentais.

Em outros termos, a propriedade, que tem como pressuposto o exercício da sua função social, deve ser observada como uma fonte de deveres fundamentais, ou seja, o lado passivo de direitos fundamentais de terceiros.

É, justamente, à luz dessa consideração da propriedade como fonte de deveres fundamentais que se deve entender a determinação constitucional de que ela atenderá à sua função social (art. 5º, inc. XXIII). No mesmo sentido, dispõem a Constituição italiana, no art. 42, segunda alínea e na Constituição espanhola, especificamente, no art. 33, 2º¹¹⁵.

Não se está, aí, de modo algum, diante de uma simples diretriz (*Leitlinie, Richtschnur*) para o legislador, na determinação do conteúdo e dos limites da propriedade, como entendeu uma parte da doutrina alemã¹¹⁶. De qualquer modo, essa exegese da função social da

¹¹⁴ COMPARATO. Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. Revista de Direito Mercantil n. 63. p. 71-79.

¹¹⁵ COMPARATO. Fábio Konder. *Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade*. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2010.

¹¹⁶ O princípio da função social da propriedade não pode ser confundido com as meras limitações de polícia, consistindo apenas no conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social. Ou seja, um mero conjunto de condições limitativas.

propriedade como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, é de ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais que, a exemplo do alemão e do brasileiro, afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos¹¹⁷.

A Constituição brasileira de 1988, com efeito, declara que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, consoante o art. 5º, § 1º.

Isso importa em não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois, em direitos fundamentais está, implicitamente, reconhecendo a existência correspectiva e simultânea de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais¹¹⁸.

A Constituição brasileira, especificamente em relação à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, explicita o conteúdo da função social da propriedade como sendo a adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade. O art. 182, § 2º dispõe que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor, sendo que uma lei específica poderá exigir do proprietário de terreno não-edificado, subutilizado ou não-utilizado, incluído em área abrangida pelo plano diretor, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de

Nas palavras de José Afonso da Silva, a doutrina se tornara de tal modo tão confusa a respeito do tema que passou a considerar a propriedade privada sob dois aspectos: como direito civil subjetivo e como direito público subjetivo. Porém essa dicotomia fica superada com a concepção de que a função social é elemento estrutural da propriedade. Vale dizer que as disposições de Direito Privado hão de ser compreendidas em conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe. Sendo certo que a Constituição assegura o direito de propriedade e estabelece seu regime fundamental, enquanto o Código Civil disciplina, tão-somente, as relações civis a ela referentes.

O regime jurídico da propriedade não é matéria única e exclusiva do Direito Civil, é um complexo de disposições administrativas, urbanísticas, empresariais e civis com fundamento nas disposições Constitucionais. SILVA. *Op. Cit.* p. 272 e 273.

¹¹⁷ COMPARATO. Fábio Konder. *Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade*. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2010.

¹¹⁸ *Ibid.*

aplicação sucessiva de três sanções dispostas no § 4º. No art. 187, dispõe-se que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores¹¹⁹.

Percebe-se assim que em ambas as disposições a Constituição convoca o legislador para definir o conteúdo da função social da propriedade. E quando este não define, aplica-se o brocardo: *Ius et obligatio correlata sunt*¹²⁰.

Em conseqüência, quando a Constituição reconhece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, ela está implicitamente reconhecendo a situação inversa; vale dizer, a exigibilidade dos deveres fundamentais é também imediata, dispensando a intervenção legislativa. É claro que o legislador pode, nesta matéria, incorrer em inconstitucionalidade por omissão, mas esta jamais será um obstáculo à aplicação direta e imediata das normas constitucionais¹²¹.

No caso específico do art. 182, a falta de lei municipal específica pode obstar à aplicação regular das sanções cominadas no § 4º. Mas nada impede, por exemplo, que a Administração Pública, quando houver uma desapropriação, ou o Poder Judiciário, no julgamento de uma ação possessória, reconheçam que o proprietário não cumpre o seu dever fundamental de dar ao imóvel uma destinação de interesse coletivo, e tirem desse fato as conseqüências que a razão jurídica impõe¹²².

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Os direitos e obrigações são correlatos. “A existência de alguém como sujeito ativo de uma relação jurídica implica, obviamente, a de um sujeito passivo, e vice-versa. Não se pode, pois, reconhecer que alguém possui deveres constitucionais, sem ao mesmo tempo postular a existência de um titular do direito correspondente”.

Ibid.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

Por óbvio que o direito de propriedade, por toda a importância que ele apresenta, não pode ficar sujeito ao arbítrio do legislador infra-constitucional ou sujeito às limitações do Direito Privado. O que ressalta ainda mais a necessidade do Estado contemporâneo influir nas relações particulares.

Diante do exposto, fica demonstrada a inclinação brasileira, que segue a tendência evolutiva do Direito Constitucional, em regular as relações individuais em situações pontuais em benefício da coletividade e da preservação do Estado Democrático de Direito a predileção do constituinte acerca da eficácia dos direitos fundamentais no plano horizontal.

Conforme já esposado, não faz parte do escopo desse trabalho exaurir o tema acerca das inclinações de todo o texto Constitucional, que seria um excelente tópico para um trabalho monográfico, mas com o que já foi ventilado nesse subtítulo, fica suficientemente demonstrada a postura esperada pelo Estado brasileiro em admitir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ressaltando-se que o escopo dessa pesquisa é de tratar da eficácia horizontal nas relações dentre as quais não há determinação expressa do Constituinte para que haja intervenção estatal. Em outras palavras, o trabalho visa explorar exatamente as relações as quais eram originalmente resolvidas no âmbito privado e, por suas peculiaridades, devem fazer incidir os dispositivos Constitucionais de forma direta ou indireta em face de uma violação frontal aos direitos fundamentais.

4.3 A DERROCADA DA *SUMMA DIVISIO* E AS MODALIDADES DE EFICÁCIA HORIZONTAL

Além das formas de Estado ativo e reativo que influenciam diretamente na escolha do modelo de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas acrescidos das inclinações

encontradas no corpo do texto Constitucional, é notório que o Código Civil não pode ser mais estudado como documento exaustivo em matéria de Direito Civil assim como toda legislação infraconstitucional.

O processo iniciado pela Constituição de Weimar no ano de 1919 fez com que se desenvolvesse um conjunto de valores reconhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão e balizado pelos direitos fundamentais, pronto para orientar esta tábua axiológica por todo ordenamento. E isso ocorre em um momento no qual os interesses do particularismo e a autonomia no Código Civil já não eram tão robustos como outrora¹²³.

A relação entre o direito civil e a Constituição vai sendo reavaliada a partir da conscientização de que o Direito deve ser visto como um só bloco monolítico, cujo plexo se subdivide em diversos ramos. E não mais como várias espécies de um mesmo gênero que não se comunicam entre si.

Ganha assim mais vigor a discussão em torno da questão subjacente, qual seja a *summa divisio*, consubstanciada na publicização do Direito Civil e na privatização do Direito Público.

Logo, o Código Civil deixa de representar a continuidade de uma tradição que separava os interesses individuais privados das questões públicas, perdendo sua posição de rei absoluto no âmbito direito privado, em detrimento da Constituição.

Na verdade, o direito Civil passou a considerar o homem e a sociedade em seu todo e não apenas alguns aspectos¹²⁴. Assim, a propriedade viu seu caráter absoluto ser desdido pelas

¹²³ DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 77.

¹²⁴ A história da instituição jurídica da dignidade humana coincide com essa mudança de paradigma que enseja a derrocada da *summa divisio*, que aumenta cada vez mais com a consolidação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, KIRSTE menciona que as raízes da história do conceito de dignidade humana remontam à antiguidade. Em clara oposição a isso, contudo, a história da respectiva instituição jurídica é relativamente breve. Ela inicia com uma referência no art. 151, I da Constituição Alemã de Weimar em 1919, mais tarde com a Constituição Irlandesa de forma mais explícita em 1937; porém, só passa a ter posição triunfal após a segunda guerra mundial. KIRSTE, Stephan. *A Dignidade Humana e o Conceito de Pessoa de Direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p.89.

limitações oriundas da função social, e a autonomia da vontade dá lugar a uma dialética da autonomia privada¹²⁵.

Rompe-se, portanto, a velha dicotomia entre o Direito Público e o Privado e passa-se a analisar o ordenamento jurídico como um bloco monolítico e objeto de realização de uma interpretação sistemática. Nesse mesmo sentido CARVALHO¹²⁶ esclarece:

É importante lembrar que a clássica partição entre Direito Público e privado (*summa divisio*) é um preconceito a ser abandonado. A simbiose é evidente, o estado cada vez mais intervém nas atividades privadas e o cidadão, de igual modo, participa nas esferas da administração pública. Assim, tentando compatibilizar o público com o privado, velhos institutos do Direito Civil estão sendo revistados, de modo a compatibilizá-los as novas demandas sociais e econômicas.

Nessa esteira de raciocínio, fica clara a presença cada vez mais forte do fenômeno da Constitucionalização no direito brasileiro, tal como anunciava o britânico Basil Markesinis quando falava em *Constitutionalization of Private Law* e o italiano Alberto Trabucchi quando abordava *Una Costituzione Anche Del Diritto Privato*¹²⁷, cada qual tratando de seu direito interno.

Ultrapassada essa questão, é válido mencionar que na maioria dos ordenamentos jurídicos internos, está em voga a questão hierárquica sobre os dispositivos, na ocorrência do confronto entre as normas de direitos fundamentais em relação às normas de Direito Privado.

Se de um lado a Constituição, pela supremacia constitucional, tem um grau hierárquico mais elevado; de outro, não é o local habitual de se regulamentar as relações ínsitas ao Direito Privado.

Essa contraposição de forças, segundo CANARIS¹²⁸, resulta uma certa relação de tensão entre o grau hierárquico constitucional e a autonomia privada. A corrente cuja ponta

¹²⁵ *Ibid.* p. 79.

¹²⁶ CARVALHO, Eusébio. *Direito à Propriedade. Do Discurso à Realidade*. Revista Juris: Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n.º. 24, jul/ago: 2003. p. 05.

¹²⁷ CANARIS. *Op. cit.*, p. 227.

¹²⁸ *Ibid.*

direcionar a solução dessas questões domésticas poderá, em certas ocasiões, ceder em função dos direitos fundamentais ou em razão da autonomia privada.

Na Alemanha, existiram alguns casos excepcionais em que restou imperativa a aplicação mediata dos direitos fundamentais em face das normas que regem as relações privadas, tal como se deu no caso Lüth, do pequeno jornal Blinkfüer¹²⁹ e no caso Wallraff¹³⁰.

Porém, em outros casos, alguns doutrinadores¹³¹ aludem que a intervenção do Estado-juíz deve ocorrer de forma menos tímida, ou seja, direta. Daí a classificação identificada pela doutrina moderna como eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais¹³².

¹²⁹ O pequeno jornal Blinkfüer continuou a publicar a programação das rádios da república democrática alemã mesmo após a construção do muro de Berlim em 13.08.1961. Por conta disso, a grande Springer dirigiu uma circular para todas as bancas e negócios de vendas de jornais ameaçando-os com a suspensão do fornecimento de jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal Blinkfüer. Acarretando significativos prejuízos ao jornal, que formulou pretensão indenizatória que sucumbiu no *Bundesgerichtshof* – BHG (Supremo Tribunal de Justiça) e, doravante, obteve êxito no *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal). Entendendo o Tribunal que as opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade, utilizando-se de recursos de caráter exclusivamente intelectual.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819-8, Relator(a) originário: Ellen Gracie. Relator(a) p/ o acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ. 27-10-2006, Ement. Vol-2253-4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 03 mai. 2010. p. 595.

¹³⁰ No chamado caso Wallraff, um repórter, adotando falsa identidade, obteve um emprego como jornalista na redação do jornal sensacionalista *Bild-Zeitung*. Essa experiência forneceu-lhe material para escrever um livro. Em represália, a empresa jornalística moveu ação em face do repórter, que sucumbiu no *Bundesgerichtshof* – BHG (Supremo Tribunal de Justiça) e, doravante, obteve êxito no *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal). Entendeu o Tribunal, que era lícita a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas através de artifícios dolosos.

Ibid. p. 596 e 697.

¹³¹ Nesse sentido:

NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*. 1. ed. München: C.H. Beck, 1962. p. 13.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Atual, rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 375.

¹³² Verifica-se um dissenso no que tange a terminologia adotada, sendo cada vez maiores as críticas em relação às expressões mais conhecidas, como é o caso da *Drittwirkung*, que se refere à eficácia em relação a terceiros ou eficácia externa e também da expressão eficácia horizontal, que não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder entre os indivíduos e portadores de poder social, que assumem feições manifestamente verticalizadas – similares àquelas entre particulares e o poder público. Por estas razões, SARLET prefere falar em eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Ibid. p. 375.

Nesta obra, optou-se por adotar a terminologia eficácia horizontal, porquanto ainda que a relação seja entre desiguais, continuará sendo entre particulares. Formada por uma linha, *prima facie*, horizontal. Não havendo, portanto, uma flagrante verticalização tal como ocorre na relação entre o poder público e um particular, cuja supremacia e o desequilíbrio das forças é inerente à própria relação. A iniquidade da relação entre particulares dependerá de inúmeros fatores que serão determinados somente diante das circunstâncias do caso concreto.

Considera-se, pois, corretas tanto esta terminologia, quanto aquela proposta por SARLET.

4.3.1 EFICÁCIA HORIZONTAL MEDIATA (*Mittelbare, Indirekte Drittwirkung*)

A teoria da eficácia horizontal mediata tem por pretensão um maior resguardo do princípio da autonomia da vontade e do livre desenvolvimento da personalidade. Dessa maneira, tem por escopo uma menor ingerência do Estado nas relações privadas.

Inicialmente formulada por Günter DÜRING¹³³, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais introduziu a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais por intermédio das cláusulas abertas, contidas no diploma legal reitor das relações privadas.

O primeiro passo para a análise da influência dos direitos fundamentais no campo do Direito Privado brasileiro seria a sua interferência na exegese das normas que regulamentam as relações entre particulares, resultado da eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais.

Nesse sentido, para evitar a insuperável objeção, o legislador contemporâneo adota amplamente a técnica das cláusulas gerais, as quais, conforme aduz TEPEDINO¹³⁴, cuidam-se de normas (dispositivos) que não prescrevem uma determinada conduta, mas simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos.

Dessa forma, ao adotar o sistema de cláusulas gerais para realizar o processo de codificação das relações jurídicas calcadas, principalmente, no âmbito do Direito Privado, o legislador confere ao intérprete a tarefa de preencher as lacunas da lei.

De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais deveriam aflorar por meio dos pontos de irrupção do ordenamento civil corroborados pelas cláusulas gerais da boa-fé, dos bons costumes, da ordem pública e da função social.

¹³³ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e Atual. Niterói, RJ: Impetus. 2008. p. 485 - 487. *apud* DÜRING, Günter. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. München: Isar-Verlag. 1956. p. 27.

¹³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002, A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XIX.

Verifica-se, no entanto, que o verdadeiro objetivo do legislador infra-constitucional é o de se utilizar de conceitos alocados no próprio ordenamento jurídico pátrio para complementar os dispositivos legais através de uma análise sistemática do corpo normativo, que preza pela supremacia constitucional.

A título exemplificativo o Código Civil de 2002 regulou alguns direitos da personalidade nos arts. 12 e 21, na esteira de disposições semelhantes dos arts. 5 a 10 do Código Civil Italiano.

Ambos os dispositivos lidos isoladamente não trazem grande novidade perante os arts. 5º *caput* c/c art. 5º, X da CR/1988 e o art. 5º, XXXV da CR/1988. Mas, conforme sugere TEPEDINO¹³⁵, os preceitos ganham algum significado se interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no texto constitucional nos arts. 1º, III, prescrevendo a dignidade da pessoa humana como valor fundamental da República; 3º, III, a igualdade substancial; e 5º, §2º, a janela para a expansão do rol dos direitos fundamentais.

Assim, o intérprete deve romper com a ótica restrita à visão do Código analisado isoladamente e admitir a ampliação de hipóteses de tutela da personalidade, utilizando a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. Uma vez que se mostra totalmente insuficiente qualquer previsão taxativa de um rol de direitos da personalidade, pois restringe a proteção conferida à pessoa humana.

Outra hipótese interessante é de proferir a leitura da cláusula geral da boa-fé objetiva a partir dos princípios constitucionais informadores da atividade econômica privada sem deixar de observar a essência contida no sobre-princípio da segurança jurídica.

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 23.

Com efeito, o dever de interpretar os negócios conforme a boa-fé objetiva, de acordo com TEPEDINO¹³⁶, encontra-se irremediavelmente informado pelos quatro princípios fundamentais para a atividade econômica privada, quais sejam: (i) a dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, CF; (ii) o valor social da livre iniciativa, art. 1º, IV, CF; (iii) a solidariedade Social, art. 3º, I, CF; (iv) a igualdade substancial, art. 3º, III, CF.

Nota-se que constituinte vinculou diretamente tais dispositivos à dicção do art. 170 da CR/1988, retirando qualquer dúvida quanto ao significado da atividade econômica privada para a consecução dos fundamentos e objetivos da ordem constitucional¹³⁷. Assim, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça social, observados os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca pelo pleno emprego, etc.

Desta forma, entende-se que o real significado da cláusula geral da função social do contrato aposta no art. 421 do Código Civil de 2002 deve ser extraído como elemento limitador da liberdade de contratar e da autonomia da vontade e como dever imposto aos contratantes de atender, além dos interesses previstos no contrato, os interesses extracontratuais socialmente relevantes. Dentre os quais estão alocados os consumidores, a livre concorrência, o meio ambiente, as relações de trabalho, entre outros.

Associa-se, no entanto, a função social do contrato com a boa-fé objetiva, tanto como princípio interpretativo, art. 113 do CC/2002, como sendo princípio fundamental do regime

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*, A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XXXI.

¹³⁷ *Ibid.*

contratual, art. 422 do CC/2002, decorrendo daí os deveres anexos recíprocos de lealdade, informação e transparência¹³⁸.

Consoante HESSE¹³⁹, o Tribunal Constitucional Alemão circunscreveu a influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, no sentido de que o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve indiretamente por meio dos preceitos que regem imediatamente tais matérias. Tendo como *leading case*, na Alemanha, o caso Lüth, previamente citado.

A eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais seria um passo além da mera utilização dos direitos fundamentais como diretrizes hermenêuticas das normas de Direito Civil nas relações privadas, porquanto este visa tão-somente à busca pela interpretação conforme – a adequação da *mens legislatore* às normas constitucionais –, enquanto a eficácia horizontal mediata transcende a interpretação e impõe a aplicação do direito fundamental pertinente no caso concreto através da cláusula geral, *generalklausel*.

A integração da norma constitucional à norma de direito infra-constitucional se daria por meio da técnica da harmonização.

Dessa forma, a Constituição seria vista como um sistema de valores, centrada especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana que se irradia no âmbito das relações particulares por intermédio de suas cláusulas gerais, comumente denominadas de "portas de entrada", *einbruchstelle*.

A crítica principal ao modelo baseia-se na possibilidade de ineficácia da proteção dos direitos fundamentais nessas relações quando o direito tutelado não for alcançado por intermédio das cláusulas gerais, ou cláusulas abertas.

¹³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 671.

¹³⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991.p. 94.

Além do fato de que a adoção dessa teoria pode remontar a observação supérflua do ordenamento jurídico, reconduzindo a uma mera interpretação conforme, caso o direito fundamental não transcenda a aplicação da regra pura.

4.3.2 EFICÁCIA HORIZONTAL IMEDIATA (*Unmittelbare, Direkte Drittwirkung*)

A partir do início da década de 50 na Alemanha, tendo como pioneiro Hans Carl NIPPERDEY¹⁴⁰, surgiu a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, fundada na premissa de que esses direitos são aplicáveis de forma direta nas relações traçadas entre atores privados.

O Tribunal Superior do Trabalho alemão firmou o entendimento em favor dessa orientação, justificando que:

[...] em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais, destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também estabelecer bases essenciais da vida social. Isso significa que as disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos¹⁴¹.

A teoria da eficácia direta ou imediata sustenta que os direitos fundamentais devem ter a pronta aplicação sobre decisões das entidades privadas que desfrutam de considerável poder social, ou em face de indivíduos que estejam, em relação a outros, numa situação de supremacia de fato ou de direito¹⁴².

¹⁴⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e Atual. Niterói, RJ: Impetus. 2008. p. 485 – 487. *apud* NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*. 1. ed. München: C.H. Beck, 1962. p. 13.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819-8, Relator(a) originário: Ellen Gracie. Relator(a) p/ o acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ. 27-10-2006, Ement. Vol-2253-4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 03 mai. 2010. p. 590 e 591.

¹⁴² MENDES. *et al. Op. cit.*. p. 279.

Tal entendimento guarda íntima ligação com o disposto no art. 5º, § 1º da CR/1988, que prega a máxima efetividade das normas constitucionais, partindo da aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

A principal diferença entre os modelos de vinculação direta e indireta reside na desnecessidade de mediação legislativa para que as garantias essenciais produzam efeitos nas relações entre privados. Pode-se assim dizer que seus efeitos são imediatos e diretos, pois incidem diretamente no caso concreto.

Por isto, as normas constitucionais *lato sensu* prescindiriam das brechas na legislação privada para incidir nos casos concretos, haja vista que são aplicáveis de forma direta a todas as relações jurídicas.

Isso não significa, contudo, que a vinculação por meio de efeitos diretos implica que todo o direito fundamental seja obrigatoriamente aplicável a toda e qualquer relação privada.

A verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada, estando adstrita às peculiaridades do caso em relação aos dispositivos constitucionais em foco.

Segundo os defensores da teoria da eficácia direta, os particulares devem obedecer aquele antigo adágio constante na declaração dos direitos do homem e do cidadão, referido no art. 4º, *in verbis*: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos [...]”.

Ademais, a falta de dispositivo constitucional determinando a aplicação imediata do direito fundamental nas relações de Direito Privado não pode ser vista como empecilho para sua aplicabilidade. Trata-se de uma questão constitucional que demanda uma construção dogmática pela doutrina e jurisprudência.

A teoria da eficácia imediata, porém, não é alheia a críticas e dificuldades, que são em muitas das vezes, traduzidas pelo princípio da isonomia ou pelo fenômeno da panconstitucionalização¹⁴³.

O postulado da igualdade, de acordo com MENDES¹⁴⁴, traduz-se, em boa medida, como um comando proibitivo de decisões arbitrárias, um imperativo de racionalidade de conduta.

O Estado que, com os direitos fundamentais assegura a liberdade do cidadão, não pode retirar essa liberdade com a descompromissada aplicação da igualdade.

Exigir que o indivíduo aja em todo o momento em função de critérios absolutamente racionais é desconhecer a natureza humana, uma vez que o indivíduo também age por emoção e pelos instintos de auto-preservação e de sobrevivência¹⁴⁵.

O reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição demanda a realização de uma tarefa delicada, cujo grande perigo é o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, a adotar determinados comportamentos e estilos de vida rejeitados pela própria sociedade. O que beiraria um “autoritarismo constitucional”, eivado de decisões arbitrárias com base nos princípios constitucionais.

Em contrapartida, a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais também é merecedora de reparos. Em sendo o legislador o primeiro a realizar a tarefa de compatibilizar o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações privadas e estando ele vinculado aos direitos fundamentais¹⁴⁶ tanto de maneira positiva como negativa, no caso de

¹⁴³ O fenômeno da panconstitucionalização representa a colonização do Direito Privado eventualmente operada pela hipertrofia, oriunda da inchação da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, levando assim à banalização das normas constitucionais.

¹⁴⁴ MENDES. *et al. Op. cit.*, p. 280.

¹⁴⁵ “Há épocas em que o homem racional e o homem intuitivo ficam lado a lado, um com medo da intuição, o outro escarnecendo da abstração; este último é tão irracional quanto o primeiro é inartístico”. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Obras Incompletas*. In. Os Pensadores. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural. 1999. p. 60.

¹⁴⁶ “Neste contexto, cumpre referir a paradigmática e multicitada formulação de Krüger, no sentido de que hoje não há mais que falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais [...]”.

lacuna legislativa, haverá dupla falha caso não seja feita a aplicação direta dos direitos fundamentais.

Assim, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do direito, consubstanciado nas leis, o julgador deve ter cuidado redobrado ao apreciar as questões que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, racionalizando sua aplicação. Não permitindo que os problemas de direitos fundamentais se transformem em um *joker* argumentativo contra os princípios básicos da autonomia privada, na linguagem de CANOTILHO¹⁴⁷.

4.4 APLICAÇÃO PELA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Os direitos fundamentais são tutelados na seara das relações privadas por meios variados no Brasil¹⁴⁸.

Sob essa perspectiva, foram selecionados alguns dos julgados importantes para o neófito arcabouço da tutela dos direitos fundamentais no âmbito privado no Brasil à luz da Corte Constitucional brasileira.

Dentre os precedentes da Suprema Corte brasileira, foram selecionados os seguintes: RE 160.222-8/RJ, RE 158.215-4/RS, RE 161.243-6/DF, RE 175.161-4/SP, RE 201.819-8/RJ.

O primeiro precedente citado, RE 160.222-8/RJ, trata de um processo resolvido no âmbito do direito penal.

Confira-se a ementa do julgado referido logo abaixo:

SARLET. *Op. cit.*. p. 367.

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra. 2008. p. 86.

Aqui a expressão *joker*, se refere à carta de baralho denominada coringa que, em determinados jogos, pode mudar seu naipe ou valor, adequando-se ao *bel prazer* do jogador.

¹⁴⁸ MENDES. *et al. Op. cit.*. p. 282.

E M E N T A - I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então.

(RE 160222, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/1995, DJ 01-09-1995 PP-27402 EMENT VOL-01798-07 PP-01443)

In casu, aduz-se que o réu, diretor presidente de uma empresa de *lingerie*, foi incurso na sanção prevista art. 146 do Código Penal por submeter as suas funcionárias à humilhante revista íntima ao sair da loja sob pena de demissão por justa causa.

Se de um lado se tem o princípio da autonomia da vontade, consubstanciada no contrato de trabalho em que o réu vislumbra a proteção do patrimônio da empresa, impedindo que a funcionária saia da loja com a peça íntima escondida em seu corpo; de outro, temos a violação à dignidade humana, art. 1º, III da CR/1988, externada na proteção do direito à intimidade das funcionárias da loja, art. 5º, X da CR/1988, que são tratadas a todo o tempo como suspeitas dentro de seu próprio ambiente de trabalho.

Não obstante solução dada ao caso, qual seja o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o Min. Relator Sepúlveda Pertence, aponta para a relevância constitucional da hipótese, demonstrando uma inclinação para reconhecer a invalidade da cláusula em detrimento do direito fundamental suprimido. De forma que este julgado se demonstra como um antecessor importante para o estudo dos direitos fundamentais à luz do Supremo Tribunal Federal.

O trecho do voto do então ministro PERTENCE¹⁴⁹, no qual ele se lamenta da implacável irreversibilidade do tempo e torna forçoso o reconhecimento da prescrição, ressalta o espírito da tensão entre a autonomia da vontade nos contratos e a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privalismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante.

O segundo precedente é o RE 158.215-4/RS¹⁵⁰. O caso subsume-se na hipótese de uma cooperativa que demitiu os funcionários sem conceder-lhes o direito de defesa, ignorando assim as próprias regras estatutárias, com a justificativa de que a questão foi levada ao foro externo, via imprensa, através de veiculação radiofônica. Segue a ementa do acórdão.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 160.222-8/RJ, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 11/04/1995, DJ. 01-09-1995, Ement. Vol-1798-07. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213340>>. Acesso em: 04 mai. 2010. p. 1.454.

¹⁵⁰ O STF adota, em regra, a teoria da lesão direta e frontal que acarreta no conhecimento, em princípio, apenas dos recursos extraordinários que contrariarem a literalidade da Constituição. Não admitindo, portanto, as chamadas ofensas reflexas, oblíquas ou mediatas. Até mesmo nos casos em que o recurso é fundamentado em princípios constitucionais por intermédio de disposições de lei federal.

Esse entendimento deu ensejo à criação da súmula nº. 636 do Supremo Tribunal Federal a qual dispõe que: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Segundo Luís Roberto Barroso, “na prática, a delimitação do que seja ofensa indireta muitas vezes acaba sendo problemática”, pois “torna-se inevitável traçar uma linha divisória entre as questões cuja solução deve permanecer no plano legal e aquelas em que o argumento constitucional ganha primazia”. “Confinar o objeto do recurso extraordinário às chamadas ofensas diretas significa para o STF abdicar aprioristicamente do controle de questões relevantes e que se conservam eminentemente constitucionais a despeito da intermediação legislativa”. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 95.

Vê-se que em alguns julgados da Suprema Corte, contudo, é apontada uma solução diferenciada da questão, porquanto, ao invés de aplicar a teoria da lesão direta e frontal, é adotada uma interpretação mais sistemática da alínea “a”, do inciso III do art. 102 da CR/1988; tal como fez no RE 158.215-4/RS.

Nesse sentido, “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 se torne 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”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158.215-4/RS, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 30/04/1996, DJ. 07-06-1996, Ement. Vol-1831-02. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 04 mai. 2010. p. 312.

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.

(RE 158215, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757)

A discussão paira sob os princípios do *due process of law*, o contraditório e a ampla defesa, esculpidos no art. 5º, LIV e LV da CR/1988 em face da autonomia privada das instituições, no caso, a cooperativa.

De acordo com a análise dos autos do processo, ficou configurado que a viabilização da defesa com o posterior silêncio voluntário da parte interessada não se confunde com o julgamento do processo de ímpeto, sem, ao menos, o conferir ao interessado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, o relator, Min. Marco Aurélio, entendeu que a exaltação de ânimos não é molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude de defesa nos processos em geral¹⁵¹.

Com efeito, foi mercedamente fulminado o ato que gerou a exclusão dos sócios e, mais importante, foi declarada a supremacia constitucional no âmbito da relação privada em espécie.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158.215-4/RS, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 30/04/1996, DJ. 07-06-1996, Ement. Vol-1831-02. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 04 mai. 2010. p. 312.

Consoante o comentário aposto na obra de MENDES¹⁵², ficou assentado o entendimento de que o STF permitiu a incidência direta dos direitos fundamentais nessa relação entre particulares demonstrada no indigitado acórdão.

Após o édito colegiado, que pode ser considerado um verdadeiro marco na história da constitucionalização do Direito Privado brasileiro, o Tribunal passou a apreciar, de forma menos tímida, essas questões suscitadas.

No próximo precedente, RE 161.243-6/DF, discute-se a questão a respeito de um brasileiro que laborava em empresa estrangeira no Brasil, que pelo simples fato de não ser um francês, não lhe eram conferidos os benefícios previstos no estatuto pessoal da empresa, cuja aplicabilidade era restrita ao empregado de nacionalidade francesa.

Nesse sentido, cumpre transcrever a ementa, *in verbis*.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

(RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756)

O presente caso, que foi julgado nas instâncias ordinárias pela Justiça laboral, violou um dos pilares do sistema jurídico, porquanto privilegiou determinado empregado em razão de sua nacionalidade, sem qualquer diversificação objetiva. Ou seja, não se perquiriu o nível de produtividade do trabalhador, o local da prestação de serviços, etc.

¹⁵² MENDES. *p. cit.*, p. 283. Nota de rodapé nº. 167.

Por óbvio que a questão constitucional presente foi a flagrante violação ao princípio da isonomia art. 153, § 1º da Constituição Federal de 1967/69 e art. 5º *caput* da CR/1988.

Nas próprias palavras do Min. Carlos Velloso, a prática da igualdade está em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tal como ensinava Aristóteles¹⁵³.

No efetivar desse tratamento, entretanto, é que surgem as dificuldades, especificamente, a distinção entre quem são os iguais e quem são os desiguais.

Entendeu-se, portanto, que nesta hipótese, não era razoável a discriminação de funcionários apenas por conta da sua nacionalidade, não havendo correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a discriminação legal decidida em função dele. Não pode, pois, a discriminação ser gratuita ou fortuita¹⁵⁴.

Em suma, não se pode conceder tratamento específico ou vantajoso, em função de traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

Com efeito, ficou consignada a incidência direta do direito fundamental à igualdade, esculpido no art. 5º da CR/1988, em detrimento da autonomia da vontade, externada no contrato de trabalho que continha a cláusula discriminadora.

O quarto julgado, RE 175.161-4/SP, trata-se de um consórcio de veículos em cuja adesão do contrato prevê a devolução das parcelas pagas pelo associado que venha a desistir do ajuste, em seu valor nominal. Conforme se depreende da ementa abaixo.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161.243-6/DF, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ. 19-12-1997, Ement. Vol-1896-04. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 04 mai. 2010. p. 770.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161.243-6/DF, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ. 19-12-1997, Ement. Vol-1896-04. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 04 mai. 2010. p. 771.

COMPETÊNCIA - JUIZADOS ESPECIAIS - COMPLEXIDADE DA CAUSA. Esforços devem ser desenvolvidos de modo a ampliar-se a vitoriosa experiência brasileira retratada nos juizados especiais. A complexidade suficiente a excluir a atuação de tais órgãos há de ser perquirida com parcimônia, levando-se em conta a definição constante de norma estritamente legal. Tal aspecto inexistente, quando se discute a subsistência de cláusula de contrato de adesão, sob o ângulo de ato jurídico perfeito e acabado, no que prevista a devolução de valores pagos por consorciado desistente e substituído, de forma nominal, ou seja, sem correção monetária. CONSÓRCIO - DESISTÊNCIA - DEVOLUÇÃO DE VALORES - CORREÇÃO MONETÁRIA. Mostra-se consentâneo com o arcabouço normativo constitucional, ante os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, decisão no sentido de, ao término do grupo, do fechamento respectivo, o consorciado desistente substituído vir a receber as cotas satisfeitas devidamente corrigidas. Descabe evocar cláusula do contrato de adesão firmado consoante a qual a devolução far-se-á pelo valor nominal. Precedente: Verbete nº 35 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "Incidirá correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição em virtude de retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio". (RE 175161, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 14-05-1999 PP-00019 EMENT VOL-01950-03 PP-00464)

No caso em tela, a desistência do consorciado faz com que a cota respectiva seja transferida pela administradora a terceiro, o qual fica compelido a satisfazer as prestações vencidas e vincendas. Não fazendo sentido, portanto, que o consorciado desistente não perceba os valores pagos devidamente atualizados.

Diante disto, o relator Min. Marco Aurélio ponderou os postulados da razoabilidade e proporcionalidade que encontram substrato no devido processo legal, disposto no art. 5º, LV da CR/1988. E concluiu pela necessidade de restituição das parcelas pagas ao final pelo valor devidamente corrigido, e não pelo valor nominal, de forma que não houvesse enriquecimento sem causa¹⁵⁵.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 175.161-4/SP, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ. 14-05-1999, Ement. Vol-1950-3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=221473>>. Acesso em: 04 mai. 2010. p. 470 - 471.

Cumprido ressaltar que o STF tem utilizado a razoabilidade e a proporcionalidade como princípios fungíveis, sem maior rigor técnico, com exceção do Min. Gilmar Mendes. É, portanto, uma tendência trazer essa fungibilidade. Na doutrina, Luis Roberto Barroso não aponta maiores diferenças, chegando a dizer que a principal distinção entre esses dois postulados estaria na sua origem, já que nascem em locais diferentes, mas teriam conteúdos muito parecidos. A razoabilidade nasce nos Estados Unidos a partir da interpretação da cláusula do devido processo legal (5ª e 14ª emendas). Num primeiro momento, essa cláusula tinha um conteúdo procedimental, ou formal. O devido processo legal significava garantir instrumentos procedimentais para o particular se defender. A interpretação evoluiu na Suprema Corte americana e se concluiu que, a partir da ideia de um devido processo legal substantivo, ou material, os atos do poder público devem ser razoáveis, não podendo ser excessivos quando venham a gerar efeitos aos particulares. Já a proporcionalidade nasce no direito alemão, após a Segunda Guerra Mundial na constituição de 1949. Porém, lá não se fala em proporcionalidade ligada ao devido processo legal.

Apesar de não haver qualquer menção expressa no acórdão sobre a teoria adotada acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pode ser aferido que houve incidência tanto na modalidade indireta como na direta, o que dependerá do gosto do intérprete. Pode-se entender que houve utilização do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, oriundo do Direito Civil, para se extrair, através da hermenêutica constitucional, os postulados da razoabilidade¹⁵⁶ e proporcionalidade¹⁵⁷.

O que também se pode alcançar pela aplicação do verbete sumular de n.º. 35 do STJ, dispondo que há incidência da correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude de retirada ou exclusão do participante do plano de consórcio.

Ou então, na hipótese de eficácia direta, entretentes, pela aplicação direta ou imediata do princípio do devido processo legal em face da supressão dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade no caso concreto.

Caso similar é o HC 12.547/DF julgado pelo STJ, cujo relator Ruy Rosado de Aguiar vislumbrou ofensa à dignidade da pessoa humana com decreto de prisão civil no caso do depositário infiel, quando então era permitida¹⁵⁸.

Os fundamentos são: Direitos Fundamentais e Estado de Direito, que são as estruturas subjacentes do princípio da proporcionalidade.

¹⁵⁶ Para a doutrina moderna, o postulado da proporcionalidade, que julga a relação de causalidade entre meio e fim, se subdivide em: (i) adequação, constituída na relação empírica entre o meio e fim almejado, devendo ser utilizado um meio cuja eficácia possa contribuir para a promoção gradual do fim; (ii) necessidade, que envolve a verificação da existência de meios alternativos àquele inicialmente escolhido e que possam promover igualmente o fim desejado sem restringir tanto os direitos fundamentais afetados; (iii) proporcionalidade em sentido estrito, que demanda a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 161 - 173.

¹⁵⁷ A razoabilidade, segundo ÁVILA, pode ser observada, basicamente, em três principais acepções: (i) razoabilidade como equidade, impondo que se leve em consideração aquilo que normalmente acontece ao aplicar a norma jurídica; (ii) razoabilidade como congruência, exigindo a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação, demandando suporte empírico diante da “ordem natural das coisas”; (iii) razoabilidade como equivalência, exigindo uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 151 - 158.

¹⁵⁸ Ver súmula vinculante n.º. 25 do STF e súmula 419 do STJ.

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida.

(HC 12.547/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2000, DJ 12/02/2001 p. 115)

O processo versava sobre a prisão de uma devedora que havia deixado de pagar uma dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-taxi.

Conforme ficou comprovado no bojo dos autos, a dívida assumida pela alienante multiplicou-se por quatro e elevou-se, em menos de dois anos, para R\$ 86.858,24. A alienante, pessoa com sessenta anos de idade, com provável renda líquida mensal de R\$ 500,00; consumirá o total de sua renda pelo resto de sua vida para arcar com os juros bancários¹⁵⁹.

Para o relator do julgado, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, como indiretamente¹⁶⁰, por intermédio da cláusula geral – *generalklausel* do art. 17 da LICC –, sobre a ordem pública e os bons costumes – cuja norma similar alemã é utilizada para casos análogos –, que serviriam de portas de entrada, *einbruchstelle*, para a eficácia dos direitos fundamentais.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 12.547/DF, Relator(a): Min. Ruy Rosado Aguiar, Quarta Turma, julgado em 01/06/2000, DJ. 12-02-2001, Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=260895&nreg=200000222780&dt=12/2/2001&formato=PDF>>. Acesso em: 04 mai. 2010. p. 3.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 5 - 6.

Cabe aqui fazer uma ressalva importante acerca da mudança no entendimento da Suprema Corte no tocante à prisão civil do depositário infiel, uma vez que o Pacto San José da Costa Rica passou a ter status supralegal¹⁶¹.

Não sendo mais cabível no ordenamento jurídico pátrio a prisão civil por dívida, salvo a do alimentante, em consonância com o art. 7, n.º. 7 do Pacto¹⁶².

Ressalte-se que esse entendimento ensejou a edição da Súmula Vinculante n.º. 25 e seguido pela edição da súmula 419 do STJ, sepultando, de uma vez por todas, a controvérsia sobre o não cabimento da imposição de pena privativa de liberdade nos casos de prisão por dívida do depositário infiel judicial e equiparado.

Prosseguindo na análise dos julgados, o outro caso que trata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais apreciado pelo STF, é o RE 201.819-8/RJ, cuja ementa segue transcrita a seguir.

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

¹⁶¹ Posição sustentada por Gilmar Ferreira Mendes.

Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 39.703/RS, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJ. 05-06-2009, Ement. Vol-2363-4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 04 mai. 2010.

¹⁶² É de suma importância destacar a posição diversa esposada pelo Min. Celso de Mello, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. Para o Ministro, a norma mais favorável deve ser observada como critério que deve reger a interpretação do poder judiciário. Nesse sentido: HC 87.585-8, DJ 12.03.2008 e HC 96.772/SP, DJ 20.08.2009. Dentre os autores expositores dessa corrente doutrinária, dentre outros, se encontram: Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade. Ver. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577)

A presente questão aborda o caso em que o sócio foi excluído do quadro social sem ter direito ao contraditório e à ampla defesa.

No voto, a Min. Relatora Ellen Gracie, entendeu que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles¹⁶³.

Nesse sentido, entendeu “descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da associação”.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819-8, Relator(a) originário: Ellen Gracie. Relator(a) p/ o acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ. 27-10-2006, Ement. Vol-2253-4. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 03 mai. 2010. p. 581.

Porém, essa tese não prevaleceu.

Em voto-vista, o Min. Gilmar Mendes detectou que se tratava de situação típica de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. E, após tecer valiosas explicações sobre os institutos, entendeu que a associação se tratava de entidade integrante de espaço público não estatal.

Essa realidade foi enfatizada pelo ministro principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência para os associados é a percepção de valores pecuniários relativos aos direitos autorais oriundos de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade do exercício profissional¹⁶⁴.

Afigurou-se decisivo, no caso em apreço, a singular situação da entidade associativa integrante do sistema ECAD (como ficou esposado na ADI nº. 2.054/DF), que exerce atividade essencial de cobrança de direitos autorais.

Ficou consignado que a liberdade de associação não é um direito absoluto e que o espaço da 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

Portanto, consoante o entendimento de Gilmar Mendes, esse caráter público e geral da atividade parece decisivo para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa no procedimento de exclusão do sócio da sociedade¹⁶⁵.

Diante disso, conforme esposado no voto-vista do eminente Min. Celso de Mello, o presente contexto em exame reconhece a plena legitimidade da aplicação direta das garantias

¹⁶⁴ *Ibid.* p. 609.

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 613.

fundamentais em face do processo de exclusão do associado da entidade de Direito Privado – cláusula constitucional do *due process of Law*¹⁶⁶.

Nesse quadro, foi reconhecida a eficácia direta horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas¹⁶⁷.

Por fim, no informativo nº. 568 de 16 a 20 de novembro de 2009 há outra hipótese que trata de caso afeto a esse objeto de estudo ainda pendente de decisão, cuja ementa segue transcrita abaixo:

MÚSICO E LIBERDADE DO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO - 2

A Turma, acolhendo proposta formulada pelo Min. Gilmar Mendes, deliberou afetar ao Plenário julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do TRF da 4ª Região que, com base no art. 5º, IX e XIII, da CF, entendera que a atividade de músico não depende de registro ou licença e que a sua livre expressão não pode ser impedida por interesses do órgão de classe, haja vista que este dispõe de meios próprios para executar anuidades devidas, sem vincular sua cobrança à proibição do exercício da profissão — v. Informativo 406. A recorrente, Ordem dos Músicos do Brasil/OMB - Conselho Regional de Santa Catarina, sustenta, na espécie, a inadequação do *mandamus* contra lei em tese e a afronta aos artigos 5º, IX, XIII, e 170, parágrafo único, ambos da CF, sob a alegação de que o livre exercício de qualquer profissão ou trabalho está condicionado pelas referidas normas constitucionais às qualificações específicas de cada profissão e que, no caso dos músicos, a Lei 3.857/60 estabelece essas restrições. Aduz, ainda, que possui poder de polícia. RE 414426/SC, rel. Min. Ellen Gracie, 17.11.2009. (RE-414426)

Acerca do presente julgado, cumpre informar que a Min. Relatora, Ellen Gracie e o Min. Joaquim Barbosa se manifestaram no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo assim a decisão do TRF da 4ª Região que, com base no art. 5º, IX e XIII, da CF, entendeu que a atividade de músico não depende de registro ou licença e que a sua livre expressão não pode ser impedida por interesses do órgão de classe, haja vista que esse dispõe de meios próprios

¹⁶⁶ *Ibid.* p. 641.

¹⁶⁷ Outros estudiosos entendem que houve aplicação da teoria da *state action* no julgado, porquanto o ministro afirma no voto que o caso trata de “entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal”. Ou seja, exerce atividade pública ou, “serviço público por delegação legislativa”, como classifica o Min. Gilmar Mendes no teor do voto.

Observe-se, entretanto, o melhor entendimento é o de que houve a aplicação direta dos direitos fundamentais pelo STF, inclusive pelo que se abstrai dos votos proferidos pelos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello no RE 201.819-8/RJ.

Ibid. p. 609 - 612.

para executar anuidades devidas, sem necessidade de vincular sua cobrança à proibição do exercício da profissão.

Restando-nos tão-somente aguardar o provimento final, porquanto a questão se encontra afeta ao plenário do Excelso Pretório.

5. A PARTIÇÃO DA *MINIABTEILUNG* E O DIÁLOGO ENTRE AS TEORIAS

No espectro de visão do ordenamento jurídico como uno e indivisível, se torna fácil perceber que as leis e demais atos normativos buscam fundamento-último na *Lex Mater*. Sendo estes nada mais nada menos, que meros desdobramentos da lei fundamental.

Em última análise, os direitos incorporados ao Código Civil guardam assento constitucional, pois estão intimamente relacionados à igualdade, segurança, liberdade, propriedade, função social, defesa do consumidor e outros tantos direitos incorporados ao texto Constitucional.

Em outras palavras, independentemente do modo pelo qual se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, seja de forma mediata ou imediata, observa-se entre os dispositivos constitucionais e os de direito privado, não um abismo, mas uma relação pautada por um contínuo fluir. De tal sorte que, ao aplicar devidamente um dispositivo de direito privado também estará aplicando a própria Constituição¹⁶⁸.

Ganha assim cada vez mais nitidez a ruína do *Berliner Mauer*¹⁶⁹ que separava o Direito Público do Privado, asseverada no item 4.3 desta obra.

E é sob essa perspectiva que o trabalho defende a ponderação das normas e princípios constitucionais também em face das relações de direitos privados, incluindo a ocorrência da irradiação de eficácia dos direitos fundamentais nas situações de manifesta desigualdade

¹⁶⁸ Nesse mesmo sentido ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Atual, rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 379 e 380.

¹⁶⁹ O Muro de Berlim (*Berliner Mauer*) foi uma barreira física construída pela República Democrática Alemã (Alemanha Oriental), durante a Guerra Fria, que cercava toda a Berlim Ocidental separando-a da Alemanha Oriental. Este muro, simbolizava a divisão do mundo em dois blocos: República Federal da Alemanha (RFA) e a República Democrática Alemã (RDA), constituído pelos países socialistas simpatizantes do regime soviético. Disponível em: <http://de.wikipedia.org/wiki/Berliner_Mauer>. Acesso em: 05.12.2009.

Para saber mais, ver: GADDIS, John Lewis. *História da Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. e GADDIS, John Lewis. *The United States and the End of the Cold War – implications, reconsiderations, provocations*. New York: Oxford University Press, 1992.

No texto, seu simbolismo é utilizado com a linguagem metafórica, representando assim a *summa divisio*.

sócio-econômica entre os particulares como em circunstância na qual haja uma situação de supremacia de fato ou de direito¹⁷⁰.

Nesse sentido, considerando os preceitos (gênero), regras, princípios e postulados constitucionais elencados dentre os direitos fundamentais como frutos do momento histórico vivido e não como axiomas. Defende-se aqui o exercício do sopesamento dos princípios constitucionais por parte do operador do direito para a realização da subsunção da eficácia da norma constitucional dentro da conjuntura jurídica contemporânea ao fato, na hipótese que era outrora comumente regida tão-somente pelas regras de Direito Privado.

É importante destacar a essencialidade das regras e da subsunção, pois é a partir delas que se abre espaço para a aplicação dos princípios e para a ponderação, na tentativa de racionalizar o seu uso.

O neoconstitucionalismo, de acordo com SARMENTO¹⁷¹, deve ser visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do poder judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia.

¹⁷⁰ Segundo SARLET, “no âmbito da literatura jurídica destacam-se duas constelações distintas, no que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, quais sejam, as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social, bem como as relações entre os particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade, já que situadas fora das relações de poder. Precisamente no que diz com a primeira alternativa, constata-se a existência de relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, já que se cuida indubitavelmente de relações desiguais de poder, similares às que se estabelecem entre os particulares e os Poderes públicos. Relativamente à intensidade, sustenta a doutrina majoritária que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – em se tratando de detentores de poder social – será também equivalente à que se verifica no caso de órgãos estatais. Pelo contrário, quando se trata de relações igualitárias, o problema não se revela de fácil solução, registrando-se acentuada controvérsia nesta seara”.

SARLET. *Op. cit.*. p. 381.

¹⁷¹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://www.forum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em: 05.12.2009.

E, acima de tudo, deve ser concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de Justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.

A teoria da relativização dos direitos fundamentais, que permite a ponderação dos direitos fundamentais nas hipóteses confrontantes, deve ser acoplada a concordância prática e à vedação ao excesso, em razão do postulado da unidade da Constituição.

Já se foi o tempo em que se acreditava que alguns direitos fundamentais eram absolutos. Os próprios filósofos se encarregam de afirmar que não existe a verdade absoluta, mas tão-somente interpretações dos fatos cotidianos. Nesse sentido, cabe citar a elucubração de NIETZSCHE¹⁷².

O que é a verdade, portanto? Um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões, das quais se esqueceu que o são, metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora só entram em consideração como metal, não mais como moedas.

Quando escreve sobre a doutrina do meio-termo na obra dedicada a seu filho Nicômaco, ARISTÓTELES¹⁷³ trata da idéia de equilíbrio, da justa medida; que é o substrato da ponderação axiológica – realizado por intermédio dos conhecidos postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Deve-se, portanto, verificar a possibilidade de incidência de um direito fundamental atingido em determinado caso concreto dando máxima efetividade a Constituição e respeitando as instâncias democráticas que instituem o direito. Cabendo ao julgador, no caso de aplicação, a tarefa de determinar o grau de incidência do direito fundamental.

¹⁷² NIETZSCHE. *Op. cit.* p. 56 - 57.

¹⁷³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. . Trad. Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret. 2009. p. 103.

O reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição suscita um risco que não pode ser ignorado: o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamentos e estilos de vida que elas próprias rejeitam, em detrimento da sua liberdade existencial¹⁷⁴.

É preferível evitar que a sedução pelos apelos calcados em determinados momentos políticos ou históricos fundados nos direitos fundamentais não destruam por completo a autonomia da vontade.

A esse respeito cumpre mencionar que o próprio Ulisses optou por não se furtar de escutar o canto das sereias antes de passar por Cila e Caribde na jornada de volta para Ítaca; porém, teve que atravessar aquele trecho do mar com os braços e as pernas amarradas no mastro do navio para não sucumbir aos seus feitiços e perecer junto aos navegantes desafortunados que jaziam junto ao grande prado onde as sereias se encontravam¹⁷⁵.

Aliás, segundo KLOEPFER¹⁷⁶, estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações.

Daí porque o julgador deve ter cuidado extremo ao apreciar uma questão sobre eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, para que não haja um “autoritarismo constitucional”, evitado de decisões arbitrárias com base nos princípios da *Lex mater* e legitimado pelo alto grau de liberdade do juiz calcado na grande carga axiológica contida nos

¹⁷⁴ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://www.forum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em: 05.12.2009.

¹⁷⁵ No poema épico de Homero, Circe adverte o herói Odisseu, dizendo que: “Primeiramente, hás de ir ter às sereias, que todos os homens que se aproximam dali, com encantos pretender tem por hábito. Quem quer que, por ignorância, vá ter as sereias, e o canto delas ouvir, nunca mais a mulher nem os tenros filhinhos hão de saudá-lo contentes, por não mais voltar para casa. Enfeitiçado será pela voz das sereias maviosas. [...] Mas tu próprio, se ouvi-las quiseses, é força que pés e mão no navio ligeiro te amarrem os sócios, em torno do mastro, de pé, com possantes calabres seguro, para que possas as duas sereias ouvir com deleite. Se lhe pedires, porém, ou ordenares, que os cabos te soltem, devem mais forte amarras à volta do corpo apertar-te”.

HOMERO. *Odisséia*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro. 2000. p. 210 e 211.

¹⁷⁶ KLOEPFER, Michael. *Grundrechtstatbestand und Grundrechtsshranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am beispiel der menschenwürde*. In BVerfG und GG II. p. 405 e ss. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Atual, rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 386.

princípios. Devendo o jurista buscar a solução no equilíbrio, intervindo somente quando necessário.

Ao longo da pesquisa, especificamente no item 4.3, também ficou demonstrada a utilização variada das teorias sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas diante dos casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal. Além do fato de que, em certas ocasiões, não foi sequer mencionado no acórdão que o caso suscitava reflexões sobre a eficácia horizontal desses direitos ou qual das teorias existentes foi adotada.

Desse modo, ante as peculiaridades de cada caso concreto, da falta de necessidade de se formular uma teoria única a ser adotada em determinado ordenamento jurídico e das críticas construídas pela doutrina e proferidas a cada uma das teorias; cumpre-nos concordar com a lição de CANOTILHO¹⁷⁷, cujo entendimento aponta para a superação da dicotomia entre a eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais em razão de soluções diferenciadas. Devendo assim, ser permitido o diálogo entre as teorias da eficácia horizontal, como defendido nesta obra.

Tal distinção sobre as teorias mediata e imediata se assemelha à crítica elaborada por Kelsen no tocante à diferenciação realizada por CHARLES ROUSSEAU sobre os tratados contratuais e normativos do direito internacional público¹⁷⁸. A qual KELSEN¹⁷⁹ aduz que a vontade das partes tem idêntico objeto, constituído pela integralidade do teor do tratado.

Em verdade, para Kelsen, o que pode ser alvo de variação é o feitio de execução das normas convencionais apostas nos tratados – no caso da eficácia mediata ou imediata, será a

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra. 1993. p. 1.289. Na obra o autor afirma que: “O problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas.”

¹⁷⁸ Segundo Charles Rousseau, a diferença funcional entre os tratados-contratos e os tratados-leis seria, em resumo, de que nos primeiros as partes realizam uma operação jurídica (acordos de comércio, aliança, etc.) e nos tratados-leis, as partes editam uma regra de direito objetivamente válida.

Além das críticas supracitadas, Kelsen também rebate o pleonismo contido na denominação “tratado-normativo”. Para saber mais, ver: REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 12. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

¹⁷⁹ Ver. KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. New York. Rinehart. 1952. p. 320. e KELSEN, Hans. *La Theorie Juridique de la Convention: Arch. Ph.* 1940. v. 10. p. 320.

maneira com a qual o julgador fará com que ela incida no caso concreto, pois o fim a ser atingido é exatamente o mesmo para as duas teorias, qual seja: fazer incidir os direitos fundamentais nas relações privadas.

Nesse esteio de raciocínio, infere-se que essa dicotomia seria relevante apenas à luz do direito sob um enfoque puramente operacional. Tal pensamento, no entanto, simboliza a partição dessa diminuta linha divisória, *Miniabteilung*, entre ambas as teorias, *unmittelbare e mittelbare* que, no final das contas, comungam do mesmo objetivo, qual seja: a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que deverá ser introduzida da melhor forma pelo julgador em consonância com o caso concreto.

Percebe-se, com isso, que a preocupação primordial do intérprete transcende os meros textos legais e se debruça no caso concreto – objeto –, em relação ao sujeito – o intérprete –, que é diretamente influenciado pelo tempo e espaço ao exercer sua tarefa de construção e reconstrução de significados durante sua produção hermenêutica.

Nunca é demais lembrar que os direitos fundamentais são observados do ponto de vista da sociedade como valores ou fins que esta se propõe a perseguir. Logo, seus efeitos não podem se esgotar na limitação do poder estatal, de modo que deverão se alastrar por todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e ordenando a atividade do Estado.

Acrescente-se a isso as palavras de HÄBERLE¹⁸⁰, que resumem o que se quer enfatizar, ao afirmar que:

[...] a Constituição não é apenas um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas também a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um veículo de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos.

¹⁸⁰ HÄBERLE, Peter. *Teoría de La Constitución como Ciencia de La Cultura*. Madrid. Tecnos, 2000. p. 34. No texto original: “[...]La Constitución no se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, um medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.”

Parafrazeando COELHO¹⁸¹, a *civitas maxima*, reino utópico da abundância, liberdade, igualdade e fraternidade; noticiada pela escatologia cristã e marxista, se algum dia vier a ocorrer algo similar, certamente não surgirá do texto frio da lei.

A transformação social, nesse sentido, só poderá ocorrer a partir da sedimentação dos significados atribuídos ao texto positivo ou de valores instituídos pelos seus intérpretes – compreendidos na concepção amplíssima de Peter HÄBERLE¹⁸². Transformando assim parcela significativa desse mundo do “dever-ser” em realidade fática.

De certo que todos almejam a realização das virtudes cardinais¹⁸³ e anseiam pela organização da vida e das sociedades de forma humanitária. Contudo, ficando inertes, não acrescentaremos grãos de Justiça ao dia a dia da população, pois ela só virá em função da batalha de todos os interessados.

Assim como homem, que deve manter-se construindo indefinidamente a sua própria natureza, segundo Heidegger inacabada¹⁸⁴, a tarefa de interpretar deve ser vista como uma

¹⁸¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p.07.

¹⁸² Sobre a concepção amplíssima dos intérpretes da Constituição, ver HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Ausculte-se um trecho da obra que retrata essa concepção:

“Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos no processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos ‘órgãos oficiais’, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o cada pessoa individualmente considerada, podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo.”

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 24.

¹⁸³ São quatro virtudes cardinais, ou virtudes cardeais, que polarizam todas as outras virtudes humanas. O conceito teológico destas quatro virtudes foi derivado do pensamento de Platão e mais tarde adaptado por outros pensadores como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Assim, o plano sensual tem na *sophrosyne* ou temperança a sua moderação; a dimensão da afetividade encontra regulador na *andria* ou fortaleza; e o plano da razão é esclarecido pela prudência ou sabedoria, a *phronesis*. A boa relação entre si dessas virtudes é objeto da *diakaiosyne*, ou justiça.

¹⁸⁴ “[...] Heidegger salienta que o ser humano apresenta essa característica singular de um permanente inacabamento (*eine ständige Unabgeschlossenheit*). Nesse sentido pode-se dizer que o homem é o único ser incompleto pela sua própria essência [...]”.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28.

No mesmo sentido, SARTRE:

realidade em transformação contínua, na medida em que torna o mundo cada vez mais humano, sem abandonar a eterna busca pela Justiça e felicidade¹⁸⁵.

É nessa mesma visão que se manifesta Riobaldo, protagonista de Grande Sertão: Veredas, proseando no falar dos gerais: “O senhor... Mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas¹⁸⁶ – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam¹⁸⁷”.

“[...] há pelo menos um ser no qual a existência precede a essência, um ser que existe antes de poder ser definido por qualquer conceito: este ser é o homem, ou, como diz Heidegger, a realidade humana. Significa, em primeira instância, o homem existe, encontra a si mesmo, surge no mundo e só posteriormente se define”.

SARTRE, Jean Paul. *Sartre. O Existencialismo é um humanismo; A Imaginação; Questão de Método*. Trad. Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas e Bento Prado Júnior. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural. 1987. p. 05 e 06.

¹⁸⁵ Acerca do direito à busca pela felicidade, alocado em uma das mais famosas frases da Declaração de Independência dos Estados Unidos: "Life, liberty, and the pursuit of happiness"; e cujas origens remontam o caso *Meyer v. Nebraska*, em 1923, quando foi abstraída da XIV Emenda Constitucional Americana pela exegese do *Substantive Due Process of Law*. Cumpre ressaltar que há uma proposta de Emenda Constitucional, apelidada de “PEC da Felicidade”, que tramita no Congresso Nacional para incluir no texto do art. 6º da CR/1988 o direito à busca da felicidade.

No que concerne a interpretação do *Substantive Due Process of Law*, a Suprema Corte Americana entendeu que: "*Without doubt,*" Justice McReynolds said in *Meyer*, liberty "[...] not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men."

US. SUPREME COURT CENTER *US Supreme Court Cases & Opinions*. Disponível em:

<<http://supreme.justia.com/constitution/amendment-14/30-right-of-privacy.html>> Acesso em: 03.06.2010.

¹⁸⁶ Essa noção esposada por Heidegger e afirmada na filosofia de Sartre é diametralmente contrária à teoria do conhecimento que domina a ciência jurídica hodierna, porquanto o conhecimento jurídico foi construído com base no Criticismo filosófico de Kant, preconizando que a essência precede a existência.

Immanuel Kant concilia assim o pensamento racionalista com a noção empirista ao afirmar que o conhecimento verdadeiro nasce da razão humana, mas necessita de comprovação empírica.

Ver. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura. Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 53 a 67.

Na fenomenologia ocorre o oposto, é a existência que precede a essência, ou seja, primeiro as coisas existem para depois se formular juízos sobre elas. Por isso, Riobaldo, protagonista de “O Grande Sertão: Veredas” explica que as pessoas ainda não foram terminadas.

No Direito, os significados são construídos pelo sujeito – intérprete –, a partir do dispositivo de lei em relação ao objeto (o fato que irá ser interpretado), que por sua vez são definidos pelo círculo hermenêutico. Esse círculo hermenêutico é formado pelo sujeito, objeto e ideia.

Esse novo ser – o círculo hermenêutico - só faz sentido com seus três elementos juntos. Qualquer alteração nesses elementos faz surgir “um outro ser”, ou um outro círculo hermenêutico.

Pela teoria de Heidegger o caráter histórico do homem que faz com que as pessoas realizem o ciclo vital em determinado tempo e lugar, e assimilar o mundo a sua volta. Neste particular, esse entendimento se apresenta em plena consonância com a fórmula de Nietzsche denominada de Genealogia da Moral, que busca compreender os conceitos de acordo com o momento histórico determinado. É uma relação entre sujeito (quem percebe o fenômeno) e objeto (o que é percebido pelo sujeito ou o fato que irá ser interpretado) na qual o sujeito modifica objeto porque lhe atribui um significado e, concomitantemente, o objeto modifica o sujeito porque o objeto altera a subjetividade humana. A possibilidade de idas e vindas ao texto normativo confrontados: texto e contexto; princípios, regras e postulados aos fatos; real e ideal; denomina-se de espiral hermenêutica. Diz-se espiral por conta da possibilidade de constante mutação ou evolução da exegese, oferecendo maior grau de certeza e confiabilidade ao resultado ou resultados da tarefa interpretativa. Logo, percebe-se que o círculo hermenêutico,

6. CONCLUSÃO

A tarefa de realizar uma síntese concisa de todas as inferências obtidas neste trabalho teria sérios riscos de ficar sujeita a duas incorreções: tornar-se prolixa e incompleta. Primeiramente prolixa, pelo fato de repetir todas as ilações obtidas em cada capítulo dessa pesquisa. E incompleta, simplesmente por conta de enumerar e restringir todas as inferências que não foram apostas expressamente no trabalho e são frutos de uma leitura atenta e crítica.

Nesse segmento, portanto, será feita uma breve retomada de alguns aspectos considerados mais importantes do texto, com uma abordagem diferente, sob uma ótica holística e integrativa, para viabilizar uma leitura global do todo.

Desta feita, da mesma forma que o próprio homem vai se construindo e reconstruindo ao longo da vida, os significados abstraídos de cada dispositivo constitucional (as normas jurídicas), vão sendo construídos e moldados pelo intérprete de acordo com as condições peculiares do caso concreto, com o momento histórico vivido e a conjuntura econômica, jurídica e social.

A norma, que não se confunde com o dispositivo genérico e abstrato, deve ser ponderada com os outros princípios que circundam o caso concreto, para que seja extraída a melhor solução por intermédio da concordância prática, da unidade, da harmonização constitucional e dos demais mecanismos constitucionais integrativos.

Em sendo o Estado de perfil ativo, com o modelo de Constituição social-democrático, cuja face da função jurisdicional se volta para a solução justa dos conflitos, fica claro que a eficácia vertical sozinha, não é suficiente para promover a defesa e promoção dos direitos fundamentais, frutos de um processo gradativo de lutas e movimentos ideológicos marcados

inicialmente formado pelo sujeito, objeto e ideia; transforma-se em espiral hermenêutica a partir do dinamismo do direito que possibilita a realização da tarefa contínua de construção e reconstrução das normas.

¹⁸⁷ ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2006. p. 23.

na história da humanidade. Adequando-se melhor ao Estado brasileiro, portanto, a utilização das possibilidades interventivas albergadas pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Acrescente-se a isso as inclinações expressamente cristalizadas no corpo do texto Constitucional, especificamente no tocante a questão do indigenato elencada no § 6º do art. 231 da CR/1988; que impõe a nulidade *ab ovo* e a conseqüente extinção os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras originalmente ocupadas pelos indígenas; ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes.

Também a questão das associações, prevista nos incisos XVII e XIX do art.5º da CR/1988, uma vez que o espaço da 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. E da função social da propriedade, que impõe sua observância como uma fonte de deveres fundamentais, ou seja, o lado passivo de direitos fundamentais de terceiros, limitando assim o direito de propriedade.

Dessa maneira, devem ser reconhecidos e ponderados os princípios constitucionais em face da autonomia da vontade, inclusive naquelas situações em que não houver determinação expressa do Constituinte, quando se tratar da hipótese de manifesta desigualdade sócio-econômica entre os particulares como em circunstância na qual haja uma situação de supremacia de fato ou de direito que viole frontalmente os direitos fundamentais. Para que assim se possa aferir se há real necessidade de intervenção desses direitos nas relações privadas.

No tocante às teorias da eficácia mediata e da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, a solução apontada nesta obra se direciona para a realização do diálogo entre as teorias, adotando-se soluções diferenciadas conforme a situação que se apresenta.

Apesar dos defeitos apontados para cada uma das teorias, deve-se racionalizar o seu uso, operacionalizando-as por meio do diálogo, conforme a hipótese concreta. Buscando

assim a justa medida, consubstanciado no melhor resultado possível naquela ocasião determinada. Valorizando tanto o texto Constitucional como as próprias regras civilistas, de modo que seja aliviada a tensão entre a autonomia privada e os direitos fundamentais positivados na Constituição.

O ativismo judicial, que preconiza o atendimento por parte do poder judiciário às demandas sociais as quais não puderam ser satisfeitas pelo poder executivo e legislativo – seja pela mera omissão displicente, voluntária, ou até mesmo pela própria impossibilidade de positivar todas as hipóteses oriundas da complexidade humana –, deve ser visto como um importante instrumento para a resolução de conflitos. Desde que seja utilizado de forma coerente, racional e nas hipóteses de real necessidade, após o exercício da ponderação axiológica.

É a partir desse raciocínio que se constrói a imagem mitológica da deusa da Justiça que, segundo Rudolf von Ihering, sustenta em uma das mãos a balança, sopesando o direito; e na outra a espada, servindo para a defesa do direito ou imposição de sua determinação. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro Estado de Direito só existe quando a Justiça brande a espada com mesma habilidade com que maneja a balança.

Logo, impor a um dos contratantes amputações na esfera contratual pode acabar por suprimir o direito fundamental à liberdade em detrimento de valores constitucionais, comportamentos e estilos de vida rejeitados pelas próprias partes. Por isso, o cuidado deve ser redobrado.

A busca pelo equilíbrio para a realização da Justiça, no entanto, é tarefa árdua, que demanda a identificação das diferenças para se atingir o meio termo, situado entre a escassez e a abundância.

E a singularidade do ser humano se desabrocha justamente com essa diferença, ensejando um discrimen ainda maior, o qual se deve buscar a máxima integração para conciliar e harmonizar a vida no meio social.

Vale lembrar que o fogo não seria produzido se o ar não fosse corrompido, a vida do leão não seria preservada se a do asno não fosse ceifada, e não se elogiaria a Justiça nem a paciência do que sofre se não houvesse a demora e a intolerância.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCHER, Luís. *Reflexão Ética sobre a Dignidade Humana*. 1999. Disponível em: <http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/9D4875F1-511B-4E29-81B2-C6201B60AD52/0/P026_DignidadeHumana.pdf>. Acesso em 21 abr. 2010.

ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. *Ratio Iuris*. V. 16, nº. 2. 2003.

ARENDT, Hannah. *Eichman in Jerusalem: a report on the banality of evil*. New York: The Vinking Press. 1963.

_____. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Companhia das Letras. 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret. 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oab/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2010.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio*. São Paulo: Saraiva. 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial, vol. 2*, 6. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva. 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Jorge Luis. *Obras Completas*. vol. 2. São Paulo: Globo. 1999.

BRUGGER, Winfried. *Grundrechte und Verfassungsgerichtbarkeit in der Vereinigten Staaten von Amerika*. Tübingen: Möhr, 1987.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: ed. Saraiva, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*, in INGO WOLFGANG SARLET (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora. 2008.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Coimbra. 1993.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra. 1994.

CARVALHO, Eusébio. *Direito à Propriedade. Do Discurso à Realidade*. Revista Juris: Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 24, jul/ago: 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. rev. Ampliada e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2010.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: University Press, 2010.

DÜRING, Günter. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. München: Isar-Verlag. 1956.

GADDIS, John Lewis. *História da Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

_____. *The United States and the End of the Cold War – implications, reconsiderations, provocations*. New York: Oxford University Press, 1992.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de La Constitución como Ciencia de La Cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe. 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1998.

HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*. 20. Ed. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Temi. 1977.

HOMERO. *Odisséia*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro. 2000.

KANT, Immanuel. *Beantwortung der Frage: was ist Aukflärung?* Disponível em: <http://de.wikisource.org/wiki/Beantwortung_der_Frage:_Was_ist_Aufkl%C3%A4rung> Acesso em: 17 jul. 2010.

_____. *Crítica da Razão Pura. Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultura, 1999

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1964.

KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. New York. Rinehart. 1952.

_____. *La Theorie Juridique de la Convention*: arch. ph. v.10. 1940.

KLOEPFER, Michael. *Grundrechtstatbestand und Grundrechtsshranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am beispiel der menschenwürde. In BVerfG und GG II*.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2004.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ. Impetus. 2008.

MORO, Sérgio Fernando. *Por uma Revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Disponível em: <http://br.geocities.com/profpito/porumarevisaodateoriamoro.html>.

MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2 ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonard. 2000.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Obras Incompletas. In. Os Pensadores*. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*. München: C.H. Beck, 1962.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2008.

OVÍDIO. *Metamorfoses*. Trad. Manuel Maria Barbosa Du Bocage. 4. ed. São Paulo: Martin Claret. 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT. 1970.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Saraiva. 2000.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 12. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva. 2010.

REIL. Peter Hanns. *Introduction*. In: encyclopedia of the enlightenment. Edição: Peter Reill e Ellen Wilson.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: Ensaio Sobre a Origem das Línguas. Vol. I In. Os Pensadores*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Atual, rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

_____. *Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in _____ (Org.): A Constituição concretizada - Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2003.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em: 05.12.2009.

SARTRE, Jean Paul. *Sartre. O Existencialismo é um humanismo; A Imaginação; Questão de Método*. Trad. Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas e Bento Prado Júnior. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural. 1987.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Trad. Emílio Stein. Porto Alegre: SAFe. 1985.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002, A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

_____. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 03.06.2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em: 03.06.2010.

US. SUPREME COURT CENTER. *US Supreme Court Cases & Opinions*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/constitution/amendment-14/30-right-of-privacy.html>> Acesso em: 03.06.2010.

VIEIRA. Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros. 2006.