

LEONARDO VINICIUS DE SOUZA MORAES

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE
PESSOAS OU ENTES JURÍDICOS PRIVADOS

Monografia apresentada no curso de
especialização de Direito Constitucional
da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo (PUC/SP), sob a orientação do
Prof. Mestre Renato Mehanna.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - 2012

Agradecimentos

A Deus pela sua justiça e generosidade infinitas concedidas a mim.

Aos meus pais e a minha família pelo suporte afetivo e financeiro.

Ao orientador, Professor Mestre Renato Mehanna, pela orientação atenciosa, didática e célere da monografia.

Índice.

Introdução.....	06
Capítulo 1 – Delimitação do tema e definição de conceitos.....	07
I – Delimitação do tema.....	07
II – Definição de conceitos.....	09
1. Direitos fundamentais.....	10
2. Eficácia.....	11
3. Relação Jurídica.....	12
4. Pessoas ou entes privados.....	12
Capítulo 2 – Direitos fundamentais: Evolução histórica.....	12
Capítulo 3 – Os fundamentos jurídicos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas ou entes privados.....	21
I – Poderes sociais.....	21
II – A força normativa da Constituição.....	23
III – A norma superior do ordenamento jurídico – A Constituição.....	26
IV – A dignidade humana.....	26
V – A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	30
V – Dever estatal de proteção dos direitos fundamentais.....	33
Capítulo 4 – As teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas ou entes privados.....	36
I – Esclarecimento do objeto do capítulo.....	36
II – A doutrina do <i>state action</i>	36
III – A teoria de Schwabe.....	42
IV – A teoria da eficácia mediata.....	43
V – A teoria da eficácia imediata.....	47
VI – A teoria de Robert Alexy.....	50
Capítulo 5 – A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas ou entes privados e a Constituição Federal de 1988.....	51
I – Esclarecimento do objeto do capítulo.....	51
II – Os direitos fundamentais e a Constituição.....	51
III – Os argumentos jurídicos favoráveis a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a Constituição.....	54

IV – O modelo de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas ou entes privados e a Constituição.....	62
Conclusões.....	68
Bibliografia.....	70

Introdução

O tema da monografia é a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas ou entes privados¹. Essa eficácia horizontal dos direitos fundamentais é o exemplo mais rico e problemático do fenômeno da constitucionalização do direito².

O trabalho é estruturado em 5 (cinco) capítulos. O primeiro define os conceitos imprescindíveis ao desenvolvimento do trabalho monográfico e a definição precisa do tema. O capítulo 2 (segundo) cuida da evolução histórica dos direitos fundamentais. O capítulo 3 (terceiro) trata da argumentação jurídica favorável a eficácia externa dos direitos fundamentais. O capítulo 4 (quarto) elenca o rol de principais modelos de eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais formuladas no direito comparado. O capítulo 5 (cinco) expõe a conexão entre o conteúdo dos capítulos anteriores com a Constituição Federal de 1988 e a nossa posição sobre a qual a melhor forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O tema, infelizmente, ainda não seduziu completamente a doutrina brasileira. A literatura nacional é ainda relativamente escassa sobre o assunto quando comparada com outros temas de Direito Constitucional, notadamente sobre controle de constitucionalidade. Os principais manuais de Direito Constitucional que, lamentavelmente, na maioria das vezes, são a única fonte de estudo dos alunos na graduação não tratam da matéria ou quando muito mencionam a existência do tema em poucas linhas.

O tema, contudo, não é novo. Debate-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais desde o final da década de 50, inicialmente na Alemanha³, o grande expoente teórico da produção literária do tema, e posteriormente o debate foi incorporado por outros Países. Outro ponto interessantíssimo do tema é a resistência dos civilistas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas⁴.

¹ Existem outras denominações para o estudo do mesmo objeto, tais como eficácia horizontal dos direitos fundamentais, eficácia externa dos direitos fundamentais e eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais.

² A constitucionalização do Direito é um fenômeno jurídico quase universal após a Segunda Guerra Mundial. Consiste na expansão e penetração das normas constitucionais nos demais ramos do Direito, notadamente no direito civil e penal.

³ Daniel Sarmento assenta que a eficácia externa dos direitos fundamentais é matéria de exportação *made in Germany*. Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. xxvi. 2ed. Lumen Juris: 2010.

⁴ Categórica nesse linha é a afirmação de Gustav Böhrmer “O Direito público passa, o Direito privado permanece”. Jörg Neuner, O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental, Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, p. 221, 3ed. Livraria do Advogado. 2010.

Esperamos modestamente que o saldo final da monografia seja positivo na exposição da matéria tão árdua.

Capítulo 1 – Delimitação do tema e definição dos conceitos.

I – Delimitação do tema.

As mais belas dissidências jurídicas rompem os muros estreitos da academia e, inusitadamente para os juristas, ganham a atenção da população⁵. É assim no Direito Civil, por exemplo, quanto aos temas de Direito de Família (impedimentos matrimoniais, causas de dissolução do casamentos, regime de bens, alimentos, poder familiar e tantos outros), bem como no Direito Penal (configuração de crime, legítima defesa, regime de cumprimento da sanção penal, causas extintivas de punibilidade, por exemplo). O Direito Constitucional, obviamente, não sai ileso disso. A grande repercussão que algumas decisões judiciais nesses temas provocam é justificável. É que elas tocam ou detém potencialidade para tal de invadirem o cotidiano das pessoas. Quando o Supremo Tribunal Federal decide, mormente em controle concentrado de constitucionalidade, temas de direitos fundamentais, tributários, eleitorais ou federativos os efeitos das decisões, no mais das vezes, transbordam a atenção e interesse dos juristas.

O tema ora tratado, sem dúvida alguma, é um desses casos abençoados que suscitam paixões e ódios, interesse e desconfiança de leigos e juristas, considerando que a assertiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é capaz de impactar severamente o magistério do Direito e as relações jurídicas entre particulares. A “revolução” de extensão, a princípio, ilimitada lançaria suas teias aos recônditos mais particulares da pessoa, como o casamento e a condução na educação dos filhos, e pediria passagem aos locais, por natureza, mais sujeitos a intervenção estatal como o direito laboral e contratual.

⁵ O termo população é empregado em sentido técnico-jurídico em oposição ao conceito de povo. População é expressão que envolve uma definição somente aritmética, uma vez que designa o número total de habitantes num determinado Estado; nacionais, estrangeiros ou apátridas. Já o termo povo significa o elemento humano do Estado, os nacionais que detém vínculo político-jurídico com o Estado. Nessa esteira: Sahid Maluf, Teoria Geral do Estado, p. 17. 30ed. Saraiva: 2010. Dalmo de Abreu Dallari, Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 95. 28ed. Saraiva: 2008.

Basta a singela enumeração de alguns precedentes do Direito nacional ou comparado⁶, assim como exemplos extraídos da doutrina, para realçar a relevância social e jurídica do assunto.

É ilícita a revista íntima em funcionárias de fábrica que produz lingerie? (STF, RE n. 160.222, Rel. Sepúlveda Pertence). Violam-se os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório na hipótese de exclusão de associado de cooperativa ou sociedade sem direito à defesa garantido? (STF, RE n. 158.215, Rel. Marco Aurélio; STF, RE n. 201.819, Rel. Gilmar Mendes). Ultraje-se o princípio da isonomia a empresa de aviação internacional que não trata com igualdade o funcionário nacional que exerce atividade idêntica ao empregado de nacionalidade da companhia? (STF, RE n. 161.243, Rel. Carlos Veloso). Seria válido que uma escola religiosa desse preferência, na contratação, a empregados que professassem aquela religião? Ou, poderia essa mesma instituição religiosa de ensino rescindir o contrato de um casal de professores sob o argumento de que eles estão vivendo maritalmente sem a celebração do matrimônio?⁷.

Para José Carlos Vieira de Andrade:

“É assim que se pergunta se ou até que ponto as liberdades (religiosa, de residência, de associação, por exemplo) ou bens pessoais (integridade física e moral, intimidade, imagem) podem ser limitadas por contrato, com o acordo ou o consentimento do titular; se é lícito o apelo público ao boicote de um filme ou de um livro; se é válido um contrato em que os empregadores se obrigam a não admitir trabalhadores não inscritos num certo sindicato; até que ponto é admissível a restrição da liberdade de expressão (e de outras liberdades) dos jogadores de um clube desportivo, dos membros de um partido político ou de uma ordem religiosa; quais os poderes de sancionamento que os pais ou tutores podem exercer sobre os menores; se é admissível juridicamente que alguém contrate uma agência privada de detectives para vigiar determinada pessoa, ou que alguém publique um livro com um personagem obviamente baseado na vida íntima de uma outra pessoa. Ou se é lícito a um empregador contratar ou deixar de contratar um trabalhador por causa da confissão religiosa, sexo ou opção política dele; se o senhorio pode despejar um inquilino por não pagamento da renda quando tolera a permanência de outro que também não a paga; se uma pessoa pode legitimamente deixar os seus bens por testamento apenas a familiares de um dos sexos, excluindo intencionalmente os do outro; se os donos de hotéis, táxis ou restaurantes, bem como os de escolas ou de clubes privados, podem recusar a

⁶ Os precedentes do direito comparado, especialmente do direito alemão e norte-americano serem mencionados nos tópicos que irão tratar da teoria da eficácia indireta e da doutrina do *state action*, respectivamente.

⁷ Gilmar Ferreira Mendes em André Rufino do Vale, A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, p. 14. Sergio Antonio Fabris Editor: 2004.

permanência, o transporte, o serviço ou a frequência a certas categorias de pessoas (estrangeiros, pessoas de raça diferente ou de determinado sexo) “⁸”.

Em resumo, as pessoas de direito privado nas relações jurídicas entre si devem obediência aos direitos fundamentais enunciados no texto constitucional? Caso afirmativo, qual o alcance (quais direitos fundamentais ensejam aplicação horizontal) e modo disso (como os direitos fundamentais ingressam nessas relações privadas)?

II – Definição de conceitos.

1. Direitos fundamentais⁹.

As expressões direitos fundamentais, direitos humanos e direitos dos homens são empregadas como sinônimos algumas vezes¹⁰. Data vênha dos entendimentos divergentes, entendemos necessária a diferenciação conceitual.

Direitos fundamentais é a designação mais afeta a tutela constitucional dos direitos das pessoas. Ligam-se, assim, aos aspectos ou matizes internos de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições atuais¹¹.

Direitos humanos é expressão atrelada a direitos insculpidos (positivados) em tratados internacionais ou em costumes internacionais. Noutras palavras, são aqueles direitos que ascenderam ao patamar normativo do Direito Internacional Público¹².

Direitos dos homens é vinculado mais a aspirações jusnaturalistas que jurídico-positivo. Conota a série de direitos naturais, ou seja, direitos não positivados vocacionados a proteção global dos homens e que, segundo seus defensores, teria natureza cogente em todas as épocas¹³.

⁸ José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 235-6. 4ed. Almedina: 2009.

⁹ No capítulo 3 do trabalho será abordado com maiores minúcias as características dos direitos fundamentais, bem como todo o debate acerca de suas gerações ou dimensões que acompanham as transformações ocorrentes no Estado. Por ora, vamos apenas proceder a diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos.

¹⁰ Alexandre de Moraes, Direitos humanos fundamentais. 5ed. Atlas: 2003. Dedicou-se o autor nessa obra aos comentários dos artigos da Constituição Federal que tratam dos direitos fundamentais.

¹¹ Valério de Oliveira Mazzuoli, Curso de Direito Internacional Público, p. 736. 3ed. RT: 2009.

¹² Valério de Oliveira Mazzuoli, Curso de Direito Internacional Público, p. 736. 3ed. RT: 2009.

¹³ Valério de Oliveira Mazzuoli, Curso de Direito Internacional Público, p. 736. 3ed. RT: 2009.

A Constituição brasileira de 1988 parece que utilizou as expressões direitos humanos e direitos fundamentais nessa acepção, em momento de rara precisão técnica. A mera leitura dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 5º da Carta Política atesta tal conclusão.

Contudo, inegavelmente, reina certa confusão terminológica. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior entrosam os conceitos de direitos do homem e direitos humanos¹⁴.

O consagrado J. J. Gomes Canotilho assim resume a diferença entre direitos do homem e direitos fundamentais:

“As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”¹⁵.

2 – Eficácia:

Debita-se a relevante influência do genial Pontes de Miranda a tradicional divisão dos planos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral na doutrina pátria¹⁶.

O plano de existência é a presença dos elementos imprescindíveis para a consumação do ato jurídico. Noutras palavras, constata-se o preenchimento dos requisitos necessários ao nascimento do ato jurídico. O plano de existência prescinde da análise da validade e eficácia do ato jurídico.

O plano de validade é a compatibilidade do ato jurídico produzido com o ordenamento jurídico vigente. O Direito trabalha na dicotomia: os atos jurídicos são legais ou

¹⁴ Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Curso de Direito Constitucional, p. 130. 14ed. Saraiva: 2010.

¹⁵ J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 393. 7ed. Almedina: 2003. Nesse sentido é o magistério de Jorge Miranda. Curso de Direito Constitucional, Tomo IV, p. 15. 4ed. Coimbra: 2008.

¹⁶ Flávio Tartuce, Manual de Direito Civil, p. 176. Método: 2001.

ilegais, não existe ato jurídico parcialmente legal ou parcialmente ilegal. No universo jurídico inexistem atos jurídicos verdadeiros ou falsos, mas apenas válidos ou inválidos¹⁷.

O plano de eficácia é a aptidão jurídica do ato jurídico existente de provocar efeitos jurídicos próprios. Noutras palavras, é a vocação de atuar na conformidade de sua finalidade existencial¹⁸.

Pontes de Miranda, com sua escrita candente, assim disserta sobre as múltiplas relações entre os planos:

*“existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas podem ser, valer e não ter eficácia. O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem ser; porque não validade, ou eficácia do que não é”*¹⁹.

Um exemplo do controle concentrado de constitucionalidade talvez esclareça melhor o comentado acima. Uma lei é declarada inconstitucional com efeitos *ex nunc*. Essa lei declarada inconstitucional existe (plano de existência), pois não se pode declarar inconstitucional algo que inexistente; é inválida (plano de validade), uma vez que não se compatibiliza com a Carta Magna; contudo, é dotada de alguma eficácia, considerando que produziu e continuará produzindo consequências jurídicas até a data da proclamação da inconstitucionalidade.

A eficácia dos direitos fundamentais são divididas em vertical e horizontal. O critério utilizado é da personalidade jurídica dos sujeitos envolvidos. Quanto um dos sujeitos da relação jurídica for uma pessoa jurídica de direito público a eficácia é dita como vertical em razão da supremacia jurídica das referidas pessoas jurídicas ante o particular. Já quando a relação jurídica envolve apenas sujeitos ou entes privados é nominada como particular, considerando a paridade jurídica que caracteriza essa modalidade de relação jurídica.

3 – Relação Jurídica:

¹⁷ Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, p. 21. 7ed. Martins Fontes: 2006. Mencione-se, contudo, que Kelsen não agasalha a posição de Pontes de Miranda, conforme se extrai da leitura dessa mesma obra comentada, p. 11.

¹⁸ A eficácia jurídica difere da eficácia social. Esta última é a efetividade da norma jurídica, ou seja, a constatação da aplicabilidade dela no mundo fático.

¹⁹ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, p. 15. Tomo III, 4ed. RT: 1974.

Relação jurídica é o vínculo jurídico que se estabelece entre um sujeito ativo, que é o titular ou beneficiário principal da relação, e um sujeito passivo, assim considerado por ser o devedor da prestação, em face de um objeto lícito²⁰.

4 – Pessoas ou entes privados:

O Direito divide as pessoas em físicas e jurídicas. As pessoas físicas, obviamente, apenas detém personalidade de direito privado. Já as pessoas jurídicas são de direito público ou privado. As pessoas jurídicas de direito público são a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias²¹ e as associações públicas²². Algumas Instituições e órgãos dos Poderes²³, inequivocamente, ingressam nessa categoria ainda que se discuta pontualmente sua real natureza jurídica. É o caso do Ministério Público, do Conselho Nacional do Ministério Público, da Defensoria Pública; das Procuradorias da União, dos Estados, dos Municípios, da Advocacia Geral da União; da Mesa do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais; dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios e de todos os órgãos do Poder Judiciário²⁴. As pessoas jurídicas de direito privado são as associações, as sociedades, as fundações privadas, as organizações religiosas, os partidos políticos²⁵ e as empresas públicas. Contudo, ainda que não sejam pessoas jurídicas de direito privado, alguns entes são dotados pela lei de capacidade processual. Enquadram-se, para os fins do trabalho, como aptos a participarem da temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como algozes ou vítimas. Alude-se com o condomínio e as sociedades sem personalidade jurídica.

Capítulo 2 – Direitos fundamentais: Evolução histórica.

²⁰ Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, p. 219. 27ed. Saraiva: 2011.

²¹ Inclui-se as fundações públicas. Adota-se o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem “Em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm”. Curso de Direito Administrativo, p. 185. 25ed. Malheiros: 2008.

²² Art. 41, do Código Civil.

²³ Adota-se, no Brasil, a teoria do órgão que substitui as contraditórias e inconsistentes teorias do mandato e da representação. Para Hely Lopes Meirelles: “Órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada a pessoa jurídica a que pertencem”. Curso de Direito Administrativo Brasileiro, p. 68. 34ed. Malheiros: 2008.

²⁴ Art. 92, da Constituição Federal.

²⁵ Art. 44, do Código Civil.

A questão atinente a extensão dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas apresenta profundas conexões com a forma que se encara a sociedade, os direitos fundamentais e o melhor esquema de Estado²⁶. A marcha da história comprova tal assertiva. O incogitável e profano de outrora é o fundamental e sagrado de hoje. O poder já foi reputado como sagrado e absoluto, os direitos dos indivíduos, atualmente considerados como fundamentais, eram tidos como manifestações da benevolência e justiça perfeita de Sua Majestade e, por consectário, instáveis.

Convém reafirmar como faz Jorge Miranda que somente há direitos fundamentais quando o Estado e a pessoa, assim como a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor extensão, se contrapõem. Por tal razão, não se podem apreender-se senão como realidades que reciprocamente se condicionam, interferem uma com a outra²⁷.

Na história antiga e medieval, inexistiam direitos fundamentais com o figurino atual de abstração, universalidade e oponíveis contra o Estado, motivo pela qual não seria exagerado dizer que sequer existiram direitos fundamentais nesses períodos²⁸. Os direitos eram direitos do estamento, ou seja, direitos decorrentes exclusivamente do pertencimento ao grupo detentor do direito ventilado²⁹. Particularmente na época medieval alta, a própria debilidade estrutural dos Estados impedia o fortalecimento dos direitos além dos muros dos estamentos. Isto porque os senhores feudais exerciam autênticas funções públicas sobre todos os habitantes dos seus feudos (servos da gleba e vassalos), uma vez que estabeleciam normas cogentes; criavam e arrecadavam tributos, julgavam e executavam decisões cíveis e penais contra seus servos. Da titularidade da propriedade derivava o poder político e o prestígio social³⁰.

Contudo, nem tudo foi nefasto na construção dos direitos humanos até a formação do Estado Moderno. A história antiga nos legou um importante fermento no nascimento dos direitos fundamentais nos Estados ocidentais: o cristianismo.

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem distinção de qualquer nível, são considerados pessoas dotados de imensurável valor e dignidade.

²⁶ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 3. 2ed. Lumen Juris: 2010.

²⁷ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, p. 16. 4ed. Coimbra: 2008.

²⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 18 e 19. 4ed. Almedina: 2009. O autor lusitano menciona a ideia de dignidade humana inata a todas as pessoas era de difícil entendimento na antiguidade quando a *Pólis* ou República era fundada na escravatura e numa moral coletiva exigente e alargada.

²⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, p. 18 e 23. 4ed. Coimbra: 2008.

³⁰ Eugênio Facchini Neto, *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, p. 41. Obra: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ed. Livraria do Advogado: 2010.

Criados à imagem e semelhança de Deus, o criador, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através do messias Jesus que, por eles, verteu o Seu sangue e que lhes concedeu uma liberdade irrenunciável que nenhum poder político ou social é capaz de destruir³¹. Algumas passagens bíblicas realçam tal assertiva. “*Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*”(Evangelho de Mateus, XXII, 21); “*O Senhor é espírito e onde está o Espírito do Senhor há liberdade* (Segunda Epístola aos Coríntios, III, 17); “*Não há judeu, nem grego, não há escravo nem homem livre, não há homem ou mulher: todos vós sois um só em Cristo*”(Epístola aos Gálatas, III, 26); “*Velai e procedei como pessoas que devem ser julgadas segundo a lei de liberdade. Porque será julgado sem misericórdia aquele que não usar da misericórdia. A misericórdia triunfará do juiz*”(Epístola de S. Tiago, II, 12 e 13).

O Estado absolutista tampouco abordava a noção de direitos fundamentais, seja pela origem divina do poder estatal, seja ante o tratamento dos direitos dos indivíduos como resultante do estamento que pertenciam. O Estado absoluto, Estado das monarquias do início da idade moderna, era um Estado sem qualquer limitação jurídica, motivo pela qual a fonte prevalente do direito era a vontade do soberano, rei ou príncipe, que não se vinculava as normas ou precedentes anteriores criados ou reconhecidos como válidos por ele³².

Os direitos fundamentais, portanto, são um dado histórico da época contemporânea, da modernidade após o absolutismo monárquico. É no início desse período, abundante em revoluções econômicas, sociais, culturais e políticas, que começa a se formar a ideia de direitos oponíveis contra o Estado³³.

A ruptura com o modelo de Estado absolutista não foi, obviamente, linear e simultânea. Na Inglaterra, deveu-se a Revolução Gloriosa (1688) e o *Bill of Rights* (1689). Na França, atribui-se a Revolução Francesa (1789), a Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789) e a Constituição francesa (1791). A independência das colônias inglesas da América do Norte (1787), a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e o *Bill of Rights* norte-americanos (1791) também são marcos históricos de inegável valor. Essas revoluções garantiram a vitória do constitucionalismo revolucionário liberal setecentista e criaram os requisitos políticos e sociais necessários da estabilidade do Estado liberal de

³¹ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, p. 21. 4ed. Coimbra: 2008.

³² Wilson Steinmetz, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, p. 66. Malheiros: 2004.

³³ André Rufino do Vale, Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, p. 31. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2004. Também em Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, p. 26. 4ed. Coimbra: 2008.

Direito, também denominado Estado burguês de Direito (Carl Schmitt) ou Estado de Direito (*Rechtsstaat*, na linguagem da Escola de Direito Público alemã do século XIX)³⁴.

O constitucionalismo liberal é uma teoria normativa do governo limitado e dos direitos e garantias individuais³⁵. Entretanto, o desenvolvimento da teoria constitucional apresentou diferenças significativas. Os ingleses seguiram o tão comentado modelo histórico de Constituição³⁶, os franceses o individualista³⁷ e os norte-americanos o popular³⁸.

³⁴ Wilson Steinmetz, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, p. 67. Malheiros: 2004.

³⁵ J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 55. 7ed. Almedina: 2003.

³⁶ “As palavras-chave do modelo historicista encontram-se no constitucionalismo inglês. Quais as dimensões histórico-constitucionais decisivamente caracterizadoras deste modelo histórico? Quais as cristalizações jurídico-constitucionais deste modelo que passaram a fazer parte do patrimônio da “constituição ocidental”? As respostas à primeira interrogação podem sintetizar-se em três tópicos: (1) garantia de direitos adquiridos fundamentalmente traduzida na garantia “binômio subjectivo” *liberty and property*; (2) estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos enquanto membros de um estamento; (3) regulação destes direitos e desta estruturação através de contratos de domínio (*Herrschaftsverträge*) do tipo da *Magna Charta*. A evolução destes momentos constitucionais – eis a resposta à segunda interrogação – desde a *Magna Charta, de 1215*, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, conduzirá à sedimentação de algumas dimensões estruturantes da “constituição ocidental”. Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjectivamente como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário no sentido já indiciado pelo artigo 39º da *Magna Charta*. Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um processo justo regulado por lei (*due process of law*), onde estabelecessem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade. Em terceiro lugar, as leis do país (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes – e não pelo legislador! – que assim vão cimentando o chamado direito comum (*common law*) em todos os ingleses. Em quarto lugar, sobretudo a partir da *Glorious Revolution* (1688-89), ganha estatuto constitucional a ideia de representação e soberania parlamentar indispensável à estruturação de um governo moderado” J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 55-56. 7ed. Almedina: 2003.

³⁷ “Ora, a Revolução Francesa procurava edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma qualquer ordem jurídica estamental. Os direitos do homem eram individuais, todos nasciam livres e iguais em direitos e não “naturalmente desiguais” por integração, segundo a ordem natural das coisas”, num dado estamento. A defesa dos direitos, para além da defesa da *liberty and property* perante o poder político, era também um gesto de revolta contra os privilégios do “senhor juiz”, do “senhor meirinho”, do “senhor almoxarife”, do “senhor lorde”. A expressão póstuma – *ancien régime* – mostra claramente isto: a “ruptura” com o antigo regime e a criação de um novo regime significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou ajustamento prudencial da história. (...). Em suma: tornava-se indispensável uma constituição. Feita por quem? Surge aqui, precisamente uma das categorias mais modernas do constitucionalismo – a categoria do poder constituinte – no sentido de um poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autónoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a constituição”. J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 57-58. 7ed. Almedina: 2003.

³⁸ “Aqui vem entrocado o momento *We the People*, ou seja, o momento em que o povo toma decisões. Aos olhos dos colonos americanos ganhava contornos a ideia de democracia que um autor recente designou por democracia dualista (Bruce Ackerman). Existem decisões – raras – tomadas pelo povo; existem decisões frequentes – tomadas pelo governo (government). As primeiras – as decisões do povo – são típicas dos “momentos constitucionais”. (...). Por outras palavras: o modelo americano de constituição assenta na ideia da limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita. Esta limitação normativa postulava, pois, a edição de uma “bíblia política do estado” condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Nesse sentido, a constituição não é um contrato entre governados e governantes mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um “governo” vinculado à lei fundamental. Poder-se-à dizer, deste modo, que os *Framers* (os “pais da constituição americana”) procuraram revelar numa lei fundamental escrita determinados direitos e princípios fundamentais que, em virtude da sua

O festejado Luís Roberto Barroso entrosa a ideia de constitucionalismo com o conceito de Estado de Direito (*rule of law, Rechtsstaat*) que propugna uma limitação do poder e a supremacia do Direito, ainda que inexistente uma Constituição rígida conforme atesta a experiência britânica³⁹.

É lição corrente a influência dos filósofos iluministas (Locke, Rousseau, Montesquieu) nas revoluções liberais e na edificação do Estado liberal de Direito. É certo a incidência de diferenças relevantes entre os autores iluministas. Jean Jacques Rousseau, por exemplo, enfatizava a importância da soberania popular e da democracia direta baseada na vontade geral, teoria que confiava irrestritamente na sabedoria das maiorias. No contrato social de Rousseau, os indivíduos alienavam toda sua liberdade, não para um governante absoluto como em Hobbes, mas sim para um corpo social ao qual todos pertenciam. Valoriza-se, portanto, a plena liberdade da vontade das maiorias, ainda que se pudesse atropelar os direitos da minoria⁴⁰.

No campo antagônico, John Locke preocupando-se mormente com a tutela dos direitos individuais em face do Estado. No modelo de contrato social que formulou, os indivíduos não alienavam todos os seus direitos, como na doutrina de Hobbes e Rousseau. As pessoas gozavam de direitos naturais, inatos e inalienáveis, que o Poder público tinham a obrigação de respeitá-los sob pena inclusive até mesmo do direito de resistência⁴¹.

Já a contribuição do Barão de Montesquieu é quase de todos conhecida, dos técnicos aos leigos mais letrados. A dita “separação de poderes”, na essência, divisões de funções estatais, posto que o poder é, por natureza, indivisível, representa perene conquista política de contenção do poder estatal pelo próprio poder estatal.

O constitucionalismo norte-americano agasalhou boa parte dos pensamentos iluministas. De Montesquieu abraçou a doutrina da “separação de poderes”, de Locke a ideia

racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade neles transportada, ficam fora da disposição de uma “*possible tyranny of the majority*”. A consequência lógica do entendimento da constituição como *higher law* é ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer “lei” de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais. Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de “lei proeminente” (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades. Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelos juizes transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por John Locke em 1689: *inter legislatorem et populum nullus in terris est iudex* (entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz). O povo americano deu a resposta à pergunta de Locke: *quis erit inter eos iudex?* Os juizes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os “juizes” entre o povo e o legislador” J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 59-60. 7ed. Almedina: 2003.

³⁹ Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, p. 27. 3ed. Saraiva: 2011.

⁴⁰ Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e Relações Privadas, p. 7. 2ed. Lumen Juris: 2010.

⁴¹ Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e Relações Privadas, p. 7-8. 2ed. Lumen Juris: 2010.

de direitos fundamentais inatos, inalienáveis e irrenunciáveis, de Rousseau a importância das deliberações eleitorais do povo. O forte tom jusnaturalista e liberal ressoaram na própria declaração de independência americana contra o jugo da coroa britânica em 1776 redigida por Thomas Jefferson:

“Nós consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes: que todos os homens são criados iguais, que eles são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. E é para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados”.

Os direitos fundamentais, portanto, triunfaram politicamente nos fins do século XVIII com as revoluções burguesas. Surgem, por isso, predominantemente, como liberdades, esferas de autonomia das pessoas contra o arbítrio do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de exercer sua influência na vida social e econômica dos indivíduos⁴². O Estado liberal pressupõe a pessoa como centro de partida e razão da criação e manutenção do Estado. Liberdade, segurança e propriedade, o lema do Estado liberal de Direito⁴³. O individualismo é forte no Estado liberal de Direito. Célebres são as frases enfáticas de A. de Tocqueville: “ *Individualismo é uma nova expressão, para qual nasceu uma ideia nova. Nossos pais conheciam apenas o egoísmo. O egoísmo é um apaixonado e exagerado amor de si próprio. (...). O individualismo um sentimento calmo e maduro, que leva cada membro da comunidade a distinguir-se da massa de seus pares e se manter à parte com sua família e seus amigos*”⁴⁴.

O princípio democrático pleno com o sufrágio universal surgiu posteriormente. Os direitos políticos inicialmente foram deferidos apenas a burguesia pela via hedionda do voto censitário. A despeito do reconhecimento da igualdade formal entre as pessoas, não faltaram justificativas para a exclusão dos direitos políticos dos necessitados, como a mencionada por

⁴² José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 51. 4ed. Almedina: 2009.

⁴³ José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 53. 4ed. Almedina: 2009. Sobre a segurança bastante oportunas suas palavras: “Por sua vez, a segurança constitui o pressuposto da liberdade. O Estado não pode intrometer-se na vida de cada um, deve deixar que os indivíduos encontrem, por si, em concorrência, a sua felicidade, mas o Estado tem de existir e há de ser até um Estado forte para o desempenho das suas missões básicas, sintetizadas na garantia da defesa e da segurança da nação e dos cidadãos”.

⁴⁴ Eugênio Facchini Neto, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 42. Em Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado. 3ed. Livraria do Advogado: 2010.

Benjamin Constant, para o qual o lazer era indispensável para o exercício do poder, uma vez que se trataria de requisito necessário à aquisição da sabedoria⁴⁵.

Em razão disso, amplamente compreensível a dicotomia rígida do público-privado. Para Daniel Sarmento:

“ Na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade”⁴⁶.

Tal entendimento acarretou uma consequência importantíssima na compreensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Na ótica do Estado liberal de Direito existe um duplo fundamento normativo de validade das relações jurídicas conforme a personalidade jurídica dos envolvidos. O fundamento de validade exclusivo de validade das relações jurídicas Estado-particular é a Lei Fundamental, o fundamento de validade das relações jurídicas entre entes privados é, por natureza, o Código Civil, a constituição das relações da sociedade civil.

Por fim, no tocante ao Estado liberal de Direito, pode-se sustentar que o Brasil jamais vivenciou o liberalismo na essência, considerando que nossa economia desde os primórdios sempre presenciou um Estado cartorial e patrimonialista. A perpétua confusão

⁴⁵ Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e Relações Privadas*, p. 8. 2ed. Lumen Juris: 2010. Nesse sentido: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 53-56. 4ed. Almedina: 2009.

⁴⁶ Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e Relações Privadas*, p. 13. 2ed. Lumen Juris: 2010. O renomado autor discorda da interpretação dos filósofos iluministas que a incidência dos direitos fundamentais estariam restritos as relações jurídicas Estado e particulares. *In verbis*: “Sem embargo, a própria origem contratualista das teorias sobre os direitos fundamentais induz à ideia de que, na concepção dos filósofos inspiradores do constitucionalismo, tais direitos também valiam no âmbito das relações privadas. De fato, se os direitos eram naturais e precediam a criação do Estado, é evidente que eles podiam ser invocados nas relações privadas, até porque, num hipotético Estado de Natureza, inexistiria poder público. Sob esta ótica, a criação do Estado através de contrato social não desvirtuava tal distinção, pois o que justificava o poder estatal era exatamente a necessidade de proteção dos direitos do homem, em face dos seus semelhantes. Portanto, nas doutrinas jusnaturalistas, os direitos naturais valiam *erga omnes*, sendo concebidos como direitos de defesa do homem também em face de outros indivíduos e não apenas do Estado”, p. 12.

entre o público e o privado, lamentavelmente, tão característico da cultura política nacional deita suas raízes na formação do Estado brasileiro⁴⁷.

Inúmeros fatores contribuíram na derrocada do Estado burguês. Acontecimentos econômicos como a industrialização e a grave crise econômica da década de 20-30, construções filosóficas como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja⁴⁸.

Para José Carlos Vieira de Andrade:

“A industrialização e o progresso técnico desenraizaram os homens das suas terras, amontoaram-nos nas cidades, impuseram-lhe um ritmo acelerado de vida e desenharam-lhe os horizontes de um bem-estar material. Privados do seu espaço e do seu tempo, arregimentados em estruturas intermédias, desde a fábrica ao sindicato e ao partido, dirigidos e controlados pela publicidade (propaganda) e pelos meios de comunicação de massa que lhes ditam as ideias e os produtos prontos a consumir – os homens dissolvem-se na sociedade e nela encontram o seu destino. O indivíduo torna-se um ser dependente, uma espécie-tipo do gênero humano”⁴⁹.

O modelo liberal baseado na filosofia abstencionista do Estado de Direito entra em colapso quando se generaliza na consciência de amplos e diversos setores populares seu *status* marginalizado dentro da sociedade burguesa⁵⁰.

Inspirada pelo marxismo eclode a Revolução Russa de 1917, e, cerca de 40 anos depois, um terço da humanidade vivia em Estados com regime derivados da URSS de apropriação dos bens de produção. O fundado receio que a revolução vermelha contagiasse mais Estados, mormente aqueles da Europa ocidental e da América Latina contribuiu na diminuição das resistências ao *Welfare State*.

Portanto, Estado socialista ou, pretensamente, comunista, e Estado de bem estar social são entes antagônicos. O *Welfare State* não cassa direitos individuais, entre eles a propriedade dos meios de produção, e políticos, ao reverso do ocorrido no Estado soviético e chinês. Pelo contrário, o rol de direitos fundamentais é enriquecido pelo acréscimo de outros direitos novos, quais sejam os direitos sociais, econômicos e culturais.

⁴⁷ Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 15. 2ed. Lumen Juris: 2010.

⁴⁸ Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 16. 2ed. Lumen Juris: 2010.

⁴⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 56-57. 4ed. Almedina: 2009.

⁵⁰ André Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 42. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2004.

A grande ruptura, além do acréscimo dos novos direitos, é atinente as obrigações estatais. A respeito o lúcido magistério de Jorge Miranda:

“Os direitos, liberdades e garantias são direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à proteção do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio das ameaças à liberdade física por autoridades administrativas). Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo, tempo, direitos de promoção. O escopo irredutível é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade”⁵¹.

Lamentavelmente, as atuais discussões político-jurídico acerca da momentânea situação dos direitos fundamentais e do Estado estão impregnadas de falsa isenção política e, assim, contaminando a seriedade dos estudos académicos. Satanizam-se a globalização, o “neoliberalismo” de Reagan, Thatcher, FHC e suas privatizações, desregulação do mercado financeiro, a falência do *Welfare State* e terceiro setor. Confunde-se panfletagem política com a serenidade que requer o estudo científico.

Todavia, ante os eventos históricos acima ventilados o rol dos direitos fundamentais aumentou consideravelmente de maneira indeterminada. Consideram-se, por exemplo, como direitos fundamentais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à paz, os direitos dos consumidores, o direito de comunicação, direito contra a manipulação bioética. Também exigem, no mais das vezes, atuações comissivas do Estado.

Reputamos, contudo, que o grande salto na matéria dos direitos fundamentais é o prestígio alcançado a ideia de valor normativo da dignidade humana após as atrocidades indescritíveis de Hitler, Stálin e Mao. A norma garantidora da dignidade humana é compreendida, no mais das vezes, como uma cláusula geral de defesa da pessoa humana contra a opressão em geral, contra sua coisificação do ser humano e seu livre desenvolvimento sadio.

⁵¹ Jorge Miranda, Curso de Direito Constitucional, p. 41. 4ed. Coimbra: 2008. Nessa esteira é a doutrina de José Carlos Vieira de Andrade: “Desde logo, surge, também aqui, uma nova categoria de direitos, designados por direitos a prestações (*Leistungsrechte*), ou, relativamente a serviços existentes, por direitos de quota-parte (*Teilhaberechte*). Distinguem-se das liberdades e dos direitos de participação democrática, desde logo porque representam exigências de comportamentos estaduais positivos – embora a contraposição indivíduo-Estado não desaparece, esbate-se na medida em que os direitos não são, em si, direitos contra o Estado (contra a lógica estadual), mas sim direitos através do Estado”. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 58. 4ed. Almedina: 2009.

Capítulo 3 – Os fundamentos jurídicos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas ou entes privados.

I. Os poderes sociais.

A construção da defesa jurídica da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado larga, na maioria das vezes, da manifestação do poder como fenômeno além do Estado, um fato relevante no corpo social.

O conceito de poder, atualmente, é considerado uma definição relacional. Manifesta-se essa interpretação de forma concisa na definição de Robert Dahl: “*a influência (conceito mais amplo, no qual se insere o poder) é uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam*”⁵².

A teoria liberal dos direitos fundamentais como limites ao poder, formulada pelo constitucionalismo embrionário, estava alicerçada na identificação do poder apenas como manifestação do Estado e corolário natural do litígio entre a liberdade individual e o Estado. Daí decorreram a ideia do Estado dotado do monopólio de poder e o inimigo exclusivo dos direitos fundamentais⁵³. A noção da violência estatal e da sociedade generosa foi exposta com clareza singular por Thomas Paine, um defensor radical do Estado liberal:

*“A sociedade é produzida por nossas carências e o governo por nossa perversidade; a primeira promove nossa felicidade positivamente mantendo juntos os nossos afetos, o segundo negativamente mantendo sob o freio os nossos vícios. Uma encoraja as relações, o outro cria as distinções. A primeira protege, o segundo pune. A sociedade é sob qualquer condição uma benção; o governo, inclusive na sua melhor forma, nada mais é do que um mal necessário, e na sua pior forma é insuportável”*⁵⁴.

O reconhecimento do poder privado constitui uma das principais motivações na edificação do *Welfare State*. A ruptura dogmática com a tese da inviolabilidade da

⁵² Wilson Steinmetz, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, p. 86. Malheiros: 2004. Para Wilson Steinmetz: “Adotando como premissa o que se acaba de expor, (re)define-se, aqui, poder como a relação entre no mínimo, dois atores ou sujeitos (individuais ou coletivos) na qual um dos atores tem (i) a capacidade de induzir, determinar ou obrigar o outro a fazer algo, em uma determinada esfera ou âmbito de vida, que de outra forma não faria ou (ii) a capacidade de impedir, em uma determinada esfera ou âmbito de vida, que o outro faça algo que desejaria fazer. Em enunciação mais concisa, o poder é a capacidade que um sujeito tem de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade de outrem em uma determinada esfera ou âmbito de vida”, p. 86-87.

⁵³ Wilson Steinmetz, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, p. 84. Malheiros: 2004.

⁵⁴ Wilson Steinmetz, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, p. 84. Malheiros: 2004.

coordenação ou paridade nas relações jurídicas entre particulares exigiu a necessidade de intervenções estatais significativas no Direito Privado (laboral, contratual e coisas). Percebeu-se que a igualdade jurídica formal e a liberdade de contratação, embasadas na lei, não apenas eram débeis para eliminar ou atenuar as desigualdades naturais e econômicas como serviam ao impróprio escopo de fomentá-las⁵⁵.

Essa assimetria autoriza que a parte absurdamente fragilizada, seja por razões políticas, econômicas ou sociais, abdique do salutar equilíbrio da relação jurídica com a parte privilegiada. Assim, quando essa posição dominadora se institucionaliza, ou seja, adquire estabilidade, presencia-se um verdadeiro poder de supremacia privada que assume relevância social e jurídica, uma vez que se corporifica na outra parte da relação jurídica um *status* de desamparo social e debilidade jurídica⁵⁶. Condiciona-se, portanto, a conduta dos indivíduos, o que constitui inequívoca manifestação de poder. Tal cenário sombrio é ainda especialmente agravado pela impunidade desses poderes sociais, muito favorecida pela dificuldade de instalação de um sistema incisivo e eficaz de controle, o que não acontece nas relações Estado-particular⁵⁷.

Portanto, a teoria dos direitos fundamentais como limite do poder carece de atualização para incluir nela agentes ou poderes privados. No contexto das sociedades contemporâneas, é um erro grosseiro associar o poder necessariamente com o Estado. As pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas acirradas pelo manutenção do poder, seja no seio do Estado com o objetivo de ocupação de espaços estratégicos e vantagens, seja com o conluio do aparato estatal para nulificar, restringir ou fragilizar a ação de outros grupos privados, seja ainda contra o Estado, tais como ataques especulativos engendrados por megagrupos financeiros nacionais e internacionais⁵⁸.

⁵⁵ André Rufino do Vale, Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, p. 69. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2004.

⁵⁶ André Rufino do Vale, Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, p. 70. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2004.

⁵⁷ André Rufino do Vale, Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privada, p. 70. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2004.

⁵⁸ Wilson Steinmetz, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, p. 85. Malheiros: 2004. Para Wilson Steinmetz, esses poderes sociais tem enumeração bastante heterogênea e não exaustiva. São, por exemplo; megagrupos industriais ou comerciais produtores de bens e prestadores de serviços, com poder econômico superior a muitos Estados; megagrupos financeiros (bancos, fundos de pensão, companhias de seguro, corretoras e investidores internacionais diversos); megagrupos midiáticos (redes de televisão, sobretudo); associações e sindicatos; organizações criminosas; associações em geral; ONGs e Igrejas.

Destarte, o poder não é somente um fenômeno político, estatal. O poder é também acontecimento social, considerando que se manifesta nas relações verticais (Estado-particular) e horizontais (particular-particular).

II. A força normativa da Constituição.

Uma das substanciais alterações de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição de *status* normativo a Constituição. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa⁵⁹ até meados do século XIX, no qual a Carta Magna era vista meramente como um documento político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização da Lei Fundamental ficava condicionada na discricionariedade do legislador (liberdade de conformação). Ao Poder Judiciário não se reconhecia qualquer papel importante na realização do ideário constitucional⁶⁰.

Sustentava-se, inclusive, que as declarações de direitos incorporadas às leis constitucionais teriam conteúdo exclusivamente moral, despidos de obrigatoriedade jurídica própria. Assim, os direitos fundamentais só valiam em conformidade com o desenho legal que os reconhecessem. Jellinek sustentou, na sua famosa teoria dos direitos públicos subjetivos, a inaplicabilidade direta da Carta Política pelos jurisdicionados⁶¹.

Após a Segunda Guerra Mundial esse quadro foi alterado gradativamente. Inicialmente na Alemanha e, com maior atraso, na Itália. Nos anos seguintes, na Espanha, após a ditadura de Franco, e em Portugal, com a derrocada do regime de Salazar⁶². Atualmente, a premissa de estudo da Constituição é o reconhecimento da sua força normativa, da natureza obrigatória e vinculante do texto constitucional⁶³.

Contribuiu decisivamente na atribuição de força normativa a Lei Fundamental o magistério eloquente de Konrad Hesse. Insta mencionar as ideias fundamentais do ilustre jurista tedesco contidas no seu célebre artigo exposto na aula inaugural da Universidade de Freiburg em 1959.

⁵⁹ Nos EUA, contudo, logo no início da história constitucional já foi realçado a normatividade da Constituição no *case* Marbury vs. Madison julgado pela Suprema Corte em 1803.

⁶⁰ Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional contemporâneo, p. 284. 3ed. Saraiva: 2011. Na mesma esteira: Daniel Sarmiento, Direitos fundamentais e Relações privadas, p. 50. 2ed. Lumen Juris: 2010.

⁶¹ Daniel Sarmiento, Direitos fundamentais e Relações privadas, p. 51. 2ed. Lumen Juris: 2010.

⁶² Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional contemporâneo, p. 284. 3ed. Saraiva: 2011.

⁶³ Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional contemporâneo, p. 284. 3ed. Saraiva: 2011.

A concepção de Konrad Hesse difere profundamente das posições abraçadas por Ferdinand Lassale (Constituição real, sociológica) e Hans Kelsen (Constituição jurídica).

Em 1862, Ferdinand Lassale proferiu uma conferência em Berlim sobre o título “A essência da Constituição” (*Über das Verfassungswegen*). Em síntese, segundo Ferdinand Lassale as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. A Constituição de um País expressaria as relações de poder nele prevaletentes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas; o poder social, representado pelos proprietários de terras; o poder econômico, representado pela grande indústria e capital financeiro; e o poder intelectual, representado pela cultura e consciência do povo. As relações fáticas resultantes dessas somas constituiriam a força determinante da arquitetura das leis e instituições constitucionais. São os fatores reais do poder que, por sua vez, formariam a Constituição real do Estado. O documento denominado Constituição – a Constituição jurídica – não passaria de um singelo pedaço de papel (*ein Stück Papier*). Sua aptidão de regular a vida real está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Do contrário, no duelo entre a Constituição real e a Constituição jurídica esta última sucumbirá⁶⁴.

Para Konrad Hesse, a eventual condição de eficácia da Constituição jurídica, ou seja, a identidade entre a realidade e a norma fundamental constitui apenas um extremo limite hipotético. Entre a norma constitucional estática e racional e a realidade mutável e irracional existem outras possibilidades intermediárias. A ideia do efeito determinante da Constituição real implica, necessariamente, na própria negação da Constituição jurídica e, em última análise, na falência do Direito Constitucional e da ciência jurídica. Konrad Hesse é enfático nesse sentido:

“Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa. Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciências da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua

⁶⁴ Konrad Hesse, *A Força normativa da Constituição*, p. 9. Sérgio Antonio Fabris Editor: 1991.

descharacterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política”⁶⁵.

Para Konrad Hesse, a radical separação elaborada na doutrina jurídica entre realidade e norma, ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) necessita de superação parcial e não defere qualquer avanço jurídico-constitucional. A eventual primazia numa ou noutra direção conduz aos extremos de uma norma destituída de qualquer elemento da realidade ou uma realidade anêmica de normatividade. Faz-se imprescindível caminhar ao equilíbrio entre os mundos normativos e fáticos. A justificativa para tal é que a Lei Fundamental pretende ser concretizada na realidade, no mundo físico, a sua pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) inadmite uma ruptura drástica com as condições históricas, econômicas e sociais postas. A implementação normativa requer uma relação de interdependência recíproca com a realidade verificável. Constituição real e jurídica mantém, portanto, uma relação de coordenação⁶⁶. A Constituição jurídica possui capacidade transformadora na realidade desde que não esteja totalmente alienada do contexto econômico, político e social, pois do reverso a força normativa da Lei Fundamental perece e a necessidade de reforma do texto constitucional é imperiosa.

Por fim, Konrad Hesse sustenta que a eficácia da força normativa da Constituição depende do cumprimento da vontade da Constituição e não da ambição de poder pelos agentes responsáveis na concretização da Carta Magna.

“Mas, a força a normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que Constituição converter-se-à em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela

⁶⁵ Konrad Hesse, A Força normativa da Constituição, p. 11. Sérgio Antonio Fabris Editor: 1991.

⁶⁶ Konrad Hesse, A Força normativa da Constituição, p. 13 – 15. Sérgio Antonio Fabris Editor: 1991.

ordem constitucional - , não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) ”⁶⁷ .

O maior legado, entretanto, do pensamento de Konrad Hesse é o especial realce e afirmação na normatividade da Constituição ainda que influenciada na redação e interpretação pelas condicionantes históricas, econômicas, políticas e sociais. É imprescindível reafirmar: A Constituição é norma jurídica. E não é uma norma jurídica ordinária, é a Lei Fundamental do ordenamento jurídico, razão pela qual é dotada de primazia hierárquica contra todas as demais.

III. A norma superior do ordenamento jurídico: a Constituição.

A Constituição formal é a norma do ordenamento jurídico dotada de hierarquia máxima e de caráter fundacional⁶⁸. Em razão disso, a posição hierárquico-normativa privilegiada decorrem a autoprímazia normativa⁶⁹, a fonte primária da produção jurídica⁷⁰ e a fonte heterodeterminante⁷¹.

IV. A Dignidade humana.

⁶⁷ Konrad Hesse, A Força normativa da Constituição, p. 19. Sérgio Antonio Fabris: 1991. A importância do pensamento de Konrad Hesse, obviamente, não se esgota aí. Contudo, os limites do trabalho não permitem uma exploração mais detida.

⁶⁸ J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1147. 7ed. Almedina: 2003.

⁶⁹ “A autoprímazia normativa significa que as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior”. J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1147. 7ed. Almedina: 2003.

⁷⁰ “O carácter das normas constitucionais como normas de normas ou fonte primária da produção jurídica implica a existência de um procedimento de criação de normas jurídicas no qual as normas superiores constituem as determinações positivas e negativas das normas inferiores. No quadro deste processo de criação, concebido verticalmente como um “processo gradual”, as normas superiores constituem fundamento de validade das normas inferiores e determinam, até certo ponto, o conteúdo material destas últimas. Daí a existência de uma hierarquia das fontes do direito, isto é, uma relação hierárquica, verticalmente ordenada, à semelhança de uma pirâmide jurídica”. J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 1148. 7ed. Almedina: 2003.

⁷¹ “Uma das consequências mais relevantes das normas constitucionais concebidas como heterodeterminações positivas e negativas das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado. Como determinações negativas, as normas constitucionais desempenham uma função de limite relativamente às normas de hierarquia inferior; como determinantes positivas, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material. De acordo com esta perspectiva, não se pode falar, por exemplo, do direito civil como direito autónomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes no direito privado”. J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1149. 7ed. Almedina: 2003.

É frequentemente mencionado na distinção dos seres humanos uma dignidade inerente aos indivíduos. A raiz etimológica da palavra dignidade provém do latim *dignus* (é aquele merece honra e estima, uma importância, a consideração). Cita-se a famosa explicação de Cícero em *De officiis*, que assinala que o vocábulo *persona* servia originalmente na designação das máscaras usadas pelos atores durante as representações teatrais. Representavam um papel e não uma pessoa, motivo pelo qual este significado que perpassou do teatro ao direito romano, “uma parte”, abstratamente considerada com a atribuição de direitos e deveres⁷².

A noção contemporânea de dignidade humana é o resultado de múltiplas influencias religiosas, filosóficas e jurídicas.

Da matriz teológica é lição corrente que a ideia inaugural de dignidade humana universal emergiu com o cristianismo. O cristianismo surgiu como uma religião de pessoas, que não se definem por sua vinculação a um Estado ou origem étnica, mas por sua relação direta com o único Deus sem pátria determinada⁷³. Bóecio, em manifestação do século VI, ofereceu a definição de pessoa compartilhada posteriormente por São Tomás: “*substância individual de natureza racional*”⁷⁴. São Tomás compreende a dignidade humana sob dois prismas diversos. A dignidade é natural ao homem e existe apenas nele enquanto indivíduo que deve tomar consciência disso e agir de maneira compatível com sua dignidade⁷⁵.

Debruçaram-se sobre o tema e exerceram contribuição os filósofos John Locke e Immanuel Kant. Para John Locke, o ser humano é dotado de reflexão e tem plena ciência disso. Já Immanuel Kant, o filósofo mais citado no estudo da dignidade humana, resumidamente, sustenta que o ser humano é fim em si mesmo, é pessoa, não objeto. De acordo com Immanuel Kant, no mundo as categorias valorativas são divididas necessariamente entre preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). O preço representa um valor mercantil exterior e condiz com interesses particulares, a dignidade já espelha um valor moral interior e de interesse geral. As coisas tem, portanto, preço; as pessoas, dignidade. O valor moral não é mensurável, motivo pela qual não admite substituição. Daí implica a necessidade de vedação

⁷² Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 115. Em *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. 3ed. Livraria do Advogado: 2010.

⁷³ Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 116. Em *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. 3ed. Livraria do Advogado: 2010.

⁷⁴ Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 115. Em *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. 3ed. Livraria do Advogado: 2010.

⁷⁵ Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 115. Em *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. 3ed. Livraria do Advogado: 2010.

da transformação do homem em mecanismo de perseguição de algo, em objeto dirigido numa finalidade qualquer⁷⁶.

A normatização do princípio da dignidade humana é recente na história. Apenas no século XX e, ressalvadas algumas exceções⁷⁷, após o término da Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana recebeu amparo nas Constituições⁷⁸, de modo mais acelerado após a consagração da Declaração Universal da ONU de 1948.

Controvertida é mesmo o conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana. Transcreve-se com frequência nesse tema o lúcido magistério de Konrad Hesse:

“Em comparação com isso, o artigo de entrada da Lei Fundamental normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira da sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal, de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual latente à “dignidade do homem”, está no respeito e na proteção da humanidade. A imagem do homem, do qual a Lei Fundamental parte no artigo 1º, não deve, nisso, nem individual nem coletivamente, ser mal entendida, ou dada outra interpretação. Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é nem partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade da “massa” moderna. Ele é entendido, antes como pessoa: de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família (artigo 6º da Lei Fundamental), igrejas (artigo 140 da Lei Fundamental), grupos sociais e políticos (artigo 9º e 21 da Lei Fundamental), das sociedades políticas (artigo 28, alínea 2 da Lei Fundamental), não em último lugar, também do Estado, com isso, situado nas relações inter-humanas mais diversas, por essas relações em sua individualidade concreta essencialmente moldado, mas também chamado a co-configurar responsabilmente não só como barreira ou obrigação de proteção do poder estatal, o conteúdo do artigo 1º da Lei Fundamental e os direitos do homem, dos quais o povo alemão por causa deste conteúdo,

⁷⁶ Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 111. Em *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. 3ed. Livraria do Advogado: 2010.

⁷⁷ Mencione-se a Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), art. 151, inciso I; a Constituição Portuguesa de 1933 (art. 6, n. 3) e o preâmbulo da Constituição da Irlanda de 1937. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 97. 10ed. Livraria do Advogado: 2011.

⁷⁸ Alemanha (art. 1º, inciso I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inciso I), Irlanda (preâmbulo) e Portugal (art. 1º), Brasil (art. 1º, inciso III), Paraguai (preâmbulo), Cuba (art. 8º) e Venezuela (preâmbulo). Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 97. 10ed. Livraria do Advogado: 2011.

“como base de cada comunidade humana”, declara-se partidário (artigo 1º, alínea 2, da Lei Fundamental), convertem-se em pressuposto da livre autodeterminação, sobre a qual a ordem constituída, pela Lei Fundamental, da vida estatal deve assentar-se”⁷⁹.

O cerne da lição de Konrad Hesse é compartilhada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. O Tribunal Constitucional Federal resume sua posição na fórmula acerca da natureza do homem. Segundo tal formulação, a norma da dignidade humana está fundamentada na compreensão do ser humano como um ser moral e intelectual, apto ao desenvolvimento de sua personalidade⁸⁰.

No geral, portanto, conjugam-se a matriz filosófica de Kant, o homem como um fim em si mesmo, a vedação da fórmula do homem objeto, e o acréscimo da pessoa inserida na comunidade⁸¹.

Grande parcela da doutrina enfatiza que o princípio da dignidade humana confere sentido e unidade aos direitos fundamentais, assim como constitui um verdadeiro superprincípio constitucional de valor absoluto⁸². Pode-se objetar tal entendimento. Primeiro, a conclusão da dignidade humana como fundamento de todos os direitos fundamentais desconsidera que pessoas jurídicas também possuem direitos fundamentais. Segundo, o princípio da dignidade humana não é absoluto, uma vez que admite ponderações com eventuais princípios colidentes, excepcionalmente.

Para Robert Alexy, em comentário tendo como parâmetro o Direito Constitucional germânico e uma decisão do Tribunal Constitucional, afirmou que:

⁷⁹ Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 109-111. Sérgio Antonio Fabris Editor: 1998.

⁸⁰ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 354. Malheiros: 2008.

⁸¹ Robert Alexy é cético quanto a funcionalidade da fórmula da vedação da transformação do ser humano em objeto. “Esse princípio é tão indeterminado quanto o conceito de dignidade humana. Para além das fórmulas genéricas, como aquela que afirma que o ser humano não pode ser transformado em mero objeto, o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida. Sobre algumas dessas condições é possível haver consenso. Assim, a dignidade humana não é garantida se o indivíduo é humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito. Acerca de outras condições é possível haver controvérsias, como, por exemplo, no caso de se saber se o desemprego de longa duração de alguém que tenha vontade de trabalhar ou se a falta de um determinado bem material violam a dignidade humana. É fato que diferentes pessoas expressariam o conceito de dignidade humana por meio de diferentes feixes de condições. Por outro lado, é possível constatar que as feixes não são completamente diferenciáveis. Muito divergem em alguns pontos e convergem em outros, e com frequência as diferenças dizem respeito apenas ao peso dado a algumas das condições dentro de um mesmo feixe. Além disso, com relação às fórmulas genéricas, como aquela sobre a transformação de pessoas em objeto, é possível alcançar um amplo consenso”, p. 355-356, *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros: 2008.

⁸² Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira, *A Força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a Dignidade da pessoa humana*, p. 364 e 366. Em *Temas de Direitos humanos*, 3ed. Saraiva: 2009.

“Que o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, é algo que pode ser percebido com especial clareza na decisão sobre prisão perpétua, na qual se afirma que “ a dignidade humana (...) tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por essa razão, for vedada a graça”. Com essa formulação fica estabelecido que a proteção da comunidade estatal, sob as condições mencionadas, tem precedência em face do princípio da dignidade humana. Diante de outras condições a precedência poderá ser definida de outra forma”⁸³.

Ademais, o entendimento do caráter absoluto do princípio da dignidade humana rompe a noção de inexistência de hierárquica das normas constitucionais, considerando que na colisão entre princípios envolvendo a dignidade humana esta sempre triunfará.

V. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A dimensão dúplice dos direitos fundamentais constitui uma das mais relevantes formulações teóricas do Direito Constitucional contemporâneo, notadamente no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais⁸⁴.

Sustenta-se a existência da faceta subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

⁸³ Robert Alexy, Teoria dos direitos fundamentais, p. 113. Malheiros: 200. Nessa esteira: “Embora nenhum autor que defenda uma teoria relativa negue que, em determinadas circunstâncias, é possível que pouco ou nada reste de um direito fundamental, a dignidade humana impõe um desafio a esse modelo. Seria possível aceitar que a dignidade humana seja também objeto de sopesamento e tenha que ceder ante eventuais circunstâncias de um caso concreto? Como forma de evitar esse problema, Alexy propõe uma estrutura diferenciada para a garantia da dignidade. Segundo ele, a dignidade seria, ao mesmo tempo, uma regra e um princípio. Essa divisão corresponde, de forma quase total, à aceitação, para o caso da dignidade humana, da existência de um conteúdo essencial absoluto, que seria caracterizado pela “parte regra” da norma que garante esse direito. A “parte princípio” da norma que garante a dignidade, por sua vez, teria a mesma estrutura de todo e qualquer princípio, e seria, portanto, relativizável quando houvesse fundamentos suficientes para tanto. Embora a ideia subjacente à proposta de Alexy seja defensável, ou seja, para garantir uma barreira intransponível no direito que muitos consideram, com boas razões, como o direito que fundamenta todos os outros -, os problemas dessa proposta não são poucos. Ao contrário, todos os problemas vistos acima, quando se analisou a relação da dignidade com as teorias absolutas, valem aqui, também. Mais que isso: todos os problemas relacionados à definição do que deve fazer parte desse conteúdo absoluto, que, de uma certa forma, são semelhantes aos déficits de fundamentação da teoria interna, visto no capítulo anterior, vêm, aqui, de novo à tona. Para evitar todos esses problemas e, além disso, manter a coerência com os pressupostos deste trabalho, parece-me possível sustentar que também a dignidade segue os mesmos caminhos de todos os princípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que a própria constituição, em normas com estruturas de regras, defina condutas absolutamente vedadas nesse âmbito. A principal delas seria, sem dúvida alguma, a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5º, III), que impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade humana. Com isso, torna-se possível uma proteção efetiva e, em vários casos, absoluta da dignidade sem que seja necessário recorrer a exceções *ad hoc* ao modelo desenvolvido”. Virgílio Afonso da Silva, Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia, p. 201-202. 2ed. Malheiros: 2010.

⁸⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, A Eficácia dos Direitos fundamentais, p. 141. Livraria do Advogado: 2011. Virgílio Afonso da Silva, A Constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 77. Malheiros: 2008.

A dimensão subjetiva é a tradicional deferência dos direitos subjetivos tuteláveis judicialmente quando violados. Noutras palavras, trata-se aí, na dimensão subjetiva, da dimensão pessoal (individual) e imediatamente determinada dos direitos fundamentais. Adverte-se que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não acarreta debilidade ou renúncia dos direitos fundamentais enquanto dimensão subjetiva. Na essência, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais agrega musculatura ou significado jurídico a dimensão subjetiva, considerando o acréscimo de tutela jurídica desses direitos através de construções e esquemas jurídicos que transcendem a natural estrutura relacional dos direitos subjetivos⁸⁵.

A definição da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não é fácil⁸⁶. A doutrina que aborda o tema reproduz em linhas gerais a mesma orientação. Utiliza-se frequentemente de expressões como “princípios objetivos”, “ordem objetiva de valores” e “elementos da ordem jurídica total da coletividade”⁸⁷. Essa linguagem plurissignificativa quer realçar sobretudo que os direitos fundamentais são os valores fundamentais da coletividade recepcionados juridicamente na Constituição.

Na Alemanha, berço da formulação acadêmica do tema, a Lei Fundamental no art. 1º, alínea 2º, adjetiva os direitos e garantias fundamentais como “base de cada comunidade humana”. A dimensão objetiva decorre do entendimento dos direitos fundamentais condensam, portanto, os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E,

⁸⁵ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 107 e 108. 2ed. Lumen Juris: 2010. Virgílio Afonso da Silva fornece um bom exemplo da comentado acima. “Para ficar em um exemplo emblemático, é possível, a partir da liberdade de informação, que sempre foi entendida como uma liberdade pública, um direito a não ser obstado pela atividade estatal no exercício da plena busca da informação – o que, como reflexo implica a exigência de outra abstenção estatal: a vedação de censura – desenvolver outra dimensão desse direito: o direito a uma ação estatal, a pluralidade de fontes de informação e de coibir o monopólio nos meios de comunicação. Essa nova dimensão, ausente na ideia original de liberdade pública, é fundamentada na concepção de direitos fundamentais como sistema de valores válidos para toda a atividade estatal e para todo o ordenamento jurídico. Porque o direito à informação, além de ser um direito individual, é um valor garantido constitucionalmente, ao Estado não cabe apenas se abster de impedir o seu plano exercício por parte dos indivíduos, mas também agir para que tal valor seja realizado na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas existentes”. *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 78. Malheiros: 2008.

⁸⁶ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 108. 4ed. Almedina: 2009. “Porém, estes conceitos surgem como lugares comuns, utilizados em sentidos diversos e a variados propósitos, sem que o seu significado concreto esteja bem definido, tendo-se tornado um *joker* no jogo da ciência jurídico-constitucional, válido para quase todas as situações de emergência”.

⁸⁷ Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 239 e 240. Sérgio Antonio Fabris Editor: 1998.

como valorações morais coletivas agasalhadas pelo Direito posto, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade⁸⁸.

Os direitos fundamentais contêm elementos essenciais do sistema democrático, (igualdade, liberdade de opinião, liberdade de reunião, igualdade de oportunidade), mas também do próprio Estado de Direito (vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais). Os institutos e as regras fundamentais do direito privado tem assento constitucional (casamento, família, propriedade e sucessão)⁸⁹.

Deve-se ao magistério do Tribunal Constitucional Alemão a consagração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Cita-se normalmente o caso Lüth julgado pelo referido Tribunal em 1958⁹⁰. Nessa histórica decisão consta:

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

⁸⁸ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 106. 2ed. Lumen Juris: 2010. Daniel Sarmiento vai além: “Nesse sentido, é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção dos direitos fundamentais constitui um problema apenas do Estado e não de toda a sociedade. A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária dos direitos fundamentais, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação em ONG’s e outras entidades, do exercício responsável do voto” (p. 106-107). Para José Carlos Vieira de Andrade: Já tem sentido fazer a distinção para mostrar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 109. 4ed. Almedina: 2009.

⁸⁹ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 119. 3ed. Saraiva: 2009.

⁹⁰ “Em 1950, o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, defendeu um boicote contra o filme “*Unsterbliche Geliebte*”, de Veit Harlan, diretor do filme “*Jud Süß*”, produzido pelo o 3º Reich. Harlan logrou decisão do Tribunal estadual de Hamburgo no sentido de determinar que Lüth se abstivesse de conclamar o boicote contra o referido filme com base no art. 826 do Código Civil (BGB). Contra essa decisão foi interposto recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o *Bundesverfassungsgericht*. A Corte Constitucional deu pela procedência do recurso, enfatizando que decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5, I, da Lei Fundamental. Os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais (juízos de ponderação). Na espécie, entendeu a Corte que, ao apreciar a conduta do recorrente, o Tribunal estadual teria desconsiderado (*verkannt*) o especial significado que se atribui ao direito de livre manifestação de opinião também nos casos em que ele se confrontou com interesses privados”. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 126. 3ed. Saraiva: 2009. Em suma, o Tribunal Constitucional Federal acolheu o recurso de Lüth fundamentado no entendimento de que cláusulas gerais do direitos privado obrigam uma interpretação que considere os direitos fundamentais porventura envolvidos.

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

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientado a sua interpretação”⁹¹.

O prestígio da doutrina da dimensão objetiva dos direitos fundamentais produziu dois frutos importantes: a constitucionalização do Direito⁹², cujo exemplo mais eloquente e nobre é a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais⁹³.

VI. Dever estatal de proteção dos direitos fundamentais⁹⁴.

O dever de proteção do direitos fundamentais pelo Estado exige a compreensão dos direitos fundamentais, além de normas subjetivas, mas também como normas objetivas que obrigam o Estado na tutela eficaz e possível dos direitos fundamentais independentemente do sujeito violador (Estado ou particulares) dos direitos fundamentais⁹⁵.

⁹¹ Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 112 e 113. 2ed. Lumen Juris: 2010.

⁹² “Com constitucionalização do direito quer-se aqui fazer menção, em linhas gerais, que serão desenvolvidas no decorrer do trabalho, à irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação, ao qual se dará maior ênfase, como indica o subtítulo desta investigação, revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais”. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 18. Malheiros: 2008.

⁹³ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 236. 2ed. Malheiros: 2010.

⁹⁴ As implicações do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais no Direito positivo brasileiro serão mencionadas no capítulo V.

⁹⁵ Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 278. Sérgio Antonio Fabris: 1998. Nessa esteira também é o magistério incisivo de Gilmar Ferreira Mendes. “A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não

A conclusão dos direitos fundamentais como uma essencial ordem de valores objetivos da comunidade política democrática acarreta uma dupla alteração do papel do Estado na temática dos direitos fundamentais. Primeiro, o Estado é necessariamente agente promocional e garantidor dos direitos fundamentais no desenvolvimento de suas funções constitucionais (legislativa, executiva e jurisdicional), ou seja, o Estado supera a posição de adversário para a digna promoção institucional de guardião dos direitos fundamentais. Segundo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais enceta que a necessária expansão dos direitos fundamentais nas relações privadas e o dever estatal de zelar ativamente pela incolumidade dos direitos fundamentais. Ora, considerando que os direitos fundamentais são uma ordem objetiva de valores da comunidade política e democrática, não tem razão a validade jurídica da instalação e consolidação no ordenamento jurídico nacional de uma ética dupla na matéria dos direitos fundamentais (Estado – pessoas físicas ou jurídicas de direitos privado = direitos fundamentais; somente entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado = inobservância ou observância facultativa dos direitos fundamentais).

Portanto, ainda que não se admita sempre uma pretensão subjetiva⁹⁶ contra o Estado, reconhece-se a identificação de um dever estatal de tomar as medidas jurídicas aptas na otimização dos direitos fundamentais⁹⁷.

Os direitos fundamentais não contêm somente uma vedação de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas também um dever de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar expressão consagrada por Canaris uma proibição de excesso (*Übermassverbote*) e de proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbote*)⁹⁸.

apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face de investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressões propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)”. Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade, p. 11. 3ed. Saraiva: 2009.

⁹⁶ Daniel Sarmento parece dissentir dessa assertiva. “Entende a mais autorizada doutrina que do reconhecimento dos deveres de proteção é possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção oponíveis em face do Estado, que terá a obrigação de, através de providências normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões que possam sofrer em razão da atuação de terceiros. Portanto, estes direitos à proteção constituem direitos prestacionais *lato sensu*, já que envolvem uma simples atividade ativa por parte do Poderes Públicos e não uma simples abstenção. Por isso, todas as dificuldades teóricas e práticas concernentes à tutela dos direitos de caráter prestacional (administração da escassez, reserva do possível etc.) também aqui se aplicam” (Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 130. 2ed. Lumen Juris: 2010.

⁹⁷ Gilmar Ferreira Mendes, Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade, p. 12. 3ed. Saraiva: 2009.

⁹⁸ Gilmar Ferreira Mendes, Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade, p. 12. 3ed. Saraiva: 2009. Para Daniel Sarmento: “Neste particular, a jurisprudência alemã vem empregando o conceito de proibição de insuficiência (*Untermassverbot*), que representa uma nova dimensão do princípio da proporcionalidade, ao lado da já tradicional proibição de excesso (*Übermassverbot*). Ocorreria violação à proibição da insuficiência quando a ação protetiva dos poderes públicos ficasse aquém do patamar mínimo necessário à tutela dos direitos fundamentais. Contudo, é inegável que o controle judicial relacionado à proibição da insuficiência deve ser mais

A doutrina germânica amparada na Jurisprudência do Tribunal Constitucional firmou a seguinte classificação do dever de proteção dos direitos fundamentais⁹⁹:

a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de proibição de condutas;

b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;

c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que impõe que o Estado a atuação com o escopo de evitar riscos para o cidadão em geral através da adoção de medidas de tutela preventivas.

Na Alemanha, os precedentes jurisprudenciais mais comentados são as históricas decisões sobre a descriminalização do aborto. Os acórdãos ficaram conhecidos como Aborto I e Aborto II.

Em 1974, o Tribunal Constitucional alemão julgou inconstitucional em controle abstrato de constitucionalidade a lei que descriminalizava o aborto. Neste julgamento, a Corte Constitucional destacou a relevância do direito à vida conferida pela Lei Fundamental de Bonn e afirmou que a vida não começa apenas após o nascimento, uma vez que o feto já é uma existência humana em desenvolvimento que necessita de tutela estatal, a qual, de acordo com os critérios fisiológicos e biológicos firmados pelo Tribunal se iniciaria no 14º dia seguinte à concepção. A Corte afirmou, por outro lado, a relevância dos direitos constitucionais da mulher, notadamente dos direitos à privacidade e de liberdade sexuais e reprodutivos. Contudo, ante a impossibilidade de solução compromissória no caso, já que o direito ao aborto importa na eliminação da vida do feto, decidiu fundamentado no princípio da dignidade humana a preeminência na proteção do direito à vida do feto. Firmada nestas premissas, assentou o Tribunal Constitucional que o legislador tinha a obrigação constitucional de tutelar o direito à vida do feto. Portanto, segundo a orientação inicial da Corte, a descriminalização do aborto, considerando a valia do bem jurídico não seria constitucional, salvo em certas situações excepcionais (risco à vida ou saúde da mãe, violência sexual, extrema penúria econômica da família, gravíssimas e incuráveis deformidades físicas do feto que comprometessem a viabilidade de vida do feto), e mesmo

comedido do que o emprego na fiscalização da proibição do excesso, exatamente em razão do maior grau de discricionariedade de que, em regra, dispõe o Estado no desempenho de tarefas concessivas relacionadas à garantia dos direitos fundamentais”. Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 133 e 134. 2ed. Lumen Juris: 2010.

⁹⁹ Gilmar Ferreira Mendes, Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade, p. 12. 3ed. Saraiva: 2009.

nestas situações, conjugadas com a adoção de uma série de cautelas procedimentais regulamentadas pelo poderes competentes. Em suma, o legislador teria violado o dever de proteção jurídica do direito fundamental à vida¹⁰⁰.

No julgamento proferido em 1993, o entendimento da Corte Constitucional resumido acima foi flexibilizado. O Tribunal reafirmou que o aborto era contrário a Lei Fundamental, contudo a utilização do Direito Penal como único e inescapável caminho protetivo ao direito à vida do feto não seria obrigatório até o 3 (terceiro) mês da gestação¹⁰¹.

Extraí-se dessas históricas decisões do Tribunal Constitucional alemão duas importantíssimas consequências. Primeiro, o dever de tutela dos direitos fundamentais pelo Estado inclui uma série de obrigações positivas; inclusive porventura de tipificação penal. Segundo, as autoridades estatais (legislativas e administrativas) dispõem de ampla margem de discricionariedade na tutela dos direitos fundamentais, o que implica na intervenção excepcional do Judiciário, considerando que existem, na maioria das vezes, várias formas eficazes de proteção dos direitos fundamentais¹⁰².

Capítulo 4 – As teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas ou entes privados.

I. Esclarecimento do objeto do capítulo.

A atenção do capítulo anterior restou devota aos argumentos jurídicos favoráveis a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. O capítulo atual abordará a maneira da incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico¹⁰³. Em resumo, o capítulo anterior tratou da motivação jurídica dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas ou entes privados, o capítulo atual sobre o modo da concretização dessa eficácia no ordenamento jurídico.

II. A doutrina norte-americana da *state action*.

¹⁰⁰ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 130 e 131. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹⁰¹ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 132. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹⁰² Daniel Sarmiento, *Direito Fundamentais e Relações Privadas*, p. 133. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹⁰³ A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas e o ordenamento jurídico nacional será abordado no capítulo seguinte, de modo que o capítulo 4 será voltado as formulações teóricas elaboradas, mormente pelo direito comparado, ainda que desvinculadas do ordenamento jurídico brasileiro.

A história do direito constitucional norte-americano é marcada pelas decisões¹⁰⁴, muitas históricas e decisivas no itinerário constitucional de diversos Estados, da Suprema Corte Americana. Desde da afirmação da condição de intérprete final da Constituição¹⁰⁵, a trajetória da Suprema Corte é marcada por recuos¹⁰⁶ e avanços, prudências e ousadias,

¹⁰⁴ O repertório de julgados da Suprema Corte Americana foi obtido em Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional contemporâneo, p. 42-44. 3ed. Saraiva: 2011.

Luther v. Borden (1819), *Baker v. Carr (1962)* e *Powell v. McCormack (1969)*, a Suprema Corte desenvolveu a denominada *political question doctrine*, procurando definir as situações que, por sua natureza política, deveriam ser consideradas inadequadas para decisão pelo Judiciário, devendo a manifestação dos outros dois Poderes ser considerada final.

Em *McCulloch v. Maryland (1819)*, a Suprema Corte construiu a doutrina dos poderes implícitos. Embora a Constituição não desse competência expressa ao Congresso para a criação de um banco nacional, tal atribuição poderia ser inferida como necessária e própria para o desempenho de outras competências inequívocas da União, como arrecadação de tributos e realização de empréstimos.

Em *United States v. Nixon (1974)*, a Corte assentou que a imunidade do Executivo não era um valor abstrato e que, nas circunstâncias, deveria ser ponderada com a necessidade de produção de prova em um processo penal em curso. Determinou, assim, que o Presidente entregasse ao Judiciário fitas que o incriminavam. O desdobramento do caso – que ficou mundialmente conhecido como *Watergate* – que quase conduziu ao *impeachment* de Nixon.

A cláusula do devido processo legal, constante das Emendas 5º e 14º, surgiu como uma garantia de natureza processual, compreendendo direitos à citação, ao contraditório, à assistência por advogado, a um juiz imparcial, dentre outros (*Vitek v. Jones*, 1980). Com o tempo, todavia, desenvolveu-se a ideia de devido processo legal substantivo, critério pelo qual a Suprema Corte passou a exercer um controle sobre a discricionariedade dos atos governamentais – legislativos e administrativos –, admitindo a possibilidade de invalidá-los por falta de racionalidade ou de razoabilidade.

Em *Plessy v. Ferguson (1896)*, a Suprema Corte considerou válida lei estadual da Louisiana que impedia negros e brancos de viajarem no mesmo vagão de trem. Era a doutrina dos iguais, mas separados. Em *Brown v. Board of Education (1954)* essa doutrina veio a ser condenada, na histórica decisão que determinou que crianças brancas e negras que frequentassem as mesmas escolas públicas. A Corte Suprema desenvolveu uma reputação liberal em matéria de liberdade de expressão, em casos nos quais restringiu a possibilidade de indenização por ofensa à honra (*New York Times Co. v. Sullivan*, 1964) e rejeitou a censura prévia (*New York Times Co. v. United States*, 1974). Em *United States v. Eichman*, 1990, a Corte considerou inconstitucional lei federal que punia como crime a queima ou qualquer outra forma de dessacralização da bandeira americana. Em *Griswold v. Connecticut*, 1965, a Suprema Corte reconheceu a existência de um direito à privacidade, ao considerar inconstitucional lei estadual que vedava a prescrição e uso de meios anticoncepcionais. Em *Roe v. Wade*, 1973, o direito de privacidade foi estendido a ponto de incluir a decisão de uma mulher de realizar aborto, pelo menos até o terceiro mês de gravidez. Em *Gideon v. Wainwright (1963)*, a Corte Suprema assegurou o direito de qualquer réu em processo penal ter um advogado. Em *Miranda v. Arizona (1966)*, a Suprema Corte estabeleceu a invalidade da confissão de qualquer acusado se não tiver sido informado do seu direito de ter advogado, de permanecer calado e do fato de que tudo o que disser poderá ser usado contra ele em juízo.

¹⁰⁵ Em *Marbury vs. Madison (1803)*, a Suprema Corte consagrou o princípio da supremacia da Constituição e a autoridade do Judiciário para zelar pela sua primazia, inclusive invalidando os atos emanados do Executivo e do Legislativo que sejam antagônicos.

¹⁰⁶ A decisão proferida em *Lochner v. New York (1905)* deu início ao período conhecido como “era *Lochner*”, no qual a Suprema Corte considerava inconstitucionais, por violarem a liberdade de contratar, normas que interferissem nas relações de trabalho, estabelecendo direitos sociais, como jornada máxima de trabalho ou salário mínimo. Em *West Coast Hotel v. Parrish (1937)*, a Corte alterou a orientação anterior e mudou a admitir como legítima lei que fixava aqueles direitos. Em *Dred Scott v. Sandford (1857)*, a Suprema Corte entendeu que negros não eram cidadãos, na acepção constitucional do termo. Em *Korematsu v. United States (1944)*, considerou legítima a internação de todas as pessoas descendentes de japoneses em campos através dos Estados Unidos. Em *United States v. Alvarez-Machain (1992)*, reformou decisão dos Tribunais inferiores e aceitou

autocontenção e ativismo. Contribuiu sensivelmente para isso a concisão do texto constitucional norte-americano, assim como suas cláusulas abertas que propiciaram a Suprema Corte um decisivo papel na interpretação da Constituição e na sua consolidação como um ator político influente na definição dos valores assimilados pela sociedade norte-americana¹⁰⁷.

Contudo, a notável e bem sucedida experiência norte-americana deve ser vista como um caso singular e não como um modelo cogente ou universal em toda a sua extensão¹⁰⁸.

No direito norte-americano o entendimento doutrinário e jurisprudencial amplamente majoritário é que, excepcionada a Emenda 13^o (proibição da escravidão), os direitos fundamentais impõem limitações somente aos poderes públicos e não aos particulares¹⁰⁹. O argumento principal está assentado na literalidade do texto constitucional norte-americano que na maioria dos artigos de direitos fundamentais apenas remonta aos Poderes Públicos. Ressalte-se que a Constituição norte-americana foi promulgada no apogeu do Estado Liberal de Direito¹¹⁰.

Joaquim Benedito Barbosa Gomes sustenta que:

exercer jurisdição sobre pessoa de nacionalidade mexicana que havia sido sequestrada em seu país de origem por agentes do governo americano.

¹⁰⁷ Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional contemporâneo, p. 44. 3ed. Saraiva: 2011.

¹⁰⁸ Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional contemporâneo, p. 44. 3ed. Saraiva: 2011. Luís Roberto Barroso transcreve a citação de Bruce Ackerman nessa linha: “*We must learn look upon the American experience as a special case, nor as the paradigmatic case*”. E Barroso ainda crítica com ironia a defesa da importação do sistema constitucional norte-americano ao direito nacional. “A ideia é ótima, e não é nova: tem mais de 210 anos, se tomarmos como marco à Convenção de Filadélfia de 1787. Sua importação para o Brasil é uma tentação contínua. Naturalmente, para que pudesse dar certo, precisaríamos também importar os puritanos ingleses que colonizaram os Estados Unidos, assim como a tradição do *common law* e a declaração de Virgínia. Ajudaria, também, se permutássemos D. Pedro I por George Washington e José Bonifácio por James Madison. Ruy Barbosa ficaria. Ah, sim: sem guerra civil sangrenta e quinhentos mil mortos, a importação também seria um fiasco”. Curso de Direito Constitucional contemporâneo, p. 44. 3ed. Saraiva: 2011.

¹⁰⁹ Daniel Sarmiento, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 189. 2ed. Lumen Juris: 2010. “É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõem limitações apenas aos Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13^o Emenda, que proibiu a escravidão”. Para Virgílio Afonso da Silva: “A doutrina da *state action* procura determinar quando um ato privado que viole direitos fundamentais, especialmente o direito de igualdade, pode ser objeto de controle judicial. O nome do modelo, “ação estatal”, decorre do fato de que, invés de reconhecer expressamente que direitos fundamentais vinculam, de alguma forma, as relações entre particulares e que, nesse sentido, um ato privado pode violar direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas mantiveram-se fiéis a uma concepção liberal de direitos fundamentais, aplicáveis, portanto, somente nas relações em que o Estado também participa. Por conseguinte, só pode haver violação a direitos fundamentais por meio de ação estatal”. A Constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 99. Malheiros: 2008.

¹¹⁰ Marcelo Novelino, Direito Constitucional, p. 391-392. 5ed. Método: 2011. Thiago Luís Santos Sombra, A Eficácia dos Direitos fundamentais nas relações privada, p. 93. 2ed. Atlas: 2011.

“por razões históricas e em consequência da inegável predominância de valores individualistas e privatistas no Direito norte-americano, o combate à discriminação racial deu-se prevalentemente naquele país na esfera pública, de modo que ao Governo não é dado interferir na esfera íntima das pessoas, sob o pretexto de coibir os atos discriminatórios”¹¹¹.

Além do argumento da concepção liberal dos direitos fundamentais, outra argumentação rotineira suscitada pela afirmação da doutrina da *state action*, é a defesa do federalismo. Nos Estados Unidos, cumpre não olvidar, compete aos Estados, e não a União, legislar sobre Direito Privado, ressalvado matéria atinente ao comércio internacional e interestadual. Afirma-se, então, que a *state action* resguarda a autonomia legislativa dos Estados, tendo em vista que impediria a jurisdição das cortes federais no direito privado estadual¹¹².

O acidentado percurso da *state action* nos Estados Unidos foi iniciada com o *Civil Rights Cases*, julgados em 1833 pela Suprema Corte¹¹³. O Congresso Nacional aprovou em 1875 o *Civil Rights Act*, cominado uma série de penalidade civis e criminais contra a discriminação racial em serviços e locais acessíveis ao público, fundamentado na competência atribuída pela Emenda 14^o à Constituição. No entanto, a Suprema Corte, no julgamento de cinco feitos, afiançou a inconstitucionalidade da norma. Nestes julgamentos foram assentadas duas conclusões. Primeiro, os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição norte-americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares. Essa assertiva permanece inalterada até hoje. Segundo, o Congresso Nacional não tem competência na edição de normas protetivas dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que a competência para tal é do Estado. Essa posição, contudo, felizmente restou modificada, o que permitiu a manutenção do *Civil Rights Act* de 1964¹¹⁴.

Uma síntese explicativa da doutrina da *state action* é extraída do julgamento *Lugar v. Edmondson Oil Co.* pela Suprema Corte:

¹¹¹ Joaquim Benedito Barbosa Gomes, Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade, p. 81. Renovar: 2001.

¹¹² Daniel Sarmiento, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 189. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹¹³ Daniel Sarmiento, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 189. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹¹⁴ Daniel Sarmiento, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 189-190. 2ed. Lumen Juris: 2010.

“Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da ‘atribuição razoável’. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. (...) Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um ‘ator estatal’. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado”¹¹⁵.

O difícil entendimento da doutrina da *state action* resta mais facilitado mediante a análise da jurisprudência da Suprema Corte em alguns precedentes¹¹⁶:

a) *Marsh v. Alabama* – (1946): Uma sociedade empresarial proibiu a doutrinação do grupo religioso Testemunhas de Jeová numa espécie de loteamento fechado. Considerando que na localidade existiam no seu interior ruas e outros empreendimentos, a Suprema Corte declarou injurídica a proibição, considerando que a manutenção dessa “cidade privada” (*private owned town*) a sociedade comercial se equiparava ao Estado e, portanto, se sujeitava à 1º Emenda da Constituição norte-americana que garante a liberdade de culto.

b) *Evans v. Newton* – (1966): Julgou-se inconstitucional a negativa de ingresso aos negros num parque privado aberto ao público em geral.

c) *Edmonson v. Leesville Concrte Co.* – (1991): Afirmou-se a inconstitucionalidade da recusa exclusivamente racial de membro do júri popular (*peremptory jury challenges*) por advogado privado. De acordo com a Suprema Corte, a atividade do advogado estava amplamente integrada à prestação jurisdicional e, sendo ela uma função estatal, conclui-se pela vinculação ao princípio da igualdade.

d) *Shelley v. Kramer* – (1948): No caso, existia uma cláusula contratual vinculando os proprietários de loteamento urbano que vedava a alienação dos imóveis a não-brancos. A despeito da cláusula, um proprietário do imóvel resolveu desafiar o pactuado e resolveu alienar o imóvel a uma pessoa negra. A Suprema Corte concluiu que o Judiciário não poderia referendar a validade da cláusula, pois do contrário iria conferir validade jurídica a uma discriminação antagônica com a Constituição.

¹¹⁵ Em Joaquim Benedito Barbosa Gomes, Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade, p 88-89. Renovar: 2001.

¹¹⁶ O resumo do litígio e da posição encampada pela Suprema Corte foi obtida em Daniel Sarmento, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 190-195. 2ed. Lumen Juris: 2010.

e) *Boy Scouts of America v. Dale* – (2000): No Estado de New Jersey havia uma lei estadual proibindo qualquer discriminação contra homossexuais. No entanto, a *Boy Scouts* (entidade privada de escoteiros) descobriu que Dale, um dos integrantes do grupo, era homossexual e militante da causa gay, o que acarretou sua expulsão do grupo. A Suprema Corte julgou inconstitucional a aplicação da legislação estadual no caso, uma vez que ultrajava a liberdade de associação e expressão prevista na 1º Emenda ao obrigar que um grupo ligado por valores comuns – dentre os quais a rejeição ao homossexualismo – fosse integrado por pessoa indesejada, e por isso rejeitou a ação de Dale.

O cerne da doutrina da *state action* repousa no problema da viabilidade da imputação da ação privada em equipará-la a ação estatal. Trata-se de uma construção artificialmente criada, uma maneira criativa de composição entre a manutenção do dogma da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a preservação dos direitos constitucionais, principalmente da igualdade, pelos particulares.

Virgílio Afonso da Silva, em lúcida crítica a fundamentação da decisão de *Shelley v. Kramer*, assentou que:

“Ora aqui há um problema argumentativo que não pode ser ignorado. Não é possível que a inconstitucionalidade surja somente com a decisão judicial inferior, já que ela nada mais faz do que fazer valer uma cláusula contratual. Se a cláusula contratual é constitucional, a decisão de manter seus efeitos também deve ser. E a recíproca tem que ser verdadeira.

Parece claro que a Suprema Corte está ciente de que, se se sustenta, de um lado, que as relações entre particulares não estão vinculadas, de nenhum forma, a disposições de direitos fundamentais e, de outro lado, que a manutenção de cláusulas contratuais discriminatórias por parte do Judiciário é uma afronta a direitos fundamentais, aqueles que se sentirem ofendidos em algum direitos fundamental por algum ato privado ver-se-iam incentivados a ajuizar ações sem fundamento contra tal ato para então, com a recusa do provimento judicial, recorrer à instância superior alegando, agora sim, violação por parte do Estado que, via sentença judicial, manteve cláusula contratual discriminatória”¹¹⁷.

A doutrina da *state action* recebeu crítica densa de Erwin Chemerinsky conforme noticia Daniel Sarmiento. Em relação a autonomia dos Estados, o professor da Califórnia relembra que a autonomia federativa tem na Constituição norte-americana sua regulamentação e limite. Lição óbvia, mas absolutamente pertinente. Erwin Chemerinsky

¹¹⁷ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 99 – 100. Malheiros: 2008.

também propõe a supressão da doutrina da *state action* por um modelo ponderativo. As Cortes, diante de um caso concreto, sopesariam qual o interesse constitucional pontualmente digno de tutela jurisdicional. Com a ruptura da doutrina da *state action*, a Constituição norte-americana abandonaria sua ultrapassada vocação de norma do Estado e sairia promovida como a Lei Fundamental de toda a sociedade¹¹⁸.

III. A teoria de Schwabe.

A teoria de Schwabe, muito embora pareça extremamente complexa, é simples. Os particulares atuam lícita ou ilícitamente em conformidade das previsões verificadas do ordenamento jurídico. As condutas não vedadas são, a contrário sensu, permitidas; motivo pelo qual as eventuais violações dos direitos fundamentais pelos particulares seriam da exclusiva responsabilidade do Estado pela inexistência de norma legislativa que inadmita a conduta do particular como ilícita. O particular apenas seria o responsável pela violação dos direitos fundamentais quando ocorrente expressa vedação legal da ação ou omissão pelo Estado¹¹⁹. Na essência, resume-se a violação pelo déficit de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado.

A doutrina de Schwabe também peca pela artificialidade, pois o simples fato de que uma ação privada violadora dos direitos fundamentais não seja vedada pela legislação infraconstitucional não implica a cumplicidade ou aquiescência estatal com ela¹²⁰. Ademais, o juízo de ilicitude de qualquer conduta deve levar em consideração a totalidade do ordenamento jurídico, ou seja, a legislação infraconstitucional agregada com a Constituição e não ignorar a última como norma jurídica que impõe direitos e obrigações. Além disso, a posição de Schwabe desconsidera a influência decisiva da Lei Fundamental no direito privado, seja imediatamente ou mediadamente, inclusive como idônea a ampliação de novas condutas ilícitas.

¹¹⁸ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 196. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹¹⁹ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 104 – 105. Malheiros: 2008. “Schwabe reconstrói o problema das violações a direitos fundamentais nas relações entre particulares da seguinte forma: se um particular, no exercício de um direito fundamental, viola o direito fundamental de outro particular e a ação do primeiro não era disciplinada em legislação infraconstitucional, sua ação violadora deve ser encarada como permitida pelo Estado. Em consequência, como aquele que teve seu direito violado não dispõe de instrumentos para se defender – já que o Estado não agiu, infraconstitucionalmente, no sentido de protegê-lo – a responsabilidade pela violação deve ser imputada ao Estado e não ao particular violador”.

¹²⁰ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 106. Malheiros: 2008.

IV. A teoria da eficácia mediata.

A teoria da eficácia mediata é a prestigiada no direito comparado¹²¹.

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*) foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig¹²² em 1956 e foi majoritariamente acompanhada pela jurisprudência e doutrina na maioria dos países que desenvolveram um estudo sistemático do tema¹²³.

Trata-se de doutrina conciliatória entre a enfática negativa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a posição inovadora e afirmativa da eficácia horizontal mediata¹²⁴.

O ponto de início do modelo é o reconhecimento do direito constitucional de liberdade (autonomia da vontade, como preferem os privatistas), consagrado pelas constituições democráticas ocidentais¹²⁵. O direito à liberdade é que impediria o efeito absoluto e imediato dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que implicaria um domínio asfixiante do direito constitucional sobre o direito privado¹²⁶.

¹²¹ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 81. Malheiros: 2008.

¹²² Konrad Hesse é outro expoente da doutrina da eficácia mediata. “Por conseguinte, os direitos fundamentais, em geral, não podem vincular diretamente privados. Ter em conta sua influência sobre o direito privado como parte da ordem jurídica total é, com vista à problemática exposta, em primeiro lugar, tarefa do legislador de direito privado – vinculado aos direitos fundamentais – a quem cabe, em suas regulações, concretizar o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, em especial, demarcar reciprocamente posições de privados afiançadas juridico-fundamentalmente. Os tribunais não devem corrigir as decisões e ponderações do legislador em intervenção sobre direitos fundamentais com apoio em suas próprias ponderações.

Se o legislador, em suas regulações, emprega, no entanto, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, então direitos fundamentais, para a sua interpretação em cada caso particular, podem tornar-se significativos (“efeitos diante de terceiros” indireta); nesse ponto, falta uma concretização legal e é tarefa do juiz satisfazer a influência dos direitos fundamentais na diferenciação necessária, como a concepção predominante na literatura aceita isso, com razão. Deve ter-se em conta, nisso, que para os direitos fundamentais, também na medida em que a sua função como princípios objetivos da ordem total está em questão, sempre é importante só a garantia de um padrão mínimo de liberdade individual, não a redução geral da liberdade a esse padrão mínimo. Onde, por isso, o direito privado deixa mais liberdade do que os direitos fundamentais, essa liberdade não deve ser restringida por uma vinculação aos direitos fundamentais. Direitos fundamentais não se opõem, principalmente, a obrigações que diante de privados são contraídas em livre decisão, porque da liberdade pessoal também faz parte a possibilidade de vincular-se sob a base de resolução própria” *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 285-286. Sérgio Antonio Fabris: 1998.

¹²³ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 197-198. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹²⁴ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 198. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹²⁵ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 106. Malheiros: 2008.

¹²⁶ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 75. Malheiros: 2008. Para Daniel Sarmiento: “Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Dürig, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantém, o que seria

Para Günter Dürig:

“Nosso direito civil iria sofrer um dano grave a não ser novamente reparado, se conhecimento de partida seguinte alguma vez fosse posto em questão: a decisão primária da lei fundamental por um direito de liberdade geral dirigido contra o estado, que também tem primazia perante o artigo 3º, abarca conceitualmente também a liberdade perante o estado de poder desviar dele sem entraves na justiça de tráfego e de troca, existente entre privados da mesma categoria, do direito civil, de proposições de direitos fundamentais que são indispensáveis para atuação estatal – e, com isso, também do poder judicial – de reconhecer como jurídicos contratos, negócios jurídicos unilaterais, atuações ou omissões de privados uns com os outros, também quando eles antagonizam proposições de direitos fundamentais da constituição, que para o estado, se ele se apresentasse como agente, seriam vinculativas. No ponto de partida a lei fundamental faz, portanto, precisamente agora por sua “revalorização” da liberdade, que flui da dignidade humana, e por sua decisão primária em favor dessa liberdade pessoal, indubitável que com essa liberdade também aquela liberdade é sancionada como juridicamente admissível, de não ter de fazer nenhum uso entre seus iguais de exigências de igualdade e formas de apresentação especiais da liberdade e de poder também formar o um com o outro jurídico sem consideração a mandamentos e proibições, que tocariam ao estado agente perante o indivíduo”¹²⁷.

No entanto, Günter Dürig e os adeptos da tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais reconhecem a influência do direito constitucional no direito privado através de “pontes jurídicas”: as cláusulas gerais do Direito Privado e do dever de proteção estatal dos direitos fundamentais¹²⁸. A conciliação jurídica da efetividade dos direitos fundamentais e da autonomia do direito privado, sem a incidência da dominação de qualquer deles, é concretizada pela influência dos direitos fundamentais no acervo normativo obtido no direito privado, ou seja, pela intermediação legislativa¹²⁹.

A mediação entre os direitos fundamentais enquanto dimensão objetiva e o direito privado, segundo a formulação teórica de eficácia indireta, é concretizada sobretudo pelas

inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Por isso, certos atos, contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do Direito Privado. E, por outro lado, certas práticas podem ser vedadas pelo Direito Privado, embora se relacionem ao exercício de um direito fundamental”. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 198. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹²⁷ Günter Dürig, *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos*, p. 15-16. Sérgio Antonio Fabris: 2012.

¹²⁸ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 198. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹²⁹ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 76. Malheiros: 2008.

cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa fé etc)¹³⁰. A doutrina nacional utiliza com habitualidade também a expressão conceitos jurídicos abertos ou indeterminados. As cláusulas gerais requerem um preenchimento valorativo na interpretação dos seus textos pelo aplicador do direito. Todavia, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais enfatiza que o conteúdo jurídico das cláusulas gerais, ao contrário do defendido pela quase integralidade dos juristas de formação nacional privatista, não demandaria uma valoração baseada em valores morais difusos e extra ou supralegais. A valoração adequada das cláusulas gerais consideraria apenas o sistema de valores consagrados pela Constituição, ou seja, os princípios e regras constitucionais vigentes, notadamente todo o extenso rol de direitos e garantias constitucionais positivados¹³¹. Portanto, o meio principal de irradiação dos direitos fundamentais seriam as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), que atuariam como porta de entrada (*Einbruchsstelle*) dos direitos fundamentais no seio do direito privado¹³².

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão nos fornece alguns exemplos do funcionamento da teoria da eficácia mediata na práxis jurisprudencial daquela Corte de Justiça. Eis alguns precedentes¹³³:

a) O pequeno jornal de extrema esquerda *Blinkfuer* continuou a reproduzir a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do Muro de Berlim em 1961. A editora Springer, gigante do mercado jornalístico alemão e de orientação política conservadora, ameaçou todas as bancas de jornais e revistas com a suspensão do fornecimento de seus periódicos caso vendessem também o jornal *Blinkfuer*. A *Blinkfuer* ingressou com ação indenizatória e teve seu pedido rejeito pelo *Bundesgerichtshof*¹³⁴ – BGH (Supremo Tribunal de Justiça). No julgamento do recurso constitucional, a Corte Constitucional alemã entendeu que a editora *Springer* não poderia utilizar sua superioridade econômica para fazer prevalecer sua orientação editorial. As

¹³⁰ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 78. Malheiros: 2008.

¹³¹ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 78-79. Malheiros: 2008.

¹³² Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 125. 3ed. Saraiva: 2009.

¹³³ O caso Lütth é o precedente histórico mais famoso da doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais. Não será comentado novamente, considerando que já foi comentado no capítulo 3. Todos os precedentes foram motivados em interpretações das cláusulas gerais do direito privado em conformidade com os direitos fundamentais enquanto princípios e regras objetivos.

¹³⁴ O *Bundesgerichtshof* exerce jurisdição análoga na Alemanha ao exercido pelo Superior Tribunal de Justiça no Brasil.

opiniões antagônicas deveriam disputar em igualdade de condições, ou seja, o embate ideológico lícito entre as editoras é de natureza intelectual e não financeiro.

b) No caso *Wallraff*, um repórter, com uso de identidade falsa, obteve um emprego como jornalista na redação do jornal sensacionalista *Bild-Zeitung*. Devido ao exercício da atividade laboral resolveu publicar um livro sobre os bastidores do *Bild-Zeitung*. A ação promovida pela *Bild-Zeitung* contra o repórter e seu editor foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof*). O Tribunal Constitucional Federal acolheu o recurso constitucional interposto, considerando “entre as condições da função de uma empresa livre pertence a relação de confiança do trabalho de redação”, sendo lícito o pedido de impedir a publicação de informações obtidas com artifícios dolosos”¹³⁵.

c) O Supremo Tribunal Federal alemão também produziu uma decisão interessante sobre a eficácia mediata no direito de família. Em 1972, considerou inválida a cláusula de divórcio consensual que determinava a obrigatoriedade de alteração temporária do domicílio de um dos cônjuges. O Supremo Tribunal Federal alemão julgou que a referida cláusula violava a cláusula dos bons costumes, tendo em vista que vulnerava, ainda que voluntariamente, o direito fundamental à liberdade de circulação e residência¹³⁶.

Outro argumento recorrente pelos partidários da teoria da eficácia imediata é o justificado receio de transformação da Corte Constitucional em instância reformadora habitual e indiscriminada da jurisdição ordinária. A intervenção da jurisdição constitucional somente seria cabível quando a decisão impugnada da jurisdição ordinária desconsiderasse na fundamentação da decisão a irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito privado¹³⁷.

Portanto, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais é embasada, em apertada síntese, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na irradiação dos direitos fundamentais pelas cláusulas gerais do direito privado, no dever estatal de proteção dos

¹³⁵ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 126-127. 3ed. Saraiva: 2009.

¹³⁶ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 202. 2ed. Lumen Juris: 2010. Daniel Sarmiento ainda colaciona outro exemplo: “Tratava-se de hipótese de fiança prestada por familiar praticamente sem patrimônio, cujos rendimentos não eram suficientes nem mesmo para pagar os juros da dívida afiançada, e que nem se trabalhasse a vida inteira só com este propósito conseguiria obter os recursos necessários à quitação do débito. O Tribunal Constitucional alemão, analisando julgado do Supremo Tribunal Federal que considera válida a fiança, com base no princípio da liberdade de contratar, determinou ao mesmo que revisse a sua decisão, orientando-o a levar em consideração, na interpretação das cláusulas gerais dos bons costumes e da boa-fé, previstas no BGB, que limitam a autonomia contratual, o princípio constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, que teria sido ignorado na apreciação da causa”. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 201-202. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹³⁷ Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 201. 2ed. Malheiros: 2010.

direitos fundamentais e na garantia de uma maior preservação da autonomia do direito privado¹³⁸.

Por consequência, a crítica da teoria da eficácia mediata é voltada aos argumentos acima citados.

Para Habermas, o recurso a valores significa uma inadmissível modificação dos juízos deonticos, imprescindíveis a ciência jurídica, por juízos axiológicos, tendo em vista que valores não impõem deveres incondicionais e inequívocos através do código binário (lícito/ilícito) suscitando a ameaça perniciososa de incerteza jurídica¹³⁹.

Alega-se também a debilidade das cláusulas gerais como ineficazes na tutela dos direitos fundamentais no direito privado. Isso porque seria difícil imaginar que as referidas cláusulas sempre são suficientes na hercúlea missão protetiva dos direitos fundamentais. Canaris é enfático nessa linha, ao afirmar que a cláusula da boa-fé possui um âmbito de aplicação restrito a pouquíssimos casos como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares¹⁴⁰.

Por fim, a autonomia do direito privado seria violentada na mutação de toda lide privada em controvérsia constitucional, o que permitiria como já comentado anteriormente a jurisdição indevida da Corte Constitucional.

IV. A teoria da eficácia imediata.

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida na Alemanha por Hans Carl Nipperdey no início da década de 1950¹⁴¹.

¹³⁸ A respeito da autonomia do direito privado é firme o comentário de Günter Dürig, aliás de fina ironia: “Agora, isso nunca se deveria caracterizar como se nosso direito privado tivesse deixado sem proteção até agora os valores supremos e como se ele tivesse de esperar até certo ponto primeiro pela chamada lei fundamental para realmente se tornar valioso. O publicista pode somente cheio de inveja olhar para o sistema, desenvolvido no direito privado com auxílio das cláusulas gerais, das possibilidades de defesa. Sobretudo, quando o direito público uma vez ousa aproximar-se do problema, completamente análogo, do efeito dos direitos fundamentais na relação de força particular voluntária irá mostrar-se quão valioso é esse sistema de possibilidades de proteção de valores elásticas em uma matéria, cujas peculiaridades, liberdade fundamental de renúncia ao direito fundamental, perante o jurídico-constitucional são *jus cogens* (direito cogente)”. Direitos fundamentais e Direito privado – Textos clássicos, p. 35-36. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2012.

¹³⁹ Virgílio Afonso da Silva, A Constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 84. Malheiros: 2008.

¹⁴⁰ Virgílio Afonso da Silva, A Constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 85. Malheiros: 2008.

¹⁴¹ Daniel Sarmiento, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 204. 2ed. Lumen Juris: 2010.

O direito privado é baseado na propriedade privada, no direito de herança e na liberdade contratual¹⁴². A Constituição garante o direito privado com seus elementos essenciais¹⁴³, de modo que o ordenamento jurídico é também integrado pelo direito privado¹⁴⁴.

Hans Carl Nipperdey menciona que:

“Em favor do efeito absoluto dos direitos fundamentais fala que o ordenamento jurídico é uma unidade; todo direito vale somente sobre o fundamento e no quadro da constituição. Também o direito civil, sobretudo o código civil, somente continua vigendo, segundo o artigo 123, alínea I, da lei fundamental, a medida que não contradiz a lei fundamental. Não é necessário, para a validade de direitos fundamentais como normas objetivas para o direito privado, nenhum meio, nenhuns lugares de invasão, como devem ser as cláusulas gerais do código civil”¹⁴⁵.

A teoria da eficácia imediata sustenta, portanto, a desnecessidade de intermediação legislativa para que sejam aplicáveis os direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas¹⁴⁶. O modelo de efeitos direitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares propugna que o tratamento seja semelhante ao verificado quando o Estado atue¹⁴⁷.

¹⁴² Hans Carl Nipperdey, *Direitos fundamentais e Direito privado – textos clássicos*, p. 51. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2012.

¹⁴³ Hans Carl Nipperdey, *Direitos fundamentais e Direito privado – textos clássicos*, p. 57. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2012.

¹⁴⁴ Hans Carl Nipperdey, *Direitos fundamentais e Direito privado – textos clássicos*, p. 52. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2012.

¹⁴⁵ Hans Carl Nipperdey, *Direitos fundamentais e Direito privado – textos clássicos*, p. 62. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2012.

¹⁴⁶ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 86. Malheiros: 2008. “Um pequeno exemplo pode esclarecer bem a tese da aplicabilidade direta. Quando se fala em liberdade de reunião (CF, art. 5º, XVI) como mera liberdade pública, entende-se com isso que o Estado não deve restringir a liberdade de reunião dos cidadãos. Mas poderia alguém ou um grupo de pessoas perturbar uma manifestação pacífica de forma tal que essa manifestação não tenha como ser exercida de forma plena? Se a liberdade de reunião for encarada meramente como direito de defesa contra a ação ilegítima do Estado e se, ao mesmo tempo, não houver nenhum dispositivo legal que vede a perturbação de reuniões pacíficas por meio de entes privados, o caso seria difícil de ser solucionado sem um recurso ao direito fundamental garantido pelo art. 5º, XVI da Constituição”. (...).

“Um exemplo recente desse problema pode ser aqui mencionado: em abril de 2004 o cantor norte-americano Bruce Springsteen comunicou que pretendia realizar um concerto ao ar livre ao lado do local onde seria realizado a convenção do Partido Republicano que definiria o candidato às eleições presidenciais do mesmo ano. O intuito do cantor, como é facilmente perceptível, era, por meio de sua liberdade artística e da liberdade de reunião de sua plateia, impedir que a liberdade de reunião do Partido Republicano fosse exercida”. *A Constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 87. Malheiros: 2008.

¹⁴⁷ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 87. Malheiros: 2008.

Para Hans Carl Nipperdey:

“Trata-se do efeito normativo imediato de determinações de direitos fundamentais particulares em sua qualidade de direito constitucional objetivo, vinculativo que anulou, modificou, complementou ou criou de novo determinações do direito privado. Esse direito constitucional contém para campos do direito fora da constituição não somente proposições diretrizes ou regras de interpretação, mas uma regulação normativa do ordenamento jurídico total como uma unidade, da qual também emanam imediatamente direitos privados subjetivos do particular. Uma infração contra uma norma fundamental também atuante no direito privado leva, em regra, à nulidade do negócio jurídico”¹⁴⁸

Hans Carl Nipperdey enfatiza que a Lei Fundamental não contém tão somente a organização do Estado. Atualmente, a Constituição é dirigida como uma pretensão de construção de uma nova ordem social fundada no princípio da dignidade humana e na ordem de valores objetivos dos direitos fundamentais¹⁴⁹.

O precedente que maior influência exerceu na teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais foi o acórdão de 1956 do Tribunal Federal do Trabalho na Alemanha¹⁵⁰ sobre a equiparação salarial entre os gêneros. A Constituição alemã, ao reverso da Constituição

¹⁴⁸ Hans Carl Nipperdey, *Direitos fundamentais e Direito privado – textos clássicos*, p. 59-60. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2012.

¹⁴⁹ Hans Carl Nipperdey, *Direitos fundamentais e Direito privado – textos clássicos*, p. 80-82. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2012. “A lei fundamental não contém mais, como bastava para as constituições do século anterior, somente uma fundamentação da organização estatal, mas quer, como no preâmbulo chega à expressão acertadamente, dar à vida estatal uma nova ordem, da qual o tribunal constitucional federal, com razão, diz que ela não deve ser uma ordem neutra em valores, mas uma ordem de valores objetiva. Sob isso, porém, somente pode ser entendida uma ordem total da vida no estado. Essa mudança de significado da constituição moderna perante constituições mais antigas e, com isso, também do conceito de constituição material mostra-se, sobretudo, nas normas de princípio do catálogo de direitos fundamentais. Essas são tanto a expressão geral dos princípios, que têm de existir em uma sociedade justa, liberal e socialmente ordenada, que seu significado não pode ser limitado à relação de estado e cidadão, mas tem de valer universalmente e, com isso, também para os consortes jurídicos. São, porém, essas normas fundamentos do ordenamento jurídico como um todo, que não se compõem de campos do direito particulares isolados, mas é uma unidade e uma estrutura de sentido conexa, então seu efeito também somente pode ser um imediato, que tanto influi o direito objetivo e, dado o caso, transforma, como é critério e limite dos poderes jurídico-privados dos particulares. Todo o direito vale somente sobre o fundamento e no quadro da constituição. Também o direito civil, sobretudo o código civil, continua vigendo, segundo o art. 123, I, somente à medida que ele não contradiz a lei fundamental. O caminho sobre os conceitos e cláusulas gerais, suscetíveis e carentes de preenchimento de valor, do direito privado não satisfaz ao significado das normas de princípio como normas objetivas e deveria, como desvio superficial e que conduz ao equívoco, ser abandonado. No fundo, deveriam, depois que a jurisprudência e a doutrina sempre mais reconhecem o efeito absoluto de determinações de direito fundamental e convertem em prática, os esforços científicos deixar atrás o litígio, pouco a pouco estéril, sobre a justificação do efeito absoluto e concentrar a atenção sobre o quando, sobre as modalidades da realização e aplicação dos direitos fundamentais como fundamentos da ordem total”.

¹⁵⁰ O Tribunal Federal do Trabalho na Alemanha exerce jurisdição semelhante a exercida no Brasil pelo Tribunal Superior do Trabalho.

brasileira, não prevê claramente em nenhum dispositivo a igualdade remuneratória entre os homens e mulheres. Não que a Lei Fundamental de Bonn implicitamente não contenha tal orientação¹⁵¹. Outro julgamento histórico é aquele conhecido como o “caso celibato” do Tribunal Federal do Trabalho alemão decidido em 1957. Reconheceu a Corte Federal trabalhista, fundamentada diretamente apenas nos preceitos na Lei Fundamental, a injuridicidade da cláusula que admitia a extinção do contrato laboral de enfermeiras de uma hospital privado que contraíssem núpcias¹⁵².

As críticas voltadas a teoria da eficácia imediata são bem parecidas a algumas das formuladas contra a teoria da eficácia mediata com as devidas adaptações, tais como a cassação da autonomia do direito privado¹⁵³.

V. A teoria de Robert Alexy¹⁵⁴:

Segundo Robert Alexy, o equívoco das teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais repousa na sua pretensão à completude, pois todas elas almejam uma elaboração exaustiva do fenômeno. É por tal razão que o debate sempre pecou pela pobreza da indagação sobre qual a teoria abstratamente mais correta.

Para Robert Alexy, a teoria adequada é aquela que consegue reunir elementos dos outros modelos. Trata-se de um modelo de três níveis.

O primeiro nível é o da teoria dos efeitos indiretos ou mediatos. Em consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é dever do Estado zelar pelo respeito desses valores na totalidade do ordenamento jurídico. No segundo nível, o dos direitos contra o Estado, o particular desrespeita o direito de algum particular. Nessa situação, conforme sustenta Schwabe, o Estado, ao não proibir a conduta violadora do particular, desrespeita o direito à proteção que os particulares fazem *jus* pelo Estado. O terceiro nível, por último, é o nível da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações horizontais de direitos fundamentais.

¹⁵¹ Virgílio Afonso da Silva, A Constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 91. Malheiros: 2008.

¹⁵² Daniel Sarmiento, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 205. 2ed. Lumen Juris: 2010.

¹⁵³ Virgílio Afonso da Silva, A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 96-97. Malheiros: 2008.

¹⁵⁴ Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 529- 542. Malheiros: 2008.

A escolha por um dos níveis dependeria da argumentação jurídica desenvolvida pelo intérprete, considerando que o resultado prático, na maioria das vezes, é similar independente da teoria adotada.

Capítulo 5 – A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas ou entes privados e a Constituição Federal de 1988.

I. Esclarecimento do objeto do capítulo.

Os capítulos anteriores do trabalho são meramente descritivos na apresentação dos elementos jurídicos imprescindíveis à compreensão do tema. O capítulo atual, ao contrário, é predominantemente opinativo. Noutras palavras, considerando como parâmetro o ordenamento jurídico nacional, principalmente a Constituição, como o assunto deve ser equacionado juridicamente. Basicamente, considerando o formulado nos capítulos anteriores, três questões são necessárias: Como os direitos fundamentais são encarados pela Constituição? Os argumentos sustentados pelos defensores da eficácia horizontal dos direitos fundamentais são sustentáveis diante da Constituição? E, por fim, o ordenamento jurídico pátrio adota ou tenderia a adoção de algum modelo de eficácia dos direitos fundamentais entre particulares?

II. Os direitos fundamentais e a Constituição.

A Constituição prestigia os direitos fundamentais com enorme vigor. O Título II da Carta Magna “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” é dividido em 5 capítulos (Dos Direitos e Deveres individuais e coletivos, Dos Direitos Sociais, da Nacionalidade, dos Direitos Políticos e dos Partidos Políticos).

O capítulo I é o mais extenso. Trata-se aí, regra geral, dos direitos fundamentais de primeira geração¹⁵⁵. Alguns direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental são

¹⁵⁵ Obviamente, comentaremos os direitos fundamentais aludidos pela Constituição que tenham pertinência com o tema da monografia. E realça-se que os direitos de nacionalidade e políticos são considerados pela majoritária doutrina como direitos fundamentais de primeira dimensão.

aplicáveis predominantemente nas relações jurídicas entre particulares. Mencione-se alguns: art. 5º, IV¹⁵⁶, V¹⁵⁷, XXXII¹⁵⁸.

Contudo, outros muito embora sejam principalmente oriundos de relações verticais, possuem significativa incidência entre relações horizontais. Pode-se citar: art. 5º, I¹⁵⁹, VI¹⁶⁰, VII¹⁶¹, IX¹⁶², X¹⁶³, XI¹⁶⁴, XIV¹⁶⁵, XX¹⁶⁶, XXII¹⁶⁷, XXVI¹⁶⁸, XXIX¹⁶⁹, XXX¹⁷⁰, LXVII¹⁷¹.

Conclui-se, portanto, que a Lei Fundamental admite a possibilidade de existência de direitos fundamentais de primeira dimensão nas relações jurídicas entre particulares.

Por outro lado, é bom afirmar, com o fim de evitar compreensões distorcidas do tema, que nem todos os direitos fundamentais admitem aplicação nas relações horizontais pela sua própria natureza. Mencione-se, por exemplo, os direitos de nacionalidade¹⁷² e de não-extradução¹⁷³.

156 “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

157 “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.

158 “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

159 “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

160 “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

161 “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

162 “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

163 “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

164 “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”.

165 “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

166 “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

167 “é garantido o direito de propriedade”.

168 “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

169 “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

170 “é garantido o direito de herança”.

171 “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

172 Art. 12, da Constituição Federal.

173 Art. 5º, LI e LII, da Constituição Federal.

No capítulo II do Título II, a Constituição enumera os direitos sociais. Aqueles direitos comumente denominados de segunda geração ou dimensão. A redação do art. 6º¹⁷⁴ da Carta Política parece indiciar que tais direitos têm no Estado seu garantidor. Já o art. 7º incluiria o particular, motivado pela natureza privada das relações laborais. O art. 9º¹⁷⁵ assegura o direito de greve e o art. 11º¹⁷⁶ garante a eleição de um representante dos trabalhadores com o escopo exclusivo de promoção do entendimento com os empregadores.

A Constituição Federal também devota especial atenção aos direitos de terceira dimensão, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), direito à paz (art. 4º) e o direito dos consumidores (art. 5, XXXII; art. 170, V).

A Carta Magna de 1988 concebe, portanto, os direitos fundamentais em múltiplas dimensões, ou seja, os direitos fundamentais na Constituição Federal não são apenas liberais ou socialistas, os direitos fundamentais construídos na Lei Fundamental de 1988 adotam os benefícios dos referidos modelos e excluem inequivocamente suas perversidades e excessos, notadamente o extermínio do individualismo e a ausência de democracia nos sistemas políticos socialistas, e do individualismo descompromissado com a atenuação da injustiça social no liberalismo clássico.

Quando uma Constituição não caracteriza os direitos fundamentais como um dado exclusivamente liberal, a polêmica dos direitos fundamentais nas relações horizontais é ainda mais pertinente.

Como a Constituição norte-americana edificou os direitos fundamentais em bases exclusivamente privadas, a princípio, não teria sentido a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que justificou a criação do modelo negativista e artificial do *state action*.

O direito norte-americano, conforme exposto anteriormente, reproduz o axioma da inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas horizontais¹⁷⁷, contudo

¹⁷⁴ “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁷⁵ “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. Parágrafo primeiro – A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Parágrafo segundo – Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

¹⁷⁶ “Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

¹⁷⁷ Essa conclusão, reforçada inclusive pela Suprema Corte, não nos parece verdadeira quando contrastada com a jurisprudência da própria Suprema Corte.

amenizou as consequências nefastas que a adoção irrestrita dessa assertiva poderia causar com a doutrina do *state action* pela Suprema Corte, o que leva necessariamente a conclusão que mesmo no direito norte-americano vigora uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda que bastante anêmica.

Portanto, parece-nos que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre agentes privados independe, a rigor, do modelo de direitos fundamentais adotado pela Constituição. A filosofia liberal mais ou menos clássica de direitos fundamentais adotada por uma Constituição interfere tão somente na intensidade dessa eficácia (menos sensível nos modelos liberais clássicos) e não na imperiosidade de sua influência, motivada principalmente pela necessidade de coerência do discurso jurídico e da resolução saudável das lides sociais.

A Constituição vigente mais liberal é a norte-americana. Se mesmo no direito norte-americano a eficácia dos direitos fundamentais no Direito privado existe, ainda que pela doutrina artificial e casuística do *state action*¹⁷⁸, o que se pode concluir da Constituição Federal de 1988 que positiva os direitos fundamentais em bases sensivelmente distintas com a acolhida de um modelo conciliador dos direitos fundamentais.

III. Os argumentos jurídicos favoráveis a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a Constituição.

A argumentação jurídica favorável a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas ou entes privados é acolhida pela Constituição de 1988.

A hierarquia superior da Constituição de 1988 é também uma questão de lógica jurídica. Uma norma jurídica que regulamenta o procedimento de criação de outras normas jurídicas que nela buscará seu fundamento de validade, logicamente será dotada de hierarquicamente superior.

A Constituição Federal de 1988 expressamente atribui hierarquia normativa máxima a ela mesma. O art. 102, III, consagra positivamente a hierarquia normativa absoluta da Constituição¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Considera-se a doutrina do *state action* artificial e casuística pelo motivo da impossibilidade técnico-jurídico de equiparar algumas condutas privadas como ações estatais conforme feito pela Suprema Corte. Exemplifique-se com o precedente mais citado da doutrina do *state action* – *Shelley v. Kramer*. Como considerar tecnicamente válida a equiparação reputada pela Suprema Corte de conduta realizada por indivíduos que não possuíam nenhum vínculo específico com o Estado e nem exerciam qualquer função pública concretamente? Parece-nos, com licença dos entendimentos diversos, a inviabilidade de qualquer equiparação da ação privada como pública.

¹⁷⁹ “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Como norma jurídica e lei fundamental do ordenamento jurídico, a Constituição impõe deveres e consagra direitos obrigatórios, ou seja, é dotada de direta força normativa.

Na fidelidade dessas premissas (a hierarquia máxima e a força normativa), a Constituição naturalmente exerce influência sobre o restante do ordenamento jurídico. Noutras palavras, a Constituição em razão da sua natural força normativa e hierarquia privilegiada lança suas garras sobre os diversos ramos do Direito.

O Direito privado não pode sair ileso, imaculado de qualquer efeito da Constituição enquanto norma jurídica fundamental da comunidade política.

A coerência interna da ciência jurídica restaria comprometida com a manutenção dessa antiga lógica liberal de duplo ordenamento jurídico: o público, tendo a Constituição como norma fundamental, e o privado, tendo o Código Civil como norma central desse outro ordenamento jurídico privado. Tal raciocínio destrona a Constituição como norma jurídica fundamental da comunidade política e a rebaixa a mera função regulamentadora da organização do poder e das relações jurídicas entre o Estado e as pessoas privadas.

A Constituição Federal de 1988 é a Constituição de todos nós ou é a Constituição de nós contra o Estado? Noutros termos, a Constituição é guia, parâmetro último de todas as relações jurídicas independentemente dos sujeitos envolvidos?

Parece-nos, data vênua das posições diversas, que, sob pena admitirmos apenas uma supremacia formal e não material da Constituição, o Direito privado e as relações jurídicas correlatas devem ser influenciadas pelas regras e princípios constitucionais. A hierarquia constitucional e a força normativa da Constituição é também material e não apenas formal. A Lei Fundamental não é leite desnatado nem um corpo asséptico de princípios e regras constitucionais sem significado valorativo, a Carta Magna de 1988 tem primazia hierárquica e valor material superior, motivo pelo qual a Constituição é uma ordenação normativa plena, total, de aplicação cogente independente dos sujeitos envolvidos.

Firma-se, portanto, a conclusão que pela ideia de força normativa e da hierarquia jurídica máxima da Constituição, o Direito privado e as relações jurídicas privadas devem ser subordinadas pela Constituição Federal de 1988.

Outro argumento recorrente pelos adeptos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana. O contorno jurídico da dignidade humana foi

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

comentada no capítulo 3°. A dignidade humana consagra expressamente a dignidade humana como um dos seus fundamentos¹⁸⁰.

A dignidade humana como princípio fundamental da Carta Política não admitiria seu confinamento normativo apenas nas relações jurídicas travadas entre o Estado e os particulares. Como um princípio constitucional de exacerbada envergadura constitucional pode ser inaplicável nas relações particulares? O encarceramento do princípio da dignidade humana tão somente nas relações verticais constituiria a instalação perniciososa de uma dupla ética jurídico-social, tendo em vista que o respeito ao princípio da dignidade humana é condicionado pela presença dos sujeitos envolvidos.

A dignidade humana como princípio constitucional é dotado de força normativa e primazia hierárquica, razão pela qual como parte integrante do corpo do texto constitucional deve também exercer influência no Direito privado e nas relações jurídicas privadas.

A alegação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do dever estatal de tutela desses direitos também procede ante a Constituição de 1988.

Alguns artigos da Constituição indicam a orientação dos direitos fundamentais como normas objetivas¹⁸¹. Esses artigos da Constituição reforçam a posição da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, considerando que nenhum deles é voltado ao ser humano individualizado, pelo contrário são orientados principalmente como valores fundamentais da comunidade política organizada que a integralidade dos atos jurídicos, independentemente do sujeito que a realiza, devem respeitar obrigatoriamente.

A possibilidade de decretação de intervenção federal pelo desrespeito dos direitos fundamentais bem demonstra, a nosso juízo, a correção da tese da admissibilidade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais no direito nacional.

¹⁸⁰ “Art. 1°. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

¹⁸¹ Art. 1° A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

Art. 4° A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II – prevalência dos direitos humanos; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: b) direitos da pessoa humana.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II – propriedade privada; III – função social da privada; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

É lição corrente que a decretação de intervenção constitui medida excepcionalíssima nos Estados Federais, haja vista que a autonomia dos entes federados é afastada temporariamente. A intervenção federal realizada nessas bases não é direcionada ao amparo de algum sujeito específico, mas vulnera-se a autonomia federativa dos Estados-membros pelo valor objetivo dos direitos fundamentais. Um Estado-membro que possui uma administração que sistematicamente desrespeita os direitos humanos é indigna da manutenção dessa autonomia federativa. A autonomia federativa dos Estados-membros não autoriza o desrespeito dos direitos fundamentais.

A propósito:

“Ementa: - 1. Intervenção Federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado do Mato Grosso, para assegurar a observância dos “direitos da pessoa humana”, em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de “condição mínima”, no Estado, para “assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida”. Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 Km de Cuiabá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra “b”, e 36, III. 4. Representação que merece ser conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea “b”, da Constituição de 1988, quanto aos “direitos da pessoa humana”. Legitimidade ativa do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa “direitos da pessoa humana”, em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção Federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. 7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos atos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do Delegado de Polícia, para o prosseguimento das diligências e averiguações. 8. Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito. 9. Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a Polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à Polícia Civil de Mato Grosso. Autonomia do Estado-membro na organização dos serviços de justiça e segurança, de sua competência (Constituição, arts. 25, Parágrafo 1º, 125 e 144, Parágrafo 4º). 10. Representação conhecida mas julgada improcedente.

Decisão - Preliminarmente, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu do pedido de Intervenção Federal, vencidos os Ministros Celso de Mello e Moreira Alves; no mérito, o Tribunal por unanimidade indeferiu o pedido. (STF, IF n. 114/MT, Rel. Néri da Silveira. Pleno. 13/03/1991.

Mais claro ainda na Constituição Federal de 1988 é o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais¹⁸².

¹⁸² Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; X – concessão de asilo político.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Art. 14. Parágrafo 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana.

Art. 37. Parágrafo 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvados as respectivas ações de ressarcimento.

Art. 60. Parágrafo 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Parágrafo 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal, periódico; IV – os direitos e garantias individuais.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Não basta a Constituição enunciar direitos fundamentais com eloquência, fazer poesia no texto constitucional, é necessário garanti-los efetivamente. E no cumprimento dessa árdua tarefa a previsão e a imposição de sanção jurídica (civil, administrativa ou penal) é imprescindível. Tal conclusão pode causar espanto num País como o Brasil em que a ideia quase consensual é a desnecessidade e natural injustiça da aplicação de qualquer punição, notadamente as penas. A Constituição e o Direito Constitucional contemporâneo não admitem punições arbitrárias, razão pela qual proclama um rol extenso de direitos constitucionais-processuais, mas também não nutre uma adesão simpática com a impunidade.

Toda a temática de proteção internacional dos direitos humanos foi construída em boa medida como um mecanismo protetivo contra a impunidade generalizada, o que constitui um fator importante de reincidência na perpetuação das violações hediondas dos direitos humanos. Assim, essa foi a razão do Tribunal do Nuremberg e da criação do Tribunal Penal Internacional.

A Constituição Federal de 1988 possui impõe ao legislador mandamentos de punição de diversas condutas, justificada essa providência extrema pela relevância dos bens jurídicos em perigo (direitos fundamentais; tais como a vida, liberdade e patrimônio; regime democrático, probidade administrativa, meio ambiente etc).

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Parágrafo primeiro – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. Parágrafo 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. Parágrafo 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Parágrafo 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos fundamentais contra as abusivas investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)¹⁸³.

No entanto, o legislador dispõe de ampla margem de conformação sobre a intensidade e forma da intervenção estatal protetiva dos direitos fundamentais¹⁸⁴.

O desatendimento desse dever estatal de tutela dos direitos fundamentais implica, segundo parcela substancial da doutrina, violação ao princípio da proporcionalidade na versão da proteção deficiente.

Para Edílson Mougenot Bonfim:

“Por fim, a outra modalidade do princípio de proporcionalidade – esta praticamente desconhecida na doutrina e jurisprudência nacionais – é a da “proibição da proteção deficiente” ou princípio da proibição da infraproteção (*Untermassverbot*, dos alemães), pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível. Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição de excesso) – a chamada “proteção vertical”, na medida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de excesso) um anteparo constitucional contra o poder do Estado (verticalizando, portanto, de “cima para baixo”) – mas também uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros – “proteção horizontal” –, no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor “segurança”, garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor “justiça”, assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo princípio da proibição da infraproteção, toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade”¹⁸⁵.

Observe-se, então, que um tratamento legislativo mais rigoroso, em inúmeras hipóteses, constitui numa exigência constitucional, como a Lei de Improbidade Administrativa e a recente Lei da Ficha Limpa como diplomas legislativos mais vocacionados a tutela mais protetiva dos interesses constitucionais.

¹⁸³ Gilmar Ferreira Mendes, Curso de Direito Constitucional, p. 583. 2ed. Saraiva: 2008.

¹⁸⁴ Gilmar Ferreira Mendes, Curso de Direito Constitucional, p. 583. 2ed. Saraiva: 2008.

¹⁸⁵ Edílson Mougenot Bonfim, Curso de Processo Penal, p. 63. 4ed. Saraiva: 2009.

Edilson Mougenot Bonfim fornece um bom exemplo do eventual desrespeito ao proteção eficiente dos direitos fundamentais:

“Imaginemos uma hipótese de violação do princípio da proporcionalidade *in abstracto*. Assim, se o Poder Legislativo aprovasse uma lei e esta, sancionada, criasse tão grande número de recursos processuais penais que, na prática, tornasse inviável a aplicação do direito penal, tal lei seria inconstitucional por violação do princípio de proibição de infraproteção. Isso seria passível de demonstração empírica, ou seja, somando a quantidade de recursos possíveis, computado os prazos processuais, o tempo de tramitação etc., demonstrando-se que, ao final, o agente não seria punido, em face de certa prescrição ou outra causa de extinção de sua punibilidade. Da mesma forma, por exemplo, se nova lei processual penal suprimisse as hipóteses de prisão preventiva tendentes à garantia da ordem pública ou conveniência da instrução criminal. Destarte, não se poderia aceitar uma legislação processual que retirasse a proteção do cidadão ameaçado, por exemplo, por ser testemunha em um processo penal, e cuja garantia para tanto repousaria precipuamente na força e na possibilidade de custódia preventiva contra aquele que o ameaçava. Tal lei, se existente, constituiria flagrante violação do princípio de proporcionalidade na modalidade proibição de infraproteção, tornando-se inconstitucional, porquanto, a despeito da independência do Parlamento e do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, tal lei destituiria completamente os cidadãos, violando a Constituição Federal, que obriga o Estado à proteção de determinados bens e valores fundamentais.

Da mesma forma, um ato ou decisão judicial, para adequar-se em perfeita tipicidade processual constitucional, deve sempre atender ao princípio da proibição de excesso e ao princípio da proibição de infraproteção, pena de nulidade. Destarte, uma indevida prisão preventiva (violadora do princípio da dignidade humana, da liberdade, do estado de inocência), uma escuta telefônica sem razão de ser (violadora do princípio da dignidade humana, da intimidade etc.) violariam o princípio de proibição de excesso *in concreto*, acarretando a nulidade do ato processual. A rigor e conforme o compreendemos, tanto padecem de nulidade as decisões que violem um ou outro dos aspectos do princípio, ou seja, a proibição de excesso ou a proibição de infraproteção”¹⁸⁶.

Toda essa argumentação tem pertinência com o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Os argumentos pontuados no capítulo 3º formam uma corrente. Pela força normativa da Constituição e a sua primazia hierárquica, a dignidade humana assimila obrigatoriamente tais características. E com a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição e orientador de grande parte dos direitos fundamentais, acentua-

¹⁸⁶ Edilson Mougenot Bonfim, Curso de Processo Penal, p. 64-65. 2ed. Saraiva: 2009.

se a dimensão objetiva dos direitos humanos e, por consequência, a o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais.

Conclui-se, então, que a argumentação jurídica perfilhada pelos adeptos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito comparado é plenamente compatível com a Constituição Federal de 1988.

IV. O modelo de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas ou entes privados e a Constituição.

No recurso extraordinário n. 201.819-9/RJ¹⁸⁷, o Supremo Tribunal Federal debateu mais intensamente o tema da eficácia externa dos direitos fundamentais. Por um placar apertado (Min. Gilmar Mendes, Min. Joaquim Barbosa e Min. Celso de Mello votaram pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais e os Min. Carlos Velloso e

¹⁸⁷ 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 a autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir a revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III – Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relação 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, de 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. (STF, Recurso Extraordinário n. 201.819-9/RJ, Rel. Originária Min. Ellen Gracie. Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes).

Min. Ellen Gracie negaram a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgou pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A Ministra Ellen Gracie, relatora originária do processo, votou pela inaplicabilidade imediata dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no processo de exclusão de sócio da associação dos compositores (União Brasileira de Compositores). Para a Ministra Ellen Gracie:

“Entendo 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 eles.

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

Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se, o que justifica o provimento do recurso”¹⁸⁸.

A posição da Min. Ellen Gracie é do tradicional recorte da ciência jurídica em direito público e direito privado, no primeiro os direitos fundamentais são aplicáveis e enquanto no segundo, diante da paridade jurídica dos sujeitos envolvidos, os direitos fundamentais não guardam pertinência. Em apertada síntese, os direitos fundamentais são, coerente com a posição da Ministra, direitos de defesa das pessoas contra o Estado.

O Min. Gilmar Mendes, contudo, após longa exposição sobre as diversas teorias existentes da eficácia externa dos direitos fundamentais, assentou que:

¹⁸⁸ STF, RE n. 201. 819-9/RJ. Min. Gilmar Mendes, p. 05 (Contagem conforme o formato digital do acórdão). Fundamentação semelhante foi a professada pelo Min. Carlos Veloso “Ele fundamenta o recurso extraordinário no devido processo legal? Temos, no caso, a mesma doutrina que aplicamos quando se alega o descumprimento do devido processo legal. É que devido processo legal se exerce de conformidade com a lei. Ora, neste caso, exerce-se de conformidade com o Estatuto do clube a que ele aderiu. O novo Código Civil manda observar essas prescrições de defesa e a questão continua, entretanto, no âmbito infraconstitucional, ter-se-á, então, questão de ilegalidade se entender necessária esta interferência, esta defesa, nos termos do novo Código Civil. Questão infraconstitucional, portanto. (p. 53-54).

“Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares.

Tenho a preocupação de, tão somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

(...).

Destarte, considerando que a União Brasileira de Compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD, é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado.

Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar de espaço público ainda que não-estatal.

Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivam de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional.

Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF)”¹⁸⁹.

Por fim, merece também transcrição a posição esposada pelo Min. Joaquim Barbosa:

“De minha parte, a exemplo do Ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deve verificar-se em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo.

O fato é que, entre nós, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é consequência de diversos fatores, muitos deles observáveis na prática jurídica contemporânea, inclusive entre nós, o primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional – chamada “constitucionalização do direito privado”, mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas aquelas que há até bem pouco tempo

¹⁸⁹ Min. Gilmar Ferreira Mendes, STF, RE n. 201.819-9/RJ, p. 31 e 33.

se regiam exclusivamente pelo direito civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direitos público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional.

De fato, uma das consequências inelutáveis da aceitação quase universal da supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional como instrumento destinado a assegurá-lo reside no fato de que os direitos fundamentais, imperativo indeclinável de todas as democracias, não se concebem como limitações impostas única e exclusivamente ao Estado. Na Europa e até mesmo nos Estados Unidos, onde são feitos grandes esforços hermenêuticos visando à superação da doutrina da *state action*, as relações privadas não mais se acham inteiramente fora do alcance das limitações impostas pelos direitos fundamentais¹⁹⁰.

O Supremo Tribunal Federal nesse precedente aplicou a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, embora tímido na afirmação disso.

A principal crítica deve ser endereçada a inexistência da adoção expressa de qualquer teoria formulada no direito comparado ou mesmo o esboço de uma construção teórica inovadora ou mais sofisticada. É também função da Corte Constitucional o exercício do magistério teórico em determinados assuntos com o fim de evitar futuras decisões casuísticas e transmitir segurança jurídica aos juristas e cidadãos com uma interpretação reiterada e coerente do ordenamento jurídico positivo nacional.

Os votos vencedores dos Min. Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Melo não esclarecem qual a razão da aplicação da teoria direta nesse caso e futuramente a negativa em outros, uma vez que tanto os Min. Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa furtaram-se a explicitação de qual teoria encampam. O voto dos Min. Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, muito embora bem fundamentados na questão de conteúdo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, pecam na forma pois não afirmam qual a maneira pela qual os direitos fundamentais ingressam no Direito privado.

Sustenta esse trabalho que o modelo de eficácia dos direitos fundamentais mais consentâneo com o ordenamento jurídico nacional é um modelo preferencialmente mediato ou indireto.

A preocupação dos adeptos da teoria da eficácia horizontal indireta convenceu parcialmente. Não é a autonomia do Direito privado que corre perigo com uma aplicação direta indiscriminada dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas ou entes privados,

¹⁹⁰ Min. Joaquim Barbosa, STF, RE n. 201.819-9/RJ, p. 46-47.

na verdade, é a própria existência dele com relativa independência que sofre um risco fundado.

Uma aplicação geral da teoria da eficácia direta transforma os litígios privados em constitucionais e resolvidos pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, através dele toda lide poderia ser considerada constitucional e decidida pela ponderação judicial com o abandono completo da legislação privada.

O princípio da proporcionalidade e o método ponderativo tem sua validade e utilidade, contudo transformá-lo em solução irrestrita e generalizada das lides oriundas do Direito Privado implica numa profanação deste antagônica com o grau de liberdade negocial que os indivíduos legitimamente detém.

Ademais, cumpre reafirmar que a primeira ponderação do ordenamento jurídico é deferida ao legislador constitucional e, posteriormente, ao ordinário, sob pena de desrespeito ao princípio da separação de poderes. O legislador, vinculado que está aos direitos fundamentais pela dimensão objetiva desse e o dever estatal de tutela, tem o dever de considerar a relevância dos direitos fundamentais no exercício da atividade legiferante.

Quando cumpre tal missão adequadamente, a ponderação enceta pelo legislador impede a do magistrado. Se a lei ordinária do Direito privado é constitucional, significa que a ponderação realizada pelo legislador considerou a temática dos direitos fundamentais e, por consequência, a lide continua restrita ao Direito privado.

Qual a razão e o sentido da aplicação generalizada da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais quando a lei ordinária regulamentou a matéria e ponderou adequadamente a temática dos direitos fundamentais ou mesmo a legislação vigente possibilite uma interpretação consentânea com os direitos fundamentais? Aí, data vênias das eminentes posições antagônicas professadas por juristas de escol que merecem nosso respeito e reconhecimento pela qualidade e seriedade dos trabalhos efetuados, residiria uma visão excessivamente expansiva e dominadora da Constituição, uma vez que enxergaria na Lei Fundamental a vocação de regulamentação normativa final e não inacabada do ordenamento jurídico que depende da colaboração da legislação ordinária para otimizar com maior eficácia e clareza os princípios e regras constitucionais.

Uma coisa é a correção da assertiva que a toda legislação infraconstitucional positivada e suas controvérsias têm implicações constitucionais, outra totalmente diversa é considerá-la como lide tipicamente constitucional. Toda lide privada possui implicações constitucionais, tendo em vista que nenhuma controvérsia infraconstitucional é divorciada

totalmente de algum direito que repousa, em última análise, na Constituição. As ações judiciais de qualquer natureza discutem sempre um interesse em última análise reflexamente constitucional (liberdade, propriedade, honra etc), porém isso não transforma essas demandas em ações constitucionais e nem viabilizam a priori o exercício natural da jurisdição constitucional.

A aplicação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais ainda encontraria um óbice de ordem mais pragmática. A transformação do Supremo Tribunal Federal em um super órgão de revisão da jurisdição ordinária.

No Brasil, o rol de competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal é deveras extenso, o que não se coaduna com o perfil de uma Corte Constitucional. A mutação das lides privadas em constitucionais acarretaria esse indesejável efeito: a viabilidade de provocar o exercício banalizado da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no que implicaria na atribuição de outra competência jurisdicional a uma corte de justiça já inviabilizada em seu funcionamento pelo “oceano” de processos pendentes de julgamento.

Ademais, o Direito privado é cada vez mais sensível a importância dos direitos fundamentais¹⁹¹. Fala-se, inclusive, na personalização do direito privado e a eticidade do Código Civil de 2002¹⁹².

¹⁹¹ Código Civil: Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O foco da discussão sobre a qual a teoria mais correta de eficácia dos direitos fundamentais é, segundo entendemos e com as vênias de estilo, incorreta. A questão mais relevante é outra: O Direito privado e sua legislação vigente tutelam adequadamente os direitos fundamentais? Caso a resposta seja afirmativa, a teoria da eficácia indireta basta no amparo dos direitos fundamentais. Caso a resposta seja negativa, seja pela inconstitucionalidade da legislação vigente¹⁹³, seja pela inexistência de qualquer norma jurídica idônea a tutela dos direitos fundamentais, então a aplicação da teoria da eficácia imediata é válida como última alternativa na proteção dos direitos fundamentais¹⁹⁴. Por isso, denominamos de modelo preferencialmente mediato.

Conclusões

1. Os direitos fundamentais contemporaneamente possuem amplas dimensões (direitos civis e políticos, direitos sociais, direitos difusos e coletivos etc.) e a Constituição Federal de 1988 positiva essa concepção múltipla dos direitos fundamentais.

2. Os fundamentos jurídicos invocados pelos defensores da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (poderes sociais, dignidade humana, hierarquia normativa máxima da Constituição, dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o dever estatal de proteção dos

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

Art.113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua interpretação.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 1228. Parágrafo primeiro. 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.

¹⁹² Pablo Stolza Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo Curso de Direito Civil, v.1 p. 51. 10ed. Saraiva: 2008.

¹⁹³ Frise-se que a nossa posição, obviamente, admite o controle abstrato de constitucionalidade da legislação privada.

¹⁹⁴ A teoria da eficácia imediata ou direta teria aplicação em três hipóteses: inconstitucionalidade *in abstracto* da legislação privada, inexistência de norma jurídica apta na tutela dos direitos fundamentais e existência de norma constitucional que preveja o particular como diretamente vinculado aos direitos fundamentais, a exemplo dos direitos sociais.

direitos fundamentais) são respaldados numa interpretação lógica e sistemática da Constituição Federal de 1988.

3. O modelo, a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas mais consentânea com os princípios jurídicos consagrados pela Constituição Federal de 1988 é um modelo preferencialmente indireto ou mediato.

4. Diz-se preferencialmente o modelo indireto ou mediato pela aplicação, regra geral, da teoria da eficácia mediata ou indireta, salvo em três hipóteses: a inconstitucionalidade *in abstracto* da legislação privada, inexistência de norma jurídica apta na tutela dos direitos fundamentais e a existência de norma constitucional que preveja o particular como diretamente vinculado aos direitos fundamentais, a exemplo dos direitos sociais.

Bibliografia

Alexandre de Moraes. Direitos humanos fundamentais. 5ed. Atlas: 2003.

André Rufino do Vale. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Sergio Antonio Fabris Editor: 2004.

Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 25ed. Malheiros: 2008.

Daniel Sarmento, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ed. Lumen Juris: 2010.

Dalmo de Abreu Dallari. Elementos de Teoria Geral do Estado. 28ed. Saraiva: 2008.

Edílson Mougenot Bonfim. Curso de Processo Penal. 4ed. Saraiva: 2009.

Eugênio Facchini Neto. Reflexões históricas evolutivas sobre a constitucionalidade do direito privado – Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ed. Livraria do Advogado: 2010.

Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira, A Força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a Dignidade da pessoa humana – Temas de Direitos humanos, 3ed. Saraiva: 2009.

Flávio Tartuce, Manual de Direito Civil. Método: 2001.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Tratado de direito privado. Tomo III, 4ed. RT: 1974.

Gilmar Ferreira Mendes. Curso de Direito Constitucional. 2ed. Saraiva: 2008.

Gilmar Ferreira Mendes. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3ed. Saraiva: 2009.

Günter Dürig. Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Sérgio Antonio Fabris: 2012.

Hans Carl Nipperdey. Direitos fundamentais e Direito privado – textos clássicos. Sérgio Antonio Fabris Editor: 2012.

Hans Kelsen. Teoria pura do Direito. 7ed. Martins Fontes: 2006.

Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro. 34ed. Malheiros: 2008.

Ingo Wolfgang Sarlet. A Eficácia dos Direitos fundamentais. Livraria do Advogado: 2011

Konrad Hesse. A Força normativa da Constituição. Sérgio Antonio Fabris Editor: 1991.

Konrad Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Sérgio Antonio Fabris Editor: 1998.

José Carlos Vieira de Andrade. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4ed. Almedina: 2009.

Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. Renovar: 2001.

J.J. Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ed. Almedina: 2003.

Jorge Miranda. Curso de Direito Constitucional, Tomo IV. 4ed. Coimbra: 2008.

Jörg Neuner. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental - Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ed. Livraria do Advogado. 2010.

Luís Roberto Barroso. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ed. Saraiva: 2011.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior. Curso de Direito Constitucional. 14ed. Saraiva: 2010.

Marcelo Novelino. Direito Constitucional. 5ed. Método: 2011.

Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo – Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado. 3ed. Livraria do Advogado: 2010.

Miguel Reale. Lições Preliminares de Direito. 27ed. Saraiva: 2011.

Pablo Stolza Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil. 10ed. Saraiva: 2008.

Robert Alexy. Teoria dos direitos fundamentais. Malheiros: 2008.

Thiago Luís Santos Sombra. A Eficácia dos Direitos fundamentais nas relações privada. 2ed. Atlas: 2011.

Sahid Maluf. Teoria Geral do Estado. 30ed. Saraiva: 2010.

Valério de Oliveira Mazzuoli. Curso de Direito Internacional Público. 3ed. RT: 2009.

Virgílio Afonso da Silva. Direitos fundamentais. 2ed. Malheiros: 2010.

Wilson Steinmetz. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Malheiros: 2004.