

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO
PAULO
PUC-SP**

Luiz Eduardo de Toledo Coelho

Direitos e garantias fundamentais e as relações privadas

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

LUIZ EDUARDO DE TOLEDO COELHO

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AS
RELAÇÕES PRIVADAS**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação da Professora Livre Docente Maria Garcia

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

São Paulo

2010

Banca Examinadora

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

_____ São Paulo, de agosto de 2010

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, 'caput'), ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só opção: o respeito indeclinável à vida”¹

¹ Trecho do voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário de nº 194674, julgado em 24/05/1999.

Aos meus amados pais que tanto contribuíram na minha formação pessoal e profissional.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, local em que aprendi e aprendo todos os dias a conduzir as ferramentas da ciência jurídica.

AGRADECIMENTOS

O ato de agradecer é o ato mais nobre de um ser humano, mas, ao mesmo tempo, pode dar azo a prática de injustiças, eis que as pessoas que não são lembradas, muitas vezes, acreditam que isso foi descaso do autor, no meu caso, afirmo que não. A lembrança é uma questão momentânea, porém, a construção de um trabalho como o presente consumiu anos da minha vida, anos estes que convivi com todas as pessoas ao meu redor e todas, sem dúvida, foram imprescindíveis.

À Professora Maria Garcia que, desde a conclusão da minha graduação, tem sido um exemplo de vida a ser seguido. O contato com os grupos de estudos de direito constitucional, em especial, o GEC – Grupo de Estudos Constitucionais e NEDUC – Núcleo de Estudos Educacionais me fez entender e compreender o direito de outra maneira.

Aos meus pais e irmão, mais uma vez e sempre, Luiz Antonio Coelho, Rita Maria de Toledo Coelho e Luiz Antonio Coelho Filho, vocês são a minha família e as pessoas com as quais eu sempre poderei contar, neste trabalho tem muito do vosso esforço.

Aos meus colegas de faculdade aos quais agradeço nas pessoas do Professor André Borges de Carvalho Barros, Tatiana Feierabend Bourguignon Oliveira e Fernanda Amorin Sanna, a amizade de todos, desde 1998, facilitou a minha compreensão do direito e da amizade.

Aos meus familiares com os quais pude pouco conviver nesses últimos anos, em decorrência de compromissos profissionais e acadêmicos.

À Defensoria Pública do Estado de São Paulo que, durante um período desse trabalho, financiou o mesmo, seja mediante a aquisição de obras jurídicas, seja mediante o reembolso dos valores pagos.

Aos Defensores Públicos do Estado de São Paulo, pela luta na transformação da realidade social e mudança paradigmática que é aplicada todos os dias na assistência jurídica bandeirante.

Aos amigos que a vida me trouxe, conviver com todos me fez um ser humano melhor, mas em constante estado de aprimoramento.

RESUMO

O objetivo do trabalho consiste em analisar a questão da aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Brasileira às relações privadas. Isto é, admitir a incidência dos direitos fundamentais em relações jurídicas em que o Estado não está presente. Foi objeto de análise a doutrina e a jurisprudência. Ao final, buscou-se demonstrar que a relação estabelecida entre os particulares necessita dos direitos fundamentais tanto quanto as relações de direito público.

ABSTRACT

The goal of the essay consists in analysing the subject of the aplicability of the fundamental rights and guarantees of the Brazilian Constitution to the private relationships. Other words, to accept the incidence of such fundamental rights in juridic relationships where the State is not present. Doutrine and Jurisprudence were the topics of analysis. At the end, I tried to show that the established relationship between the private owned needs the fundamental rights as much as the public right relationships.

SUMÁRIO

Introdução

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.1 Direitos fundamentais, uma questão conceitual	15
1.2 Elementos indispensáveis à existência dos Direitos Fundamentais	17
1.3 Estrutura normativa dos Direitos Fundamentais	19
1.4 As características dos Direitos Fundamentais	23
1.5 Os perfis dos Direitos Fundamentais – perfil objetivo e perfil subjetivo	26
1.6 A questão das Gerações ou dimensões dos Direitos Fundamentais	29
2. REVENDO AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	
2.1 Histórico normativo, no Brasil, dos Direitos Fundamentais	33
3. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
3.1 A Hermenêutica clássica	37
3.2 A Hermenêutica Constitucional	39
3.3 A Hermenêutica Constitucional relacionada Aos direitos fundamentais.	40
4. RELAÇÕES PRIVADAS	
4.1 A autonomia da vontade e sua influência nos Direitos Fundamentais	43
4.2. Os contratos de adesão e a autonomia privada – uma nova visão	48
4.3 Efeitos Jurídicos dos Direitos Fundamentais na relação entre particulares	49
4.4. A inaplicabilidade dos Direitos Fundamentais às relações privadas. – Teoria da State Action	54
5. A APLICABILIDADE MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
5.1. O papel do juiz, como intermediário entre os Direitos Fundamentais e as relações privadas	65

5.2 O papel do legislador, como intermediário entre os Direitos Fundamentais e as relações privadas. 69

6. A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1 A aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais de defesa 78
6.2 A igualdade como um conceito jurídico básico à aplicabilidade dos Direitos Fundamentais 81

7. ESTUDO DE CASOS – a importância da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

7.1. O caso do *lancer de nain* 86
7.2. A exclusão de associado de uma cooperativa 88
7.3. O caso do funcionário da *Air France* 89

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como intuito analisar a aplicabilidade e a eficácia jurídica dos direitos fundamentais com referência às relações privadas.

Antes de adentrar ao tema específico, algumas considerações iniciais precisam ser colocadas, especialmente quando se trata do conceito de aplicabilidade e eficácia jurídica das normas constitucionais.

Alguns autores já trataram do tema de maneira pormenorizada, como é o caso do inovador José Horácio Meirelles Teixeira¹, passando-se pelo clássico José Afonso da Silva², além de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto³, Celso Antonio Bandeira de Mello⁴, Maria Helena Diniz⁵ e Luiz Roberto Barroso⁶, dentre outros.

Todos eles, apesar de terem posições diferenciadas a respeito do tema, apresentam um núcleo comum de análise e não tiveram como foco de estudo os direitos fundamentais. Destaca-se que os mais recentes, Maria Helena Diniz e o Luiz Roberto Barroso, mencionaram, ainda que de maneira breve, a referida questão.

A questão da aplicabilidade/eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ganhou relevância no direito contemporâneo em decorrência da modificação da forma de pensar o direito, agora entendido também como ferramenta de mudança social.

Uma visão equivocada a respeito do Estado que criou uma visão paternalista, permitiu que os indivíduos projetassem todos os seus sonhos e direitos em face dele e, todas as demandas individuais, sociais ou coletivas teriam um único responsável. É extrema de dúvidas que o mesmo não consegue suportar inteiramente a carga para qual foi demandado e, a sociedade precisa se organizar para que a vida da espécie humana seja possível de forma coletiva⁷.

¹ In Curso de Direito Constitucional, p. 320-1

² In A aplicabilidade das normas constitucionais.

³ In Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais, p 34

⁴ In RDP nº 57-58 (1981), p 233 e SS.

⁵ In Norma Constitucional e seus efeitos, p. 97 e ss

⁶ In O Direito Constitucional, p 91 e ss

⁷ Neste sentido, escreveu José Joaquim Gomes Canotilho: “A perplexidade que insinuamos está aqui: as angústias dos cidadãos se deslocarem para o próprio campo das relações jurídico- privadas, pois também ai parece registrarem-se momentos de crise quanto à garantia e defesa de direitos, liberdades e garantias. O próprio facto de a questão ser levantada já é um indício da chamada <<constitucionalização da ordem

Se, algum dia, alguém imaginou que Estado era o demandado universal, que lesava os particulares e os impedia de ter a plena e irrestrita liberdade e vivência dos seus direitos fundamentais, atualmente, é possível assegurar que não é só o Estado que agride/viola os direitos dos seres humanos. É no seio social, em que a igualdade de condições ainda não foi efetivamente realizada que também um ser humano viola os direitos fundamentais de outro ser humano⁸.

Assim sendo, além de enfrentar de maneira técnica a questão da aplicabilidade e eficácia jurídica das normas constitucionais, o presente trabalho pretende demonstrar a relevância e a importância da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações jurídicas travadas entre os particulares, tendo como motriz deste entendimento o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, pelo qual se estabelece que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

A determinação constitucional do dispositivo mencionado parece esclarecer que determinação é no sentido de que a aplicabilidade é direta e imediata dos direitos fundamentais relacionados às relações privadas. Contudo, ao longo do presente trabalho, pretende-se demonstrar que a questão, apesar da aparente clareza, ainda suscita debates e fomenta a insegurança jurídica contrária à paz social.

O trabalho se desenvolverá em capítulos sendo que o primeiro irá abordar o que são os direitos fundamentais, quais são suas características e seus papéis no ordenamento jurídico. O segundo capítulo irá analisar a evolução normativa constitucional de referidos direitos. O terceiro irá abordar a questão a hermenêutica constitucional e os

jurídica privada>>. Se no paradigma tradicional, o governo, em sentido amplo é erigido a vilão exclusivo do drama dos direitos, liberdades e garantias, agora procura-se saber se nos interstícios da liberdade intersubjetiva, se nos espaços disponíveis da autonomia contratual, se nas linhas horizontais das relações igualitárias jurídico-civis, alguém afivela a máscara do poder para impor ao seu parceiro contratual amputações, mais ou menos sutis, da esfera de proteção dos seus direitos fundamentais. Em termos mais chãos, mas possivelmente menos carregados de ruídos comunicativos: se, e em que medida, os direitos, liberdades e garantias possuem eficácia na ordem jurídico privada? O problema para alguns, não deve sequer colocar-se, sob pena de os direitos fundamentais se transformarem em << *joker* argumentativo>> contra os princípios básicos da autonomia privada” in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 pag 86

⁸ Sobre isso, Hannah Arendt diz: “Pode-se dizer que esse mal radical surgiu em relação a um sistema, no qual todos os homens se tornaram supérfluos. Os que manipulam esse sistema acreditam na própria superfluidade tanto quanto na de todos os outros, e os assassinos totalitários são os mais perigosos, porque não se importam se estão vivos ou mortos; se jamais viveram ou se nunca nasceram” in *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo, Companhia das Letras, 1999, p. 510

motivos que a diferem da hermenêutica jurídica comum. O quarto capítulo irá trazer o conceito das relações privadas e o princípio da autonomia da vontade. O quinto capítulo abordará uma das teorias a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais de forma mediata, o sexto capítulo tratará da aplicabilidade imediata e o capítulo final mencionará alguns casos específicos em que o tema foi enfrentado pelos tribunais, ao final, as conclusões do autor.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo trabalhará com os elementos indispensáveis à existência dos direitos fundamentais, com a sua estrutura normativa e com as suas características. O que se pretende é traçar um perfil claro e metodológico e, assim, permitir que seja compreendido o papel deles na ciência constitucional.

Ao final do capítulo será feita uma análise evolutiva dos direitos fundamentais associada à idéia clássica de gerações ou dimensões.

1.1 Direitos fundamentais, uma questão conceitual

A primeira análise que deve ser feita, de maneira introdutória, é a que diz respeito à questão terminológica que trata dos direitos fundamentais. Por vezes se cria a idéia de que direitos fundamentais e direitos humanos tratam de situações idênticas quando, de fato, isto não acontece.

A diferenciação entre tais conceitos, bem como de todos os elementos do mundo, é feita através da eleição de critérios para segregar uma categoria da outra. Cumpre destacar que é inviável distinguir tais direitos com base no destinatário dos mesmos, vez que este é, de fato, o ponto que os uni. Os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem como destinatários os seres humanos.

O primeiro aspecto que se considera válido para se distinguir um direito fundamental de um direito humano, tomando-se tal medida por critério doutrinário, é o aspecto espacial, ou seja, a sede em que os mesmos podem ser encontrados.

Como bem ressaltou Ingo Wolfgang Sarlet⁹, o local em que tais direitos podem ser encontrados é um marco diferencial de sua existência e, os direitos humanos, por este sentir, teriam a conotação de algo supranacional.

Ademais, há que se frisar que os direitos fundamentais, por estarem transcritos na carta constitucional são detentores da força normativa e cogente que a Constituição carrega ao passo que, por outro lado, os direitos humanos, que estão dispostos somente em diplomas internacionais não possuem este reconhecimento, ao menos, inicialmente. Logo, o segundo critério diferenciador seria a força normativa e cogente de cada um deles¹⁰.

Para quem adota uma linha positivista estrita, só seria possível mencionar a existência de direitos fundamentais, eis que positivados na norma, ao passo que os direitos humanos que não estivessem previstos no ordenamento interno ou nas formas de ratificação de tratados internacionais não existiriam.

Já para quem adota uma posição *jusnaturalista* a existência dos direitos humanos precede a existência do ordenamento escrito, este, por seu turno, só veio a explicitar algo que já existia¹¹.

Desta feita, no presente trabalho, se fará uso da visão estrita a respeito de direitos fundamentais, aqueles que estão positivados na Constituição e que possuem as características e os elementos que serão apresentados a seguir.

⁹ Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) in *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

¹⁰ NA – não se pode ignorar, neste aspecto, o teor do § 3º da Constituição Federal que, da seguinte maneira determina: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹¹ NA – Relevante analisar neste momento um trecho da obra de Fábio Konder Comparato que esclarece que a lei escrita teve relevante papel no reconhecimento dos direitos humanos: “ Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada” in *A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo. 6ª Edição. Saraiva, 2008 pag. 12.

1.2. Elementos indispensáveis à existência dos direitos fundamentais

Muitos autores¹², em uma nítida vontade de estabelecer um esboço histórico dos Direitos Fundamentais, tentam relacionar a criação e existência de tais direitos à eventos históricos marcantes.

Desde a Grécia antiga já havia idéias de cidadania, mas não se percebia a noção de ser individual, sendo que não se indagou, concretamente, sobre a existência de direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado e de seus agentes. Ao contrário, os pensadores gregos acreditavam que a personalidade humana somente podia se desenvolver se estivesse integrada e subordinada ao Poder Público.

Toda a produção histórica serviu como base para a elaboração do que hoje se consegue definir como direito fundamental do ser humano. Como exemplo histórico, se pode mencionar uma das falas de Antígona¹³, na clássica obra de mesmo nome em que ela pretende ver assegurado o legítimo direito de seu irmão a uma sepultura.

Essa característica de formação e o esforço hercúleo dos doutrinadores em traçar seu perfil histórico, derivam da própria natureza dos direitos fundamentais.

Ao contrário dos direitos civis clássicos, como a propriedade, os direitos fundamentais não possuem um conteúdo circunscrito e fechado, eles possuem um conteúdo aberto e em constante mutação e ampliação¹⁴.

¹² Entre eles, Marcos Vinícius Ribeiro, in Direitos Humanos e Fundamentais, 2ª edição, Editora Russell e Fábio Konder Comparato ” in A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo. 6ª Edição. Saraiva, 2008.

¹³ Basta a leitura de um trecho da peça teatral para se perceber que a questão dos direitos fundamentais era tratada de maneira transversa: Fala de Creonte- E apesar disso, tiveste a audácia de desobedecer a essa determinação? “Fala de Antígona – sim, porque não foi Júpiter que; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis” pag 30 Sófocles in Antígone, editora ebooks Brasil 2005. Pag 30.

¹⁴ Nesse sentido, Norberto Bobbio: “O elenco de direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no século XVIII, como a propriedade *sacre at inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito de não portar armas contra a própria vontade, ou

Dia a dia os direitos fundamentais se ampliam e se reduzem, em um movimento de alternância no tempo que, certamente, não terá fim. Trata-se de uma constante e perfeita evolução. A cada dia as demandas sociais se ampliam e os direitos fundamentais se expandem para acolher a vontade social.

De maneira científica, a tese que melhor se amolda aos interesses do presente trabalho é defendida por muitos autores¹⁵ e sustenta que a existência dos direitos fundamentais só é reconhecida se houver três elementos a) O Estado; b) O Indivíduo e c) Texto Normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos e indivíduos entre si.

Assim, não que se despreze as manifestações remotas dos direitos fundamentais¹⁶, mas, levando-se em conta os requisitos acima mencionados, os primeiros presságios dos referidos direitos só são percebidos no *Bill of Rights* de 1776, do Estado Norte Americano da Virgínia, nas dez primeiras emendas à Constituição da Filadélfia, de 1787 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A previsão normativa de tais direitos, obviamente, não foi suficiente para que todos os seres humanos tivessem os seus direitos fundamentais reconhecidos e conseguissem uma existência digna.

A existência do Estado e a previsão normativa são somente o substrato necessário para que os direitos fundamentais se desenvolvam e possam ser exigidos pelos particulares em todas as suas relações jurídicas.

A partir do momento em que houve normatização dos direitos ditos como fundamentais, em uma postura à frente do que se convencionou denominar direitos naturais, passou a ser possível que se exigisse de cada parte na relação jurídica o cumprimento e a satisfação dos direitos fundamentais.

o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e culturas” in *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Pag. 18

¹⁵ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins in *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo:Revista dos Tribunais. 2008.

¹⁶ NA – As manifestações a respeito de direitos humanos, com certeza, são bem mais remotas mas, aos que nos interessa, se quer tratar apenas dos direitos fundamentais reconhecidos em norma jurídica.

Assim, pode-se considerar, para que os direitos fundamentais existam no plano ideal, no mundo do dever-ser, há necessidade de existir um Estado, um indivíduo e uma norma jurídica, esta para regulamentar a relação.

Com o plano normativo satisfeito, ou seja, com a criação ideal dos direitos fundamentais, passou-se a deparar com outro problema, a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais, seja nas relações travadas entre o Estado e o ser humano, seja nas relações travadas entre ser humano e ser humano.

1.3. Estrutura normativa dos Direitos Fundamentais.

Se para que exista um direito fundamental é preciso que exista Estado, indivíduo e norma, o estudo da estrutura normativa dos direitos fundamentais se mostra como um problema preliminar ao enfrentamento da aplicabilidade e eficácia destes direitos.

O Estado e o indivíduo são elementos que não serão o foco do presente estudo, eis que são objeto de estudo dos mais variados operadores das ciências humanas e sociais.

Por outro lado, o estudo da estrutura normativa é algo que geralmente escapa ao estudo detalhado da maioria dos operadores e cientistas do direito, ainda mais quando se fala de normas de direitos fundamentais que não estão contidas no tradicional modelo normativo de conteúdo fechado dos modais deônticos (permitido, proibido e obrigatório)¹⁷.

As normas de direitos fundamentais são principiológicas e, no dizer de André Rufino do Vale¹⁸, possuem uma estrutura normativa de caráter extremamente lapidário e vazio, que dificulta a delimitação do seu âmbito de proteção e torna imprevisíveis as hipóteses de sua aplicação.

Sem dúvida que as normas de direitos fundamentais possuem um caráter aberto, impreciso e axiológico, pois são exatamente estas características que permitem a tais

¹⁷ NA - Para uma melhor compreensão dos modais deônticos, recomendamos de Lourival Vilanova: *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977

¹⁸ In *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, pag 1.

normas a flexibilidade necessária para estar, ao mesmo tempo, em uma relação jurídica de direito civil e de direito penal, de direito público e de direito privado.

Por serem carregadas de valores, as normas de direitos fundamentais permitem que o intérprete confunda, muitas vezes, critérios jurídicos de compreensão com critérios morais e ideológicos. A existência de um campo aberto permite a proliferação de teorias diametralmente opostas sobre um mesmo tema. Em respeito ao direito de liberdade de expressão, por exemplo, é possível se construir um número infinito de conseqüências.

Diferentemente das normas jurídicas comuns, que podem ser explicitadas como sendo um juízo hipotético condicional que se constrói na mente do agente após a leitura do texto legal, os direitos fundamentais, por terem caráter e formação principiológicos, comportam outra análise.

Quando da compreensão dos direitos fundamentais, o intérprete não pratica um juízo simples de subsunção do fato à norma, não é uma simples operação matemática que será realizada. O manuseio de tais direitos que estão postados no ápice do sistema jurídico e, por isso, projetam os seus conteúdos por todo o ordenamento, permite que eles sejam aplicados aos mais variados ramos do conhecimento jurídico. Ao contrário das demais normas que se aplicam a um grupo pequeno de casos concretos, os direitos fundamentais são construídos para serem aplicados a todos os casos, o que nos resta é solucionarmos uma questão precedente, qual seja, sabermos como e em qual intensidade ocorre a aplicação.

Fora isso, o caráter amplo e onipresente dos direitos fundamentais e as normas que os projetam no sistema jurídico, trazem ao intérprete duas dimensões relevantes. A primeira, uma dimensão subjetiva, voltada ao indivíduo, como se o direito fundamental fosse um escudo de proteção do indivíduo contra as violações que lhe são cometidas e, a segunda, uma dimensão objetiva, como se fosse uma meta, uma determinação que toda a sociedade deve cumprir sem poder se eximir deste dever.

Por isso que o estudo da aplicabilidade dos direitos fundamentais ganha contornos robustos. Para serem aplicados eles precisam ser compreendidos nessas duas dimensões, logo após a análise do conteúdo aberto de seus textos.

Salutar deixar claro, nesse momento, que o conteúdo aberto dos direitos fundamentais, em uma primeira análise, pode permitir que o intérprete faça uso de tais direitos como se fosse uma panacéia para todos os males e, sem dúvida, isso levaria a uma profunda insegurança no sistema jurídico.

Não se pode negar que a segurança jurídica é um valor supremo em todo Estado de Direito. Foi em busca de previsibilidade de sua conduta e das sanções que poderiam ser aplicadas à ela que o homem cedeu, e ainda cede, parte de sua autonomia privada para viver em sociedade.

A respeito do surgimento do Estado, seja na teoria contratualista, seja na teoria não contratualista, ele foi criado, primeiro como uma garantia para o indivíduo contra a barbárie praticada pelo próprio indivíduo, na célebre frase de Thomas Hobbes¹⁹, *o homem é o lobo do homem*, ou na passagem clássica de Rousseau²⁰, *o homem é bom, a sociedade o corrompe*, segundo como uma necessidade para impedir que o homem se degenerasse.

Com o tempo, viu-se que o Estado também poderia fazer uso de sua força constituída para lesar e abusar do próprio indivíduo e, neste aspecto, sem dúvida, os direitos fundamentais se transformaram em uma verdadeira barreira que o Estado não poderia transpor para atingir o patrimônio de direitos do ser humano.

Curioso é notar essa evolução. Em determinado momento, o Estado é criado e formado para evitar ou impedir a exploração do homem pelo homem, em um claro movimento histórico de fortalecimento da figura real em contra-ponto da figura descentralizada e pouco organizada dos feudos²¹, em outro momento, a própria figura estatal é vista como vilã e a solução de rompimento mostrou-se necessária na Revolução Francesa.

Obviamente que, em ambos os casos, a solução do problema e a qualidade de vida dos indivíduos menos favorecidos pouco mudou. Seja quando o rei saiu fortalecido na reconstrução de um Estado forte, seja quando a burguesia ascendeu ao poder, o ser humano excluído permaneceu excluído e, para o mesmo, pouco importava a real situação jurídica dos direitos fundamentais, eis que, para ele, certamente só se falava em

¹⁹ HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Martin Claret. 2002.

²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques *O Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret. 2002

²¹ NA- Esses comentários se aplicam à Europa Continental, é inegável que outras partes do mundo tiveram um desenvolvimento diferenciado.

deveres, seus direitos dependiam de uma necessária evolução social e, principalmente, de uma mudança de classe social.

A grande luta que sempre esteve presente na conformação do Estado foi a de que o indivíduo pudesse exercer sua autonomia, com o ideal de, sendo autônomo, ser capaz de exercer suas escolhas e, com isso, afastar-se do caminho do abuso e viver em uma sociedade equilibrada e, principalmente, feliz²².

A experiência histórica nos mostrou que na evolução do Estado, antes teocêntrico e absolutista, posteriormente Liberal e de Direito Burguês²³, logo após Social²⁴, até o Estado neoliberal, a situação dos excluídos nunca foi alterada²⁵.

Ainda que o constituinte pátrio não tenha feito uma opção clara a respeito do modelo de Estado a ser seguido, é seguro afirmar que em nosso país valores sociais convivem com valores liberais²⁶ e que, mesmo assim, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, esculpidos no artigo 3º²⁷, ainda não foram alcançados.

No Estado Teocêntrico²⁸ e no Monárquico, a maioria da população viu-se alijada de seus direitos por não pertencer à classe dominante, no Estado Liberal, a aparente

²² Aristóteles in *Ética a Nicomaco*, pag. 9 assim esclarece: “...torna a vida desejável por não ser carente de nada. E é desse modo que entendemos a felicidade; além disso, a consideramos a mais desejável de todas as coisas, e não como um bem entre outros, pois, em caso contrário, é evidente que ela se tornaria mais desejável mediante a adição até do menor bem que fosse, uma vez que desta adição resultaria um bem maior, e quando se trata de bens, é sempre mais desejável o maior. Assim, a felicidade é algo absoluto e auto-suficiente, e a finalidade da ação.”

²³ O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem, contida na Constituição francesa de 03 set. 1791, reza: “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição”.

²⁴ Estado que tem por objetivo garantir condições mínimas de alimentação, saúde, habitação, educação, que devem ser assegurados a todos os indivíduos não como bem-estar estatal, mas como direito político inerente ao ser-indivíduo

²⁵ NA – Sem dúvida que o transcorrer dos anos e a evolução da espécie humana trouxe avanços. A construção do Estado democrático de direito trouxe conquistas que serão colhidas ano após ano.

²⁶ A previsão da função social da propriedade (artigo 5º XXIII - a propriedade atenderá a sua função social), por exemplo, convive com o primado da livre iniciativa (artigo 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)

²⁷ – 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.

²⁸ Paulo Bonavides esclarece: “Entre as civilizações do Oriente, representou a religião o princípio absoluto ao redor do qual se processava a rotação de todas as idéias. Na idade mística, que o positivismo nomeia de estado teológico, o pensamento sobre as origens e fins divinos do homem e da natureza envolvia a própria filosofia, que se enlaçava, assim, com a religião, em completa sujeição a esta. A idéia de Estado não poderia ser, de conseqüente, autônoma. In *Teoria do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 1995 pag 26.

liberdade, oriunda da autonomia privada, simplesmente mudou o senhor do indivíduo; se ele antes servia aos interesses do monarca, agora ele serve aos interesses do burguês proprietário. No Estado Social, chegou-se à conclusão de que a previsão normativa não foi suficiente e o Estado não pôde ser visto como o responsável pelas demandas sociais. Por fim, na atualidade, constata-se a necessidade de se conjugar as necessidades sociais com a demanda libertária da autonomia da vontade.

Pois bem, é exatamente esse ponto que passaremos a enfrentar, deixando de lado a análise da Teoria Geral do Estado, para aprofundar dois conceitos cruciais para o desenvolvimento do trabalho, a coexistência da convivência da autonomia da vontade e os direitos fundamentais de todos os seres humanos.

1.4. As características dos Direitos Fundamentais

Preliminarmente, cumpre ressaltar que toda a divisão doutrinária das características dos direitos fundamentais levou como critério de diferenciação uma relação vertical entre o Estado e o indivíduo.

Por terem sido moldadas em uma relação de supremacia do Estado frente ao particular e, por serem os direitos fundamentais verdadeiros escudos do indivíduo em face do ente estatal, as características a seguir expostas terão de ser formatadas para que as mesmas se apliquem ou não às relações travadas entre particulares de caráter aparentemente horizontal.

Nesse sentido, já ressaltou Virgílio Afonso da Silva²⁹:

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

²⁹ In *A constitucionalização do direito*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2005 pag. 51

De toda a sorte, as características tradicionais dos direitos fundamentais foram traçadas pela doutrina como sendo as seguintes:

1. Universalidade – Os direitos fundamentais seriam portadores de uma característica que os faria acessíveis a todos os seres humanos. Tal premissa é verdadeira se analisarmos o direito à vida, contudo, conforme ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco³⁰, tal característica deve ser analisada com parcimônia, eis que não está presente em todos os direitos fundamentais com a mesma intensidade.

2. Absolutismo – Segundo esta característica, os direitos fundamentais seriam absolutos por estarem situados no patamar máximo da hierarquia jurídica e de não serem passíveis de qualquer tipo de restrição, mas, com base na teoria da ponderação chegou-se à conclusão que, em decorrência da necessidade de convivência recíproca de direitos, nada mais seria absoluto. Neste sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco³¹:

“Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. Tornou-se voz corrente em nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.”

3. Historicidade – inegável, por outro lado, a característica histórica dos direitos fundamentais, trata-se de um componente que demonstra o quanto os direitos fundamentais evoluíram ao longo dos anos³².

4. Inalienabilidade/ indisponibilidade – ao se mencionar que algo é inalienável, afirma-se que tal bem ou condição não pode ser objeto de venda e compra, renúncia ou doação,

³⁰ “O traço da universalidade deve ser compreendido em termos. Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira de direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida -, mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo” In *Curso de direito Constitucional* – pag. 274

³¹ In *Curso de direito Constitucional* – pag. 274

³² ...”nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder: remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor...” Norberto Bobbio - *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pag 6.

trata-se de algo alheio à atividade empresarial. Esta característica é objeto de algum tipo de resistência para os defensores da eficácia horizontal ou aplicabilidade entre os particulares. Se os direitos fundamentais são inalienáveis de maneira absoluta, como dois indivíduos, titulares dos mesmos direitos irão confrontá-los? Nem todos os direitos fundamentais teriam esta característica, apenas os ligados à autodeterminação do ser humano (à vida, à saúde, à integridade física, à liberdade ideológica e religiosa, à liberdade de expressão e ao direito de reunião).

Para que a tese que sustenta a colisão com a respectiva ponderação entre direitos fundamentais tenha existência lógica é preciso que se compreenda que os mesmos não são, de maneira inflexível, inalienáveis e indisponíveis. Por vezes, o direito fundamental de alguém irá ceder ou reduzir em face do direito fundamental de outra pessoa.

Todas essas características que são discutidas na doutrina pátria não chegam ao cerne da questão discutida por Gregorio Robles em sua obra “*Dos Derechos fundamentales y La ética em La sociedade actual*”³³.

Para o autor citado, a questão dos direitos fundamentais, vista como uma busca pela felicidade pode ensejar em equívocos e a visão de que o indivíduo só comporta direitos. O correto, posição com a qual concordamos, é fazer uso da ótica da responsabilidade, da solidariedade e da universalidade.

O titular dos direitos fundamentais não é simplesmente um titular de direitos, pois a sua titularidade convive com a titularidade de outros seres humanos e, por isso, antes de exercer um direito é preciso analisar quais as conseqüências para toda a sociedade.

Pois bem, tecidas considerações a respeito da estrutura normativa dos direitos fundamentais e, vistos algumas de suas características é possível se analisar, aos olhos da doutrina, dois perfis dos referidos direitos, o objetivo e o subjetivo, a seguir expostos.

1.5. Os perfis dos direitos fundamentais – perfil objetivo e perfil subjetivo.

³³ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales y la ética em la sociedade actual*. 1ª ed. Madrid: Cívitas. 1997

Os direitos fundamentais, aos olhos da doutrina especializada, comportam duas vertentes, eles podem ser considerados tanto direitos subjetivos individuais, como elementos objetivos de uma sociedade.

O perfil subjetivo dos direitos fundamentais é o que já foi há mais tempo debatido na doutrina. Robert Alexy³⁴ afirma que, apesar das profundas discussões, ainda não se chegou a um consenso a respeito de tal tema:

“A despeito de sua considerável longevidade e de intensos e amplos esforços, a discussão sobre o conceito de direito subjetivo não caminhou na direção de um consenso.”

De toda sorte, o mesmo autor separa tal perfil conforme os problemas, ele fez três grupos de relações dos direitos subjetivos, a saber: os problemas de ordem normativa, os problemas de ordem empírica e os problemas de ordem analítica.

Os problemas de ordem normativa são divididos em dois grupos, os de ordem ético-filosófica e os de ordem jurídico-dogmáticas. O primeiro grupo está dividido nas questões que dizem respeito a uma análise dos direitos fundamentais dissociada da idéia de validade³⁵, ou seja, o direito existe sem estar conectado à idéia de sistema, ele existe por existir. Em uma visão de que o direito seria aquilo que alguém possui enquanto pessoa e que as outras pessoas precisam respeitar. O segundo grupo, dos problemas de ordem jurídico-dogmáticas, dizem respeito ao clássico problema de validade das normas

³⁴ Robert Alexy . *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo:Malheiros Editora. 2008 pag 180.

³⁵ Da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr se extrai o seguinte ensinamento “*Na verdade esta questão pode ser percebida pela oposição entre os que chamaríamos de modos de validação do direito. Embora o conceito de validade jurídica conheça muitas interpretações, a predominância do positivismo analítico tem levado o jurista a encarar a questão da validade como um conceito de vigência. Neste sentido, a lição de Kelsen, ainda que não expressamente, é aceita pela maior parte dos tratadistas, mormente no direito público. A validade é, assim, reconhecida como uma relação entre uma norma dada e a conformidade a preceitos superiores que determinam o seu estabelecimento. Esta noção, tão simples no seu enunciado, esconde, a nosso ver, dois processos que se cruzam de forma nem sempre coordenada. Para entendê-los, porém, é preciso redefinir a noção de validade em termos que chamaríamos de pragmáticos, isto é, que dizem respeito às interações entre o emissor e o receptor das normas...*” “*...neste contexto, diríamos que uma norma é válida na medida que seu editor consegue manter-se como autoridade perante o sujeito, i. é, na medida em que se imuniza contra eventuais desconfirmações. Juridicamente, esta imunização se obtém através de outra norma que por sua vez a obtém de outra, significando isto que a validade é uma relação de imunização dentro de um ordenamento. A imunização, entretanto, é obtida através de duas diferentes técnicas de validação que denominaremos técnica finalista e técnica condicional*” in *Teoria da Norma Jurídica*, Rio: Forense, 1978 p. 109

jurídicas, dentro de um conceito de que só é válida a norma que pertence ao sistema e só pertence àquilo que respeita às regras preestabelecidas.

Os problemas de ordem empírica, por seu turno, se justificam, em maior intensidade, se o direito for visto em consonância como a Teoria Tridimensional do Direito³⁶, neste caso, empiricamente é relevante saber as questões atinentes ao surgimento de tais direitos, a história e o conceito deles e, principalmente, a sua função social.

Os problemas de ordem analítica passam perto de uma visão de classificação dos direitos, deixando claro que a classificação deve ser, necessariamente, útil. O ato ou efeito de classificar, nada mais é que o ato de separar institutos que são vistos da mesma forma utilizando-se, na referida separação, um critério de discriminação.

Já o perfil objetivo extravasa as linhas do indivíduo, suas questões éticas, a questão da classificação e tudo mais, o perfil objetivo é, sem dúvida, o que fornece o elemento desconhecido para os direitos fundamentais.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o perfil objetivo dos direitos fundamentais assenta-se na constatação de que eles não se limitam à única função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Estado, mas que, também, irradiam valores e fornecem diretrizes a toda sociedade.

Segundo ressalta Ingo Wolfgang Sarlet³⁷, o perfil objetivo dos direitos fundamentais começou a ser discutido com a Lei Fundamental de 1949 e a celebre decisão a respeito é a do caso *Lüth*, um dos casos conhecidos como o mais famoso do constitucionalismo alemão pós-guerra.

O caso trata basicamente de uma briga civil entre dois indivíduos, de um lado Veit Harlan e do outro Eric Lüth. Veit Harlan foi um cineasta que, durante o período do nazismo, deu origem a filmes que divulgavam as idéias anti-semitas e, no pós-guerra, lançou outro filme, sem o conteúdo anti-semita de nome *Amada Imortal*.

Eric Lüth, então presidente do clube de imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo, conclamou os alemães “decentes” a boicotar o filme lançado por Harlan,

³⁶ Na visão de Miguel Reale, o direito é visto em três dimensões, fato, valor e norma. in *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

³⁷ In *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007 pag. 170

este, por sua vez, ingressou com uma ação judicial para reconhecer que Lüth violava o Código Civil Alemão, sob o fundamento básico de que quem causa um dano deve indenizar e, principalmente, cessar o ato danoso. Harlan sagrou-se vencedor nas vias ordinárias.

Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento e, ao decidir o caso, o tribunal basicamente esclareceu e sedimentou julgados anteriores no sentido de reconhecer a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos. Ao final, Lüth sagrou-se vencedor.

Compreender que os direitos fundamentais comportam, além da clássica dimensão subjetiva, a dimensão objetiva importa dizer que ao contrário de muitos direitos, os fundamentais possuem algo a mais, como se fosse um acréscimo ao que todos os direitos possuem. Enquanto os direitos tradicionais apenas reservam situações jurídicas aos seus titulares, os direitos fundamentais vão além, implicam em determinações a toda a sociedade.

A perspectiva objetiva nos força a superar a dimensão individual dos direitos fundamentais e passar a compreendê-los como ponto de vista da sociedade, já que cuidam de valores e finalidades que esta deve obter.

A faceta objetiva dos direitos fundamentais, de maneira sintética, se presta a uma determinação prévia que obriga o Poder Público³⁸ a atuar de acordo com os preceitos neles estabelecidos. A função objetiva também se aplica a todo e qualquer intérprete da Constituição, pois é algo que está contido nos níveis de pré-aplicabilidade.

Por isso, concordamos com Ingo Wolfgang Sarlet, que ressalta a faceta objetiva dos direitos fundamentais e os transforma em direitos transindividuais.³⁹

³⁸ Tal determinação se aproxima ao conteúdo de constituição dirigente de Canotilho. O ideal de constitucionalismo dirigente constitui numa construção interpretativa que defende a superação de normas meramente programáticas e a relevância dos princípios e da instrumentalidade e materialidade da constituição. In *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas Constitucionais Programáticas*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, pag 487.

³⁹ “é neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalecente, mas também que, de certa forma, contribui para limitação do conteúdo e do alcance dos direitos

1.6. A questão das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais

A visão histórica a respeito dos direitos fundamentais obriga que o estudo abranja um tema que é consagrado na doutrina nacional, a questão das gerações/dimensões dos direitos fundamentais.

Toda a construção teve início, segundo Paulo Bonavides, na lição de Karel Vazak, na aula inaugural de 1979, dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo⁴⁰.

A expressão *gerações de direitos humanos* acabou sendo consagrada inicialmente na doutrina, em especial pela associação com os ideais da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade.

Dessa forma, restou feita a seguinte associação, os direitos fundamentais de primeira geração seriam os ligados à liberdade, a saber, os direitos civis e políticos, em uma visão inicial, comportariam verdadeiros obstáculos contra qualquer agressor que pretendesse ofender o direito fundamental do ser humano, seria, por assim dizer, uma regra proibitiva que importaria em um não fazer por parte do opositor aos direitos fundamentais.

A igualdade estaria associada à idéia de segunda geração dos direitos fundamentais e, no dizer de Paulo Bonavides⁴¹:

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

Opera-se, neste sentir, como se o ser humano ideal tivesse nascido e, para que a sua existência humana seja possível, seu primeiro anseio é a liberdade. Após tal conquista,

fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes.” In *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007 pag. 171.

⁴⁰ in *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2010 pag 563

⁴¹ *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2010. Pag 564

ele passa a almejar a igualdade e, como esta não bastará a sua perfeita inserção no seio da sociedade, haverá de existir a fraternidade.

Na verdade, Norberto Bobbio explicita que os direitos fundamentais são expansíveis e apresentarão crescimento em consonância com o desenvolvimento da sociedade.⁴²

Em retorno ao tema igualdade, pode-se afirmar que esta, no prisma formal, é algo simples e fácil de ser defendido, mas o difícil é visualizar a igualdade material. Há a necessidade que se vista, nas palavras de J. Rawls⁴³, o véu da ignorância para que se torne possível ao menos, em tese, que as partes ao não saberem como são e nem como as várias alternativas vão afetar a sua situação concreta, são obrigadas a avaliar os princípios apenas com base em considerações gerais. Assim, ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou estatuto social, também não é conhecida a fortuna ou a distribuição de talentos naturais ou capacidades, a inteligência, a força. Ninguém conhece a sua concepção do bem, os pormenores do seu projeto de vida ou sequer as suas características psicológicas especiais, como a aversão ao risco ou a tendência para o otimismo ou pessimismo. Por desconhecer essas peculiaridades, os seres humanos que trajarem o véu, poderão, quem sabe, se tratar de maneira mais digna e justa.

Pois bem, as ficções da liberdade e da igualdade foram introduzidas no circuito dos direitos fundamentais e os seres humanos, apesar de serem tidos como livres e iguais, ainda sofriam as mazelas do amplo liberalismo. A fraternidade precisou e precisa ser exercida para que se possa ter um melhor convívio social.

Nesse aspecto, surge a terceira geração de direitos fundamentais, associada à idéia de uma sociedade fraterna e em defesa do desenvolvimento, do meio-ambiente sadio, da

⁴² Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo propetor. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pag 7.

⁴³ *Justiça como equidade - Uma Reformulação*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003

paz⁴⁴, do direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e do direito de comunicação⁴⁵.

Em sucessão ao que se fez na associação entre os direitos fundamentais, na doutrina especializada, surgiu a quarta geração de direitos fundamentais, ou seja, os direitos ligados à existência democrática, que podem ser sintetizados no direito ao pluralismo, à diversidade e à informação. Sem dúvidas, essa nova geração diz respeito, também, à universalização dos direitos humanos, em uma corrente oposta ao regionalismo jurídico, sem se afastar do poder de autodeterminação dos povos.

Para encerrar a discussão a respeito das gerações dos direitos fundamentais, é preciso registrar que a nomenclatura mais clássica se utiliza do termo *gerações* e a mais contemporânea socorre-se da nomenclatura *dimensões*, de uma ou de outra, o importante é registrar que seja no uso da primeira expressão, seja no uso da segunda, em ambos os casos, o que consta como mais relevante é o fato de que uma geração/dimensão não exclui a outra e sim complementa, em respeito às características básicas dos direitos fundamentais.

⁴⁴ No que se refere ao direito à paz, como sendo um direito fundamental de terceira geração, há que se mencionar que o Paulo Bonavides, com fundamento em outros doutrinadores, ressaltou a necessidade de situar este direito em uma quinta geração dada a sua importância e ao seu esquecimento no bojo da terceira geração. O direito à paz é um direito que se agiganta em uma sociedade multidisciplinar e, principalmente, que está disposta a aceitar as diferenças escolhidas de cada ser humano. In Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2010.

⁴⁵ A questão que envolve a paz é tão relevante que já foi objeto de uma declaração firmada pela ONU que possui o seguinte conteúdo: Declaração sobre o direito dos povos à paz Adotada pela Assembléia Geral em sua resolução 39/11, de 12 de novembro de 1984. A Assembléia Geral, Reafirmando que o propósito principal das Nações Unidas é a manutenção da Paz e da segurança internacional, Tendo presente os princípios fundamentais do direito internacional estabelecidos na Carta das Nações Unidas, Expressando a vontade e as aspirações de todos os povos de eliminar a guerra da vida da humanidade e, especialmente, de prevenir uma catástrofe nuclear mundial, Convencida de que uma vida sem guerras constitui no plano internacional o primeiro requisito para o bem estar material, o florescimento e o progresso dos países e a realização total dos direitos e das liberdades fundamentais do homem proclamados pelas Nações Unidas, Consciente de que na era nuclear o estabelecimento de uma paz duradoura sobre a Terra constitui a condição primordial para preservar a civilização humana e a sua existência, Reconhecendo que garantir que os povos vivam em paz é o sagrado dever de todos os Estados, 1. Proclama solenemente que os povos de nosso planeta têm o direito sagrado à Paz; 2. Declara solenemente que proteger o direito dos povos à paz e promover sua realização é uma obrigação fundamental de todo Estado; 3. Reitera que para assegurar o exercício do direito dos povos à Paz é necessário que a política dos Estados esteja orientada para a eliminação da ameaça de guerra, especialmente da guerra nuclear, à renúncia do uso da força nas relações internacionais e ao acordo pacífico das controvérsias internacionais por meios pacíficos de acordo com a Carta das Nações Unidas; 4. Convoca a todos os Estados e a todas as organizações internacionais para que contribuam com todos os meios para assegurar o exercício do direito dos povos à paz mediante a adoção de medidas pertinentes nos planos nacional e internacional.

Por fim, deve-se destacar que não compactuamos do entendimento defendido na doutrina de que a Constituição de 1988 trouxe um excesso de direitos fundamentais⁴⁶ o que poderia levar a uma hierarquização dos mesmos, com direitos mais fundamentais do que outros. A Constituição de 1988 é o fruto de um longo período antidemocrático e o anseio e a luta pela constitucionalização de direitos e garantias fundamentais era muito intensa, talvez, se fosse editada hoje, a Carta em questão tivesse outra redação.⁴⁷

⁴⁶ Neste aspecto, é importante o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho in Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009 pag. 298 “Ou seja, A Carta de 1988 explicita numerosíssimos direitos “fundamentais”, muitíssimos mais do que as anteriores e mesmo que as estrangeiras. Basta lembrar que, se a Constituição Alemã enuncia cerca de vinte e poucos direitos fundamentais, o artigo 153 da emenda 1/69 arrolava cerca de trinta e cinco direitos e garantias e o artigo 5º da atual enumera pelo menos setenta e seis, afora os nove ou dez do artigo 6º, afora os que se depreendem do artigo 150 relativos à matéria tributária, afora o direito ao meio ambiente, o direito à comunicação social, portanto, cerca de uma centena, se se considerar que vários dos itens do artigo 5º consagram mais de um direito ou garantia. Quer dizer, três vezes mais do que o texto brasileiro anterior, cinco vezes mais que a Declaração alemã. Há, portanto, na Carta vigente uma “inflação” de direitos fundamentais.”

⁴⁷ NA - Daí o porquê a Constituição deve ser constituída por conceitos que sejam passíveis de serem compreendidos de maneira diferente ao longo do tempo. A missão é estabelecer conceitos capazes de acompanharem a evolução social sem a necessidade de se alterar o texto introdutor de normas.

2. REVENDO AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

No presente capítulo o objetivo foi detalhar como cada Constituição Brasileira tratou do tema objeto do presente trabalho e, com isso, ser capaz de demonstrar que a Constituição de 1988 estabeleceu um novo paradigma na compreensão e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

2.1. Histórico normativo dos direitos fundamentais no Brasil.

É preciso que se analise o histórico normativo dos direitos fundamentais no Brasil para que, com isso, se possa entender a amplitude que se deu a tais direitos na Constituição Federal de 1988 e compreender as conquistas que vieram com o tempo e foram capazes de construir uma lógica diversa da lógica civilista.

Em 1824, a Constituição do Império, que foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I, após a elaboração de um anteprojeto malsucedido que culminou na dissolução da Assembléia Constituinte no dia 12 de novembro de 1823⁴⁸, tinha como característica principal a existência do Poder Moderador, bem como a exigência de recursos financeiros para que o eleitor pudesse votar, em uma nítida separação entre eleitor e ser humano.

Naquela Constituição os direitos fundamentais se limitavam aos direitos de liberdade⁴⁹, mas já houve previsões interessantes, como, por exemplo, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e a liberdade de locomoção. De todos os incisos, merece destaque o inciso XXXII, que estabelece que a educação primária é gratuita a todos os indivíduos,

⁴⁸ Conforme esclarece Pedro Calmon in *História do Brasil*: 1ª Edição, Volume 5. Rio de Janeiro. Editora José Olympio. 1959. Pag 1525

⁴⁹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica. III. A sua disposição não terá effeito retroactivo. IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. V. Ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica (...) XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

sem dúvida um notável avanço em um País permeado de analfabetos e que conviveu anos com a escravidão.

A Constituição de 1891⁵⁰, a primeira Constituição da República, com viés nitidamente liberal, teve um capítulo de declaração de direitos, que equiparou indivíduos brasileiros com estrangeiros residentes no País e assegurou a aposentadoria aos funcionários públicos.

A Constituição de 1934⁵¹, com caráter social oriundo da Europa continental e após a Revolução Constitucionalista de 1932, trouxe alguns avanços especialmente no que se refere à subsistência do ser humano em uma mensagem que pode ser relacionada ao mínimo necessário à sobrevivência da espécie. Destaca-se que passaram a figurar na Constituição alguns direitos que merecem destaque, a saber: o dever do Estado de amparar os necessitados, o princípio da duração razoável do processo, o direito à sindicalização e um rol de direitos trabalhistas.

A Constituição de 1937⁵², mencionada Polaca⁵³, elaborada em pleno regime ditatorial de Getúlio Vargas, assegura alguns direitos ligados à liberdade, segurança e

50 Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho. § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos. § 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública. § 19 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. § 20 - Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial. § 21 - Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra. Art. 75 - A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

51 Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 34) A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência. 35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.

52 Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios: a) a imprensa exerce uma função de caráter público; b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei; c) é

propriedade, mas, de forma inegável, trouxe retrocessos no que se refere à liberdade de imprensa. Houve a previsão de direitos trabalhistas e ampliação do sistema educacional e de saúde.

Com a redemocratização e com o final da Segunda Grande Guerra, veio à lume a Constituição de 1946 que, segundo alguns, foi a mais garantista de todas, ampliou os direitos trabalhistas, garantiu direito à vida, à liberdade e à propriedade, mas, sem dúvida, trouxe a obrigação da União no que se refere ao direito à saúde e determinou percentuais obrigatórios que deveriam ser investidos no ensino⁵⁴.

O texto de 1967 manteve, basicamente, os direitos consagrados nas constituições anteriores e trouxe, no § 1º do artigo 158, algo inovador, a previsão do que se convencionou chamar como o precedente normativo do hoje debatido princípio da reserva do possível.⁵⁵

Por fim, a Constituição de 1988, criada após o regime militar, trouxe um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, houve a mudança topográfica dos artigos relacionados aos direitos fundamentais, pois foram alçados ao início da Constituição.

A saúde e a educação foram tratados como *prioridade e dever* do Estado. Ambos ganharam o caráter universal, o sistema de saúde, apesar de ainda falho, passou a tratar,

assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação; d) é proibido o anonimato; e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa; f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal; g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos;

⁵³ NA - A carta outorgada recebeu esta nomenclatura em decorrência de sua fonte, a Constituição Polonesa imposta pelo ditador Pilsudsky.

⁵⁴ Art. 169 - Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

⁵⁵ Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: § 1º - Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total. É possível compreender que este dispositivo é o precedente do princípio da Reserva do Possível.

de maneira indistinta, todos os pacientes, sejam eles filiados ao regime geral de seguridade social ou não.

Além da nítida ampliação, para houvesse uma aproximação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, permitiu-se que os mesmos fossem expandidos pela sistemática de direito internacional⁵⁶.

Sem dúvida que, no momento de se discutir as premissas deste trabalho, o operador do direito deve levar em conta a mudança operada pelo constituinte. Ele deve prestigiar a força normativa da Constituição⁵⁷ e concretizar⁵⁸, ao máximo, o texto.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no § 1º do artigo 5º, que os direitos fundamentais são dotados de uma aplicabilidade imediata e, segundo o texto, tal atributo não comportaria limitações, logo, qualquer esforço ou postura que busque a limitação de tal aplicabilidade só poderá ser exitosa se pautada na própria Constituição, dentro de algo que a doutrina especializada convencionou chamar de cedência recíproca ou ponderação de direitos constitucionais.

56 Artigo 5º § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

57 Segundo afirma Konrad Hesse in Temas fundamentais de direito constitucional. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009 pag 132 "...a força 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 e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)* mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*

58 Ainda sobre a força normativa da Constituição, relevantes as palavras de Luís Roberto Barroso in . *Direito Constitucional Contemporâneo*. 1º ed. São Paulo: Saraiva.2009 pag. 262/263 "Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição"

3. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A forma de compreender os institutos e interpretá-los precisa ser feita de forma científica, ou seja, há de se desenvolver uma tecnologia apropriada com padrões lógicos para que se possa padronizar a forma de lidar com os mais variados institutos jurídicos.

Quando se menciona a ciência interpretativa, há uma visão clássica⁵⁹, pautada nos paradigmas desenvolvidos pela ciência do direito do século passado, há uma visão mais recente, que leva em conta a mudança de foco da ciência, da lei para a Constituição e, a nosso ver, há a necessidade de se construir, dentro desta nova forma de interpretar, uma outra visão, pautada nas características dos direitos fundamentais.

3.1. A hermenêutica clássica

Não há como negar que a ciência jurídica basicamente vive ao redor do processo de extração de conteúdo do enunciado dos textos trazidos no corpo da lei ou da Constituição, neste sentido, compreender e extrair o sentido é algo de suma relevância para o sistema jurídico e para a ciência como um todo.

Exatamente por isso que o estudo das ferramentas clássicas de interpretação é uma postura preparatória para qualquer acadêmico de direito e para qualquer ser humano que pretende respeitar as regras de convivência em sociedade.

⁵⁹ A visão a respeito da ciência interpretativa alterou-se muito ao longo dos anos, nesse sentido, Miguel Reale demonstrou que, após a revolução francesa, a idéia corrente seria a desnecessidade de se interpretar o texto legal, ele seria suficiente em si, “Já dissemos que a Revolução Francesa atinge um pouco culminante com a publicação do Código Civil de Napoleão. É um momento da ordenação da vida civil, projetado com grande engenho e não menor arte. Portalis, um de seus grandes elaboradores, prudentemente reconheceu a existência de insuficiências e lacunas no Código, mas assim não pensavam os seus primeiros interpretes, os quais pretenderam que não havia parcela da vida social que não tivesse sido devida e adequadamente regulada, razão pela qual haviam sido revogadas todas as ordenações, usos e costumes até então vigentes” in REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Pag 273

A hermenêutica, neste sentido, diferencia-se da interpretação, eis que aquela fornece o ferramental necessário para que esta consiga ser exercida.⁶⁰

Para que se possa falar em aplicabilidade ou eficácia dos direitos fundamentais, além de compreender a sua estrutura normativa, faz-se necessário dominar as ferramentas apropriadas de interpretação constitucional.

Como bem destaca Luis Roberto Barroso⁶¹ “Toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e, evidentemente, o imaginário de cada um”, logo, o produto da interpretação é variável conforme as circunstâncias vividas no momento, mas, o processo de interpretação e as regras de como fazê-lo não são mutáveis, mas, sim, objeto da ciência.

As normas constitucionais, por estarem sedimentadas no ápice da estrutura da ciência do direito e por compreenderem, sem dúvida alguma, uma miscelânea entre os anseios sociais, o conteúdo histórico de valores, o construído jurídico que veda o retrocesso e as diretrizes básicas de organização da sociedade, necessitam de uma ferramenta de interpretação mais robusta do que as ferramentas tradicionais já debatidas pelos autores clássicos.

Como ressalta Kelly Susane Alflen da Silva⁶²:

“A Constituição é uma lei política, que ninguém pode afirmar poder ser esta interpretada da mesma forma que uma outra lei, porque tem que se considerar o seu próprio Sein. A utilização nas normas constitucionais de conceitos como, v.g., a de dignidade da pessoa humana, introduz segundo uma concepção positivista uma certa insegurança jurídica, afesta, justamente, o procedimento da subsunção, assim como, os acontecimentos sociais e econômicos importantes, cuja ordem jurídica deve considerar, pois constituem traços dos limites a este procedimento lógico-dedutivo.”

As ferramentas tradicionais clássicas traduzidas pelos elementos histórico, gramatical, sistemático e teleológico, bem como os elementos trazidos pela origem do texto, legislativo, administrativo ou judicial, não possuem o condão de fornecer uma solução

⁶⁰ Neste sentido, Celso Ribeiro Bastos in *Hermenêutica e Interpretação Constitucional* leciona: “...Pode-se afirmar que a Hermenêutica é a responsável pelo fornecimento de subsídios e de regras a serem utilizadas na atividade interpretativa.”

⁶¹ In *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6º ed. São Paulo: Saraiva. 2008 pag. 1

⁶² In *Revista Forense* v. 366 p. 370 - 385

viável e útil que proporcione à Constituição a consolidação de sua posição de destaque no ordenamento.⁶³

3.2. A Hermenêutica Constitucional

A doutrina constitucional, especificamente Celso Ribeiro Bastos⁶⁴ e Luis Roberto Barroso⁶⁵, assegura que, ao lado desses elementos clássicos, os intérpretes da Constituição devem manusear outras tantas ferramentas que os auxiliem na perfeita compreensão do fenômeno jurídico Constitucional.

Os elementos ou postulados trazidos por esses autores são:

1. Princípio da Supremacia da Constituição – por força da Constituição, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade permanecem hígidos no sistema se contrariar a Constituição, a verdadeira estrela do sistema. Se uma nova Constituição for editada, os atos contrários não são recepcionados e, se a afrontarem, após a sua edição, serão declarados inconstitucionais.

2. Princípio da presunção de constitucionalidade – todos os atos e leis publicados pelo Estado gozam de presunção relativa de constitucionalidade, presunção essa que só poderá ser derrubada por uma decisão judicial, seja pelo controle concentrado, seja pelo controle difuso.

3. Princípio da Unidade da Constituição – Como ressalta Konrad Hesse⁶⁶:

“Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este

⁶³ Neste sentido, já destacou Peter Häberle, in VALADÉS, Diego. Conversas acadêmicas com Peter Häberle. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009 pag 10 “Embora haja princípios especiais de interpretação constitucional (p. ex., a *unidade da constituição*, a *concordância prática* no sentido de meu mestre K. Hesse, o parâmetro de medida da *correção funcional*), a interpretação da constituição forma parte das regras rudimentares especializadas da doutrina do método (de interpretação jurídica). F.C. Savigny as canonizou em 1840 como os quatro métodos clássicos de interpretação. Penso que, desde 1989, a época já está madura para um *quinto método de interpretação*, a saber, o direito comparado.”

⁶⁴ Hermenêutica e Interpretação constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2002

⁶⁵ Interpretação e aplicação da Constituição. 6º ed. São Paulo: Saraiva.2008

⁶⁶ La interpretación constitucional in, *Escritos de derecho constitucional*, pag. 48 – pag 197 do luis barroso.

princípio é a que se encontre consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais”

4. Princípio da Máxima Efetividade – O intérprete deve conceder o máximo alcance possível às normas contidas na Constituição, não sendo lícito àquele reduzir o alcance da norma ao seu próprio talante.

5. O Princípio da Harmonização Constitucional – Em conjunto com o princípio da unidade da Constituição, este princípio prima que os mandamentos constitucionais não podem ser interpretados de forma a que um dispositivo constitucional seja capaz de anular outro.

Desta feita, restou demonstrado que a Constituição requer, para a sua interpretação, o uso de ferramentas diversas das clássicas, debatidas pela ciência.

3.3. A Hermenêutica Constitucional Relacionada aos Direitos Fundamentais

Quando da análise de um direito fundamental, por óbvio, deve-se fazer uso de todos os ferramentais acima expostos, sem que isto importe no esquecimento da linguagem direcionada à população utilizada no texto, somando-se, ainda, os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Mas, a nosso ver, a situação, da maneira que está posta, não supre, com perfeição, as necessidades do usuário e titular dos direitos fundamentais.

A Constituição, por características peculiares, requer uma forma inovadora de interpretação e, os direitos aqui em estudo, também.

Com isto, se quer afirmar que, no texto constitucional, ao se interpretar um direito fundamental, deve-se proceder de forma que os mesmos prevaleçam acima de qualquer outra norma ou determinação, tenha ela sua origem na Carta Magna ou tenha ela origem em qualquer outro veículo introdutor.

Por fim, vale ressaltar a advertência proferida por Celso Ribeiro Bastos:

“A interpretação constitucional não deve procurar obter a vontade de uma norma isolada. Formando a Constituição um sistema, a significação de uma norma não é dada apenas pela sua interpretação, com o desprezo de toda a Constituição. Em tese, todas as normas constitucionais podem influenciar outras normas constitucionais. E essa influência é mais acentuada quando é exercida a partir dos princípios sobre as meras regras. Nunca será demais encarecer a particularidade que apresenta o Direito Constitucional de repousar grande parte em princípios, que são a fonte última da significação constitucional e, conseqüentemente, de suas regras, e que tanta atividade demanda do interprete, visto que são fracos de significação pelo caráter abstrato de que se revestem”⁶⁷

Ademais, o caráter amplo da Constituição não pode servir para que os operadores incluam nela recomendações ou recados, a Constituição é o ápice do sistema normativo, como tal deve ser interpretada e, principalmente, compreendida no momento de se entender os direitos e deveres dos seres humanos.⁶⁸

⁶⁷ *Hermenêutica e Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2002. Pag 300

⁶⁸ Neste sentido, Gregorio Robles in *Los derechos fundamentales y La ética em la sociedad actual*, pag 183, ressaltou: “*La Constitución no puede plantearse, al menos directamente, ni la tarea de hacer felices a los seres humanos ni, todavía menos, la de hacerlos buenos. La Constitución no ES un encíclica pastoral. Es una fuente de derecho, la de máxima jerarquia, que como El sol alimbra a buenos y a malos, a felices y a desgraciados. Su papel consiste em integrar a todos em la convivencia, permitiendo la estabilidad del sistema global de la sociedad.*”

4. RELAÇÕES PRIVADAS

As relações que se pautam na ciência do direito são sempre construções imaginárias. Se o direito é, em parte, formado pela norma jurídica⁶⁹ e esta, por sua vez, é um juízo hipotético condicional, as relações derivadas do direito nunca são tangíveis.

A ciência do direito convencionou chamar de *relações jurídicas de direito privado* aquelas que se estabelecem entre os indivíduos, ou entre entidades ou instituições particulares ou até mesmo com o Estado, desde que o mesmo se dispa da condição de titular do Poder Público.⁷⁰

Basicamente, uma relação jurídica de direito privado pode ser entendida como sendo um liame que se estabelece entre duas ou mais pessoas que, por razões de vontade, se uniram a um vínculo provido de sanção em caso de descumprimento⁷¹.

Para ser uma relação pura de direito privado⁷² há a necessidade de existência da vontade e da sanção, sem isso, no mínimo, não se terá construído o objeto do presente estudo.

⁶⁹ A respeito do conceito de norma jurídica, entendo salutar o entendimento de Paulo de Barros Carvalho in Curso de Direito Tributário. 22ª edição. São Paulo: Saraiva: 2010 pag 40/41: “A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. Vejo os símbolos lingüísticos marcados no papel, bem como ouço a mensagem sonora que me é dirigida pelo emissor da ordem. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo idéias ou noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição... Se pensarmos que a norma é um juízo hipotético-condicional (se ocorrer o fato X, então deve ser a prestação Y), formado por várias noções, é fácil concluir que nem sempre um só texto (de lei, p. ex) será suficiente para transmitir a integralidade existencial de uma norma jurídica. Às vezes, os dispositivos de um diploma definem uma, algumas, mas nem todas as noções necessárias para a integração do juízo e, ao tentar enunciá-lo verbalmente, expressando a correspondente proposição, encontramos-lo incompleto, havendo a premência de consultar outros textos de direito em vigor”

⁷⁰ Neste sentido, André Franco Montoro in Introdução à Ciência do Direito, Editora RT, 26ª Edição, São Paulo, 2006 pag 148

⁷¹ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld estabelece que: “O direito privado é formado pelo conjunto de normas regendo as relações dos indivíduos entre si, dentro do Estado Sociedade (relações de família, relações dos comerciantes entre si e entre os comerciantes e seus clientes, relações entre locador e inquilino, e outras mais” *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros: 1992. pag 26

⁷² Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece: “O Direito é um conjunto de normas – princípios e regras – dotadas de coercibilidade, que disciplinam a vida social. Conquanto uno, o direito se bifurca em dois grandes ramos, submetidos a técnicas jurídicas distintas: O Direito Público e o Direito Privado. Esse último se ocupa dos interesses privados, regulando relações entre particulares. É, então, governado pela *autonomia da vontade*, de tal sorte que nele vige o princípio fundamental de que as partes elegem as finalidades que desejam alcançar” *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007 pag 25

O direito, como ciência social aplicada, se interessa pelas relações de direito privado, tanto é verdade que regulamenta a sua ocorrência e conseqüências, logo, incorreto afirmar que, em absoluto, tais relações são totalmente livres e não regulamentadas pelo direito.

4.1. A questão da autonomia privada⁷³⁷⁴ e sua influência nos direitos fundamentais

A Revolução Francesa, sem dúvida alguma, prestou grande influência no conceito de autonomia da vontade⁷⁵⁷⁶. Uma das maiores lutas da classe burguesa ascendente foi

⁷³ A Autonomia Privada, na lição de Ana Prata, in *A tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Livraria Almedina. Coimbra é “o poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de judiciar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica) realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”.

⁷⁴ José de Abreu Filho, in *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995 estabelece que a autonomia privada pode ser definida como sendo o conjunto de “poderes que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies”.

⁷⁵ Washington de Barros Monteiro, de forma clássica, assim leciona sobre o tema autonomia da vontade: “... têm os contratantes ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, fazendo assim do contrato verdadeira norma jurídica, já que o mesmo faz lei entre as partes. Em virtude deste princípio, que é a chave do sistema individualista e o elemento de mais colorido na conclusão dos contratos, são as partes livres de contratar, contraindo ou não o vínculo obrigacional.” In *Curso de direito civil*. 32ª ed. Volume V. São Paulo: Saraiva. 2000 pag 9.

⁷⁶ No mesmo sentido, são as lições de Caio Mário da Silva Pereira: “A ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isto, e concede-lhes a *liberdade de contratar*. No plano puramente civilístico, esta se exerce e concretiza nos quatro momentos fundamentais da existência dos ajustes: a) em primeiro lugar, vigora a faculdade de contratar e não contratar, isso é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico-contratual. Este espírito é um tanto relativo, porque, se não há leis que imponham a uma pessoa a celebração de contratos, a não ser em circunstâncias de extrema excepcionalidade, a vida em sociedade, nos moldes de sua organização hodierna, determina a realização assídua e freqüente de contratos, que vão desde a maior singeleza (como adquirir um jornal em um quiosque) até a mais requintada complexidade. São, entretanto, exigência do comércio social, sem a imperatividade de alguma norma coercitiva. São reclamos da vida civil, que não negam a liberdade individual. b) em segundo lugar, a liberdade de contratar implica a escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como do tipo de negócio a efetuar. Não é, também, absoluto o poder de ação individual, porque às vezes a pessoa do outro contratante não é suscetível de opção, como nos casos dos serviços públicos concedidos sob o regime de monopólio. As exceções, que não infirmam a regra, deixam incólume princípio da livre escolha. c) Em terceiro lugar, a liberdade de contratar espelha o poder de fixar o conteúdo do contrato, redigidas as suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes. De regra, estes lhe imprimem a modalidade peculiar ao seu negócio, e atribuem ao contrato redação própria, estipulando condições, fixando obrigações, determinando prestações etc... ..d) finalmente, uma vez concluído o contrato, passa a constituir fonte formal de direito, autorizando qualquer das partes a mobilizar o aparelho coator do Estado para fazê-lo respeitar tal como está, e assegurar a sua execução segundo a vontade que presidiu a sua contribuição” in *Instituições de direito civil*. 10ªed. Volume III. Rio de Janeiro: Forense. 1999 pag 9/10.

lutar para que todos tivessem a autonomia da vontade, representada esta por um princípio segundo o qual toda pessoa capaz tem a liberdade de praticar negócios jurídicos lícitos e de definir seu conteúdo.

Vê-se, atualmente, que tal princípio é, sim, um corolário da liberdade e, com isso, foi um importante substrato para que o indivíduo pudesse posicionar-se conforme as suas convicções e, acima de tudo, pudesse decidir o rumo que iria tomar.

Contudo, como em toda grande idéia lançada, houve um inegável abuso que acabou por prejudicar o projeto, que inicialmente poderia até ser construtiva e positiva em uma sociedade igualitária, justa e democrática.

A ampla liberdade de contratação, a autonomia da vontade, conjugada com o *pacta sunt servanda*, transformou o direito civil no *direito dos direitos* e fez com que o sistema jurídico passasse a ter como pedra principal e de toque, a lei civil⁷⁷.

Tanto é verdade que no código napoleônico o homem não era entendido como sendo um indivíduo em si, era, sim, apenas um sujeito de direitos. O referido texto de normas só tratava o ser humano como sendo o senhor, o proprietário e o pai. Todas as decisões e as demandas sociais eram projetadas nestes indivíduos e em ninguém mais. Basta mencionar a necessidade de vênua do marido para que a esposa pudesse trabalhar fora do lar conjugal que, diga-se de passagem, era escolhido e conduzido pelo mesmo ser humano do sexo masculino.

O Código Civil brasileiro, de 1916, quase não menciona a tutela da pessoa isoladamente, ele associa sempre a pessoa ao patrimônio, o vértice do ordenamento não é o ser humano, mas, sim, o ter bens. Do nome civil ao regime de bens no casamento, todos os institutos possuem cunho estritamente patrimonialista, o que acaba por demonstrar o foco adotado e a experiência vivida.

⁷⁷ Concordamos, com exatidão, no destaque feito por Claudio Luiz Bueno de Godoy in *Função social do contrato*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007 pag. 15 “É bem de ver que, em rigor, essa noção de autonomia da vontade convinha com o paradigma liberal, em cujo campo ganhou relevo. Em momento de firme separação da esfera pública e privada, em que se refutava a ingerência estatal própria do absolutismo e da estrutura feudal, que então encontravam seu acaso, fortaleceram-se as iniciativas de garantia das liberdades, dos denominados direitos de primeira geração ou, no dizer de Bobbio, dos direitos de liberdade, “isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar ao indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade de contratar, cujo conceito tradicionalmente deu conteúdo à autonomia da vontade, particularizada, para Orlando Gomes, na liberdade de contratar ou não, de escolher o contratante e de estipular o conteúdo do contrato”

Assim, durante anos após a Revolução Francesa, a existência humana no mundo e no Brasil viveu um momento em que o indivíduo ao mesmo tempo em que era merecedor de direitos, só os podia exercer se fosse proprietário. A condição patrimonial era decisiva para o exercício do direito contido na norma.

Um sujeito sem patrimônio tinha o seu conjunto de direitos limitado a sua capacidade financeira. O reflexo deste tipo de entendimento encontra eco até a presente data, nos mais variados ramos do direito.

No direito penal, por exemplo, a prática do crime de homicídio, sem qualquer motivo, seja ele justo ou não, pelo ordenamento vigente, submete o autor às penas de seis a vinte anos de reclusão, porém, por outro lado, se o delito praticado for o latrocínio, em que se associa a questão patrimonial, o agente será punido com penas que variam de vinte a trinta anos de reclusão.

Ou seja, é possível perceber que um indivíduo que, sem causa aparente, mata outro, recebe pena menor do que o indivíduo que mata alguém por motivo patrimonial.

Este é só um exemplo do quanto o patrimônio está permeado em todo o nosso sistema jurídico e como ele exerce influência em todos os campos.

Somente com o movimento do Constitucionalismo⁷⁸ ganhando força é que obtivemos pequenos avanços e foi possível assegurar direitos às pessoas, simplesmente pelo que elas são, e não pelo conteúdo patrimonial que possuem.

A Constituição de 1988 fez uma escolha que, sem dúvida, altera o quadro patrimonialista. O constituinte escolheu a dignidade da pessoa humana como Fundamento da República, esta associada ao objetivo fundamental da erradicação da pobreza, da marginalização e de redução das desigualdades sociais.

⁷⁸ Como bem estabeleceu Luís Roberto Barroso in Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) publicado na obra A Nova Interpretação Constitucional, 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar. 2008 pag. 28: “O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos e metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”

De forma que é impossível não se afirmar que o viés patrimonialista terá que conviver com todos os demais princípios e garantias constitucionais.

Isso sem considerar que a relação de Direitos Fundamentais é composta por um rol exemplificativo que pode sofrer expansão em decorrência de previsão expressa da própria Constituição § 2º do artigo 5º.⁷⁹

Assim, com isso, não se quer afirmar que a autonomia da vontade tenha perdido conteúdo e que seja insignificante para o direito em si, mas o que se quer demonstrar é que o princípio que antes reinava supremo pelos mares jurídicos, hoje é obrigado a conviver com todos os demais princípios do ordenamento, em especial os que passaram a considerar que o homem é valorado em si mesmo e, o seu patrimônio é algo indiferente para uma série de garantias e direitos que ele possui.

A autonomia da vontade foi muito relevante para a construção de uma ciência contratual e até mesmo para o desenvolvimento econômico. Foi graças a este princípio que as pessoas construíram relações jurídicas das mais variadas espécies e, foi graças a esta liberdade contratual que inúmeras figuras de direito foram criadas.

Neste aspecto, merece transcrição o seguinte trecho da obra de Maria Celina Bodin de Moraes:

“...é preciso reconhecer que enquanto o Código Civil correspondeu às aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção, e cujos os protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante e o testador – na realidade roupagens diversas do mesmo personagem – a Constituição Federal, ao contrário, pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art. 1º, III, que sua dignidade constitui um dos fundamentos da República, assegurando, por esta forma, absoluta prioridade às situações existenciais ou extra-patrimoniais”⁸⁰

A necessidade de mudança de foco estratégico ou a necessidade de mudança de referencial se deu pelo fato do indivíduo não se ver mais acolhido e satisfeito com o

⁷⁹ - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”

⁸⁰ *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

império da lei patrimonialista⁸¹, ele sentia, e ainda sente, necessidade de ser reconhecido como indivíduo, ele não quer um Estado pai, nem um Estado patrão, ele precisa de um Estado que lhe proporcione condições para que possa escolher seus próprios caminhos. Nesse aspecto, a Constituição tem importante papel na busca da isonomia de condições.

No que toca ao presente trabalho, é relevante destacar que a autonomia da vontade, em se tratando de uma situação contratual, não mais encontra a formatação originária de sua proposta. Conforme será dito adiante, com o advento dos contratos de adesão, a autonomia da vontade, para a parte menos robusta da relação jurídica, simplesmente teve seu conteúdo reduzido⁸².

A perfeita compreensão do que se afirma aqui tem de ser feita mediante o entendimento da relação que se estabelece entre as determinações constitucionais e as leis infra-constitucionais. Faz-se necessário compreender que a Constituição, além de figurar no ápice do sistema jurídico, erradia seus comandos para todos os outros setores, e o processo de aplicação e compreensão de qualquer direito ou relação jurídica deve começar por ela.

⁸¹ No caso brasileiro, pode-se mencionar o Código Civil de 1916

⁸² Neste sentido, preciosas as palavras de Cláudio Luiz Bueno de Godoy in *Função social do contrato*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007 pag. 17 “Com efeito, essa liberdade de contratar, esteio da autonomia da vontade, classicamente concebida, cedeu a valores dispostos no ordenamento e mesmo diante de novas formas de contratação. Por exemplo, conhecidos são os contratos de massa, em que há uma oferta pública e permanente a um universo indistinto e indeterminado de pessoas, cujo acesso ao consumo não pode ser recusado senão mercê de justificada reserva de não contratar. Pense-se ainda nas hipóteses dos chamados contratos obrigatórios, não só aqueles de consumação exigida pela existência de ajuste preliminar, ou de prorrogação determinada por lei, como em algumas hipóteses de locação, mas, ainda, aqueles concernentes ao desempenho de atividade monopolística ou de prestação de serviços essenciais. São hipóteses de evidente golpe no conceito absoluto da liberdade de contratar e de com quem contratar. De mesma forma, as chamadas condições (ou cláusulas) gerais do contrato de massa ou disposições legais sobre contratos de particular interesse social, como o ajuste de trabalho ou locatício, dão diferente significado à liberdade de fixação do conteúdo do contrato.”

4.2. Os contratos de adesão⁸³ e a autonomia privada – uma nova visão

Os contratos de adesão, no direito brasileiro, possuem tipificação legal e seu conceito não comporta mais discussão como outrora. O artigo Art. 54 do Código de Defesa do Consumidor assim estabelece:

“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Ante ao exposto teor do texto normativo, é impossível defender a insignificância ou impertinência dos referidos contratos. Em termos empíricos, sem qualquer sombra de dúvida, eles são a maioria dos contratos celebrados diuturnamente pelos seres humanos que vivem em sociedade.

Não há dúvidas que, ao que se refere à autonomia privada ou autonomia da vontade, o conteúdo do conceito supra referido sofreu alterações ante a realidade de um mundo massificado⁸⁴ e de negociações em série.

Quando os conceitos acima relacionados foram construídos, se pensou ser possível que duas pessoas, de maneira civilizada e isonômica, pudessem negociar, de forma ampla, as condições e cláusulas contratuais, sendo que a vontade de cada um seria imprescindível e determinante nas condições de celebração do acordo.

Contudo, com o passar dos anos, dado ao desenvolvimento da sociedade⁸⁵ e, principalmente com a mudança das relações negociais de um quadro de subsistência ou

⁸³ A jurista e pesquisadora Cláudia Lima Marques em sua obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, ed. Revista dos Tribunais, 1992, página 31, nos diz que nos contratos de adesão “...limita-se o consumidor a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas, que foram unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela empresa, assumindo, assim, um papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado”.

⁸⁴ A principal característica do processo de massificação da sociedade é a falta de preocupação com os interesses das minorias ou de grupos diferenciados em detrimento dos interesses da maioria. Nesse processo, chamado por Tocqueville de tirania da maioria, as minorias tornam-se impotentes na luta por suas causas, tendo seus interesses subjugados aos ditames da maioria, nas palavras do autor, in *A Democracia na América*. 3. ed. São Paulo: Itatiaia/Universidade de São Paulo, 1987 pag. 194 “ O que mais reprovno no governo democrático, tal como foi organizado nos Estados Unidos, não é, como na Europa muita gente imagina, a sua fraqueza, mas, ao contrário, a sua força irresistível. E o que mais me repugna na América não é a extrema liberdade que aí reina, mas o pouco de garantia que se tem contra a tirania.

de simples troca, para uma situação de consumismo exacerbado, a situação dos contratos em espécie sofreu uma grave alteração.

A imensa maioria dos contratos celebrados no passado eram elaborados com a finalidade específica de explicitar a vontade de cada contratante sendo que, ao menos em tese, cada um deles tinha a condição de incluir e retirar cláusulas que representassem os seus interesses.

Sem dúvida, quando do desenvolvimento da ciência contratual pensou-se possível que os contratantes negociassem, livremente, as cláusulas e condições contratuais. O contrato não seria nada mais do que um encontro livre de vontade.

Na sociedade de consumo moderna, a realidade é outra, pois a grande gama de negociações é celebrada de forma pré-formatada, ou seja, são contratos padrões em que a uma das partes, a mais fraca, o único direito assegurado é o direito a anuir às cláusulas impostas pelo contratante mais forte.

Assim sendo, os direitos fundamentais ganham relevância se forem vistos como sendo uma das formas de se conter a força do particular contra o próprio particular. O que foi criado, na origem, como sendo um escudo do particular contra o Estado passa a ser uma ferramenta de proteção que o particular utiliza contra o próprio particular.

4.3. Efeitos jurídicos dos direitos fundamentais na relação entre particulares

O primado da lei, em sentido estrito, teve seu fim e o Constitucionalismo ganhou uma força inegável. A mudança de paradigma é um ponto nevrálgico para a compreensão de todos os problemas levantados no presente trabalho, sem essa mudança de critérios nada disto seria possível.

⁸⁵ A Massificação como consequência das tecnologias de surgidas no século XIX, a cultura de massa desenvolveu-se ofuscando outros tipos de cultura anteriores e alternativos a ela. A chegada da cultura de massa acaba submetendo as demais expressões “culturais” a um projeto comum e homogêneo — ou pelo menos pretende essa submissão. Por ser produto de uma articulação de porte internacional (e, mais tarde, global), a cultura de massa esteve sempre ligada ao poder econômico do capital industrial.

O Constitucionalismo e a colocação da Constituição, como ente que possui força normativa de máxima efetividade, carrega para os direitos fundamentais nela contidos a mesma força que ela possui e, inegavelmente, os mesmos atributos e problemas⁸⁶.

Mas o primado da lei, que durou desde a Revolução Francesa até dias recentes⁸⁷, deixou marcas intensas no pensamento jurídico.

Isto sem mencionar, os casos em que a própria Constituição remete à disciplina legal os contornos e extensões do direito envolvido, como no caso das normas de eficácia limitada na clássica classificação de José Afonso da Silva; está a se tratar, nesses casos, de situações em que a Constituição é, ou era expressa e, mesmo assim, a interpretação corrente dá conta da necessidade de complementação por um texto infraconstitucional.

Submeter o texto constitucional à necessidade não expressa de lei nos parece algo inadmissível e, principalmente, contraditório com a ciência jurídica que prega ser a Constituição o instrumento principal de introdução de normas jurídicas no sistema, normas essas que, após introduzidas, gozam de supremacia ante as demais que lhe são inferiores.

Portanto, os direitos fundamentais, que surgiram como verdadeiros escudos que os particulares detinham contra o ímpeto estatal não se aplicam, exclusivamente, às relações travadas entre o particular e o Estado em algo que se convencionou chamar relação vertical e dotada de supremacia do interesse público sobre o privado.

Não há na Constituição, na lei, ou em qualquer veículo introdutor de normas jurídicas o limite para que a aplicabilidade dos direitos fundamentais se reduza aos casos em que a relação é verticalizada. Os direitos fundamentais devem ser aplicados em todas as relações, independentemente das partes envolvidas, se a relação for de direito, se é uma relação social, os direitos fundamentais estão presentes.

A forma inicial de romper com esta barreira, que muitos ainda vislumbram, foram algumas construções científicas. A primeira foi reduzir a distância que existe entre o

⁸⁶Neste aspecto, ressaltar as palavras de Juan Fernando Segovia, in *Derechos Humanos Y Constitucionalismo*: “La evolución del constitucionalismo ha llevado la vieja semilla del liberalismo racionalista a un acabamiento que pareciera definitivo. Su falsa metafísica se ha convertido en un collage de tendencias opuestas, contradictorias, que conviven en textos constitucionales abusivos por su extensión y sus omisiones.”

⁸⁷ Não há uma data precisa para a inauguração efetiva do constitucionalismo.

direito público e privado e, a segunda foi compreender que pessoas jurídicas de direito privado, pela sua magnitude e comportamento, poderiam exercer sobre os particulares uma opressão mais intensa e robusta do que o próprio Estado, que na maioria das vezes omitia-se ante a pressão que um particular exercia sobre o outro⁸⁸.

Sem dúvida que, a dicotomia existente entre público e privado é algo muito mais didático do que real. Na verdade o sistema jurídico é uno e, por isso, as divisões nada mais são do que partes de um mesmo organismo que precisa viver de maneira harmônica.

Quando da construção da divisão entre público e privado, imaginou-se que se estava a separar elementos que nunca mais iriam misturar-se e, desta forma, a divisão seria estanque, como água e óleo. Acontece que a divisão, além de nunca ter sido praticada efetivamente, simplesmente separou dois elementos que diariamente se interpenetram e são entendidos como departamentos de um todo⁸⁹.

A experiência jurídica moderna é profícua de exemplos, pode-se mencionar o caso das Parcerias Públicas Privadas, da concessão de serviços públicos, da atuação extraordinária do Estado no domínio econômico, entre tantos outros casos em que a solução não pode ser encontrada na simples divisão entre o domínio público, da estrita legalidade e o domínio privado, da ampla e livre iniciativa.

88 A não intervenção estatal encontrou, no Estado Liberal, a sua maior manifestação, como ressaltou Dalmo de Abreu Dallari in Elementos de Teoria Geral do Estado. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995. pag 235: “O Estado Liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as *técnicas de poder*, surgindo e impondo-se a idéia do *poder estatal* em lugar do *poder pessoal*. Mas, em sentido contrário, o Estado liberal criou as condições para a sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes.”

⁸⁹ Nesse sentido, Maria Helena Diniz, “A maioria dos juristas entende ser impossível uma solução absoluta ou perfeita do problema de distinção entre direito público e direito privado. Embora o direito objetivo constitua uma unidade, sua divisão em público e privado é aceita por ser útil e necessária, não só sob o prisma da ciência do direito, mas também sob o ponto de vista didático. Todavia, não se deve pensar que sejam dois compartimentos estanques, estabelecendo uma absoluta separação entre as normas de direito público e as de direito privado, pois intercomunicam-se com certa frequência” in *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva. 1997.

Assim, obviamente, regime público apresenta diferenças em relação ao regime privado, até porque, em regra, se lida com assuntos completamente diferentes e, no caso do domínio público o primado da legalidade justifica a atuação em nome do coletivo o que, no caso privado, permanece ao talante dos próprios contratantes. É, contudo, preciso reconhecer que, se de um lado existem diferenças entre os regimes, do outro há um ponto comum que a todos une, e este ponto é a própria Constituição.

O elo comum de submissão impõe tanto ao regime público quanto ao regime privado o dever de respeitar os direitos fundamentais.

Ao se desconstruir este mito, que, para alguns, impossibilita a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, ainda resta compreender uma das formas de se enxergar os direitos fundamentais aplicados aos particulares.

Na sociedade moderna o capital exerce uma influência inegável, desde que o homem deu início ao processo de apropriação de bens, tornando algo que era difuso em bens individuais, deu-se início à corrida patrimonialista que ensejou o processo de reificação do ser humano.

O processo desenfreado pelo acúmulo de capital, sem dúvida, não pode ser tido como maléfico em todos os seus aspectos, mas o mesmo agravou uma situação de desequilíbrio que sempre existiu.

O desequilíbrio de forças que era pautado na lei do mais forte⁹⁰, das sociedades primitivas, passou a ser desenhado pela lei do maior detentor de capital na sociedade moderna.

Com isso, se é capaz de afirmar que o indivíduo desprovido de patrimônio está abandonado à própria sorte, assim como os convalescentes e os fracos estavam quando a sociedade era primitiva.

Por isso, é possível afirmar que o ser humano comum necessita tanto do escudo, direitos fundamentais, quando se relaciona com o indivíduo mais forte quanto necessita dele

⁹⁰ Segundo Pedro Calmon, O Estado surgiu da luta do mais forte contra o mais fraco. “A preeminência do mais forte explica o Estado, que se originou da luta, em que há sempre vencedores e vencidos. É violência em marcha” Curso de Teoria Geral do Estado. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos. 1958. pag 48.

quando se relaciona com o Estado. A ordem de imponência é quase a mesma, com uma diferença, no caso do Estado, a ordem necessita estar pautada na lei e, no caso do indivíduo ou sociedade de indivíduos mais fortes, está pautada na lei do mercado.

Desta feita, quando se visualiza uma relação travada entre o indivíduo e outro indivíduo ou, em uma relação entre aquele e uma sociedade robusta e poderosa, economicamente, é inegável que o primeiro requer proteção, é inegável que a própria autonomia não lhe é suficiente para impedir abusos e acintes.

Mas, na verdade, a tese principal do presente trabalho não está fundamentada nestes dois argumentos supra referidos, a) o fato da distância entre o direito público e privado ter diminuído (se é que um dia ela existiu) e b) a existência de grandes corporações economicamente mais fortes ao ponto de reduzir o próprio poder de decisão do ser humano e forçá-lo a fazer uso do grupo de direitos e garantias fundamentais para sobreviver.

A tese principal sustenta que os direitos e garantias fundamentais são aplicáveis em todas as relações jurídicas e, de maneira especial, nas relações jurídicas travadas entre particulares. Ou seja, dois titulares de direitos fundamentais irão confrontar seus próprios direitos em uma relação que se trave entre eles.

Concordamos, neste aspecto, com o que foi destacado por Virgílio Afonso da Silva:

*“Mas esse recurso a um paralelo entre grandes corporações e o Estado foi somente um primeiro passo para que o reconhecimento da superação da tradicional visão de que somente o Estado poderia ameaçar os direitos fundamentais. Como se perceberá, contudo, no decorrer do trabalho, quando se menciona, atualmente, vinculação de particulares a direitos fundamentais, quer-se com isso incluir todos os particulares em todas as suas relações entre si, e não se quer, portanto, fazer referência somente às relações de indivíduos com as grandes corporações e, com isso, subentender que somente essas últimas estariam, de alguma forma, vinculadas aos direitos fundamentais. Essa última alternativa significaria uma mera equiparação do poder dessas corporações privadas ao poder estatal. Essa equiparação não é, contudo, tão simples como parece, já que, ao contrário do que ocorre com o Estado, que é somente destinatário dos direitos fundamentais, isto é, seu sujeito passivo, mas não é titular desses mesmos direitos, qualquer relação entre particulares significa uma relação entre dois titulares dos mesmos direitos”*⁹¹

⁹¹ In *A constitucionalização do direito*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2005 Pag 53.

Deve-se ressaltar, ainda, o pensamento de Juan María Bilbao Ubillos⁹²:

“El Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir de la simple apelación al dogma de la autonomía privada, um principio seriamente erosionado em la experiencia del tráfico jurídico privado. No está de más recordar que la desigualdad de partida entre las partes de una relación laboral está em el origen del desgajamiento de la normativa laboral del tronco común del Derecho de los contratos y de la configuración del Derecho del trabajo como um ordenamiento compensador, con una finalidad tuitiva, de protección de los intereses objetivamente más vulnerables, que se consigue mediante normas imperativas que limitan el juego de la autonomía negocial. Los derechos fundamentales deben protegerse, por tanto, frente al poder, sin adjetivos, y el sistema de garantías, para ser coherente y eficaz, debe ser polivalente, deve operar en todas las direcciones. No hay ninguna razón para pensar que el problema de fondo cambia em función de cuál sea el origen de la agresión que sufre uma determinada libertad. El tratamiento há de ser, en lo esencial, el mismo.”

Contudo, há de se convir que a relação que se estabelece entre os Direitos Fundamentais e as relações privadas não apresenta uma postura unânime na doutrina, há uma tese que sustentam a inaplicabilidade os referidos direitos às relações privadas até uma tese que sustenta a aplicabilidade direta e imediata.

4.4. A inaplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. – Teoria da *State Action*

A toda corrente doutrinária se coloca e se opõe outra corrente, que possui argumentos tão sedutores quanto à primeira. A existência de uma tese só se justifica pela existência do contra-ponto, da antítese.

No caso da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a tese oposta a este pensamento, com viés nitidamente liberal, pressupõe que os direitos fundamentais, quando da sua concepção, foram previstos como direitos defensivos e, por isso, inaplicáveis de forma ativa pelos particulares em relações horizontais.

⁹² In En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006 Pag 305.

O maior defensor da inaplicabilidade, mencionado por Daniel Sarmento, in *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*⁹³ é Laurence Tribe.

Segundo aquele autor, a tese está sustentada nos seguintes argumentos: 1. Os direitos fundamentais são direitos exclusivamente defensivos; 2. A eficácia horizontal fulminaria a autonomia privada; 3. O pacto federativo seria um empecilho a tal aplicabilidade; 4. Seria concedido poder em demasia aos magistrados;

A teoria que limita a eficácia dos direitos fundamentais às relações travadas entre o Estado e o indivíduo teve origem na Alemanha, mas, após os a década de 50 do século passado, foi quase abandonada.

Apesar de ter origem na Europa Continental, foi nos Estados Unidos da América que a tese teve maior desenvolvimento e ênfase. Com base na liberdade de escolha e na liberdade negocial os autores americanos passaram a defender, de maneira ampla, que os direitos fundamentais não se prestavam a regular as relações particulares.

Passaremos a analisar, um a um, os fundamentos jurídicos da tese contrária à exposta no presente trabalho.

Inicialmente, *o primeiro argumento* deve ser afastado, pois os Direitos Fundamentais não são direitos meramente defensivos, desde o surgimento, com base no expansionismo mencionado por Bobbio e demonstrado na evolução das dimensões dos referidos direitos, eles ganharam contornos que extrapolaram a mera defesa.

O indivíduo, além de defender-se do Estado, impedindo, desta forma, que este lhe macule, exigindo dele comportamentos negativos (exemplo – não exigir tributo que não esteja previsto em lei – princípio da legalidade tributária) ele também pode, e deve, exigir que o Estado exerça determinadas atividades que foram consideradas relevantes pelo constituinte e, por isso, incorporada no rol de direitos sociais do indivíduo.

⁹³ “(...) imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa Liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais” in *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004

Como ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, em recente voto⁹⁴ proferido a respeito do acesso aos medicamentos de alto custo por parte da população, como dever do Estado, os direitos sociais, como a saúde, devem exigir do Estado posturas positivas, a saber:

*“Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização”*⁹⁵

No mesmo sentido, é o posicionamento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁹⁶:

“A categoria de direitos de status positivus, também chamados de direitos “sociais” ou a prestações, engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de status negativus.”

O *segundo argumento*, sustentado pela corrente contrária, menciona que a eficácia horizontal ou a eficácia entre particulares acabaria por fulminar a autonomia da vontade contratual, eis que a vontade dos contratantes seria desprestigiada em prol dos direitos fundamentais previstos na Constituição, em um ato de substituição da vontade individual pela vontade normativa.

Pois bem, primeiramente, há de se frisar que, a autonomia da vontade, nos moldes do que se pensou, ou seja, em uma relação equilibrada e equânime, em que as partes podem dispor de seus interesses de maneira livre, é uma verdadeira falácia.

Só quem tem conhecimento pleno de seus direitos e não corre nenhum risco pessoal é capaz de negociar os seus direitos com liberdade, a experiência judiciária brasileira tem

⁹⁴ Acessível na rede internacional de computadores no endereço: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>

⁹⁵ Mais adiante, no mesmo voto, o Ministro Gilmar Mendes esclarece: “... Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição”

⁹⁶ In Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008 pag 67

demonstrado que os exemplos de contratos e cláusulas contratuais abusivas crescem a cada dia⁹⁷.

Inegável mencionar que, a condição de equilíbrio ideal é inexistente. Nunca um ser humano, pelas leis da física, será idêntico ao outro, ademais, como já se ressaltou, o poderio econômico distorceu ainda mais a lei do mais forte, pois, hoje, a lei que impera é a lei do que tiver mais capital.

Assim, a obrigação que o Estado tem de fornecer o mínimo para cada indivíduo não contraria a lei da autonomia da vontade, muito pelo contrário, permite que a situação de desigualdade física, econômica e social seja reduzida, sendo dever do Estado equilibrar a balança contratual e não permitir que o mais forte se aproveite do mais fraco.

A atuação positiva do Estado, como garante e executor dos mandamentos constitucionais relacionados aos direitos fundamentais do homem, não só não reduz a autonomia da vontade, como a preserva. Se o homem vivesse, sem a interferência estatal, seguramente, a situação seria pior.

Assim, não resiste à realidade, o argumento que afirma que a força normativa da Constituição seria um empecilho para o desenvolvimento da autonomia, de fato, a normatividade da Constituição é subsídio para que as pessoas livres possam exercer seus direitos de forma independente.

O *terceiro argumento* acima referido, sobre a questão do federalismo norte-americano, objetivamente não se aplica à realidade brasileira.

As colônias norte-americanas, quando da criação dos Estados Unidos da América, possuíam uma característica peculiar. Destaca-se que, havia naquela época as colônias do sul e as colônias do norte, as primeiras com perfil escravocrata e latifundiário e as segundas com perfil de agricultura familiar e mão de obra assalariada.

Apesar das divergências apresentadas, os dois grupos se uniram contra um inimigo comum, a coroa inglesa. Nos Estados Unidos nunca teve a presença de um imperador ou de uma força centralizadora. Ao se ler a respeito de sua história, chega-se à

⁹⁷ REsp 1089993 / SP – Abusiva a eleição de foro, Resp 1133410/RS – abusiva a diferenciação de preços entre o preço a vista e o pago em cartão de crédito, REsp 361415 – limitação do tempo de internação em UTI, REsp 183719 / SP abusiva cláusulas que limitam os direitos dos consumidores de plano ou seguro-saúde; dentre tantos outros casos.

conclusão de que os Estados Unidos foram formados em um movimento centrípeto, ou seja, as forças convergiram das colônias para a união federal.

No federalismo brasileiro ocorreu exatamente o inverso. No período de Brasil Colônia, não se realizou uma construção de colônias quase independentes. A única tentativa concreta de fazer isso fracassou com as capitanias hereditárias. No Brasil tivemos a presença da Coroa Real, e o Imperador se fez presente. A criação do federalismo brasileiro se deu de forma centrífuga.

A conseqüência, de tal diferencial de formação, é notada no momento em que se visualiza, em cada Estado, o papel legislativo de cada ente federativo. Nos Estados Unidos, a competência legislativa principal e residual ficou a cargo dos estados membros, ao passo que no Brasil ficou a cargo da União, tanto a competência legislativa principal quanto a residual, aos estados membros e municípios, em terra tupiniquim, restou apenas pequenos lotes de competência e, principalmente, uma pequena escala de recursos.

O problema que existe nos Estados Unidos⁹⁸, por uma questão histórica no Brasil não se repete.

Por fim, o *último argumento* esposado pelos defensores da teoria do *State Action*, está relacionado ao poder exacerbado que se daria aos magistrados caso se permitisse que os direitos fundamentais fossem aplicados às relações privadas.

Tem se aqui, como nos demais casos, um argumento não provido de rigor científico, aos nossos olhos, basicamente, por dois motivos. Inicialmente, porque o acesso ao Poder Judiciário, apesar de estar previsto no princípio da inafastabilidade da jurisdição, na realidade prática, ainda não se concretizou.

A acessibilidade do Poder Judiciário é contida para a grande maioria da população⁹⁹.

⁹⁸ Como ressaltou Daniel Sarmiento in *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004 pag 228 “Além do argumento liberal, outra justificativa invocada para a doutrina da *state action* liga-se ao pacto federativo. Nos Estados Unidos, cumpre esclarecer, compete aos Estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria normatizada envolva o comércio interestadual ou intermunicipal. Assim, afirma-se que a *state action* preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas”

⁹⁹ Neste sentido é a manifestação oficial no III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil: “Em verdade, pouco teremos avançado se construirmos um Poder Judiciário, célere, transparente e

Em segundo motivo, há de se deixar claro que somente o Poder é capaz de controlar o Poder. Em uma mensagem clássica a respeito da tripartição dos poderes¹⁰⁰, pode-se afirmar, com segurança, que a pessoa que exerce um poder vai até o limite de exaustão, quando se depara com outra pessoa tão poderosa quanto ela.

Se o Estado, ou o indivíduo, ou qualquer outro, desrespeitarem os direitos fundamentais de um ser humano e entenderem que não devem mudar, apesar de cientificado a respeito do desrespeito, somente o Judiciário poderá aplicar o direito ao caso concreto, pacificar o conflito de interesses e entregar o bem da vida pretendido.

Se o Poder Executivo desrespeita, ele é contido pelo Judiciário¹⁰¹ e vice-versa. O mesmo raciocínio se aplica ao poder oriundo dos particulares. O poder manuseado pela sociedade organizada, em busca do capital, é tão ou mais forte que os próprios poderes constituídos. Há a necessidade de se enxergar isso para que se possa modificar o entendimento.

Assim, desconstruídos os argumentos basilares da teoria do *State Action*, faz-se necessário ressaltar que a própria teoria sofreu temperamentos no seu local de origem.

Um dos primeiros julgados a reconhecer isso foi o *Marsh v Alabama*¹⁰², de 1946. Neste caso julgou-se um indivíduo, adepto da Religião Testemunha de Jeová, que distribuía

racionalmente pautado por políticas públicas de planejamento e gestão, se as portas dos Tribunais continuarem fechadas para a enorme parcela da população que não dispõe de recursos para contratar um advogado privado” in III Diagnóstico da Defensoria Pública. 2ª ed. Brasília: Barbara Bela Editora. 2009

¹⁰⁰ A clássica tripartição dos poderes, consagrada por Montesquieu já é objeto de crítica da doutrina especializada, neste sentido, ressalta Giorgio Agamben: “Isso significa que o princípio democrático da divisão dos poderes está caduco e que o poder executivo absorveu de fato, ao menos em parte, o poder legislativo. O parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o poder exclusivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do poder executivo. Em sentido técnico, a República não é mais parlamentar e, sim, governamental. E é significativo que semelhante transformação da ordem constitucional, que hoje ocorre em graus diversos em todas as democracias ocidentais, apesar de bem conhecida pelos juristas e pelos políticos, permaneça totalmente desapercibida por parte dos cidadãos. Exatamente no momento em que gostaria de dar lições de democracia a culturas e as tradições diferentes, a cultura política do Ocidente não se dá conta de haver perdido por inteiro os princípios que a fundam” in *Estado de exceção*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo editorial. 2004 pag. 33

¹⁰¹ Nesse sentido, é crucial a passagem do julgamento da Apelação 278.801-5/8-00 Comarca de São Paulo, o Julgamento de uma Ação Cível Pública em que se decidiu favoravelmente aos pacientes portadores do autismo, obrigando-se o Estado a arcar com os custos do tratamento médico “*Longe de se ver aqui, uma norma programática, recurso pelo qual usualmente os administradores públicos se escusam de cumprir as obrigações que lhes são dirigidas pela Constituição Federal, há que se ver uma norma impositiva de eficácia plena, que objetiva tornar real e não meramente retórico o direito à vida proclamando no artigo 5º da Constituição Federal*”

¹⁰² Disponível na rede mundial de computadores, na página http://db.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0326_0501_ZS.html

panfletos do segmento no âmbito da vila construída por uma empresa privada, a Golf Shipbuilding Corporation, que, por ela, foi proibida de panfletar. A religiosa acabou sendo presa e, sob o argumento de que a vila era uma propriedade privada, a empresa conseguiu êxito nas instâncias ordinárias, só na Suprema Corte decidiu-se que a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda da Constituição Norte Americana, que assegurava a liberdade de culto.

Em *Shelley v Kraemer*¹⁰³, decidiu-se em favor da isonomia entre os homens, em uma sentença histórica do Supremo Tribunal Americano decidiu-se que é inconstitucional o contrato de arrendamento que limita aos promitentes compradores a vender seus lotes a pessoas negras. O caso afirma que a segregação autorizada pelo contrato enfraquece a influência internacional da América ao contrariar o princípio dos direitos fundamentais: o da igualdade.

De toda forma, nos Estados Unidos a dicotomia da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre público e privado ainda é algo presente e está fundamentada, em grande parte, na ampla e plena liberdade contratual. No seio privado, o ser humano, muitas vezes, está desprotegido e desamparado.

A esse respeito, precisas são as colocações de Daniel Sarmiento:

“Enfim, parece-nos que a doutrina da state action, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações provadas. Ademais, ela não foi capaz de construir standards minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral dos Estados Unidos. Nesta questão, diversamente do que ocorreu em tantas outras, o direito constitucional norte-americano não se beneficiou dos sopro renovadores da jurisprudência e da doutrina, tão necessários para adaptar o bicentenário texto magno daquele país às necessidades de um mundo que é inteiramente diverso daquele em que viveram os Founding Fathers”

¹⁰³ Disponível na rede mundial de computadores, na página, http://db.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=Shelley%20v%20Kraemer&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0334_0001_ZO.html

De toda forma, a teoria do *state action*, não é aplicável ao nosso País, as premissas por ela adotada, seja de forma pura, seja após a sua relativização, não se aplicam ao modelo constitucional brasileiro. A carta constitucional brasileira adotou um perfil mais garantista e social do que o perfil norte americano.

Nesse sentido, as palavras de Wilson Steinmetz:

“É compreensível que a state action doctrine tenha encontrado abrigo nos Estados Unidos da América. Trata-se de uma teoria construída engenhosamente no marco de uma Constituição que é a mais genuína expressão do paradigma constitucional liberal. Assim, a state action doctrine não é relevante – não encontra referibilidade – no marco de constituições desenhadas segundo os paradigmas do constitucionalismo social e do constitucionalismo democrático. Para ser mais preciso e já exemplificando, a state action doctrine no marco da CF não é uma teoria constitucionalmente adequada sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, porque a CF é uma Constituição que, além de normatizar as relações entre indivíduo e Estado, tem a pretensão de modelar, em questões fundamentais, as relações sociais”¹⁰⁴

¹⁰⁴ A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2004 pag. 181

5. A APLICABILIDADE MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Afastada a única corrente doutrinária robusta que defende a inaplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, passa-se a analisar as teorias que admitem, ainda que de maneira tímida, a referida aplicabilidade.

A doutrina especializada caracteriza a teoria da aplicabilidade mediata como sendo uma teoria intermediária entre os que não aceitam a aplicabilidade e os que a aceitam de maneira plena.

Para os filiados a essa corrente, a questão é saber quem que fará o papel de intermediador entre os direitos fundamentais e as relações travadas no seio particular, como se nota, eles partem da premissa que a aplicabilidade deve ocorrer.

Nas palavras de Juan María Bilbao Ubillos:

“La teoría de la eficacia mediata ou indirecta, por la que se decanta buena parte de la doctrina, es una solución intermedia que trata de sortear los escollos de orden dogmático que han venido dificultando el reconocimiento general de la Drittwirkung em su versión pura. Esto se consigue condicionando la operatividad de los derechos fundamentales em el campo de las relaciones privadas a la mediación de um órgano del Estado, que además de estar vinculado directamente a estos derechos há de ser consecuente com el deber de protección que se deriva de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Se requiere concretamente la intervención del legislador o la recepción a través del juez, em el momento de interpretar la norma aplicable al caso. Lo que se discute es justamente cuál de las dos vías, la legislativa o la jurisdiccional, tiene carácter preferente.”¹⁰⁵

A teoria aqui tratada teve seu nascedouro na Alemanha, por volta da década de 50 e, segundo Virgílio Afonso da Silva¹⁰⁶, tem como ponto de partida o reconhecimento geral da liberdade, consagrado na maioria das Constituições. Segundo os seus defensores, a eficácia direta, imediata e absoluta significaria a dominação do direito civil pelo direito constitucional.

¹⁰⁵ In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006 Pag. 311

¹⁰⁶ In *A constitucionalização do direito*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2005 pag. 75

Segundo os seus defensores¹⁰⁷, as pessoas que participam de um relacionamento de âmbito privado devem ter o direito de escolher se os direitos fundamentais se aplicam, ou não, à sua relação e, desta maneira, os direitos fundamentais serviriam para as relações entre o ser humano e o Estado, mas seriam optativos para as relações entre particulares.

De fato, os direitos fundamentais e o direito civil precisam conviver, pois, se se entender que aquele só se aplica de forma opcional, será retirada a força normativa da Constituição.

A forma de conciliar os direitos fundamentais e o direito civil, para a teoria da aplicação mediata, seria a norma jurídica que poderia vir do próprio contrato, da lei ou a decisão judicial, desde que esta norma jurídica respeitasse as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados¹⁰⁸.

A forma de redigir, então, a lei civil seria determinante para que os direitos fundamentais sejam aplicados entre os particulares. Neste particular, a Constituição seria vista como uma ordem de valores, os quais poderiam representar os direitos fundamentais.

Imaginar a Constituição Federal como um mero conjunto de valores é, sem dúvida, descaracterizar o seu conteúdo normativo e vinculativo. Seria como se a Constituição só se aplicasse ao direito privado na medida em que a lei privada aceitasse.

A adoção dessa tese requer uma perfeita compreensão da teoria dos valores constitucionais e dos conceitos jurídicos indeterminados, o que, especificamente, não é objeto de nosso estudo.

Quando se menciona que a Constituição seria um sistema de valores, não se está a afirmar que seu conteúdo não passa de um texto de cumprimento opcional para o legislador. O fato de ser um conjunto de valores não extrai o conteúdo vinculante da

¹⁰⁷ Em especial, Günter Dürig, citado por Virgílio Afonso da Silva *A constitucionalização do direito*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2005 pag 75 e Daniel Sarmento *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2004 pag. 238

¹⁰⁸ NA - Neste sentido o direito brasileiro é permeado de pontes de contato entre a Constituição e a lei civil. Conceitos como boa-fé objetiva, bons costumes e função social do contrato são exemplos destas pontes. Conceitos jurídicos imprecisos que permitem a aplicação, para os defensores da aplicabilidade mediata, dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Carta, mas, sem dúvida, lhe retira caráter normativo jurídico, eis que desprovido de sanção.

Segundo os adeptos dessa teoria de valores, quando um preceito estivesse contido na Constituição Federal ele deveria ser respeitado pelas partes e estas devem se esforçar para que o referido valor seja atingido.

O exemplo que pode ser mencionado é a liberdade de culto, pois se trata de um valor constitucional, o Estado não pode atacá-lo, ele deve impedir que terceiro o ataque, deve fomentá-lo, da mesma forma, um particular não poderia ofender a liberdade de culto alheia.

Seria, neste momento, que se construiria uma aplicação mediata dos direitos fundamentais, como sendo a Constituição a portadora de valores supremos que se irradiam por todo o ordenamento, mas a lente da irradiação dependeria da intermediação do Estado.

O risco desta fala é a imprecisão, a abertura inconseqüente e o risco de que o valor possa ser flexibilizado ao longo dos anos. Frise-se que a teoria dos valores também foi construída como uma projeção que o Estado também deve respeitar. Note-se o paradigma direitos fundamentais X Estado volta a se repetir.

A teoria dos valores é útil, de certa maneira, quando lidamos com conceitos jurídicos indeterminados, pois com ela, há um norte constitucional a ser seguido quando do preenchimento dos valores sem precisão.

No Código Civil de 2002, é possível encontrar exemplos desses conteúdos jurídicos indeterminados. A boa fé objetiva é um deles, ela se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo preexistente de conduta, uma forma social pela qual impõe o dever que cada indivíduo deve respeitar, norma aplicável em maior incidência ao direito contratual, obriga o contratante a se comportar da maneira que um indivíduo leal, probo e digno se comportaria.

Como se nota, é possível que a Constituição Federal seja aplicada por meio deste princípio, vez que ele seria a ponte que se formaria entre o direito privado e os direitos fundamentais. Contudo, a aplicação dos direitos fundamentais, neste caso, é apenas uma das possibilidades existentes, ao indivíduo, se ele tiver que sujeitar a aplicação dos

direitos fundamentais à boa vontade e boa-fé do intérprete, pode ser que ele seja surpreendido pela recusa da aplicação e conseqüente afastamento dos direitos fundamentais.

Regressando à exposição inicial do presente item, a aplicação mediata dos direitos fundamentais, segundo os seus tutores, permite que dois atores executem a referida intermediação, de um lado, o legislador, do outro, o juiz, ou até mesmo ambos.

5.1. O papel do legislador, como intermediário entre os direitos fundamentais e as relações privadas

Dentro da teoria da eficácia mediata, o legislador ganharia um papel de destaque vez que seria a lei o veículo introdutor de normas e limites para uma Constituição Federal que mais significaria um conjunto de valores.

A lei ordinária seria o meio apropriado que o indivíduo lançaria mão para saber se os seus direitos fundamentais seriam ou não aplicáveis a uma relação estabelecida com outro indivíduo também titular de direitos fundamentais.

Neste sentido, o papel do legislador ganharia contornos muito superiores ao que todos vêem. Além de criar condutas permitidas, proibidas e obrigatórias, nos termos do raciocínio dos modais deonticos, ele seria o construtor da lupa que iria refletir para o ser humano os preceitos previstos na Constituição, em especial, os direitos fundamentais de cada um deles¹⁰⁹.

Disso pode-se entender que na ausência da lei, o ser humano estaria fadado ao insucesso, ao desprezo e à ausência normativa, que lhe tolheria o exercício de um direito

¹⁰⁹ Corretamente asseverou Juan María Bilbao Ubillos: “Certamente, desde la perspectiva del “dever ser”, es al legislador-democrático al que corresponde esta función de concreción, pero la ponderación directa es a menudo inevitable. Como lo es em el ámbito de las relaciones entre el individuo y los poderes públicos. Ya hemos dicho que la legislación no puede preverlo todo, de modo exhaustivo, no puede contemplar todas las situaciones ni todos los conflictos posibles. Surgen incesantemente nuevas amenazas y formas de agresión em escenarios insospechados.” In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006 Pag. 313

fundamental, transformando a Constituição em algo semelhante ao decálogo¹¹⁰, de robusto conteúdo moral e fraco conteúdo sancionador, ao menos entre os homens.

Tal questão, para alguns, já teria sido solucionada por José Afonso da Silva com a obra específica sobre a teoria da eficácia das normas constitucionais¹¹¹ desenvolvida na Europa continental¹¹². As normas de eficácia plena, contida e limitada. Segundo este autor, as normas de eficácia limitada necessitariam de uma lei infraconstitucional para que seu preceito fosse reconhecido entre os indivíduos. Enquanto a lei não fosse criada, ao indivíduo, o direito não poderia ser reconhecido.

Um bom exemplo do efeito nefasto que este raciocínio deu ao sistema jurídico, não por responsabilidade de José Afonso da Silva, mas, por culpa dos intérpretes da Constituição¹¹³ foi a interpretação que se concedeu ao revogado § 3º do artigo 192 da Constituição Federal que tinha a seguinte redação:

¹¹⁰ Adotou-se, no presente trabalho, o decálogo católico, a saber: 1. Amar a Deus sobre todas as coisas; 2. Não tomar seu santo nome em vão; 3. Guardar Domingos e dias santificados; 4. Honrar pai e mãe.; 5. Não matar; 6. Não pecar contra a castidade.; 7. Não furtar.; 8. Não levantar falso testemunho; 9. Não desejar a mulher do próximo; 10. Não cobiçar as coisas alheias

¹¹¹ Ressaltou o José Afonso da Silva: “Do ponto de vista da eficácia e aplicabilidade, as normas constitucionais devem ser consideradas sob três aspectos: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que, por seu lado, compreendem dois grupos: c1) normas de eficácia limitada, definidoras de princípio instrutivo, que são aquelas que prevêem esquemas genéricos de instituição de um órgão ou entidade, cuja estrutura definitiva o legislador constituinte deixou para a legislação ordinária; c2. Normas de eficácia limitada, definidoras de princípio programático, que são aquelas que traçam esquemas de fins sociais, que devem ser cumpridos pelo Estado, mediante uma providência normativa ou mesmo administrativa ulterior” in Aplicabilidade das normas constitucionais. 5ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2001 Pag. 262.

¹¹² Importante trazer à colação o trabalho de José Horácio Meirelles Teixeira que, antes mesmo da sistematização executada por José Afonso da Silva já lecionava a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais. Para ele as normas constitucionais poderiam ser divididas em “ duas categorias bem distintas: a) normas de eficácia plena; b) normas de eficácia limitada, ou reduzida. ... esclareçamos desde logo que por *normas de eficácia plena*, como já tivemos a oportunidade de expor, entendemos aquelas *normas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, por este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhe constitui objeto*. Ao inverso, por *normas de eficácia limitada* (ou “reduzida” como dizem alguns autores), devemos entender aquelas *normas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário*.in *Curso de Direito Constitucional*.1ª edição. São Paulo: Forense Universitária. 1991. pag. 317.

¹¹³ Importante a passagem da clássica obra de Celso Ribeiro Bastos: “Como se sabe, praticamente todos os indivíduos acabam interpretando o Texto Supremo. O Poder Legislativo o faz quando elabora determinada lei de acordo com o que estipula a Constituição, ou ainda quando considera as possíveis interpretações que, em situações futuras, possam ter as regras que irá aprovar. Também quando altera a própria Constituição tem de obedecer aos limites por esta impostos. Mas é certo que a interpretação mais relevante é aquela efetuada pelo Poder Judiciário, seja na adequação, a cada caso concreto, da norma

“§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”

Para a posição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, refletida na súmula vinculante de número 7¹¹⁴, antiga súmula 648 a supracitada norma era de eficácia limitada e necessitaria de uma lei complementar para que a sua eficácia fosse plena entre os particulares.

A mensagem constitucional que obrigava a edição de uma lei para que o comando normativo se completasse dizia respeito à punição que iria se impor caso alguém cobrasse juros em um patamar acima dos doze por cento estabelecidos.

Não havia, ao nosso ver, a limitação integral da eficácia do dispositivo. Contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu de maneira diversa. A decisão que deu ensejo à edição da súmula 648, fonte originária da súmula vinculante de número 7, teve seu início de discussão na ADI 4, e, naquele momento, se decidiu que o texto da Constituição necessitaria de mais outro veículo introdutor de normas jurídicas de inferior hierarquia para ser totalmente compreendido e executado.

Tal decisão fez que a lei de usura e os limites constitucionais não fossem aplicados ao indivíduo comum nas relações bancárias. Entendia-se, naquela época, que nas relações entre particulares valeria a regra dos 12% de juros, mas, nas relações bancárias não.

De fato, o referido artigo já foi retirado da Constituição e a norma infraconstitucional que iria, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, conceder-lhe a devida eficácia, sequer foi publicado. O artigo foi criado e retirado do mundo jurídico, sem que tivesse a plena aplicabilidade.

abstrata, seja na verificação em abstrato da constitucionalidade de determinada regra” in *Hermenêutica e Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2002 pag 123/124.

¹¹⁴ Súmula Vinculante 7 A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

Para situações como a presente, pode-se afirmar que, no Brasil, há o mandado de injunção¹¹⁵, e ele poderia preencher, em alguns casos, a lacuna ou omissão do legislador.

Neste aspecto, pode-se assegurar que a ação constitucional referida é excelente, o mandado de injunção é, sim, uma robusta forma de dotar da devida eficácia os dispositivos constitucionais. Porém, ao longo de duas décadas, o mesmo não teve o uso e o retorno que se esperava. O mandado de injunção, por anos, serviu apenas para constituir em mora o legislador¹¹⁶.

Em decisões recentes, o Supremo Tribunal Federal resgatou a corrente concretista do mandado de injunção e passou a suprir a omissão legislativa, em especial, cita-se o caso do direito de greve dos servidores públicos, que pode ser apreciada nos Mandados de Injunção de número 670, 708, 712¹¹⁷ e 721¹¹⁸.

De toda forma, o mandado de injunção ainda é uma ação constitucional de abrangência restrita e pouco usual para solucionar os problemas relacionados às omissões legislativas. Basta notar o diminuto número de mandados de injunção propostos ao longo de toda a existência do instituto.

Assim, se pode perceber que, ao menos em nosso País, conceder ao Legislativo o poder de ser o intermediador entre os direitos fundamentais e as relações horizontais é o mesmo que extrair do âmbito de aplicabilidade de tais relações os referidos direitos.

Ademais, há que se frisar, que a produção e introdução no sistema de normas jurídicas é um fenômeno pós fato, ou seja, em um primeiro momento, o fato é notado no seio social

¹¹⁵ NA - Mandado de injunção está previsto no art. 5º, LXXI da Constituição Federal, é uma nova garantia trazida pela Constituição promulgada em 1988, onde está enunciado da seguinte forma: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

¹¹⁶ NA - Note-se o teor de um julgado de um MI 107-DF “Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, e ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da carta magna) (...)”

¹¹⁷ NA - Adotaram a teoria concretista geral

¹¹⁸ NA - Adotou a teoria concretista individual

e, posteriormente, o direito desperta-se para tal circunstância e demonstra o seu interesse em regulá-lo.

Sempre que o direito tenta antecipar-se à criação humana o resultado é nefasto. Como exemplo, pode-se mencionar os casos de comércio via digital ou crimes cometidos pela internet. Antes da existência e do uso de tais meios eletrônicos era impossível se imaginar que os legisladores fossem capazes de criar normas jurídicas que se adequassem à realidade futura.

A criação de normas deve ocorrer após o fato. O fato é antecedente e a norma jurídica o conseqüente, que pode estimular ou desestimular a ocorrência do mesmo.

Assim, inviável imaginar que mesmo havendo a previsão de um direito fundamental não haveria a hipótese de não criação de uma lei infraconstitucional e, com isso, a limitação do referido direito, em prejuízo do ser humano.

Um direito que necessita de uma lei infraconstitucional para ser reconhecido não é um direito fundamental, o direito é fundamental na medida em que é indispensável a todos, e todos devem cumpri-lo, inclusive o legislador. Condicionar o direito fundamental, nas relações privadas, à existência de lei é o mesmo que negar a aplicabilidade¹¹⁹.

5.2. O papel do juiz, como intermediário entre os direitos fundamentais e as relações privadas

A mesma premissa que se utilizou para afirmar que compete ao legislador intermediar a aplicabilidade dos direitos, utilizou-se para sugerir que aos juízes compete a mediação entre os direitos fundamentais e as relações privadas.

Os conceitos jurídicos indeterminados, criados pelo legislador, seriam preenchidos pelo magistrado quando da solução da lide, estaria, segundo os seus defensores, se

¹¹⁹ NA- Ademais, há de se frisar que o constituinte não previu essa obrigatoriedade de lei para que os Direitos Fundamentais fossem aplicados. Neste sentido, sábias as palavras de Ronnie Preuss Duarte in *Garantia de Acesso à Justiça*. Coimbra: Edições Coimbra, 2007. Pag 142: “Com isto, tem-se que os direitos fundamentais contemplados na Constituição são aplicáveis independentemente de *interpositio legislatoris*; ou seja, cuida-se de direito cuja aplicação prescinde da intervenção concretizadora do legislador”

possibilitando uma via suave e flexível, a recepção civilizada da ótica constitucional na vida privada.

Mas para que isto acontecesse, haveria a necessidade de participação do legislador que deixaria, na lei, o espaço hermenêutico necessário para que o magistrado aplicasse, ao caso concreto, os direitos fundamentais.

É premissa incontestável que, duas dúvidas surgiriam então, a primeira dá conta de que nem sempre a lei teria esse conteúdo jurídico indeterminado que possibilite a interpretação conforme a Constituição e, segunda, quem garantiria que a Constituição, em seus direitos fundamentais, seria seguida pelo julgador.

O magistrado, para decidir o caso concreto, faz uso do princípio do livre convencimento motivado, basta que o mesmo exponha as suas razões de decidir que a decisão apesar de criticável a atingível por via recursal não padecerá de um vício formal.

Assim, como todo ser humano, o magistrado está submetido ao sistema jurídico que encontra na Constituição o seu ápice, mas, reduzir a aplicabilidade dos direitos fundamentais à atuação do magistrado significa imaginar que os direitos fundamentais só seriam aplicados quando houvesse a pretensão jurídica resistida, ou seja, os direitos fundamentais, para serem aplicados às relações privadas, haveria a necessidade de que as partes não fossem capazes de se compor amigavelmente, elas teriam que litigar para ver a Constituição aplicada em seu inteiro teor.

Tal premissa enfrenta dois problemas principais. O primeiro deles é que ela estimula as partes a ingressarem com ações judiciais, eis que só o Poder Judiciário teria o poder de afirmar se determinado direito fundamental é ou não aplicável. O segundo é que a porta de acesso ao Poder Judiciário ainda é extremamente pequena e inacessível.

Apesar da Constituição Federal estabelecer, em seu artigo 5º, LXXIV que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos e, apesar de a Constituição ter criado um órgão com autonomia financeira e administrativa para cumprir tal tarefa, os mandamentos Constitucionais ainda não são cumpridos.

Há Estados da federação que sequer criaram as suas Defensorias Públicas e há Estados em que a Defensoria Pública ainda não possui a estrutura necessária para fazer frente à missão constitucional que lhe foi imposta.

Sem um órgão que tenha a missão de prestar assistência jurídica integral e gratuita, não há dúvida, o indivíduo carente não conseguirá acessar as portas do Poder Judiciário.

A população pobre, de forma incontestável, é a mais atingida, pois a exacerbada precariedade das condições em que se encontra, tendo os seus direitos fundamentais desrespeitados pelo Estado e, em maior conta, pelos próprios particulares, nunca será reconhecida se dependerem da atuação do magistrado no caso concreto.

Ainda que se avenge a possibilidade de manuseio de ações civis públicas e outras demandas de cunho coletivo, a verdade é que os direitos fundamentais dos mais necessitados não podem ficar condicionados à atuação Judicial, mesmo porque, ao que consta, o Poder Judiciário é inerte e não poderá agir se não for devidamente provocado por quem é dotado de capacidade postulatória.

Assim, o juiz não conseguirá, ainda que queira, regular, com os direitos fundamentais as relações privadas que estão à sua volta. Quando muito, se ele quiser, e puder (desde que exista uma lei com conteúdos jurídicos indeterminados e uma Constituição com ordem valorativa), solucionará o caso que chegou às suas mãos, mediante o exercício do condicionado direito de ação.

Pelo que foi afirmado, com relação à aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais, nos parece que tal teoria é meramente uma tentativa doutrinária de impedir a máxima eficácia da Constituição, em um posicionamento favorável, ainda ao primado da lei, concedendo ao magistrado poderes divinos.

Neste sentido, é o posicionamento de Juan María Bilbao Ubillos:

“De ahí que se tenga la sensación de que la teoría de la eficacia mediata es una peripecia especulativa artificiosa (um “espejismo”, en feliz expresión de Schwabe) que no conduce a ninguna parte, o mejor dicho, que regresa al mismo punto de partida, sin despejar ninguna incógnita. Para ese viaje no necesitábamos tantas alforjas. Esta concepción parece, en suma, un tanto forzada, producto seguramente del miedo a una profunda revisión de determinados

planteamientos y categorías, inspirada por el deseo de salvar a toda costa ciertos principios formulados en un contexto muy distinto”¹²⁰

¹²⁰ In Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004 Pag 318

6. A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A presente teoria tem como um dos seus precursores Nipperdey que, segundo Virgílio Afonso da Silva¹²¹, afirma que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e, malgrado sejam originariamente direcionados para relações de direito público, podem incidir diretamente sobre as relações de direito privado por que os direitos fundamentais não são sempre direitos subjetivos de natureza pública. Esta incidência - segundo Nipperdey - pode-se dar independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, haja vista que a Constituição - neste particular - é inteiramente auto-aplicável, e seu efeito é *erga omnis*.

A idéia que está no substrato dessa corrente doutrinária é a aplicabilidade, independentemente da existência de intermediários, dos direitos fundamentais a todas as relações jurídicas, pouco importando quem sejam as partes que compõem a relação, desde que uma delas seja titular de um direito fundamental.¹²²

De proêmio, cumpre fazer a sábia advertência de Daniel Sarmento a qual, por seu caráter esclarecedor, merece transcrição:

*“Cumpre destacar, no entanto, que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração individual no tráfico jurídico privado”*¹²³

O reforço à advertência supra, deve ser feito no sentido de que os direitos fundamentais não se prestam a por fim à autonomia da vontade, muito pelo contrário, os direitos

¹²¹ In A constitucionalização do direito. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2005 Pag 87.

¹²² Para Thiago Luís Santos Sombra: “A teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico privadas, em que pesem as inúmeras críticas, vem preencher um vazio axiológico-normativo constatado na concepção clássica dos direitos fundamentais. Mediante a realização dos preceitos da fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, a *drittwirkung* impõe-se como mais um desdobramento dos mecanismos propagadores da unidade e supremacia da constituição.” *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2004 pag. 202

¹²³ In *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2004 pag. 246

fundamentais pretendem conceder ao ser humano a condição necessária para que possa exercer, com todas as garantias possíveis, a sua autonomia.

Conceder autonomia a um ser humano fragilizado e excluído de seus direitos é o mesmo que não conceder nada.

De toda forma, é preciso que se visualize o problema dos direitos fundamentais como um todo para que seja possível se entender o quanto é importante que os ditos direitos se apliquem, automaticamente, nas relações privadas.

Um exemplo do que se acaba de afirmar, retrata a existência de limites a todos os direitos existentes em nosso ordenamento: o direito à liberdade. Ele é um direito fundamental, previsto na Constituição Federal que comporta limites, tanto que um criminoso, se condenado em definitivo, poderá ter a sua liberdade subtraída como punição, a depender da quantidade de pena imposta e do regime inicial de cumprimento da pena.

Segundo a visão clássica, o direito fundamental à liberdade seria um direito que um indivíduo comum possui, de defesa, em face do Estado.

Durante anos foi assim que se entendeu, mas, por óbvio, nem só o Estado pode limitar o direito à liberdade do ser humano. Aliás, do convívio social, muitos abusos podem surgir.

Se o direito à liberdade, em todas as suas variações, liberdade de culto, expressão, cátedra, entre outras, for apenas oponível em face do Estado, o indivíduo que tivesse esta liberdade atacada por outro dependeria da existência de uma lei específica ou da aplicabilidade imediata do direito fundamental previsto na Constituição.

Do contrário, deve-se sugerir, ao particular, atacado em sua liberdade, que se socorresse da violência privada para solucionar seu conflito, em um retorno desnecessário à lei do mais forte.

Em nosso País a solução para o problema tem início na Constituição Brasileira que, em seu § 1º do artigo 5º estabelece que: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Note-se, logo de plano, que não há, no texto constitucional, qualquer ressalva ou restrição para que a referida aplicabilidade aconteça somente nos casos em que a relação jurídica travada for entre o Estado e o indivíduo. Se a Constituição não fez esta ressalva não será lícito ao intérprete fazê-la.

É bem verdade que a norma jurídica extraída do texto legislado brasileiro difere da norma construída a partir da leitura da Constituição Portuguesa que, em seu artigo 18 – 1, estabelece: “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”

O dispositivo brasileiro não chegou a deixar expresso que direitos fundamentais se aplicam às entidades públicas e privadas. O artigo 5º, §1º só estabeleceu que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Tal suposta omissão poderia gerar dúvida, indevida ao nosso sentir.

Não se pode conceder ao dispositivo um sentido restritivo da aplicabilidade dos direitos constitucionais. Não se deve, ao interpretar a Constituição, restringir os seus comandos sem a devida ponderação, fazer isso implica em ofensa ao postulado hermenêutico da máxima efetividade possível que os comandos constitucionais devem ter.

Assim, de primeira análise, o que se pode extrair é que o constituinte originário não quis permitir que a Constituição, em especial em seus direitos e garantias fundamentais, se tornasse apenas normas jurídicas de conteúdo programático, cujo alcance efetivo e transformador nunca fosse alcançado. Se a Constituição não segregou os destinatários do comando destacado no § 1º do art. 5º é porque o mesmo se aplica *a todos*, entidades públicas ou particulares.

Destaca-se que o referido parágrafo do artigo 5º da Constituição Federal, apesar de estar situado em um capítulo constitucional que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos ele extravasa as raias deste conteúdo e se aplica a todos os direitos fundamentais, aos individuais, aos sociais, aos contidos na lei, aos oriundos de tratados internacionais, enfim, a toda a espécie de direito fundamental que for incorporado ao ordenamento.

O parágrafo primeiro, apesar de constar do artigo 5º, é um comando autônomo que não se vê atrelado aos limites objetivos do caput do artigo.

Nesse sentido, importante transcrever Ingo Wolfgang Sarlet:

“... Sustentando o ponto de vista segundo o qual a norma contida no art. 5º, § 1º da CF estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros são obrigados a aplicá-los, e os particulares são obrigados a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo”¹²⁴

Por óbvio, tal dispositivo não é isolado no contexto jurídico nacional e, por isso, encontra à sua frente outros questionamentos de ordem jurídica e prática que precisam, neste momento, ser ressaltados.

Casos há em que o próprio preceito constitucional se reportará à lei infraconstitucional para a sua perfeita aplicabilidade, neste caso, não há como considerar dispensável a existência da lei.

Contudo, enquanto não criada a lei em questão, o indivíduo não pode conduzir as suas relações pautado em uma absoluta insegurança, como se houvesse a previsão no texto constitucional, mas esta previsão estivesse limitada pela ausência legislativa.

Apesar da ausência da lei, o preceito constitucional é, no mínimo, aplicável, para que se possa afirmar que o direito nele consagrado existe e que a sua negação, total, é algo completamente inviável, exatamente como se dá no caso do direito de greve dos servidores públicos atualmente em nosso país.

No exemplo citado houve a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, em sede de mandado de injunção.

Além da hipótese contida na situação em que o próprio texto constitucional se reporta a lei inferior hierarquicamente, outra limitação à aplicabilidade imediata precisa ser esclarecida, trata-se da hipótese em que o próprio preceito constitucional não contém os elementos mínimos indispensáveis que possam assegurar a aplicabilidade.

Está a se relacionar, aqui, com aquele conteúdo que parte da doutrina convencionou chamar de norma de conteúdo programático¹²⁵, fruto de um Estado Social, e fez

¹²⁴ In *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007 Pag. 282

¹²⁵ Destaca-se que contemporaneamente a expressão ganhou contornos pejorativos na medida em que é associada, por alguns, como a forma técnica de desprover a constituição de força normativa e eficácia. De

incorporar na categoria dos direitos fundamentais os direitos sociais envolvidos em normas de conteúdo ético-social as quais passam a disciplinar programas de ação estatal intervencionista.

Tais normas, por disciplinarem programas a serem alcançados pelo Estado, necessitam de uma forma diferenciada de compreensão e aplicabilidade. Se pouco, elas servem para declarar não recepcionadas ou inconstitucionais os dispositivos que as contrarie e, também, se prestam à complicada gestão e definição das políticas públicas de governo.

Assim, superadas essas duas questões (quando a própria Constituição se reporta à lei infraconstitucional e no caso das normas constitucionais de conteúdo programático) que, como explicitado, ainda que de maneira breve, não servem para impedir a aplicabilidade das normas constitucionais nas relações privadas, neste passo, somos obrigados a concordar com Ingo Wolfgang Sarlet:

“Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática.”¹²⁶

Antes de avançar no estudo desta corrente doutrinária, que defende a aplicabilidade imediata, há que se deixar claro que a presente tese não se opõe à tese da aplicabilidade mediata, muito pelo contrário, ambas, se forem aplicadas conjuntamente, tornarão o sistema de proteção oriundo dos direitos fundamentais como algo infalível e

verdade, esta primeira interpretação do conteúdo das normas programáticas como sendo algo de obrigatoriedade postergada do tempo e sem qualquer conteúdo normativo é um grande equívoco. De forma clara, Luís Roberto Barroso confirma o caráter concretizador das normas programáticas, elencando os seus efeitos, expondo que estas: “revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam e; carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis” in BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2.ed.* Rio de Janeiro : Renovar, 1993. p.113.

Em sentido contrário, Paulo Bonavides, resume em três aspectos básicos as críticas sobre as normas programáticas: as normas programáticas têm por conteúdo princípios abstratos e na maioria implícitos; as normas enunciam programas políticos não vinculantes; as normas estampam regras genéricas, vagas e abstratas que acabam por escapar de uma aplicação positiva. In *Curso de Direito Constitucional, 15ª ed., atualizada.* São Paulo: Malheiros, 2004. p. 246

¹²⁶ In *A eficácia dos Direitos Fundamentais.* 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007 Pag. 285.

perfeitamente robusto para impedir que o ser humano seja vítima de qualquer tipo de violação.

O fato do direito fundamental ser aplicado diretamente entre os particulares não importa dizer que o legislador e o juiz não possam, no cumprimento de seus deveres constitucionais, fazer a mesma coisa e impedir que os direitos fundamentais deixem de ser aplicados.

Seguiremos, a partir daqui e somente neste trecho, a divisão doutrinária feita por Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁷, pois a mesma facilita a compreensão e, por sua consagração, permite uma uniformidade no enfrentamento do tema.

A questão da aplicabilidade e eficácia imediata dos direitos fundamentais serão, deste momento em diante, separada em duas partes, a primeira parte que diz respeito aos direitos de defesa e a segunda diz respeito aos direitos fundamentais sociais.

6.1. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de defesa.

Os direitos de defesa, assim entendidos os que comportam os direitos de liberdade, igualdade, garantias constitucionais, direitos políticos e posições jurídicas cristalizadas, em regra, exigem que a uma parte da relação jurídica tenha um comportamento negativo, ou seja, não atue de forma a ofender, limitar, macular ou atingir o direito fundamental pertencente à outra parte.

Pouco importa, neste instante, se a parte que deve ter um comportamento negativo é, ou não, titular de um direito fundamental. Todos devem respeitar o direito fundamental alheio. A colisão entre direitos fundamentais será abordada em outro momento.

Por exigir uma abstenção e não um comportamento positivo é fácil compreender o porquê, com relação aos direitos de defesa, a controvérsia a respeito da aplicabilidade ou não dos direitos fundamentais é menor.

¹²⁷ In *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007 Pag. 285

Os referidos direitos, para serem aplicados entre os particulares, não necessitam da lei. Se a lei existir e for válida, contribuirá para a implementação do direito, mas, sem ela, o direito deverá ser exercido da mesma forma. A lei não poderá reduzir o conteúdo normativo do texto constitucional a não ser que se esteja diante de uma norma de eficácia contida, nos termos da classificação utilizada por José Afonso da Silva.

O que diferencia esta categoria das demais categorias relacionadas aos direitos fundamentais é que, no presente caso, não se exige que o particular ou o Estado faça algo para que o direito fundamental seja respeitado, basta a omissão ou a não intromissão.

Em situação diversa está a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Em face dela já se desenvolveu, basicamente, três grandes grupos de questionamentos, a saber: 1) a teoria da reserva do possível, 2) a excessiva judicialização das políticas públicas e 3) o dever de um particular fazer algo que não está expressamente previsto em lei.

A compreensão facilitada da aplicabilidade dos direitos de defesa ocorre, também, porque no presente caso se está diante de direitos fundamentais clássicos, de primeira e segunda dimensões, e a compreensão é muito contaminada pela participação do Estado.

Se for subtraída a relação de direito público do problema, enfrentaremos a mesma ordem de dificuldades. Em uma relação de direito privado, o problema mais grave não é o dever prestacional de um direito social, a dificuldade, na maior parte das vezes, é compatibilizar o direito fundamental em debate com a liberdade de disposição.

Não há dúvidas que em uma relação privada, a liberdade de disposição contratual encontra, sem dúvidas, duas questões fundamentais, a liberdade em si e a igualdade necessária para que o ser humano sinta-se a vontade para tomar as decisões necessárias a uma existência digna.

Se o indivíduo não é livre e se ele não goza de uma posição isonômica em comparação com os demais indivíduos, é inútil falar-se na possibilidade de celebrar um encontro de vontades livre e consciente, encontro este que precisa respeitar os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

No aspecto liberdade, apesar de ser um dos primeiros direitos fundamentais a ser imaginado, o ser humano nunca estará postado em um quadro de plena liberdade. A liberdade plena e absoluta é fruto de um exagero interpretativo. Até a liberdade encontra limites na Constituição.

A liberdade plena não existe em razão de uma necessidade de convívio social. Assim que o ser humano entendeu por bem dividir a sua existência com outro ser humano, abriu mão de parte de sua liberdade in natura e passou a ceder frações da mesma para que o convívio social fosse possível.

Pois bem, se o homem não é absolutamente livre, se ele está, quando pouco, conectado aos ditames da vida social, desde as formações sociais mais simples até as modernas conformações complexas da sociedade contemporânea o ser humano sempre se viu vinculado às regras de convívio¹²⁸.

Muitos podem afirmar que a liberdade é um estado inato, que nasce com o ser humano e este, ao longo do tempo, celebra pequenos contratos que o faz viver da forma em que vive. Tal afirmação não é verídica, na sociedade atual, ao contrário do que muitos pensam, o Estado não mais atua de maneira intensa e regulatória, o neoliberalismo tirou de cena o Estado ator e colocou em cena o Estado regulador.

Se o Estado não exerce mais o papel de grande artífice das relações sociais, estas passaram a ser construídas, em sua maioria, pelos próprios seres humanos, em relações privadas que, em regra, não respeitam todos os direitos e garantias inerentes à espécie humana.

O desconhecimento dos seus direitos e garantias, de forma ampla, faz com que o ser humano seja tolhido desde o seu nascimento em seu direito básico à liberdade¹²⁹. A vida

¹²⁸ Deve-se destacar o que disse Norberto Bobbio a respeito da liberdade na atualidade, in *Igualdade e Liberdade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995 pag 92 “Nessa situação, falar ainda de liberdade pode aparecer como uma blasfêmia, um modo de invocar o nome de Deus em vão; uma palavra demasiadamente solene para um mundo tão esvaziado e conformista, um mundo no qual, no lugar da inteligência pessoal, tem-se a repetição, a imitação, a adaptação, a aceitação incondicionada da lógica do domínio. O protagonista (se ainda se pode empregar uma palavra de outrora) da sociedade dominada pela indústria cultural é o servo sublimado e satisfeito, precisamente o contrário do cidadão de Rousseau, que era obrigado a ser livre.”

¹²⁹ Conforme Ronnie Preuss Duarte in *Garantia de Acesso à Justiça*. Coimbra: Edições Coimbra, 2007, pag 145: “Sabe-se que a margem de liberdade no estabelecimento e manutenção das relações individuais varia consideravelmente, a depender da natureza da relação privada em causa, devendo ser reforçada a proteção e, conseqüentemente, comprimida a autonomia privada quando se estiver em áreas de

em sociedade impõe limites, a lei é, sem dúvida, uma dessas condicionantes, mas, como aqui já se afirmou, ela é uma construção sempre posterior ao fato, ela falha ao regulamentar todas as relações sociais.

De fato, a lei não é capaz de ingressar em todas as relações sociais e regulá-las conforme os ditames dos direitos fundamentais, mesmo porque, não raras vezes, as normas jurídicas introduzidas pelas leis padecem do vício da inconstitucionalidade.

Assim, dado a este caráter posterior e a sua incompletude nata, a lei não é o dispositivo que limita a liberdade humana, a limitação da liberdade humana deriva da norma proveniente de um acordo tácito de vontade. O contrato de adesão, que se celebra com os demais seres humanos para se viver em sociedade pressupõe a aderência a uma série de regras até mesmo desconhecidas pelo homem.

Por isso que se pode afirmar, que a liberdade conquistada com o nascimento com vida é limitada todos os dias, pela lei, em um plano amplo e pelo próprio acordo de vontades em sentido estrito.

Neste aspecto, conectado a este conceito de liberdade condicional da vida em sociedade, deve-se deixar claro o papel da igualdade que, pelo seu papel de destaque, será objeto de estudo, ainda que de forma sintética no presente trabalho.

6.2. A igualdade como um conceito jurídico básico à aplicabilidade dos direitos fundamentais

O conteúdo jurídico do princípio da igualdade já foi objeto de estudo dos mais variados autores do direito. Entre eles, sem dúvida, se destaca Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁰.

intervenção de poderes sociais ou privados, notadamente entidades de natureza associativa, onde o “jogo de forças” não é igualitário, prevalecendo invariavelmente a vontade de uma maioria. Ora, sendo manifesto que uma das funções dos direitos fundamentais dentro do Estado democrático de direito é a proteção das minorias contra a ditadura das majorias, estabelecendo espaços protegidos que remanesçam incólumes às pretensões de mudanças ou condicionamentos de grupos dominantes, parece elementar que o mesmo se deve garantir na área privada”.

¹³⁰ In *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009

Desde os primórdios aristotélicos¹³¹, a regra contida na Constituição Federal é repetida de forma quase que mecânica por todos os seres humanos. Ruy Barbosa, em sua famosa Oração aos Moços já esclareceu:

*“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalesssem.”*¹³²

O problema da igualdade não se resume ao ambiente jurídico, ele está presente em todos os ramos do conhecimento científico e é, sem dúvida, no campo da Filosofia que ele tem o seu maior campo de incidência.

Para o mundo do direito, a questão ganha contornos na medida em que se discutem dois temas específicos 1. A igualdade perante a norma jurídica e 2. A igualdade na norma jurídica.

No primeiro caso, o que se discute é uma regra de aplicação da norma, logo, o mandamento igualitário é destinado aos aplicadores dos juízos hipotéticos condicionais. Neste caso, se houver algum problema, ele é solucionado no caso concreto e a norma é o parâmetro que irá pautar a conduta dos agentes.

No segundo caso, a doutrina especializada encontra mais problemas, não há, ao menos em uma primeira leitura, nos dispositivos constitucionais, a segurança necessária para que se afirme qual o critério basilar para que o legislador dê origens a normas isonômicas ou anti-isonômicas, mesmo porque, nos parece claro que a norma que trata a

¹³¹ Aristóteles in *A Política*, p. 236 “A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção”; p. 253: “É evidente, pois, que a comunidade civil mais perfeita é a que existe entre os cidadãos de uma condição média, e que não pode haver Estados bem administrados fora daqueles nos quais a classe média é numerosa e mais forte que todas as outras ou pelo menos mais forte que cada uma delas; porque ela pode fazer pender a balança em favor do partido ao qual se une e, por esse meio, impedir que uma ou outra obtenha superioridade sensível. Assim, é uma grande felicidade que os cidadãos só possuam uma fortuna média, suficiente para as suas necessidades.”

¹³² Ruy Barbosa in *Oração aos Moços*. Editora Dicapel.

todos da mesma forma não é a mais adequada para solucionar os anseios da sociedade e, a norma que a todos desigualada, também não transmite a segurança jurídica necessária.

A grande dificuldade que assola os cientistas do direito é elaborar um critério objetivo para que se consiga construir normas jurídicas que, simultaneamente, tragam direitos e garantias mínimas a todas as pessoas sejam capazes de reconhecer as diferenças individuais e equilibrá-las em uma mesma condição.

Celso Antônio Bandeira de Mello conseguiu, em poucas linhas, estabelecer um roteiro bem claro e científico de como se separar situações de desigualdade juridicamente aceitável de situações em que a desigualdade na verdade é um campo profícuo da inconstitucionalidade.

O primeiro passo é identificar qual o critério que deu origem à discriminação, ele pode ser gênero, cor, peso, tipo físico, qualquer um. A eleição do critério é apenas o primeiro passo. Após tal identificação, o intérprete deve apurar qual é o objetivo que a norma jurídica busca e, por fim, ele deve apurar se existe uma correlação lógica entre o critério identificado e o fim almejado.

Se houver correlação lógica entre o critério eleito pelo legislador e a finalidade que se busca, a norma terá respeitado o princípio da isonomia e nada mais poderá ser questionado, mas se não houver tal correlação, se falará que a norma ofende a isonomia.

Tudo que se disse até agora e, a grande maioria da ciência jurídica produzida, diz respeito aos casos em que a norma jurídica é o parâmetro de comparação isonômico, mas, sem dúvida, quando se está a estudar as relações privadas a isonomia ganha outro contorno.

Falar que as pessoas são livres para celebrar todo e qualquer tipo de encontro de vontades é uma verdadeira ficção, conforme supra mencionado.

Para que as pessoas consigam celebrar acordos de maneira livre, é preciso que elas se encontrem no mesmo patamar de igualdade e a natureza humana é desigual.

O homem, por essência, não é e não quer ser, igual ao outro homem. Até mesmo os valores culturais e históricos influenciam na formação do ser humano e, conseqüentemente, na posição que o mesmo ocupa na relação contratual.

Se se deixar um ser humano totalmente desamparado em uma relação negocial, com certeza o mesmo será vitimado por outro ser humano e, aquilo que se planejou isonômico, com certeza não o é. A relação desigual por natureza será acobertada por uma norma jurídica criada pelas partes, afinal, pela doutrina clássica, o contrato é lei entre as partes, ou seja, ele é introdutor de normas jurídicas no sistema.

Assim, se nada for feito, o modelo de convívio em sociedade que se desenhou, quando o ser humano abriu mão de sua liberdade em prol da vida coletiva, se perdeu e, se formos analisar, até a presença do Estado se mostra ineficaz e desnecessária.

Se o Estado não puder amparar os desvalidos e se a ciência jurídica permitir a exploração do homem pelo homem, com certeza a vida em sociedade perderá a sua razão de ser, o Estado não mais será útil e o homem, provavelmente, voltará a viver em estado primitivo.

Tudo que se explanou, até o presente, visa demonstrar a importância da igualdade e do reconhecimento jurídico da desigualdade para que o ser humano possa ser mais livre do que seria caso a sua condição de igualdade real ou ficta não existisse.

Afirmar que o Estado deve zelar para que o equilíbrio negocial seja respeitado é algo redundante, neste trabalho sempre se defendeu que este tem o dever de cumprir a Constituição e, por consequência, os direitos fundamentais.

A questão que mais importa, agora, é entender o quanto a isonomia e a liberdade influenciam na vida privada e, em que medida, tais direitos fundamentais, são aplicáveis às relações privadas.

Ao contrário do que muitos afirmam, a vinculação dos particulares a tais princípios fundamentais é o pressuposto básico para a execução de todas as relações sociais de maneira sadia.

Imaginar a liberdade sem consequências é como não imaginá-la. A regra da liberdade sem qualquer tipo de análise crítica e de qualquer limitação corresponde ao extermínio da liberdade em si, bem como, à dominação do homem pelo homem.

Nem há se falar que, no caso concreto, o magistrado é capaz de apreciar quem, na relação privada, é a parte mais prejudicada e, com isso, equilibrar a balança do contrato.

Tal visão é reducionista, uma vez que a grande parte da população não tem acesso ao Poder Judiciário e, pressupor o conflito qualificado de interesses para que as normas constitucionais sejam aplicadas implica em condicionar direitos fundamentais que não encontram estes limites na própria Constituição.

Faz-se necessário expandir o campo de atuação dos direitos fundamentais contra todos, é de se observar que os limites a eles são encontrados somente neles mesmos, em respeito ao que se convencionou chamar de cedência recíproca de direitos fundamentais.

7. ESTUDO DE CASOS – a importância da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas

Pretende-se nesse tópico analisar algumas decisões judiciais em que os direitos fundamentais foram aplicados às relações privadas, com especial destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso, se faz uma pequena análise de como os Tribunais têm compreendido a matéria e, com isso se busca de forma acadêmica, trazer alguns dados empíricos relacionados à tese da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

7.1. O caso do *lancer de nain*¹³³

O primeiro caso a ser analisado é o famoso caso do *lancer de nain* e foi o que nos incentivou a elaborar o presente estudo.

Trata-se do caso de um anão francês que era submetido, em duas cidades francesas, a um sistema de arremesso. Uma empresa do ramo de entretenimento contratou o anão com o intuito de que o mesmo ficasse disponível para que os frequentadores do ambiente o arremessassem. Quem atingisse a maior distância no arremesso seria o vencedor e, frise-se, o prêmio não era o objetivo da disputa.

Em determinado momento, o prefeito de uma das cidades, fazendo uso do poder de polícia, interditou o espetáculo sob o argumento legal de que seria o prefeito o guardião da ordem pública municipal e o lançamento de pessoas ofendia esta ordem.

A decisão do prefeito foi fundamentada nas leis francesas e também no artigo 3º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹³⁴.

¹³³ Texto obtido na rede mundial de computadores - <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007877723&dateTexte=>

Insatisfeitos, a empresa de entretenimento e o anão ingressaram no Tribunal Administrativo de Versailles, em litisconsórcio ativo, questionando a decisão do prefeito. Em suma, eles alegaram estar dentro da esfera de direitos disponíveis, que era de vontade do anão assim proceder e o mesmo estava sendo remunerado para isto.

O anão e a empresa venceram em primeira instância, na qual ficou decidido que o espetáculo, objeto da interdição, não tinha o condão de perturbar a ordem, a tranquilidade ou a salubridade pública.

Contudo, o Conselho de Estado reformou a decisão e o anão, assim como a empresa patrocinadora do evento perderam a ação interposta, sob o seguinte fundamento:

“o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da noção de ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias legais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana”.

Importante ressaltar que, neste caso, tudo transcorreu na esfera administrativa e os sucumbentes da demanda também foram derrotados na ONU, onde, após recorrer ao órgão de defesa dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas, tiveram novamente a sua pretensão negada.

Com a decisão proferida, os tribunais franceses passaram a ver a problemática da aplicação dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas com outros olhos e o tema promete ser muito controvertido, ainda mais com a União Européia que terá que conviver com a realidade distinta de cada país e cada povo.

¹³⁴ Artigo 3 Proibição da tortura - Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

7.2. A exclusão de associado de uma cooperativa¹³⁵

O segundo caso refere-se a um fato ocorrido no estado do Rio Grande do Sul.

Segundo consta do Recurso Extraordinário de nº 158215-4/RS, alguns associados foram expulsos sumariamente de uma associação, contrariando o estatuto social da mesma e, em ofensa ao artigo 5º inciso LV da Constituição Federal de 1988.

A associação alegou que foram os próprios recorrentes que provocaram a situação de expulsão. Em sua defesa, a referida associação informou que os indivíduos expulsos compareceram ao sistema de imprensa falada e exigiram que a Assembléia os julgasse pelos acontecimentos. A associação alegou que tudo foi feito em tom de desafio.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal em decorrência da ofensa ao artigo 5º inciso LV que estabelece que:

...“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A decisão do Supremo foi favorável aos expulsos e contrária aos interesses da cooperativa. No voto do Ministro Marco Aurélio, não há menção expressa à forma de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, porém, o conteúdo e o efeito do julgado já são suficientes para concluir que houve, neste caso, aplicação direta e imediata do direito ao contraditório e à ampla defesa. O que é possível observar após a leitura de um pequeno trecho do julgado:

“... O Colegiado de Origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos Recorrentes no sentido de serem julgados pela Assembléia da Cooperativa. A exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito

¹³⁵ Julgado obtido na rede mundial de computadores - [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20158215.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20158215.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20158215.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20158215.ACMS.)&base=baseAcordaos)

constitucional assegurador da plenitude de defesa nos processos em geral. Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados”.

7.3. O caso do funcionário da Air France¹³⁶

O terceiro caso que também foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, trata-se do Recurso Extraordinário nº 161.243-6/ DF, em que um funcionário da companhia aérea pleiteou isonomia e, por isso, igualdade de benefícios trabalhistas entre ele, não francês, e os outros funcionários franceses da empresa.

O funcionário foi impedido de gozar dos benefícios previstos no Estatuto do Pessoal da empresa em decorrência do fato de não ser indivíduo francês. Inconformado, interpôs reclamação trabalhista contra a sua ex-empregadora.

A reclamação foi julgada parcialmente procedente. As partes recorreram ao Tribunal Regional do Trabalho que manteve a sentença de primeiro grau e, quanto à desigualdade entre os funcionários franceses e os de outra nacionalidade, assim se manifestou:

*“O acórdão revisando, interpretando o regulamento da empresa, concluiu:
... não sendo realmente o reclamante indivíduo francês, não faz jus ao que pretende, relativamente à aplicação dos Estatutos do pessoal em terra da reclamada”.*

Mais uma vez, inconformadas as partes recorreram, agora, ao Tribunal Superior do Trabalho. Este órgão de cúpula sequer deu seguimento ao recurso interposto.

Sem alternativa o reclamante/funcionário interpôs recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal que, em uma sábia decisão, acolheu a sua pretensão.

¹³⁶ Julgado obtido na rede mundial de computadores - <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>

Em seu recurso extraordinário, o autor dentre as diversas alegações sustentou que: 1. A decisão recorrida viola o sistema jurídico, na medida em que privilegia determinado empregado em razão de sua nacionalidade, 2. Houve ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Sua defesa foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, como pode ser observado abaixo em um trecho do julgado:

...”aqui deixou-se de aplicar, em relação ao empregado, ora recorrente, o estatuto da empregadora, que concede vantagens aos empregados, ao argumento puro e simples de que ele não seria aplicável porque o empregado não era de nacionalidade francesa, mas brasileira (...) em síntese, no caso, o elemento usado para desigualar é simplesmente singularizador do destinatário; acresce que não há conexão lógica e racional que justifique o tratamento diferenciado e, ademais, não me parece ocorrer, no tratamento diferenciado, afinidade com o sistema normativo vigente (...) o discrimen fundou-se em atributo, qualidade, nota intrínseca do recorrente, qual seja a sua nacionalidade. O fator utilizado, entretanto, torna ilegítima, sob o ponto de vista constitucional”.

O caso retrata muito bem o que a autonomia privada e a liberdade contratual puderam, durante um tempo, fazer com o próprio ser humano.

O funcionário reclamante trabalhou por mais de 30 (trinta) anos na empresa reclamada e se subordinou à discriminação que lhe era imposta. Obviamente que isto deve ter, muitas vezes, prejudicado o seu interesse pelo trabalho, bem como seu empenho e rendimento. Guardadas as devidas proporções, é como retornar ao tempo da casa grande e da senzala.

De toda sorte, a iniquidade foi corrigida pelo Supremo Tribunal Federal que, mesmo de maneira não sistematizada, decidiu pela aplicação de um direito fundamental (isonomia) em uma relação entre particulares.

Há de se destacar que os nossos julgadores não expressaram qual é a forma de aplicação dos direitos fundamentais, mas o fato é que o efeito da decisão proferida é no sentido da aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Há ainda alguns exemplos que poderiam ser debatidos e explicitados, contudo, com o intuito de sintetizar a idéia, pode-se afirmar que tanto no Brasil como no restante do mundo ocidental a questão é tormentosa.

No exterior, as teses já estão mais bem definidas¹³⁷, porém, no Brasil, a experiência jurisprudencial nos mostra que não existe um caminho definido, estamos reféns do casuísmo e de decisões isoladas a respeito.

¹³⁷ Como ressalta Daniel Sarmento: “ no direito português, a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas foi prevista direta e genericamente pelo próprio constituinte, através do artigo 18.1 da lei maior lusitana...a corrente dominante, na qual despontam juristas como J.J. Gomes Canotilho , Vital Moreira e Ana Prata, inclina-se, com algumas variações e nuances, para o acolhimento da teoria da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais” in *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004 pag. 250. segundo o mesmo autor, “ A teoria da eficácia imediata não logrou grande aceitação na Alemanha, mas é majoritária na Espanha e em Portugal. Na Espanha, onde o texto constitucional é silente sobre a matéria, autores como Tomás Quadra-Salcedo, Juan Maria Bilbao Ubillos, Pedro de Vera Garcia, Antonio-Enrique Perez Luño e Rafael Naranjo de La Cruz, dentre outros, se manifestaram claramente em prol desta doutrina.” *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004 pag. 246

CONCLUSÃO

Como ficou demonstrado, a Constituição Brasileira ocupa papel de destaque em no ordenamento jurídico brasileiro e, sem dúvida alguma, é, dentre as que se conhece no mundo contemporâneo, uma das que mais prevê direitos e garantias fundamentais.

Contudo, a simples previsão normativa não é capaz de alterar a situação social e a conquista de direitos, para a maioria da população, ainda é um exercício contínuo e diário. A dignidade da pessoa humana e a maioria dos direitos fundamentais consagrados no texto ainda não foram concretizados. Há a necessidade de se aproximar o texto constitucional da realidade social¹³⁸.

A Constituição prevê um desenvolvimento social solidário, justo e garantista. Há a necessidade, agora, de se transpassar as previsões normativas e hipotéticas para o *mundo do ser*.

Ao final do presente estudo, foi possível constatar que aplicar, diretamente, os direitos fundamentais às relações privadas é uma das formas de se alcançar as metas definidas pelo constituinte originário em busca¹³⁹, em última instância, da paz social e da felicidade¹⁴⁰.

¹³⁸ hipótese narrada por Ferdinand Lassale “... de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder. Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país reagem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”. In *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1985

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ O valor felicidade foi incluído na declaração norte americana de independência de 1776 “Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer Forma de Governo se torne destruidora de tais propósitos, o Povo tem Direito a alterá-la ou aboli-la, bem como a instituir um novo Governo, assentando os seus fundamentos nesses princípios e organizando os seus poderes do modo que lhe pareça mais adequado à promoção da sua Segurança e Felicidade. É verdade que a sensatez aconselha que não se substituam Governos há muito estabelecidos por razões levianas e momentâneas; e de fato a experiência mostra-nos que, enquanto lhe for possível suportar as contrariedades, a Humanidade está mais disposta a sofrer do que a reparar os erros abolindo as formas a que se habituaram. Mas quando um extenso rol de abusos e usurpações, invariavelmente com um mesmo Objetivo, evidencia a intenção de o enfraquecer sob um Despotismo absoluto, é seu direito, é seu dever,

Não nos parece razoável que todo o sistema de direitos e garantias fique restrito às relações que são travadas entre os particulares e o Estado. Tal efeito é, sim, relevante mas, sem dúvida, não é exclusivo.

Com isto, está a se afirmar que todas as relações jurídicas devem ser submetidas às normas constitucionais, especialmente, aquelas trazem em seu conteúdo os direitos fundamentais.

Contudo, a submissão aos direitos fundamentais não pode ser tão robusta ao ponto de aniquilar toda a liberdade do indivíduo e, neste aspecto, é imprescindível que se promova à ponderação de interesses, como se operasse uma balança em que ambos os pratos precisam estar equilibrados, de um lado a autonomia privada e, do outro, os direitos fundamentais.

Tal construção hipotética, de uma balança ideal, se faz necessária uma vez que as relações jurídicas construídas entre os particulares são mais assimétricas do que se podia imaginar. É no seio privado que a desigualdade ganha força e, quanto mais desigual for a relação, menor será a incidência da autonomia privada e, por consequência, maior será a necessidade de se aplicar um direito fundamental.

A tensão entre esses dois valores não pode se dar até o ponto de que um aniquile o outro, o que se busca, com a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais é a construção de uma forma de transformar as relações jurídicas em algo mais equânime e, principalmente, mais adequado à construção de uma sociedade justa e solidária. Sem permitir, por outro lado, o fim da liberdade individual.

A autonomia privada não é mais um princípio capaz de ser defendido, por si e a qualquer preço, pois se a mesma deriva da liberdade plena ela não goza de primazia sobre os demais direitos fundamentais previstos, expressamente, na Constituição Federal. No caso de colisão entre eles, os segundos devem prevalecer, eis que estão expressos no texto e não comportam redução, a não ser em caso de conflito com outro princípio sedimentado no mesmo veículo introdutor.

destituir tal Governo e nomear novos Guardas para a sua segurança futura. Tal tem sido o paciente sofrimento destas Colônias; e tal é agora a necessidade que as obriga a alterar os seus anteriores Sistemas de Governo. A história do atual Rei da Grã-Bretanha é uma história de sucessivas injúrias e usurpações, todas com o Objetivo último de estabelecer um regime absoluto de Tirania sobre estes Estados. Para provar tudo isto, que se apresentem os fatos perante o Mundo honesto” e na Revolução Francesa.

Aceitar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, mas condicioná-los à intermediação legal ou judicial é conter tais princípios a decisões que, na maioria das vezes, se distanciam das relações jurídicas de natureza privada.

A elaboração de uma lei, ou a solução de uma lide, não possuem a condição de ingressar em todas as relações jurídicas de maneira onipresente uma vez que os comandos contidos na Constituição transbordam ao primado da lei e da sentença. A Constituição alcança a todos e em todos os ambientes.

Não há, de maneira geral, a necessidade de uma lei para se aplicar as normas constitucionais e, da mesma forma, tal fenômeno prescinde da atuação jurisdicional.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais, assim como todos os demais imperativos constitucionais, é essencial ao Estado Democrático do Direito e, de forma clara, à vida em sociedade.

A construção de um modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, que não necessita, exclusivamente, do Estado, em todas as suas formas (Executivo, Legislativo e Judiciário), corresponde a mais uma forma de se lutar pela rápida e célere busca pelo ideal de vida em comum, na qual o ser humano será, enfim, visto pela sua essência e não pelo seu conjunto de bens.

BIBLIOGRAFIA

ABREU FILHO, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo editorial. 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2008.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1999.

ARISTOTELES. *Ética a Nicômaco*. 1ª Ed. São Paulo: Martin Claret. 2001.

_____. *A política*. 1ª Ed. São Paulo: Icone.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

_____. *República e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2001.

BARROSO, Luís Roberto (Org). *A Nova Interpretação Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 1º ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6º ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. *Hermenêutica e Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2002.

BITTAR, Carlos Alberto e FILHO, Carlos Alberto Bittar. *Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal e do Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Teoria do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 1995

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais*. *Direito Público*. V. 1, nº 2 (out/dez. 2003). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003.

CALMON, Pedro. *História do Brasil* 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora José Olympio. 1959.

_____. *Curso de Teoria Geral do Estado*. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos. 1958.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas Constitucionais Programáticas*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria Geral da Constituição*. 5ª ed.Coimbra: Almedina,2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22ª edição. São Paulo: Saraiva: 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário - Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo. 6ª Edição. Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva. 1997.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de Acesso à Justiça*. Coimbra: Edições Coimbra, 2007.

ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*, Rio: Forense, 1978.

FERRERIA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRERIA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

_____. *Temas fundamentais de direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Martin Claret. 2002.

JUSTIÇA, Ministério da. *III Diagnóstico da Defensoria Pública*. 2ª ed. Brasília: Barbara Bela Editora. 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo. Companhia das Letras. 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos Fundamentais no Brasil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 4ª ed. Porto Alegre: Sulina. 1964.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, ed. Revista dos Tribunais, 1992.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1947.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e Dignidade Humana*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Material*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*. 32ª ed. Volume V. São Paulo: Saraiva. 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, 26ª Edição Editora RT, São Paulo, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; JUNIOR, Jerson Carneiro Gonçalves e BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional - Homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. 1ª ed. São Paulo: Editora Conceito. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10ªed. Volume III. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

PRATA, Ana. *A tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Livraria Almedina. Coimbra.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

_____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

RAWLS, John. *Justiça como equidade - Uma Reformulação*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Marcos Vinícius. *Direitos Humanos e Fundamentais*, 2ª edição, Editora Russell. 2009.

ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual*. 1ª ed. Madrid: Cívitas. 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens*. São Paulo: Martin Claret. 2005.

_____. *O Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

_____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2004.

SCHIMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jursiprudencia do Tribunal Constitucional Alemão*. 1ª ed. Uruguay: Konrad Adenauer. 2005.

SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos humanos y constitucionalismo*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2001.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2005.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2004.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros: 1992.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª edição. São Paulo: Forense Universitária. 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. 3. ed. São Paulo: Itatiaia/Universidade de São Paulo, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALADÉS, Diego. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALE, André Rufino do Vale. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 2004.

_____. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)