

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO E DOUTORADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS  
SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

Josias Michel Schott

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS:  
UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À  
LUZ DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

Santa Cruz do Sul

2017

Josias Michel Schott

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS:  
UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À  
LUZ DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professor Dr. Jorge Renato dos Reis

Santa Cruz do Sul

2017

Josias Michel Schott

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS:  
UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À  
LUZ DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas; Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Dr. Jorge Renato dos Reis (orientador) – UNISC

---

Dra. Suzéte da Silva Reis – UNISC

---

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UNIVALI

Dedico essa dissertação a toda a minha família, especialmente aos meus pais, Leone e Roberto, que sempre me orientaram e me incentivaram a trilhar o caminho do aprendizado, sobretudo num momento em que o meu pai é acometido de uma enfermidade. Também, de maneira muito especial, ao meu filho Michel.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, o Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis, por ter se colocado à disposição para me acompanhar e me orientar ao longo desta pesquisa. Sua contribuição foi primordial para o desenvolvimento dos estudos, sem olvidar, é claro, dos laços de amizade e de respeito que constituímos ao longo desse período, que certamente serão fortalecidos com o passar do tempo. Resta-me, portanto, dizer um muito obrigado professor Jorge, não só pelos seus ensinamentos jurídicos, mas, sobretudo, pela experiência de vida e pelos conselhos que me foram passados durante as suas orientações e aulas!

A todos os professores, indiscriminadamente, que souberam transmitir com segurança e lealdade o conteúdo de suas respectivas disciplinas. E, em especial, ao professor Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo, pela sua parceria e amizade nos eventos e congressos, e ao professor Dr. Raimar Machado, por ter oportunizado de forma sempre hospitaleira e alegre as confraternizações da turma em sua casa.

Às secretárias Enivia, Rosane e Morgana, por estarem sempre prontas a cooperar, tratando-me em todas as circunstâncias e momentos com educação e respeito.

A todos os meus colegas, pela relação amistosa e construtiva que desenvolvemos nesse período, em especial, a Luiza, a Cynthia, a Angélica, o Vinícius, o Wedner e o Cassius.

E, é claro, não poderia de deixar de agradecer a Dona Érica, mãe da minha colega Luíza, por ter me acolhido em sua casa de forma generosa.

Assim, mais do que um título conquistado, o Mestrado significou um crescimento na minha vida pessoal. Em razão dele, conheci pessoas magníficas e com elas tive a oportunidade de construir amizades que certamente as levarei para a vida toda!

Por tudo isso, meus agradecimentos ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC por ter me oportunizado esta sublime experiência. Uma instituição, cujo nome terei orgulho de divulgar pela excelência com que desenvolve o ensino.

## RESUMO

Pretende-se com esta pesquisa analisar o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sob a ótica do Supremo Tribunal Federal. A sua delimitação está em se examinar como a jurisprudência da Suprema Corte brasileira vêm se reportando, à luz do que estabelece a Constituição Federal de 1988, fortemente influenciada em sua concepção pelas ideias norteadoras do constitucionalismo contemporâneo, em relação às teorias que tratam sobre o referido tema, precisamente a partir do julgamento do RE 201.819/RJ, em 2005. Neste julgado os membros do Pretório Excelso, por meio de sua Segunda Turma, pronunciaram-se pela primeira vez sobre os contornos teóricos relacionados à temática em apreço, com posicionamentos divergentes quanto à possibilidade, ao modo e a intensidade da expressão desta eficácia no âmbito do direito pátrio. Assim, diante da importância do tema em comento e de sua indefinição na jurisprudência da Suprema Corte brasileira evidenciada neste acórdão, esta pesquisa tem como objetivo dar continuidade a esta investigação a fim de verificar as suas decisões posteriores à luz do que a doutrina especializada vem entendendo sobre a referida matéria. Logo, como problemática da presente pesquisa, indaga-se: de que forma os Ministros do Supremo Tribunal Federal vêm se posicionando frente a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a partir do julgamento do RE 201.819-8, em 2005. Nessa medida, e seguindo os diferentes entendimentos assentados neste aresto, três hipóteses poderão se apresentar em seus votos: (I) Os Ministros assumem uma posição eminentemente positivista, rechaçando-se a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas; (II) Os Ministros a reconhecem, mas condicionam a sua adoção à natureza pública da atividade desenvolvida pelo ente privado; (III) Os Ministros a adotam de forma direta, incondicional e autônoma em relação à eficácia dos direitos fundamentais frente ao Estado. O método de abordagem para confirmar a hipótese da problemática apresentada é o método indutivo, enquanto que o método de procedimento é o hermenêutico, adotando-se como técnica de pesquisa a bibliográfica e a utilização das jurisprudências no Portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF). Como resultado, concluiu-se que os Ministros da Suprema Corte brasileira, que se manifestaram sobre a matéria nos acórdãos examinados, vêm se pronunciando favoravelmente à adoção de uma eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares. Quer dizer, essa eficácia se expressa independentemente da intermediação do legislador ou da natureza da atividade desenvolvida pelos entes integrantes da relação jurídica, se de caráter público ou privado, confirmando-se, assim, a terceira hipótese indicada na pesquisa.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Constitucionalismo contemporâneo. Constitucionalização do direito privado. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

This research has as its theme the effectiveness of fundamental rights in private relations, from the viewpoint of the Federal Supreme Court. Its delimitation lies in examining how the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court has been reporting, according to the Federal Constitution of 1988, strongly influenced in its conception by the guiding ideas of contemporary constitutionalism, in relation to theories that deal with the aforementioned precisely from the judgment of RE 201.819 / RJ in 2005. In this trial, the members of the Praetorium Excelso, through their Second Class, pronounced themselves for the first time about the theoretical aspects related to the subject in consideration, with divergent positionnement concerning the possibility, the mode and the intensity of the effectiveness of the fundamental rights in the scope of private relations in the country law. Thus, in view of the importance of the subject in question and its lack of definition in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court evidenced in this judgment, this research aims to continue this investigation in order to verify how the Federal Supreme Court has been manifesting itself in relation to the matter in the Judged subsequent to RE 201,819 / RJ, 2005, especially in view of its new composition. The problem of the present research, therefore, is to identify the decisions of the Praetorium Excelso that deal with the aforementioned theme to analyze how its ministers are positioning themselves before the effectiveness of the fundamental rights in private relations, from the judgment of RE 201.819 -8, in 2005. To that extent, and following the different understandings based on this relationship, three hypotheses may appear in their votes: : (I) The Ministers assume an eminently positivist position, rejecting the effectiveness of fundamental rights in private relations; (II) The Ministers recognize it, but condition its introduction to the public nature of the activity developed by the private entity; (III) Ministers adopt it direct, unconditionally and autonomously in relation to the effectiveness of fundamental rights according to the State. The method of approach to confirm the hypothesis presented is the inductive method, while the procedure method is the hermeneutic, adopting as a bibliographical research technique and the use of jurisprudence in the electronic portal of the Federal Supreme Court (STF). As a result, it was concluded that the Ministers of the Brazilian Supreme Court, who have expressed their views on the subject in the judgments under review, have been in favor of adopting an efficacy of fundamental rights in relations between individuals, without imposing any constraints on the nature of the developed activity by the private entities that are part of the legal relationship, in order to confirm, therefore, the third hypothesis indicated in the research.

**Keywords:** Fundamental rights. Contemporary Constitutionalism. Constitutionalisation of private law. Efficacy of fundamental rights in private relations. Federal Court of Justice.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 O PROCESSO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CONDIÇÃO À EMANCIPAÇÃO DA PESSOA EM FACE DA LIMITAÇÃO DO PODER .....</b>	<b>16</b>
<b>2.1 Do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar Social: a Constitucionalização dos Direitos num contexto de Supremacia do Legislador .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2 O Estado Democrático de Direito e o Primado da Dignidade da Pessoa Humana .....</b>	<b>28</b>
<b>2.3 O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas implicações para a ordem jurídica do Estado .....</b>	<b>37</b>
<b>3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....</b>	<b>48</b>
<b>3.1 A Centralidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 .....</b>	<b>48</b>
<b>3.2 A incorporação do princípio do dever de proteção pelo artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>58</b>
<b>3.3 A Eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas no Direito brasileiro.....</b>	<b>68</b>
<b>4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS .....</b>	<b>84</b>
<b>4.1 O Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ: uma referência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.....</b>	<b>84</b>
<b>4.2 O entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: acórdãos recentes. ....</b>	<b>92</b>
<b>4.3 Uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal frente à doutrina da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: qual a teoria prevalente? .....</b>	<b>1033</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>1111</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>1188</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema central o instituto da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A delimitação temática está em se examinar como as decisões dos Ministros da Suprema Corte brasileira vêm se reportando às teorias que versam sobre a matéria, precisamente a partir do julgamento do RE 201.819/RJ, em 2005.

Foi neste julgado que os Ministros do Pretório Excelso, por meio de sua Segunda Turma, pela primeira vez, manifestaram-se de forma específica e expressa sobre o assunto, trazendo à baila a doutrina especializada, pátria e alienígena, para fundamentar os seus respectivos votos. No entanto, o referido acórdão, inobstante a sua referência para o tema no direito brasileiro, apresentou-se inconclusivo, na medida em que os respectivos ministros se posicionaram de modo divergente quanto à possibilidade, ao modo e a intensidade da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Diante disso, o desenvolvimento desta pesquisa tem como objetivo dar continuidade a esta investigação para verificar como que as decisões subsequentes do Supremo Tribunal Federal vêm retratando a matéria, à luz das teorias que a justifica e que lhe são afetas. Logo, como problemática da presente pesquisa, indaga-se: de que forma os Ministros do Supremo Tribunal Federal vêm se posicionando frente a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a partir do julgamento do RE 201.819-8, em 2005.

Na esteira dos entendimentos assentados neste julgado, três hipóteses poderão se evidenciar em seus votos: (I) Os Ministros assumem uma posição eminentemente positivista, rechaçando-se a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas; (II) Os Ministros a reconhecem, mas condicionam a sua adoção à natureza pública da atividade desenvolvida pelo ente privado; (III) Os Ministros a adotam de forma direta, incondicional e autônoma em relação à eficácia dos direitos fundamentais frente ao Estado.

A justificativa da presente pesquisa está em se compreender o conteúdo prático e concreto da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas na ordem jurídica brasileira, uma vez que a sua incorporação pelo direito estatal é condição necessária para se dar efetividade à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. A preservação integral do ser humano requer que os direitos fundamentais que lhe são assegurados na Constituição sejam plenamente concretizados, seja em face do Estado ou dos particulares, sobretudo quando se observa que o atributo da dignidade, embora muito difundido nos meios

acadêmicos e políticos, vem sendo, na mesma medida, esquecido na prática por aqueles que deveriam assegurá-lo.

Diante disso, insta que se investigue como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando a respeito do tema. De acordo com o estatuído no artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988, coube a este órgão a nobre e imponente função de interpretar em última instância as normas constitucionais, em especial, aquelas definidoras de direitos fundamentais, e de aplicá-las soberanamente aos casos concretos, condicionando as decisões dos tribunais inferiores e de todas as ações tomadas pelos demais poderes do Estado.

O tema objeto da presente investigação tem plena afinidade com a linha de pesquisa de Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, pois esse movimento, iniciado na Alemanha na década de 1950, e que se espalhou para os demais países ditos democráticos, como o Brasil, após a promulgação de sua atual Carta Política, tem na proteção e na promoção dos direitos fundamentais, nas suas mais variadas e complexas formas, o seu centro de debates e reflexões, tanto na esfera doutrinária quanto no meio jurisprudencial, sobretudo no que tange à sua eficácia no âmbito das intrincadas e complexas relações que atualmente se estabelecem entre os particulares. Ademais, a participação do professor Doutor Jorge Renato dos Reis como orientador, justifica-se em razão da proximidade com a temática trabalhada há longa data, bem como pelo estreitamento com a disciplina *Constitucionalização do Direito Privado*, ministrado por ele.

O método de abordagem adotado para se confirmar a hipótese da problemática apresentada é o método indutivo. O método de procedimento a ser utilizado será o hermenêutico. A partir da contextualização e da análise dos conceitos e premissas, e situando o assunto no espaço e no tempo, examina-se com maior profundidade o entendimento da doutrina nacional sobre o tema e o seu influxo nas decisões da Suprema Corte brasileira. No que tange à técnica de pesquisa, valer-se-á da documentação indireta, utilizando-se de referências bibliográficas publicadas em documentos científicos, como obras doutrinárias, artigos, periódicos, revistas e assemelhados, além do exame direto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, pretende-se recolher informações e adquirir conhecimento acerca do tema, polarizando entendimentos que irão diversificar e prestar fundamentação ao trabalho com vistas à apresentação de respostas ao problema da presente pesquisa.

Assim, o trabalho se estruturará em três capítulos, assim intitulados: O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais como condição à emancipação da pessoa em face

da limitação do poder; a constitucionalização do direito privado na ordem jurídica brasileira no constitucionalismo contemporâneo, e, por fim, análise da jurisprudência do supremo tribunal federal sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

No primeiro capítulo faz-se uma análise do processo histórico que culminou com o reconhecimento de uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais. A partir de uma interpretação inovadora das normas definidoras desses direitos inscritas na Lei Fundamental de Bonn, que fora fortemente influenciada em sua concepção pelo Declaração Universal dos direitos humanos de 1948, o Tribunal Constitucional alemão passou a entender que os direitos fundamentais compreenderiam uma ordem objetiva de valores que se irradia por todo o direito estatal, impondo aos poderes constituídos do Estado um dever de protegê-la contra atos praticados pelos agentes públicos e pelos próprios particulares em suas relações intersubjetivas.

Por conta disso, uma nova dimensão se agrega aos direitos fundamentais. Ao lado de sua tradicional perspectiva subjetiva, que remonta o Estado Liberal, reconhece-se nos valores que os subjazem uma dimensão objetiva. Assim, além dos direitos fundamentais fixarem uma competência negativa aos poderes constituídos em não intervir na esfera privada dos cidadãos, as suas normas, ao se revestirem de uma força irradiante sobre toda a ordem jurídica, passam a imprimir aos agentes públicos um dever de também protegê-las positivamente em todas as esferas do direito e circunstâncias da vida humana.

Assiste-se, assim, a uma reconfiguração substancial das relações do direito constitucional com o direito privado. Se antes, no Estado Liberal, o bem jurídico a ser tutelado era o patrimônio, agora, no Estado Social e Democrático de Direito, é o ser humano na sua integralidade. Diante disso, a autonomia privada cede espaço para que a dignidade da pessoa humana seja, de fato, tutelada por meio da concretização dos direitos fundamentais reconhecidos em relevo numa Constituição qualificada por uma supremacia formal e material, cuja força invasora se impõe sobre todas as demais normas que regem a vida em sociedade, seja nas relações entre cidadãos e o Estado, seja nas interações das pessoas entre si.

O cidadão, agora, ao exercer a sua liberdade em face de outrem, deverá fazê-lo em respeito ao conjunto de valores da comunidade proclamado no texto constitucional. Logo, mais do que uma norma de unificação formal, a Constituição se converte no centro de coesão substancial do direito privado, condicionando o exercício das competências legislativa, executiva e jurisdicional, e as ações e comportamentos dos particulares em suas relações interpessoais.

Desse modo, todas as normas regentes das relações de direito civil passam a se submeter necessariamente a uma releitura interpretativa de cunho constitucional, em especial, em face de seu conteúdo consagrador de direitos fundamentais. Daí porque, falar-se no fenômeno da constitucionalização do direito privado e, por consequência, no instituto da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares. Nesse compasso, torna-se mais tênue, ou, até mesmo inexistente, a tradicional dicotomia defendida outrora entre os campos do direito público e privado, uma vez que a autonomia de vontade, que se manifestava incensurável no Estado Liberal, transforma-se, sob a égide do Estado Social e Democrático de Direito, num espaço juridicamente vinculado aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, então, observa-se que o constitucionalismo, cujas raízes remontam o século XVIII, quando da instituição do Estado Liberal, é refundado sobre bases e objetivos substancialmente renovados. Esse movimento, que fora gestado na Alemanha, foi sendo progressivamente incorporado por outros países que se reconstruíam sobre alicerces democráticos após a Segunda Guerra Mundial, como, por exemplo, Portugal, em 1976, Espanha, em 1978, e Brasil, em 1988.

No segundo capítulo, examina-se o influxo do constitucionalismo contemporâneo na ordem jurídica brasileira inaugurada pela Constituição Federal de 1988, precisamente no que tange à constitucionalização do direito privado pátrio. Nessa perspectiva, observa-se claramente uma preocupação do Legislador Constituinte à época com a proteção do ser humano em sua integralidade. Na esteira das Leis Fundamentais da Alemanha, de 1949, de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978, o princípio da dignidade da pessoa humana foi guindado naquela oportunidade a fundamento central da República brasileira e a valor-fonte de toda a ordem jurídica estatal.

Assim, este princípio passa a conferir identidade ao conteúdo da novel Carta Magna e unidade e coerência ao direito nacional, impondo ao poder público não só um dever de abstenção, mas também uma obrigação de agir positivamente para protegê-lo em todas as esferas do direito e das relações humanas. Nessa medida, o princípio da dignidade passa a se revestir de parâmetro normativo para a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas que vigem no ordenamento estatal brasileiro, inclusive as que integram o campo do direito privado, como o são exemplos as normas relativas aos institutos da posse, da propriedade, do contrato e da família.

Enfim, a legitimidade do poder e do exercício da autonomia de vontade pelos particulares resta inteiramente condicionada ao respeito e à proteção plena e integral da

dignidade das pessoas envolvidas nas relações jurídicas que se firmam sob a égide da Carta Política de 1988. Por essa razão, então, a doutrina brasileira é remansosa em reconhecer uma eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, pois é somente a partir de uma ampla e efetiva concretização desses direitos que a dignidade do ser humano se tornará possível e real no âmbito do direito privado.

Logo, entende-se que os direitos fundamentais são normativamente suficientes e bastantes em si mesmos para regerem diretamente os conflitos que emergem das interações privadas, prescindindo-se, para tanto, de qualquer interposição do poder legislativo nesse sentido. Esse entendimento se reforça largamente diante da disposição expressa do Legislador Constituinte em consagrar em relevo no texto constitucional um extenso rol materialmente aberto de direitos fundamentais, ao qual se outorgou um regime jurídico próprio e reforçado em relação aos demais temas contidos na Constituição. Pois, as normas constitucionais de direitos e garantias que o integram, a um só tempo, foram elevadas à condição de *cláusulas pétreas* e revestidas de aplicabilidade imediata, conforme se depreendem, respectivamente, dos artigos 60, §4, IV, e 5º, § 1º, ambos, da Constituição Federal.

Portanto, inobstante a eficácia normativa que se revestem as normas constitucionais em geral a partir da concepção do constitucionalismo contemporâneo, o Poder Constituinte Originário, seguindo os passos já trilhados pelos elaboradores das Leis Fundamentais alemã, de 1949, portuguesa, de 1976, e espanhola, de 1978, reconheceu uma eficácia qualificada aos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, afastando-se, com isso, eventuais argumentações tendentes a lhes atribuir natureza meramente programática. Diante disso, tem-se entendido que o princípio da aplicabilidade imediata, previsto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, à semelhança do que dispõem os dispositivos constitucionais contidos nas Constituições daqueles países, revestiu as normas de direitos fundamentais consagradas no texto constitucional de 1988 de uma ordem objetiva de valores que se irradia sobre todo o sistema jurídico brasileiro, condicionando e vinculando o exercício dos poderes legislativo, executivo e jurisdicional.

Logo, esses direitos passam a impor aos órgãos públicos em geral, e ao poder judiciário em particular, um dever de respeitá-los, protegê-los e de promovê-los maximamente contra atos ou omissões que venham a minorá-los ou a esvaziá-los em sua eficácia jurídica e/ou social, sejam eles decorrentes dos agentes estatais ou dos próprios particulares em suas relações intersubjetivas. Nesse contexto, então, é que se observa um processo de constitucionalização do direito privado pátrio, de modo a não subsistir mais qualquer discussão relevante a respeito da dicotomia entre os ramos do direito público e privado.

Nesse passo, todas as leis, institutos e normas de direito civil devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas aos casos concretos, levando-se em consideração o que dispõe a tábua axiológica contida na Constituição. Nesse contexto, evidencia-se um processo irreversível de repersonalização ou despatrimonialização do direito privado pátrio, pois a proteção do ser humano concretamente situado passa a ser o objetivo fulcral do direito, e não mais a autonomia de vontade e o patrimônio como o eram no Estado Liberal.

E, por fim, no terceiro capítulo, analisa-se como os ministros da Suprema Corte brasileira vêm se posicionando frente ao tema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, a partir do julgamento do RE 201.819/RJ, em 2005. Neste acórdão, observa-se uma divergência substancial de posicionamentos nos votos dos membros que compunham a Segunda Turma do Pretório Excelso à época quando o referido tema foi trazido pioneiramente à discussão para o âmbito da Corte Suprema brasileira.

Somente o ministro Celso de Melo, ainda remanescente no órgão, manifestou-se categoricamente favorável à eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado brasileiro. A Ministra Ellen Greice e o Ministro Carlos Velloso adotaram uma posição eminentemente positivista e negaram à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, em nome da preservação da autonomia privada. Nos seus votos não há qualquer alusão às teorias que gravitam em torno do referido tema. Simplesmente entenderam que os direitos fundamentais não podem pretender impor restrições aos particulares assim como o fazem em relação ao Estado. E, por sua vez, os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa somente admitiram a irradiação dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa na seara privadas porque um dos entes que a integrava a relação no caso concreto desenvolvia uma atividade considerada de caráter público.

Assim, diante dessa indefinição de posicionamentos evidenciada neste acórdão, dá-se continuidade a esta investigação e identifica-se cinco decisões subsequentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que abordam o tema em apreço no período pesquisado entre os dias 1º de março e 31 de outubro de 2016. Esta pesquisa foi realizada no link: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>, pertencente ao sítio do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, utilizou-se as seguintes expressões: “Eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, “Eficácia horizontal”, “Eficácia externa dos direitos fundamentais”, “Eficácia externa”, “Eficácia irradiante dos direitos fundamentais”, “Eficácia irradiante”, “Eficácia privada dos direitos fundamentais”, “Eficácia privada”, “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, “Eficácia nas relações privadas”, “Eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado”, “Eficácia no âmbito privado”, “Eficácia dos

direitos fundamentais nas relações interprivadas”, “Eficácia nas relações interprivadas”, “Eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros”, “Eficácia perante terceiros”, “Eficácia dos direitos fundamentais”, “Autonomia privada”, “Princípio do dever de proteção” e “Dimensão objetiva dos direitos fundamentais”.

Ao final dessa investigação, cinco decisões foram encontradas, nas quais os ministros fizeram referência em seus votos ao assunto, ainda que implicitamente, porém o suficiente para se extrair deles um posicionamento sobre a temática em relevo neste trabalho. As decisões foram as seguintes: A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF, de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, publicada em 06 de novembro de 2009, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, publicada em 14 de outubro de 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, publicada em 14 de outubro de 2011, o Recurso Extraordinário com Agravo nº 725.894/RS, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, publicado em 08 de fevereiro de 2013, e o Recurso Extraordinário com Agravo nº 958.796/MG, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, publicado em 27 de maio de 2016.

Nesses arestos, alguns ministros se manifestaram de forma expressa sobre as teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e outros, no entanto, apenas implicitamente, mas o suficiente para se extrair o seu posicionamento sobre a matéria em pauta. Ademais, por conta desses julgados não terem como objeto específico a discussão envolvendo o referido tema, diferentemente do que se verificou no RE 201.819/RJ, apenas se trará à colação ao corpo deste trabalho as manifestações dos ministros que de alguma forma o referirem em seus votos como subsídio para fundamentar as suas decisões.

Após essa investigação, conclui-se, em resposta ao problema posto no presente trabalho, que o posicionamento dos membros da Suprema Corte brasileira expresso nesses arestos é pela adoção de uma eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, nos moldes preconizado pela doutrina pátria especializada no assunto. Importante ressaltar que, de todos os juízes que votaram no RE 201.819/RJ, em 2005, apenas os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes continuam a compor os quadros do Supremo Tribunal Federal.

Enquanto o Ministro Celso de Mello se manteve fiel ao seu entendimento inicial em favor de uma incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, é possível depreender do voto do Ministro Gilmar Mendes uma mudança substancial de entendimento sobre o tema. De uma postura claramente restritiva quanto à possibilidade de se

permitir essa força irradiante dos direitos, nos termos postos no seu voto proferido em 2005, o Ministro Gilmar Mendes passa a defendê-la à luz da constitucionalização do direito privado brasileiro, que se operou a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

E, por fim, os demais membros da Suprema Corte brasileira que se manifestaram sobre a temática em pauta nos acórdãos referidos, especificamente os Ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa, fizeram-no na mesma linha propugnada pelos seus pares acima referidos. Em linhas gerais, todos eles entendem que os direitos fundamentais, que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana, posto como fundamento central do Estado social e democrático brasileiro, são normas, que pela sua envergadura constitucional, devam incidir diretamente nas relações privadas.

Logo, a expressão dessa eficácia prescinde de quaisquer espécies de intermediação do legislador e muito menos que a atividade desenvolvida pelo ente privado se revestida de natureza pública. Nesses termos, confirma-se a terceira hipótese da presente pesquisa, segundo a qual os direitos fundamentais incidem nas relações privadas de forma direta, incondicional e autônoma em relação à eficácia clássica desses direitos frente ao Estado.

## **2 O PROCESSO HISTÓRICO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CONDIÇÃO À PROTEÇÃO E À PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Pesquisar um tema relacionado intimamente aos direitos fundamentais, que consiste em investigar a eficácia de suas normas no âmbito das relações jurídicas estabelecidas entre particulares, independentemente da perspectiva adotada pelo leitor, não pode ser compreendido sem a sua inserção no contexto histórico no qual foi concebido, e, a partir daí desenvolvido e lapidado até a sua representação atual. Portanto, faz-se necessário que se empreenda no presente trabalho uma abordagem retrospectiva que o situe no tempo e no espaço, pois, conforme alude Bobbio (2004, p. 32), os direitos fundamentais são frutos da evolução da civilização humana e, portanto, históricos por natureza.

Sua história está intimamente relacionada ao surgimento das constituições modernas e à implantação do Estado de Direito, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento da dignidade do ser humano como um atributo imanente a toda e qualquer pessoa, e não mais como privilégio estendido pelo Estado à determinada casta ou estamento (SARLET, 2015, p. 36-45). Lembre-se que a dissolução da sociedade medieval decorreu da monopolização do poder de criar o direito pelo Estado moderno (BOBBIO, 2006, p. 27).

Se, no Estado Absolutista esse poder se expressou de forma soberana e ilimitada na figura do rei, no Estado de Direito o seu exercício passa a ser vinculado e condicionado aos direitos fundamentais consignados numa lei de natureza especial, a que se denominou de Constituição. Segundo Leal (2007, p. 10-15), a partir desse momento o Estado deixa de estar à margem da lei para nela se inserir e se submeter. Diz-se, portanto, que os direitos fundamentais “surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controles e limites à abusiva atuação do Estado” (PIOVESAN, 2016, p. 224).

Mas, na medida em que as demandas e necessidades sociais se alteram no seio da sociedade, novos direitos surgem e os já existentes se transformam com vistas a melhor satisfazê-las à luz de seu momento histórico. Nesse sentido, Almeida (2014, p. 133) ressalta que os direitos se mantêm constantemente permeáveis às transformações das sociedades através dos séculos, conformando-se às novas realidades e assumindo posições jurídicas atualizadas conforme os anseios das pessoas.

Nessa ótica, então, “os direitos do homem, apesar de terem sido considerados naturais desde o início, não foram dados de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 209), razão pela

qual se falar, hoje, em “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais. Consigna-se, no entanto, que o uso da primeira expressão é equivocado, pois esses direitos não se substituem ou se sucedem no tempo, alternando-se entre si. Ao revés, eles se acumulam e se complementam permanentemente, fortalecendo-se uns aos outros numa dinâmica de interação constante e progressiva, com vistas à proteção plena e efetiva da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2015, p. 45).

Desde a sua gênese até os dias atuais, é possível identificar cinco dimensões de direitos fundamentais, ressaltando-se que em relação às duas últimas não há unanimidade em seu reconhecimento pela doutrina, pois ainda não o foram consagrados nos tratados internacionais e no direito constitucional interno (PADILHA, 2014, p. 28-35). De qualquer modo, fica esse registro, e passa-se a uma análise sucinta das três primeiras dimensões, sem olvidar, é claro, de seu aspecto cumulativo e complementar, e não excludente e sucessivo.

Em suma, a primeira dimensão dos direitos surgiu em meados do século XVIII, quando da instituição do Estado Liberal, compreendendo os direitos civis e políticos ou direitos de liberdade. A segunda, por sua vez, revelou-se no início do século XX, no Estado de Bem-Estar Social, incluindo-se os direitos econômicos, sociais e culturais, também denominados de direitos de igualdade. E, por fim, a terceira dimensão se manifesta nos tratados internacionais de direitos humanos e nas Constituições dos Estados democráticos elaboradas após a Segunda Guerra Mundial, destacando-se, dentre outros, os direitos ao meio ambiente, à paz, a autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento, comumente conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade (REIS, 2009, p. 75-79).

Portanto, assim como a concepção inicial dos direitos fundamentais cimentaram as bases estruturais do Estado de Direito em substituição ao Estado Absolutista, a sua transformação e ampliação redundaram, inequivocamente, numa adaptação institucional desse Estado ao longo dos anos, com vistas a melhor geri-los e concretizá-los, à luz das necessidades e reivindicações da sociedade. Nessa linha, assevera Leal (2003, p. 01-27) que três espécies de Estados de Direito se expressaram no decorrer da história: o Liberal, na segunda metade do século XIX, o de Bem-Estar Social, no início do século XX, e o Democrático, após a Segunda Guerra Mundial até os dias atuais.

Neste capítulo, objetiva-se uma análise histórica do papel desempenhado por cada um desses modelos estatais no processo de proteção e promoção da dignidade da pessoa por meio do reconhecimento e da concretização dos direitos fundamentais. Preliminarmente, porém, faz-se necessário delimitar alguns conceitos relacionados ao tema, em relação aos quais persistem dissensos na doutrina, na jurisprudência e na legislação vigente, especialmente

quanto aos significados das expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos do homem”.

Na esteira propugnada pela corrente majoritária, “direitos fundamentais” são os “direitos do homem” previstos formalmente nos textos constitucionais dos Estados de Direito. Por seu turno, “direitos humanos” são aqueles reconhecidos em tratados internacionais, declarados ou não nos ordenamentos jurídicos estatais. E, por fim, “direitos do homem” são direitos imanescentes à própria natureza humana, cuja validade se revela de modo atemporal e universal, independentemente, para tanto, de qualquer positivação na ordem jurídica nacional ou internacional; enfim, esses direitos corresponderiam a uma “pré-história” dos direitos fundamentais e humanos (SARLET, 2015, p. 27-35).

## **2.1 Do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar Social: a Constitucionalização dos Direitos num contexto de Supremacia do Legislador**

O Estado liberal, gestado nos fins do século XVIII, representou a primeira faceta do Estado de Direito da história. Seu objetivo fulcral foi o de assegurar os interesses burgueses que se alvorçavam à época com cada vez mais expressão e voracidade. Na medida em que essa classe social detinha o poder econômico, o seu intento logo progrediu para se apoderar também do poder político como meio para melhor defender os seus negócios mercantis no futuro.

Assim, ao passo que a classe burguesa assume o poder político, tem-se a implosão do Estado Absolutista, pois a garantia de seus interesses era incompatível com as instituições do antigo regime, cujo poder se concentrava na pessoa do rei de forma absoluta e ilimitada. Seria necessário, então, a sua suplantação por um modelo estatal, cujo arcabouço jurídico-institucional se destinasse essencialmente, consoante lembra Sarmiento (2006, p. 7), “a proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe um espaço de liberdade inexpugnável” para o exercício seguro e autônomo de suas vontades individuais.

Nessa perspectiva, os seus arquitetos desconcentram o poder e o distribuem em três órgãos distintos e independentes entre si: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Além disso, eles reconhecem numa norma jurídica superior às demais, a Constituição, os primeiros direitos fundamentais<sup>1</sup>, como limites valorativos dentro dos quais o exercício do poder deveria ser exercido para se manifestar legitimamente (MOLLER, 2011, p. 145). Observa-se, então, que esse movimento constitucionalista, que concebeu as Constituições modernas, “ergue o

---

<sup>1</sup> Para SARLET (2015, p. 43), “a despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”.

princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma sociedade” (CANOTILHO, 1998, p. 45).

Essa limitação impunha-se porquanto a origem desses direitos se assenta no Direito natural da época. Insta destacar que, diferentemente do direito natural da antiguidade e do período medieval que se justificavam, respectivamente, na natureza e no direito divino, o da modernidade se fundamentou na razão. Ou seja, cabia à racionalidade humana a concepção dos princípios que deveriam reger a vida em sociedade, a partir dos quais se deduziriam outros mais específicos, formando, entre si, um sistema normativo completo (ROBERTO, 2008, p. 20).

Assim sendo, esses direitos, ao serem absorvidos do direito natural pela ordem jurídica estatal, foram-no considerados imanes e indissociáveis à natureza humana, e, portanto, insuscetíveis de violações por parte do Estado. Nesses termos, a lei, que até então se traduzia unicamente na vontade do rei, que poderia alterá-la ou revogá-la a qualquer momento, sem quaisquer condicionamentos substantivos pré-fixados em uma ordem jurídica superior, passa, agora, a se justificar nos conteúdos veiculados nos direitos fundamentais positivados na Constituição.

Pelas circunstâncias da época, conforme já referido, esses direitos tiveram por objetivo precípuo a delimitação de “uma zona de não intervenção do Estado em uma esfera de autonomia individual em face de seu poder” (SARLET, 2015, p. 46). Seu conteúdo, portanto, mostrava-se eminentemente individualista e avesso às ingerências do poder público, razão pela qual foram denominados de direitos de defesa. Em suma, ao refletirem o pensamento filosófico do século XVIII, amplamente lastreado no princípio da liberdade, sua função não era outra senão a de assegurar maximamente independência e a autonomia à pessoa, imunizando-a das intromissões do Estado em sua esfera de liberdade (GORCZEVSKI, 2009, p. 132).

Nesse momento, então, o Estado passa a ser representado como um adversário às liberdades individuais, o que impunha a fixação de limites e objetivos ao exercício do poder político, de modo a melhor salvaguardá-las. Conforme o escólio de Silva Filho (2014, p. 111-112), à época, defendia-se uma espécie de “liberdade para ter mais”, a partir de uma concepção eminentemente materialista da sociedade. O patrimônio era entendido como um mecanismo à autossatisfação humana ou, se se quiser, como “porta da felicidade do homem”. Nessa medida, o direito à propriedade se revestia de um caráter absoluto e, portanto, intocável pelo onipotente Estado.

Nesses termos, a proteção do Estado ao cidadão se restringia em simplesmente preservar-lhe a sua esfera de liberdade. De tal modo que, o próprio Direito passa a ser compreendido como limite ou contraposição a essa liberdade, cujo conteúdo ficaria caracterizado pela ausência de Direito (ERICHSEN, 2014, p. 22-23). Assim, como baliza à ação dos governantes, institui-se “uma fronteira entre o espaço da sociedade civil e o Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o ‘jardim e a praça’” (SARMENTO, 2006, p.12).

Em decorrência, instala-se “certa noção de ‘oposição’ entre a esfera pública e a esfera privada” (LEAL, 2007, p. 9). Nesse contexto, tem-se a divisão do mundo jurídico em dois hemisférios compartimentados e estanques entre si, posicionados paralelamente um em relação ao outro: de um lado, o Direito Público, guiado pela Constituição, que regulava a relação entre Estado e cidadãos, de outro, o Direito Privado, regido pelo Código Civil (JUCÁ, 2009, p. 139). Na medida em que esses sistemas foram elaborados para incidirem em campos diversos, suas normas, revestindo-se de conteúdos e funções específicas, não se comunicavam umas com as outras.

O Direito Público restringia-se a organizar o Estado, seus poderes, órgãos e competências, limitando o poder político por meio do reconhecimento dos direitos fundamentais de propriedade e liberdade em seus mais elásticos significados possíveis. Já, o Direito Privado, circunscrito basicamente ao Código Civil, desincumbia-se em regulamentar as relações entre os particulares exatamente na linha propugnada no texto constitucional (FACCHINI NETO, 2010, p. 41).

Assim, se a Constituição disciplinava a conexão vertical entre o Estado e os cidadãos, limitando-se a sua atuação em prol da liberdade individual dos governados, o Código Civil<sup>2</sup> incidia soberanamente sobre as relações horizontais que se travavam entre os particulares no âmbito da sociedade. Segundo Sarmiento (2006, p. 12-13 e 71), a primazia outorgada à codificação civilista determinava que a legislação privada extravagante, acaso existente, fosse interpretada à luz de suas normas. Por essa razão, “o Código Civil ganha o caráter de ‘Constituição do homem privado’” (FACHIN; RUZYK, 2010, p. 99).

---

<sup>2</sup> Os primeiros Códigos, o da Prússia e o da Áustria, surgiram no final do século XVIII com a pretensão de regulamentar as relações civis por inteiro a partir de um critério racional, no qual se estabelecesse uma sequência ordenada de artigos de modo a assegurar segurança e previsibilidade para os cidadãos em suas relações jurídicas. Esses documentos foram concebidos para serem autossuficientes, de modo a prescindir de outras legislações para regulamentarem os conflitos. Tanto é que o Código prussiano continha nada menos do que 17.000 artigos. Dentre as características dessa codificação, ressaltam-se a sua pretensão de completude, clareza e coerência. No entanto, foi o Código napoleônico, de 1804, que acabou influenciando e servindo de modelo para a elaboração dos códigos nacionais ao longo do século XIX. De concepção liberal, destaca-se a sua preocupação com a tutela da individualidade em detrimento do social (ROBERTO, 2008, p. 27 a 34).

E, na medida em que os textos constitucionais se revestiam de natureza meramente política, não vinculando juridicamente o legislador, a lei se tornava soberana e onipresente. Note-se, porém, que isso não importou em riscos aos princípios fundadores do Estado Liberal, como a inviolabilidade da propriedade e a plenitude da liberdade de contratar, pois, assegura Facchini Neto (2010, p. 54-55) que o Poder Legislativo, como representante fidedigno dos interesses burgueses, por si só, desincumbia-se com maestria dessa função.

Nesse contexto, a lei se torna a única fonte apta a outorgar, desenvolver e operacionalizar direitos. À luz de uma separação absoluta e rígida dos poderes adotada pelo Estado Liberal francês pós-revolucionário, e que influenciou fortemente a cultura jurídica da *Civil Law* incorporada pela grande maioria dos Estados nacionais, as funções dos demais poderes se reduziram a respeitar e a aplicar estritamente o contido literalmente na lei, sem possibilidade de contestá-la ou interpretá-la (MOLLER, 2011, p. 152-154). Tal possibilidade representaria uma intromissão indevida na atividade legislativa e, por consequência, numa violação ao princípio da separação dos poderes.

Evidencia-se, assim, uma supremacia desmedida e ilimitada do legislador, já que a lei, produto de seu ofício, não se sujeitava a quaisquer controles pelos demais órgãos estatais, como a veto do executivo e o controle de sua constitucionalidade pelo judiciário. Nas palavras de Sarmiento (2006, p. 71), o Parlamento se transforma num órgão onipotente e insuspeito dentro do Estado Liberal e, portanto, refratário a condicionamentos e fiscalizações, inclusive em relação aos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, que asseguravam, em princípio, uma autonomia plena e ilimitada aos indivíduos até o limite que a lei determinasse<sup>3</sup>.

E, conforme acentua Leal (2007, p. 20-21), o poder legislativo se constituía no único órgão com legitimidade suficiente para dizer com autoridade incontestável o que deveria ser o direito. Pois, seus membros eleitos democraticamente pelo povo eram dotados da capacidade para revelar nas leis a vontade maior da sociedade. Por tudo isso, pode-se dizer que esse poder

---

<sup>3</sup> Diferentemente, foi o modelo adotado pelo Estado constitucionalista estadunidense. Aqui, na esteira das ideias desenvolvidas por Locke, vigorou o sistema de “direitos”, para o qual os direitos fundamentais condicionam a elaboração das leis, moldando-as aos seus conteúdos (LEAL, 2007, p. 20-21). Em decorrência, todos os poderes se posicionam num mesmo nível e igualmente submetidos à Constituição, que estabelece os limites formais e materiais para o exercício legítimo de suas funções. Apesar de suas competências específicas, o direito legitimamente posto passa a ser produto de uma colaboração recíproca, harmônica e equilibrada entre os três poderes. Se o legislador está jungido às normas constitucionais, a sua função, deixa de ser soberana, para se sujeitar a fiscalização dos demais órgãos, e vice-versa. Nesses termos, então, a lei é suscetível a veto do executivo e a controle de constitucionalidade do judiciário, possibilitando com que os juízes também criem o direito a partir de uma interpretação da lei à luz dos valores consagrados na Constituição (MOLLER, 2011, p. 146-148). Nessa linha, “os direitos fundamentais jusnaturalisticamente fundamentados e depois incorporados na Constituição como normas jurídicas proeminentes alicerçavam direitos subjetivos juridicamente acionáveis” (CANOTILHO, 2004, p. 145).

se manifestava de forma originária e soberana, na medida em que a sua função se sobrepunha legitimamente aos próprios direitos naturais que fundaram o Estado Moderno.

Nessas circunstâncias, a única lei natural remanescente seria a de obedecer ao ente estatal (GORCZEVSKI, 2009, p. 79 e 90). Em outras palavras, o direito passa a se identificar somente com aquilo que é posto por meio de seu órgão legislativo. Tudo que lhe é estranho não mais deve ser considerado direito. Nesse momento, então, lança-se as sementes da teoria do positivismo jurídico e suplanta-se a ideia que imperava desde a época clássica segundo a qual a ordem jurídica se constituía por dois campos qualitativamente iguais de direito: o direito natural e o direito positivo (BOBBIO, 2006, p. 25-26).

Diante desse cenário, os papéis dos Poderes Executivo e Judiciário se secundarizam, tornando-se órgãos meramente executores da vontade incontestável do parlamento em dizer o direito. Se, o executivo estava impedido de interferir nas relações civis e econômicas, pois nelas imperava a autonomia privada assegurada pela Constituição, o judiciário, associado ao Antigo Regime, restringia-se a simplesmente aplicar a lei, obra do legislador, pretensamente completa, clara e coerente, aos casos concretos, mediante um método lógico-formal de mera subsunção da norma (PEZZELLA; CAMARGO, 2009, p. 85).

Note-se que, à luz do positivismo legalista do direito que vigorou a época, a tese que se sustentava era a da interpretação mecânica da lei, desenvolvida pela Escola francesa da Exegese (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 42). Essa Escola apregoava que o direito deveria ser interpretado pelos juízes de forma literal, mecânica e passiva, segundo as regras jurídicas previstas na legislação vigente, “numa concepção mais radical, pode-se dizer, inclusive, que a escola da exegese não interpretava” (SANTOS, 2014, p. 36).

Enfim, nesse momento, ganha relevo a expressão cunhada por Montesquieu, segundo a qual o juiz seria a “boca da lei” (ROBERTO, 2008, p. 35). Desse modo, a lei, produto da vontade e da razão humana e de natureza geral e abstrata (LEAL, 2007, p. 9), transmuda-se na única fonte válida do Direito e em garantia, quase que absoluta, de proteção da autonomia privada dos cidadãos em face das intervenções do poder público. De tal monta que, a ingerência estatal na esfera individual das pessoas ficava condicionada, tão somente, à excepcional autorização legal.

Insta destacar, no entanto, que a abstração da lei, escrita e anterior aos fatos, diferentemente dos costumes e do direito natural, com base nos quais os juízes revelavam casuisticamente o direito aos casos concretos, representou uma garantia de se impor previsibilidade e segurança jurídica às relações sociais. Além disso, a sua generalidade e impessoalidade assegurava um tratamento igual dos cidadãos, independentemente de seu

estamento (MOLLER, 2011, p. 164). Pois, agora, a igualdade se perfaz perante a lei, e não mais ante o julgador e seu julgado como o era até então à luz de um Direito natural e consuetudinário demasiadamente volátil no tempo e no espaço.

Portanto, se a lei corresponde à única fonte válida do direito, a sua ausência, ao mesmo tempo em que impede a atuação do poder público no âmbito da sociedade, autoriza, implicitamente, a ação livre e desimpedida dos particulares em suas relações intersubjetivas (LEAL, 2007, p. 12). Enfim, sendo o princípio da liberdade o referencial máximo da organização estatal, a sua proteção impunha um dever de não intervenção ao Estado.

Esboçava-se, assim, naquele momento, o princípio da legalidade aplicável, hoje, à administração pública<sup>4</sup>. Segundo esse postulado, ao cidadão é permitido fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíbe, e, ao Estado, somente aquilo que lhe é legalmente permitido. Nessas circunstâncias, pontua Silva Filho (2014, p. 110-111), que eventuais limitações aos direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos, se e quando existentes, era apenas o necessário e o indispensável para lhes garantir a convivência social, e sempre mediante expressa autorização legal.

Desse modo, o Código Civil converte-se num instrumento de expressão concreta das autonomias privadas, na medida em que se se considerava todos os cidadãos absolutamente iguais uns em relação aos outros (BELMONTE, 2013, p. 38). Sob tal perspectiva, à margem de qualquer regulamentação estatal, justo era aquilo que fosse estabelecido no contrato “espontaneamente” pelas partes, independentemente da falta ou insuficiência de condições concretas de algum dos contratantes em exprimir a sua vontade de forma efetivamente desembaraçadas.

Na falta de lei, a autonomia deveria imperar na sua plenitude, pois se vivia um momento de primazia do direito privado sobre o público, que só mais tarde, por conta do aumento progressivo da intervenção estatal no âmbito da sociedade é que essa relação vai progressivamente se invertendo (FACCHINI NETO, 2010, p. 45). Assim, os direitos fundamentais, de índole liberal, consagrados na Constituição, ao imporem um dever de não intervenção do Estado no âmbito das relações entre os particulares, passam a integrar o patrimônio jurídico dos indivíduos e a se revestirem de juridicidade perante o poder público. Ou, conforme prefere Sarmiento (2006, p. 14), a se revelarem como “direitos públicos subjetivos oponíveis, apenas em face do Estado”, evidenciando-se, aí, a sua dimensão subjetiva e verticalizada, que será, oportunamente, objeto de maiores reflexões.

---

<sup>4</sup> Artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal 1988: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Porém, embora essa dimensão tenha sido um importante instrumento de fundamentação ético-filosófica ou de justificação política do Estado de Direito, e intimamente relacionado à origem histórica dos direitos fundamentais sob o aspecto jurídico, esses direitos se manifestam primariamente como deveres jurídico-objetivos impostos ao Estado (NOVAIS, 2003, p. 70-72). Assim, o direito do indivíduo de exigir do poder público os seus direitos surge, juridicamente, somente a partir do reconhecimento de sua dimensão objetiva, consubstanciada na imposição ao Estado de um dever de abstenção e de não ingerência à esfera privada dos cidadãos protegida por esses direitos.

É de se ressaltar, no entanto, que, no Estado Liberal, essa perspectiva objetiva não se revelou tão expressiva assim. Inobstante os direitos terem justificado e fundamentado este modelo estatal, seus valores não vincularam o poder legislativo, tal como se concebe hoje (SARLET, 2015, p. 382-401). Reconhece-se, portanto, que as suas normas eram “enfraquecidas” que só adquiriam robustez jurídica através de leis de regulamentação, sem as quais os direitos degradavam-se juridicamente, traduzindo-se em pouco mais do que declarações jurídico-constitucionais (CANOTILHO, 2004, p. 145).

Assim sendo, a sua dimensão objetiva, traduzida na imposição constitucional de não ingerência estatal na esfera de liberdade individual, somente se transmuda numa perspectiva subjetiva, consubstanciada no poder do cidadão de exigir concretamente esse dever em face do Estado, quando uma lei assim o concretizasse. Logo, se antes, no Estado Absolutista, o poder se concentrava no órgão do Executivo, precisamente na figura do rei, agora, no Estado Liberal, o poder se deposita nas mãos dos legisladores.

A sua legitimidade democrática e capacidade para representarem fidedignamente os interesses burgueses, afiguravam-se como condições necessárias e suficientes para que as leis por eles produzidas se revestissem de validade para incidirem perante a sociedade, independentemente de qualquer submissão a ordens de valores superiores. Nesse cenário, os direitos deixam de se revelar como valores imanentes do ser humano, para corresponderem somente àquilo que estivesse escrito no texto legal, pela vontade soberana do legislador e indiscutível pelos demais poderes (GORCZEVSKI, 2009, p. 95).

Nessa perspectiva, a lei, justificando-se nas ideias difundidas pelo positivismo jurídico, eleva-se, independentemente de seu conteúdo, à condição de fonte absoluta e indiscutível do Direito. A validade jurídica da norma, para essa teoria, liga-se unicamente à sua origem<sup>5</sup>. O

---

<sup>5</sup> Para Austin, um dos precursores da Teoria Positivista do Direito, o seu objeto restringe-se ao “direito positivo”, compreendido como o conjunto de leis desejadas e editadas pelo soberano do Estado, sem vinculação alguma com aspectos relacionados à moral ou à justiça. Portanto, o conceito de direito não alude ao seu conteúdo, mas

seu conteúdo, se bom ou mau, justo ou injusto era desconsiderado pelo Direito, na medida em que esse modelo se identificava por meio de sua estrutura formal ou ao seu aspecto exterior, e não por meio de juízos de adequação ou de princípios de ordem moral ou de justiça (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 29).

Porém, esse arquétipo de Estado absenteísta, calcado na supremacia da lei e na autonomia privada, construído a partir de uma concepção de que todos são iguais entre si, a despeito de suas diferenças sociais e econômicas abissais que se verificavam no campo da facticidade, começa a ser contestado no início do século XX. Isso porque, ficava cada vez mais evidente que a sociedade, por si só, não teria capacidade para solver todos os seus problemas. Muito pelo contrário, a sua liberdade desmedida, imune à intervenção estatal, convertia-se na principal fonte de aprofundamento das angústias sociais que se apresentavam naquele momento.

Ante tais circunstâncias, as partes mais vulneráveis das relações jurídicas principiam um movimento reivindicatório tendente à conquista de maior autonomia para que os seus destinos pudessem ser determinados de acordo com as suas reais vontades, alcançando-se, assim, um convívio em sociedade mais justo e digno. Por conta disso, tem-se uma expansão do catálogo de direitos fundamentais reconhecidos na Constituição<sup>6</sup> e um novo modelo de Estado de Direito é inaugurado: o Estado de Bem-Estar Social (JUCÁ, 2009, p. 141-143).

Este Estado propõe-se apresentar mais sensível às necessidades e às carências das pessoas em suas relações com terceiros, enxergando a pessoa não mais como um ente abstrato como fazia o seu sucedido, mas como um ser concretamente inserido no seu meio, com suas vicissitudes e fortunas. Muda-se, dessa forma, a sua disposição perante a sociedade (SARLET, 2015, p. 47-48). De uma postura eminentemente passiva, inerte e alheia aos problemas sociais, o ente estatal se transforma num agente ativo, interventor e preocupado em minimizar as graves distorções geradas pelo império da autonomia privada assegurada pelo modelo liberal, no qual a ambição dos mais fortes se sobrepunha em detrimento da livre e desimpedida expressão de vontades dos mais fracos.

Nesse contexto, a igualdade não se satisfaz mais com uma postura estática diante de uma realidade existente, mas, ao contrário, exige uma atitude positiva dos agentes estatais

---

unicamente à sua fonte produtora. Nesse sentido, a imoralidade ou a injustiça de uma ordem ou de um comando, desde que advindo do soberano do Estado, não o descaracteriza como direito, e, portanto, como dever jurídico que impõe uma sanção para o caso de seu descumprimento (SGARBI, 2009, 1-27).

<sup>6</sup> Esse movimento culminou com o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais nas Constituições mexicana, de 1917, e Alemã, de 1919 (GORKSZEVSKI, 2009, p. 133).

tendente à alteração dessa realidade em benefício das classes sociais mais vulneráveis e exploradas pelo sistema político e econômico estabelecido.

Em suma, consoante assevera Dias Júnior (2009, p. 16), uma igualdade transformadora da realidade através da lei. Em decorrência, a liberdade do e perante o Estado se transmuda para a liberdade por intermédio do Estado (SARLET, 2015, p. 47). Assim, diante dos desequilíbrios de forças que se evidenciavam entre os atores privados em alguns campos da vida em sociedade, legislações especiais, com princípios e objetivos próprios em relação à codificação civil, são editadas para regê-los (SARMENTO, 2006, p. 72).

Na medida em que as leis especiais ou extravagantes iam se afastando dos princípios liberais adotados pelo Código, seus textos incorporavam uma preocupação com o a vulnerabilidade do outro e com os interesses da coletividade, limitando-se, com isso, o campo da autonomia privada nas relações de ordem civil e econômica. Logo, o Direito Privado, que antes se revelava uno e totalizante, pois se identificava integralmente com as regras contidas no Código Civil e pretensamente capaz para regular todas as relações jurídicas com base no princípio da autonomia privada, passa a contemplar, ao seu lado, microssistemas regentes de áreas específicas e relevantes para o Estado, com o objetivo de nelas promover os novos valores reconhecidos na Constituição (FACCHINI NETO, 2010, p. 46; 51).

É, por isso que, nesse momento, o Direito do Trabalho se constitui numa disciplina própria e destacada do Código Civil, com princípios e objetivos específicos que se destinam precipuamente à proteção do trabalhador em face do poder econômico exercido pelo seu empregador (SARMENTO, 2006, p. 19). Desse modo, “aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor desses direitos” (SARMENTO, 2006, p. 19).

E, o destinatário dos direitos fundamentais, que antes era apenas o Estado, estende-se, agora, para o indivíduo, na medida em que também as suas ações passaram a ser limitadas por esses direitos. Evidencia-se, aí, portanto, embora se restringindo a temas específicos destinados à contenção dos abusos dos agentes econômicos no mercado, e somente mediante a necessária intermediação da lei, a primeira manifestação de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Porém, apesar dessa mudança de perspectiva e objetivos do Estado de Bem-Estar Social, o artigo 114 da Constituição da República de Weimar, de 1919, continuava a prever uma liberdade individual natural de agir ao ser humano, assim como se apresentava no período do modelo Liberal. Uma liberdade que persistia em se manifestar como um elemento

anterior ao próprio Estado, e, portanto, refratária, a maiores restrições (ERICHSEN, 2014, p. 22).

É de se destacar que nesse período a concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição ainda continuava a depender exclusivamente da vontade do legislador. Lembre-se que nesta época ainda imperava o positivismo jurídico, apesar de algumas redefinições<sup>7</sup> em relação à teoria que vigorou durante o século XIX. Diante da supremacia do parlamento, as normas constitucionais representavam apenas veículos de orientação ao legislador, sem qualquer caráter vinculante sobre os seus atos. Desse modo, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei, negava-se a possibilidade de tutela jurisdicional aos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006, p. 14). A deflagração de seus efeitos ficava condicionada a livre interposição do legislador.

Diante dessa conjuntura, o movimento de intervenção do Estado nas relações privadas com vistas à proteção e à promoção do ser humano a partir da concretização de direitos essenciais que lhe garantisse uma vida digna em sociedade, não se revelou capaz de suplantar a lógica liberal de primazia do Direito Privado sobre o Público, incrementada ainda no século XVIII. Na medida em que a Constituição do Estado de Bem-Estar Social não se revestia de normatividade, os Códigos Civis, de concepção liberal, salvo em situações excepcionais, como nas áreas econômica e trabalhista, continuavam a assegurar o império da autonomia privada nas relações entre particulares.

Enfim, “até meados do século XX, duvidava-se da validade, vinculatividade, *actualidade* e força obrigatória geral dos direitos fundamentais positivados na Constituição” (CANOTILHO, 2004, p. 145). Diante dessa insensibilidade à força normativa da Constituição, reconhecia-se a primazia à lei de concretizar ou não os direitos fundamentais.

---

<sup>7</sup> O Positivismo Jurídico construído a partir do século XX, diferentemente da escola legalista que o antecedeu, propugna pela necessidade da atividade interpretativa do juiz no momento da aplicação da norma. Hans Kelsen, por exemplo, ilustra a sua teoria por meio de uma moldura normativa, na qual se inserem as várias possibilidades válidas de aplicação da norma. Nessa moldura estão os diferentes sentidos possíveis do texto legal, extraídos a partir de sua interpretação (KELSEN, 2009, p. 390). Hart, por sua vez, entende que a ação discricionária do intérprete seria um desdobramento inevitável da textura aberta da linguagem manifestada nos textos legais. Portanto, considerando os limites inerentes à linguagem, não é possível que o Direito se coloque sempre de forma clara e objetiva perante os seus destinatários. A sua imprecisão, por vez necessária para a sua operacionalização diante dos contextos complexos apresentados pela sociedade, exige do intérprete que busque a clarificação da norma no bojo do próprio sistema, ou até mesmo fora dele (KOZICKI, 2014, p. 88-89). Sobre o tema, sugerem-se para o leitor as seguintes obras: SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, e; BARZOTTO, Luís Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

## **2.2 O Estado Democrático de Direito e o Primado da Dignidade da Pessoa Humana**

Sem questionar a contribuição e a importância histórica de todos os acontecimentos anteriormente trazidos à colação para o processo de reconhecimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais, o seu marco determinante, porém, foi à experiência de barbáries e atrocidades cometidas contra a figura humana durante a Segunda Guerra Mundial. Nas palavras Piovesan (2016, p. 202), exatamente no momento em que as pessoas se tornaram rejeitos de Estados totalitários, como na Alemanha da era Hitler, em que se assistiu uma lógica destrutiva e aniquiladora de direitos, principia-se um movimento vigoroso de restauração dos valores morais, aproximando-os do direito, como um referencial capaz de determinar um senso de razoabilidade e de ética para o futuro da humanidade.

Esse evento de proporções catastróficas sem precedentes na história foi o divisor de águas que desencadeou uma intensa e abrangente reflexão mundial sobre o tema dos direitos do homem, eleitos, naquela oportunidade, segundo Alexy (1999, p. 58-62), como valores universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. Nesses termos, dentre outros aspectos reveladores de sua natureza, esses direitos se espraiam sobre todas as pessoas, indiscriminadamente, têm a sua base uma norma de matriz moral e a sua positivação pelo Estado deve se dar de forma prioritária e central, convertendo-os em direitos positivos fundamentais da ordem jurídica estatal. Pois, diferentemente das demais normas que a integram, esses direitos denotam interesses e valores essenciais à efetiva proteção da dignidade da pessoa humana e ao princípio democrático.

Adverte-se que, naquele período, na medida em que se reverenciava a soberania absoluta dos Estados, personificada na supremacia do Poder Legislativo (BARROSO, 2007, p. 6), o Direito Internacional mantinha-se completamente alheio aos assuntos internos das Nações. No máximo, veiculavam, assim como os textos constitucionais da época, meras exortações aos poderes constituídos.

Note-se que até aquele momento, no âmbito internacional, existia a Liga das Nações, criada após o término da Primeira Guerra Mundial, em 1919, com o objetivo de consolidar as bases para a paz e reorganizar as relações internacionais (SOCIEDADE DAS NAÇÕES, 1919). Apesar de esse tratado esboçar alguma preocupação com os valores relativos ao ser humano, ele não foi capaz de sensibilizar os Estados a respeitá-los. Suas previsões, além de se revelarem extremamente genéricas, não imprimiam quaisquer limites sobre os atos e práticas dos governos soberanos da época (GUERRA, 2008, p. 32).

E, conforme já referido, a lei, sob a égide do positivismo jurídico que ainda imperava até a metade do século XX, consubstanciava-se na única fonte direta e vinculante do Direito (SILVA, 2006, p. 29), e, dentre as suas teses, destacava-se a da separação entre a ordem jurídica e a moral (GORCZEVSKI, 2009, p. 93). Assim, a teoria positivista definia o direito juridicamente válido de forma essencialmente objetiva a partir de sua fonte, sem qualquer conexão necessária com a moralidade de seu conteúdo ou com princípios de justiça e de equidade (MOLLER, 2011, p. 87).

A lei, portanto, nesse contexto, não conhecia, na prática, quaisquer limites valorativos para a sua expressão. Note-se que, “enquanto os parlamentos nacionais eram aceitos como ‘supremos’, nenhuma *lex superior* e, assim, nenhuma declaração de direitos com força vinculativa também para o legislador podia considerar-se necessária” (CAPPELLETTI, 1993, p. 65). Nessa perspectiva, os governos, legitimando-se em leis descompromissadas com quaisquer ordens de valores, seja de âmbito interno ou internacional, decidiam soberanamente, num cenário onde a prioridade era o Estado, e não o cidadão, sobre os direitos e os deveres de seus povos.

Isso fica muito bem evidenciado, à época, quando a Comunidade Internacional não reconhecia o ser humano como sujeito de direitos, mas, tão somente, o ente estatal (BARROSO, 2007, p. 42). Nesse sentido, a inexistência de freios ao exercício do poder estatal resultava na “convicção de que era o Estado, por si próprio, quem deveria definir qual o bem comum de seus súditos e traçar, sem peias, os meios para alcançá-lo” (WEIS, 2011, p. 79).

Em 1945, porém, com o fim da conflagração mundial, a Comunidade Internacional, estarrecida com o aviltamento do ser humano, reúne-se e cria a Organização das Nações Unidas (ONU). Essa entidade, com vistas a dar cabo à indiferença com que a ordem jurídica se reportava à pessoa humana, fixa no preâmbulo de sua Carta Constitutiva o desejo prioritário de se reafirmar a fé no valor do ser humano, na sua dignidade e nos seus direitos fundamentais (ONU, 1945).

Propugna-se, assim, “a reconstrução da ordem mundial fundada em novos conceitos de direito internacional, que se contrapusessem à doutrina da soberania nacional absoluta e à exacerbação do positivismo jurídico” (WEIS, 2011, p. 83). Enfim, pretende a construção de um cenário que retratasse o cidadão, não mais como meio ou instrumento a disposição de caprichos circunstanciais de seus semelhantes, mas, sim, como elemento justificador supremo e irrestrito da existência e permanência do próprio Estado, cuja soberania seja limitada em prol do respeito aos direitos humanos.

Em cumprimento a esse objetivo, as Nações Unidas, elaboram, em 1948, a Declaração Universal de Direitos, na qual se reafirmou que a dignidade é um valor imanente aos membros da família humana e que, por isso, todas as pessoas seriam igualmente detentoras de capacidades para gozarem dos direitos e das liberdades nela estabelecidas, sem distinção de qualquer espécie. Além dos direitos civis e políticos<sup>8</sup>, historicamente já conhecidos por meio das Declarações liberais do século XVIII, as Nações Unidas, revigorando o conteúdo valorativo contido nas Constituições do início do século XX, reconheceram igualmente e com o mesmo *status* os direitos econômicos, sociais e culturais<sup>9</sup> (ONU, 1948).

Porém, essa Carta universal não excluiu a possibilidade de que novos direitos pudessem ser reconhecidos com o passar da história quando os seus valores se revelassem essenciais para a tutela da dignidade da pessoa humana, como, como ocorreu, por exemplo, com o direito a um meio ambiente sustentável, contemplado na Convenção de Estocolmo, em 1972<sup>10</sup> (ONU, 1972).

Pode-se afirmar, portanto, que a Declaração de 1948 sedimentou os valores fundamentais de seu tempo, sintetizando o passado e inspirando o futuro para que outros direitos pudessem ser reconhecidos para a proteção plena da dignidade das pessoas que integram uma comunidade concreta, permeada de necessidades e aflições (BOBBIO, 2004, p. 33). Importa salientar, ainda, que todos esses direitos incorporados à declaração e depois, mais tarde, em diversos tratados internacionais de direitos humanos passam a compor um bloco universal, indivisível e interdependente vocacionado à proteção íntegra da pessoa, conforme se depreende das leituras do item 13 da Conferência de Teerã, de 1968 (ONU, 1968) e do item 05, parte 01, da Declaração e Programa de Viena, de 1993 (ONU, 1993).

Em outros termos, os direitos de liberdade, desacompanhados do resguardo proporcional aos direitos de igualdade, revelam-se infrutíferos. Assim como, mostram-se esvaziados, os direitos de igualdade ante a falta ou a deficiência de uma garantia real da liberdade. Portanto, os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais passam a angariar a mesma importância e qualificação na ordem jurídica internacional (PIOVESAN, 2016, p. 226-227). Isso porque não se pode falar, por exemplo, em direito a uma vida digna sem saúde, e direito à saúde sem direito a um meio ambiente sustentável.

---

<sup>8</sup> Artigos VII a XIII, XVI a XX e XXI.

<sup>9</sup> Artigos XXII a XXVI.

<sup>10</sup> Muito por conta dessa preocupação internacional principiada com a Convenção de Estocolmo, em 1972, a Constituição Federal de 1988 reconheceu, no seu Art. 225, “caput”, o meio ambiente como um direito fundamental. De acordo com esse dispositivo legal, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Nessa medida, a Declaração de direitos de 1948 se revela numa cláusula aberta propositiva para o reconhecimento de novos direitos à proteção universal e integral da pessoa humana. E, na medida em que a comunidade internacional estabelecia um consenso geral sobre a sua validade e afirmava explicitamente a sua capacidade para reger os destinos da sociedade futura de todos os homens (BOBBIO, 2004, p. 26), essa Carta de direitos se converte na regra matriz de um novo ramo do Direito Internacional Público que se construía a partir de então: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (GUERRA, 2008, p. 48).

Porém, apesar da importância histórica sem precedentes dessa Declaração, a concepção que prosperou à época foi a que atribuía natureza de mera recomendação às suas normas (COMPARATO, 2010, p. 240). De qualquer modo, o seu preâmbulo já advertia expressamente quanto à necessidade de se proteger os direitos do homem pelo império da lei, como condição para se evitar que as pessoas fossem constrangidas, sem qualquer outra opção, à insurreição contra a opressão de governos despóticos e totalitários.

Nessa esteira, fortalece-se a ideia de um “direito à institucionalização” dos direitos do homem ou o direito a sua positivação pelo Direito, tanto em sede internacional quanto nos domínios de cada Estado (ALEXY, 1999, p. 57). Desse modo, elabora-se uma série de tratados para complementar, especificar e, sobretudo, revestir de normatividade o conteúdo substantivo da Declaração perante os Estados membros.

Diante dos horrores, do desprezo e da aniquilação de direitos provocados pelas duas Guerras Mundiais, a humanidade estava convencida de que meras sugestões ou conselhos não seriam suficientes para tornar os direitos humanos nela contemplados plenamente efetivos perante os seus destinatários (MEDEIROS, 2007, p. 26-27). Nessa perspectiva, então, sedimenta-se a construção dos denominados Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, respectivamente, o Global, a cargo da ONU, e os Regionais, na América, Europa e África, notadamente (WEIS, 2011, p. 81-34), nos quais “os direitos do homem tornam-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional” (ALEXY, 1999, p. 67).

De tal modo que, para além de uma reafirmação categórica e objetiva de direitos imanentes à pessoa humana, em conformidade ao propugnado na Declaração de 1948, esses sistemas adotaram mecanismos próprios para monitorá-los e controlá-los em face dos Estados que lhe são signatários (PIOVESAN, 2016, p. 245). Seus órgãos de fiscalização foram concebidos para agirem de forma subsidiária, mas suplementar, à jurisdição estatal, com vistas à superação de omissões, deficiências e falhas das instituições nacionais no que tange à proteção adequada dos direitos humanos neles reconhecidos.

Portanto, independentemente da espécie de direitos, se civil e político, ou econômico, social e cultural, e das peculiaridades das obrigações por eles veiculadas, se imediata ou progressiva no tempo, todos os tratados que integram esses sistemas tiveram por objetivo comum, por meio de seus respectivos instrumentos de fiscalização e controle, constranger os governos nacionais dos Estados membros a orientarem suas práticas nos campos legislativo, executivo e jurisdicional à plena realização dos direitos fundamentais e à construção de uma sociedade mais digna para se viver (COMPARATO, 2010, p. 356).

Aliás, antes disso, esse conjunto de direitos passa a limitar a atuação dos próprios poderes constituintes dos Estados que se reerguiam a partir daquele momento, reconfigurando-se, assim, a concepção clássica desenvolvida na Europa da Revolução Francesa, de 1789, de que o poder constituinte teria um caráter inicial, autônomo e onipotente. Para Leal (2003, p. 31-36), o princípio da dignidade humana e todos os direitos que lhe dão guarida, concebidos no plano internacional, passam a se constituírem num núcleo indisponível e definidor dos ordenamentos estatais, em cujo vértice se encontra a Constituição.

Assim sendo, “o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural” (CANOTILHO, 1998, p. 75). Além dos princípios de justiça amalgamados à consciência das pessoas de ordem supralégais, fruto das experiências e da evolução humana, os princípios construídos pelo direito internacional, como o da observância aos direitos humanos, correspondem a limites intransponíveis à sua liberdade e onipotência. Por essa razão é que hoje se observa uma aproximação e harmonização cada vez maior entre o catálogo de direitos humanos reconhecidos na esfera internacional, nos mais diversos tratados, e o rol de direitos fundamentais incorporados pelas Constituições dos Estados democráticos do segundo pós-guerra, apesar, é claro, de não haver uma identidade necessária entre esses elencos (SARLET, 2015, p. 32-33).

Nesse contexto, as relações dos governos nacionais com seus cidadãos, que se limitavam às fronteiras dos Estados, passam a ser também de interesse global e regionais, na medida em que as pessoas, nesse momento, assumem, ao lado do ente estatal, a condição de sujeitos de direitos no âmbito internacional (GUERRA, 2008, p. 43). Desse modo, ao mesmo tempo em que a ordem internacional garantia uma proteção adicional aos direitos humanos, estabelecia um código de conduta a ser seguido pelos governos estatais, pois “sem a concretização dos direitos do homem por meio dos Estados particulares, o ideal do qual fala o preâmbulo [da Declaração de 1948], todavia, jamais pode tornar-se realidade” (ALEXY, 1999, p. 58).

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual emanam os direitos fundamentais, eleva-se a fundamento central de justificação e de sustentação de um novo modelo de Estado que se estruturava a partir de então: o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Barroso (2014, p. 63) destaca que a dignidade “constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições”.

Nesse momento, então, a lei passa a ser criada não mais dissociada do seu contexto político e social no qual será aplicada. Note-se que no Estado de Direito, construído sobre bases positivistas, a legislação era produto de um comando do soberano ou de outras normas superiores que a condicionava tão somente quanto a sua forma, não em relação ao seu conteúdo. Assim, era possível que este modelo estatal tanto justificasse regimes verdadeiramente comprometidos com a democracia, quanto sistemas extremamente autoritários. Desse modo, destaca Galvão (2014, p. 210-211) que o *plus* da democracia incorporado ao Estado de Direito passa a exigir uma fundamentação da lei nos valores que a sociedade elegeu soberanamente num determinado momento histórico e os reconheceu para vincular substancialmente as ações estatais.

A democracia desenvolvida no século XVIII legitimou o poder político da burguesia, regida exclusivamente pela regra da maioria. No Estado constitucional contemporâneo, que se caracteriza por uma pluralidade de forças, esta regra, embora permaneça, pois, ínsita ao princípio democrático, deverá ser compatibilizada aos direitos fundamentais que asseguram interesses das minorias (MOLLER, 2011, 189-190). Quer dizer, as decisões da maioria devem ser tomadas em respeito aos grupos minoritários que integram a sociedade, sob pena de ilegitimidade constitucional do ato. Esses direitos, então, passam a fixar os parâmetros substanciais dentro dos quais as condutas e as deliberações das majorias circunstanciais que galgam o poder pela regra da maioria devam se manifestar. Em síntese, são limites constitucionalmente estabelecidos para o exercício legítimo da regra da maioria.

Assim, nesse modelo estatal, a uma “liberdade negativa”, associa-se necessariamente uma “liberdade positiva”, identificada no exercício democrático do poder no interesse da coletividade consubstanciado nos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1998, p. 87-94). Assim, somente um Estado verdadeiramente democrático reúne as condições necessárias para que as pessoas possam exercer livremente a sua cidadania<sup>11</sup>, sem quaisquer formas ou tipos de

---

<sup>11</sup> Medeiros (2007, p. 130), analisando historicamente o conceito de cidadania, diz: “De mero habitante de uma cidade (condição primeira do cidadão) o cidadão passa hoje, depois de mais de três séculos de lutas sociais acirradas, verdadeiras revoluções no sentido copernicano emprestado ao termo, a ser um homem-cidadão dotado

restrições, propiciando-lhes uma participação ativa e independente em sua estruturação e na gestão dos negócios públicos, pois, é de se lembrar que neste modelo estatal, todo o poder emana do povo.

Nessa seara, Moser e Wolf (2007) asseveram que a autenticidade desse regime político pressupõe uma paridade de todos os membros da sociedade em intervir livre e substancialmente nos rumos do Estado, com vistas a potencializar o respeito aos direitos fundamentais. Assim, as decisões não podem ser deliberadas conscientemente por apenas uma parcela da população. Neste caso, o Estado, inobstante se proclamar como democrático, de fato, será uma oligarquia, onde o interesse público lastreado nas normas de direitos fundamentais provavelmente restará negligenciado, senão aniquilado, pelos desejos espúrios de grupos minoritários que influem e permeiam o poder.

Diante disso, mais do que um mero reconhecimento formal de direitos, os Estados assumem o compromisso perante a comunidade internacional de incorporar ao seu ordenamento um aparato jurídico-institucional capaz de dotá-los de efetividade a todos os seus cidadãos, seja nas suas relações com o poder público ou com outros particulares. Sobre o tema, importante trazer à colação a Opinião Consultiva OC-18/03 proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que de forma muito clara e objetiva se pronunciou em relação à natureza e os destinatários do direito humano à igualdade ou à não discriminação, contidos na Convenção de São José da Costa Rica, de 1968. Segundo este Tribunal, o direito em tela integra o denominado *jus cogens*, e, como tal, reveste-se de imperatividade *erga omnes*, vinculando todos os Estados e gerando efeitos perante terceiros em suas relações intersubjetivas (OEA, 2003).

Nessa senda, o constitucionalismo, cujas raízes remontam o século XVIII, quando da instituição do Estado Liberal, é refundado sobre bases e objetivos substancialmente renovados. Se antes, o bem jurídico a ser tutelado era o patrimônio, agora, no Estado Democrático de Direito, é o ser humano na sua integralidade. Diante dessa nova perspectiva, Facchini Neto (2010, p. 45) sustenta que a autonomia privada acaba cedendo espaço para que a dignidade da pessoa humana seja, de fato, protegida e promovida por meio da concretização dos direitos fundamentais reconhecidos em relevo no texto constitucional.

Nesse sentido, complementa Rossi (2012, p. 155) que no Constitucionalismo contemporâneo “o papel de primazia ocupado pelas Constituições, hoje, reserva, dentro do próprio texto constitucional, um papel de centralidade em relação aos direitos fundamentais”.

---

de direitos civis (conquistados no século XVIII), direitos políticos (adquiridos no século XIX) e direitos sociais (produtos do século XX)”.

Assim sendo, não se pode mais conceber que a produção legislativa, assim como a interpretação e a aplicação da norma jurídica aos casos concretos, seja feita à revelia de uma avaliação corretiva de seu conteúdo, à luz dos valores consagrados nas normas constitucionais definidoras de direito fundamentais (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 100;144).

Nessa linha, diferentemente dos positivistas, o operador do direito, ao interpretar uma norma, não está autorizado a escolher qualquer das opções possíveis extraídas do texto legal, ou, mesmo, conforme afiança Hart, buscá-las, diante de casos difíceis, fora do próprio sistema (SGARBI, 2009, p. 161). Ao revés, o intérprete deverá decidir, diante das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto, pela alternativa que mais concretize os direitos fundamentais contidos na Constituição, tendo como referência a promoção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da democracia, da justiça social, dentre outros (SARMENTO, 2006, p. 121).

E, por fim, para se evitar que esses princípios eleitos pela comunidade no momento do pacto constitucional se tornassem conceitos meramente retóricos e infrutíferos para os seus titulares, frustrando-os em suas legítimas expectativas, outorga-se a um órgão específico do Estado a função de fiscalizá-los e de exigir de seus destinatários o seu fiel cumprimento. Nesse momento, então, revigora-se o controle de constitucionalidade concebido por Kelsen, em 1920, adaptando-o, no entanto, às características desse novo constitucionalismo (LEAL, 2012).

É de se lembrar que o Tribunal Constitucional foi concebido para ser um mero “legislador negativo”, limitando-se a fazer um controle concentrado da constitucionalidade das leis. No entanto, diante dos novos objetivos traçados pelo Estado Democrático, os juízes passam a assumir uma postura construtiva e criativa do Direito, calcada na necessidade de se realizar concretamente os valores da sociedade postos na Constituição, por meio das normas definidoras de direitos fundamentais. Logo, se dentro do Estado Liberal o protagonismo era o da lei e, portanto, do poder legislativo, no Estado Democrático de Direito esse papel de destaque se transfere para o Poder Judiciário ou a um Tribunal Constitucional independente.

Isso porque foi a esse órgão que se outorgou a imponente função de salvaguardar em última instância e de forma soberana a Constituição e, em particular, o seu núcleo normativo abrigador dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a investigação sobre a interpretação Constitucional realizada pelas respectivas Cortes dos Estados se transforma num tema crucial a ser conhecido tanto pelos operadores do direito quanto pela sociedade em geral. Pois “a elas cabe, em última análise e prioritariamente (ainda que não de forma exclusiva), a interpretação e o desenvolvimento do direito constitucional” (LEAL, 2007, p. 86).

Nessa linha, a legislação estatal que os rege passa a ser definida, integrada, suprimida e, até mesmo, inovada pelo seletivo grupo de magistrados que o compõem a partir da compreensão que atribuem, sempre mutável no tempo, sobre o alcance e o sentido das normas de textura aberta de direitos fundamentais consagradas na Constituição. Apregoa-se, assim, que os direitos como princípios exigem que sua concretização seja aberta à ponderação e ao balanceamento (CANOTILHO, 2004, p. 214-215).

Nesse caso, o peso de cada direito em conflito será determinado pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, que legitimamente autorizarão a restrição de seu âmbito de proteção assegurado constitucionalmente. Nesse passo, a concretização mediadora do legislador democrático dos direitos fundamentais se transfere em grande medida para os tribunais. Os juízes passam a se impor legitimamente perante a sociedade como seus representantes positivos, com a função de harmonizar a legislação infraconstitucional aos valores mais caros da sociedade reconhecidos no texto constitucional, sobretudo quando o legislador ou o administrador estiverem ausentes, ou venham a se manifestar de forma insuficiente ou incoerente em relação ao núcleo central da Constituição.

Principia-se, então, sob esta perspectiva, o desenrolar de uma longa jornada em torno de uma sistematização desse novo constitucionalismo, que tem na concretização dos direitos fundamentais, nas suas mais variadas e complexas formas, o seu centro de debates e reflexões, seja no âmbito da doutrina, ou em sede jurisprudencial. Sobretudo porque os seus valores representam expressões da dignidade da pessoa humana e encontram no Estado Democrático de Direito um terreno fértil para o seu fortalecimento e desenvolvimento, razão pela qual o foram alocados, conforme refere Almeida (2014, p. 133), numa posição de considerável evidência e com funções de notável importância.

Observa-se, portanto, um movimento incontornável de superação do Estado de Direito Legislativo (ROSSI, 2012, p. 155). Esse processo, ao mesmo tempo em que se intensificava no direito alemão, aos poucos se difunde e se incorpora a outros ordenamentos nacionais, como o de Portugal, Espanha e Brasil. Enfim, evidencia-se um movimento consistente e progressivo de reformulação de uma nova concepção de Mundo e de Estado, onde o ser humano concretamente situado passe a ocupar uma posição de destaque e de centralidade em suas agendas, seja em suas relações com o poder público ou com os particulares.

### **2.3 O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas implicações para a ordem jurídica do Estado**

Diante dos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, a Constituição contemporânea, de um simples documento político se converte numa lei estatal qualificada, formal e materialmente superior às demais normas concebidas pelo Estado, na qual os direitos fundamentais passam a ocupar uma posição de destaque no seu texto (OTTO; POZZOLO, 2012, p. 23). O processo de positivação dos direitos do homem nessa Constituição, transformando-os em direitos fundamentais, passa a exigir, para a sua completude, a caracterização de quatro extremos: o escalão hierárquico supremo; a força de concretização suprema; os objetos sumamente importantes regulados por eles e a medida máxima de necessidade de interpretação (ALEXY, 1999, p. 62-63).

Sem esta positivação jurídica, “os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional” (CANOTILHO, 1998, p. 347). Assim, como notas marcantes deste “novo” constitucionalismo, ressaltam-se “a afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes, de toda a ordem jurídica” (SARLET, 2014, p. 58).

Nessas condições, esses direitos se transformam no elemento central do sistema jurídico do Estado e pressuposto de conformação de todos os atos emanados pelos poderes constituídos, inclusive os do legislativo (NOVAIS, 2003, p. 57-58). Assim, as leis, que até então representavam a fonte por excelência do direito, sem qualquer vinculação a valores de ordem superior, têm a sua elaboração, interpretação e aplicação necessariamente condicionada aos valores axiológicos consagrados nas normas constitucionais de direitos fundamentais.

Observa-se, então, que essas Constituições qualificam os direitos fundamentais de uma força de concretização suprema sobre o Estado e a sociedade. E, se assim não o fazem, ou deveriam ser interpretadas desse modo, ou, se impossível, alteradas (ALEXY, 1999, p. 63). Enfim, a proeminência desses direitos adquirida dentro dessa nova conformação jurídico-constitucional, passa a unificar o conteúdo do Direito Nacional em sua integralidade (SOMBRA, 2011, p. 39).

Em outras palavras, o direito do Estado passa a ser rematerializado nas normas principiológicas abrigadoras de direitos fundamentais, pois o seu poder de irradiação por todo o ordenamento jurídico elimina por completo os chamados espaços de discricionariedade no exercício das funções públicas, sobretudo no âmbito da legislação (ROSSI, 2012, p. 152-153).

Assentando-se nessa racionalidade diferenciada, consentânea com os fundamentos e objetivos do Estado democrático, nada mais fica imune ou alheio aos tentáculos da Constituição, na medida em que os efeitos totalizantes dos princípios recobrem por completo o território da jurisdição estatal, condicionando a validade das leis e de todos os atos consequenciais à sua execução.

Porém, adverte Leal (2003, p. 45), que a crença na Constituição e, portanto, em sua normatividade suprema, dependerá da convicção social quanto à legitimidade dos valores nela consagrados. E, isso somente será possível num ambiente onde o processo constituinte seja construído democraticamente pela sociedade, e que, após isso, a regra da maioria se subjugue aos seus conteúdos expressos nas normas de direitos fundamentais. Nunca é demais lembrar que o constitucionalismo contemporâneo se fundamenta e se estrutura em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja expressão material se verifica somente com a concretização efetiva dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição estatal num determinado momento histórico.

Toda essa teorização em torno de uma proteção efetiva aos direitos fundamentais, para além de seu mero reconhecimento formal e retórico num texto constitucional, encontrou ressonância e respaldo normativo na Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, difundindo-se, mais tarde, às Constituições dos Estados que se constituíam como democráticos, como foi o caso, de Portugal, em 1976, Espanha, em 1978, e o Brasil, em 1988. Enfim, essas Constituições definitivamente incorporaram a ideia de que o problema maior dos direitos fundamentais não é saber qual a sua natureza ou fundamentação, e se correspondem a direitos relativos ou absolutos, “mas, sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, 2004, p. 25).

Seus elaboradores, estavam cientes de que o mero reconhecimento de direitos como cláusulas gerais e programáticas pelo Estado não seria suficiente para dotá-los minimamente de efetividade. Em razão disso, essas Cartas constitucionais reservaram a sua parte inaugural às normas definidoras de direitos fundamentais e as revestiram de uma normatividade avigorada em relação às demais normas contidas em seu texto, contemplando-as com a denominada cláusula da aplicabilidade imediata (SARLET, 2015, p. 383). Para Canotilho (2004, p. 146), essa cláusula visou essencialmente espantar quaisquer dúvidas em relação à natureza constitucional dos direitos fundamentais, assim como pretendeu revestir as suas normas de uma força normativa autônoma, cuja manifestação independesse da edição de lei materializadora futura por parte do legislador.

Assim, na esteira propugnada pela Declaração Universal de 1948, a Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, no seu Art. 1º, § 2º e § 3º, expressamente consagrou que os direitos humanos constituem a base da comunidade, e, como tal, devem ser aplicados imediatamente em face dos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial do Estado (ERICHSEN, 2014, p. 21;25). Em face desse dispositivo, o Tribunal Constitucional alemão principia uma releitura aprofundada sobre as funções que os direitos fundamentais devem desempenhar no âmbito da sociedade.

De tal modo que, em 1958, esse Tribunal, ao ser instado a se manifestar no processo conhecido como o caso *Lüth-Urteil*, reconheceu, de forma histórica e paradigmática, que os direitos fundamentais compreenderiam valores ou fins da sociedade a serem protegidos incessantemente pelos poderes estatais em todos os campos da vida humana. Dessa interpretação, então, agregou-se uma nova dimensão aos direitos fundamentais em complemento e reforço à sua perspectiva subjetiva estabelecida ainda no século XVIII no âmbito do Estado Liberal determinando-se um novo tratamento na relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado na Alemanha (CANARIS, 2010, p. 208).

Em síntese, essa ação envolvia um conflito de natureza eminentemente privada, entre o presidente do clube de imprensa de Hamburgo, Erich Luth, e o diretor do filme *Amante Mortal*, Veit Harlam. No aresto inédito proferido pela Corte à época, considerou-se que a Constituição Alemã estabeleceu os objetivos do Estado em uma ordem de valores que deveriam, por isso, ser observados como uma decisão constitucional que se irradia por todos os ramos do direito. Diante disso, afastou-se a incidência de uma norma de direito civil, sob o argumento de que ela teria violado o direito fundamental à liberdade de expressão estabelecida na Lei Fundamental alemã (MOREIRA, 2007, p. 75-76).

Na ocasião, o Tribunal, após reafirmar na decisão a função clássica desses direitos de salvaguarda das liberdades da pessoa em face do Estado, ressalvando-se, portanto, a sua dimensão subjetiva, afirma, numa evolução do raciocínio, que a Lei Fundamental não pode ser compreendida como uma norma neutra axiologicamente e confinada numa dimensão meramente formal. Muito mais do que isso, esses direitos, produtos de uma decisão constitucional fundamental, constituem uma ordem de valores, centrada na dignidade da pessoa humana e, como tal, vinculante de todos os ramos do direito, seja ele público ou privado (GALIZA, 2011, p. 53).

Nesta perspectiva, destaca-se que:

A Lei Fundamental não contém mais, como bastava para as constituições do século anterior, somente uma fundamentação da organização estatal, mas quer, como no

preâmbulo chega à expressão acertadamente, dar à *vida estatal* uma *nova ordem*, da qual o tribunal constitucional federal, com razão, diz que ela não deve ser uma *ordem neutra em valores*, mas uma *ordem de valores* objetiva. Sob isso, porém, somente pode ser entendida uma ordem total da vida do Estado (NIPPERDEY, 2011, p. 80-81).

Em razão disso, suplanta-se a ideia até então prevalecente de que os direitos fundamentais compreenderiam apenas uma estrutura formal de garantia individual e de restrição estatal. Pois, esse julgamento revelou para a história mais uma dimensão dos direitos fundamentais. Ao lado de sua dimensão subjetiva clássica, reconheceu-se neles uma dimensão objetiva, constituindo-se, portanto, de um duplice caráter (LEAL, 2007; p. 63). Ou seja, a um só tempo, os direitos fundamentais são “fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo” (SARMENTO, 2006, p. 107).

Conforme já destacado, a dimensão subjetiva dos direitos remonta ao século XVIII, quando da instituição do Estado Liberal, que se perfaz numa relação de verticalidade entre cidadão e Estado, cuja função precípua reside na proteção do indivíduo em face do exercício do poder estatal (CHEQUER, 2007, p. 54). Tradicionalmente, portanto, essa dimensão se circunscreve em delimitar uma zona de autodeterminação da pessoa em face das ingerências do poder público. Mais precisamente, consiste na delimitação de uma esfera juridicamente tutelada, que atribui ao seu titular determinadas posições jurídicas exigíveis em juízo, traduzidas eminentemente numa pretensão à abstenção estatal.

Por outro lado, o reconhecimento da dimensão objetiva aos direitos fundamentais, transformou-os em fundamentos e condições legitimadoras da ordem jurídica da comunidade, impregnando expansivamente seus efeitos a todos os ramos do direito e condicionando a atuação integral do poder público. Por conta disso, Novais (2003, p. 57-67) observa que para além de seu dever de não interferir restritivamente na esfera privada das pessoas, o Estado se obriga a atuar positivamente com vistas a viabilizar o exercício efetivo dos direitos fundamentais pelos particulares, bem como a organizar e estruturar o sistema jurídico em conformidade e em razão deles.

Enfim, essa dimensão culminou numa vinculação abrangente do Estado aos direitos fundamentais, não mais circunscrita a fixação de uma competência negativa aos poderes estatais em não intervir na esfera privada dos cidadãos. A partir de seu reconhecimento, duas funções determinantes foram incorporadas aos direitos fundamentais: a sua eficácia irradiante e os deveres de proteção impostos aos poderes públicos (SARLET, 2015, p. 153-154). Na medida em que esses direitos compreendem uma ordem objetiva de valores, seus efeitos se irradiam por todo o ordenamento jurídico estatal, vinculando e condicionando as ações dos

agentes públicos e dos próprios particulares, indiscriminadamente. De tal modo que, as suas normas passam a impor um dever de proteção aos poderes estatais, inclusive preventivamente, contra atos agressivos oriundos dos agentes públicos, dos particulares, ou dos Estados estrangeiros.

Nessa linha, Sarmiento (2006, p. 125) afirma que “uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante”. Pois, em razão dessa eficácia, as suas normas assumem um poder de penetração por todo o sistema jurídico, passando a funcionar como parâmetros substantivos para a elaboração, a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional.

Por conta disso, o legislador, o administrador e o juiz têm suas funções delimitadas pelos valores que lastreiam os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição do Estado. Mas, mais do que isso, eles assumem um dever de os protegerem maximamente contra violações oriundas dos agentes públicos no exercício de suas funções ou dos próprios particulares em suas relações intersubjetivas. Daí porque, falar-se de um dever de proteção aos direitos fundamentais a partir do reconhecimento de sua dimensão objetiva.

Assim, Facchin Neto (2010) pontua que a administração pública, além de evitar atitudes agressivas a tais direitos, deve, por meio de políticas públicas, construir mecanismos que contribuam para que todos os cidadãos tenham condições para gozá-los efetivamente. Do mesmo modo, compete-se ao parlamento a elaboração de legislações que desenvolvam seus conteúdos. Quer dizer, não basta que o legislador se abstenha de editar leis inconstitucionais. Muito mais do que isso, faz-se necessário que esse órgão aja positivamente para a mais ampla concretização dos direitos fundamentais. E, por fim, o judiciário jamais poderá deixar de considerar em suas decisões o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, seja nas relações verticalizadas entre Estado e cidadão, seja nas relações horizontais entre os particulares, pois, assim como os demais agentes públicos, os juízes também se encontram a eles vinculados.

Aliás, mais do que os outros poderes, o judiciário tem o seu dever reforçado na medida em que os magistrados representam o último recurso à disposição das pessoas para a defesa de seus direitos. Assim, não lhe resta outra opção senão realizá-los maximamente em suas decisões. Nesse sentido, assevera Sarmiento (2006, p. 125), que os juízes deverão necessariamente fazer uma interpretação da legislação a se aplicar aos casos concretos da forma mais consentânea e afinada à Constituição, precisamente aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social.

Em relação ao poder legislativo, especificamente, Mendes (2014, p. 33-34) lembra que lhe compete à fixação de restrições aos direitos fundamentais, pois numa sociedade plural e democraticamente constituída, a convivência harmônica entre os diversos direitos reconhecidos, muitos deles contrapostos, pressupõe a sua relativização, nos limites, é claro, estabelecidos na Constituição<sup>12</sup>. Assim, em atenção ao seu dever de proteção, a delimitação dos contornos dos direitos fundamentais pelo poder legislativo deve respeitar rigorosamente as balizas estabelecidas pelo texto constitucional para se afigurarem legítimas, ressaltando-se, em especial, que o legislador não poderá se furtar em concretizar o direito a uma igualdade substancial e os direitos cuja fruição dependa de seu dever constitucional de legislar.

Ressalva-se, contudo, que, inobstante o seu dever de proteção, a administração em geral e os agentes em particular, por conta de sua subordinação ao princípio da legalidade, não estão, em princípio, autorizados a afastar, de plano, a aplicação de uma lei por considerarem-na inconstitucional e violadora de direitos fundamentais (CANOTILHO, 1998, p. 400-410). Nesse caso, os agentes administrativos devem se utilizar de seu direito de representação às entidades superiores, dando-lhes conhecimento das consequências em se continuar aplicando a legislação contestada.

O seu afastamento de plano pelas autoridades administrativas só seria possível quando a aplicação da lei implicar na prática de um crime que conduza à afetação ao direito à vida ou a integridade pessoal. Pois, nesse caso, reconhecem-na como comandos inexistentes, diante de sua flagrante inconstitucionalidade e ofensividade aos bens juridicamente tutelados pela ordem jurídico-constitucional.

No entanto, de nada adiantaria o reconhecimento de uma força irradiante aos direitos fundamentais se o Estado não se organizar adequadamente para fazê-los penetrar concretamente na vida das pessoas. Nesse sentido, Almeida (2014, p. 154-155) lembra que há uma transferência ao Estado de um dever de organização e de procedimento, que se manifesta, não raras vezes, como condição necessária e essencial para o gozo efetivo dos direitos pelos seus titulares, inclusive em relação aos direitos de liberdade que tradicionalmente se entendeu que o seu exercício dependesse, tão somente, de uma mera abstenção estatal, como o são exemplos, os direitos de acesso à justiça e à ampla de defesa.

Ora, sem a estruturação de um sistema de justiça por parte do Estado, construindo prédios e contratado funcionários, por exemplo, não há como se falar em justiça, e, muito

---

<sup>12</sup> Na esteira dos ensinamentos de Bobbio (2004, p. 41), salvo os direitos de não ser torturado e escravizado, que se revelam absolutos, todos os demais direitos fundamentais são relativos, “no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente”.

menos em seu acesso. Assim como, o direito de se defender contra alguma acusação somente se perfectibiliza a partir do momento em que houver a fixação de um procedimento prévio pelo ente estatal de como se processará essa defesa. Note-se, portanto, que o Estado, à luz de seu dever de proteção dos direitos fundamentais, incluindo-se os direitos de defesa clássicos, deve se organizar institucionalmente e elaborar procedimentos democráticos para que a sua função seja cumprida da forma mais eficiente possível.

Nesse ponto, ressalta-se uma dimensão organizatória e procedimental que vise uma participação popular efetiva no processo político-decisório (SARLET, 2015, p. 201-205). Pois, num Estado Democrático de Direito todos os seus mecanismos devem ser construídos e orientados nesse sentido. É cediço reconhecer que o respeito ao direito fundamental à democracia é pressuposto inarredável para uma concretização dos direitos fundamentais que seja coerente com os interesses e necessidades mais prementes da população.

Diante disso, Almeida (2014, p. 139) assevera que o reconhecimento dos direitos fundamentais como uma ordem de valores o fez incorporar funções, que pela sua pujança, causaram uma profunda reestruturação da própria Constituição, das competências e atribuições dos poderes públicos do Estado democrático. Num primeiro momento, essa dimensão assume o papel de delimitar objetivamente as competências dos poderes estatais, ora retirando-lhes parcela de sua competência para atuar nos âmbitos da vida protegidos pelas normas de direitos fundamentais, ora impondo-lhes obrigações para intervirem nessas esferas como condição necessária à proteção da dignidade das pessoas e à promoção de uma igualdade substancial.

Por conta disso, e sem olvidar, é claro, a autonomia e a independência das funções da dimensão objetiva dentro do ordenamento jurídico estatal, mostra-se imperioso ressaltar que o seu reconhecimento significou um reforço expressivo à própria perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, que é, aliás, a dimensão que, em última instância, interessa aos seus titulares (SARLET, 2015, p. 150-159). Pois, o compromisso do poder público no âmbito do Estado Democrático de Direito transpassa ao mero respeito pelos seus agentes aos direitos de defesa, assim como o era no modelo liberal.

Segundo Facchin Neto (2003, p. 67;77), ao lado dessa função clássica, a dimensão objetiva impôs deveres de adequação institucional e procedimental ao Estado, assim como obrigações de cunho prestacionais e de proteção aos respectivos poderes constituídos, determinando-lhes a realização satisfatória dos direitos fundamentais, sem excessos e nem déficit, nos limites de suas competências estabelecidas na Constituição. Assim sendo, nenhuma outra finalidade estatal pode se sobrepor ao respeito integral pelo ser humano. Dessa

forma, os seus poderes deverão tomar todas as medidas necessárias, adequadas e proporcionais rumo à perseguição incessante desse objetivo, seja o protegendo em face de ações praticadas pelos seus próprios agentes, seja o tutelando frente a comportamento de particulares.

Diante disso, reconhece-se um movimento de ampliação significativa dos direitos fundamentais exigíveis em juízo, e, portanto, de sua dimensão subjetiva, pois essa não mais se esgota nos direitos de defesa oponíveis tão somente em face do Estado. Apesar disso, é imperioso ressaltar que a dimensão objetiva, embora pressuposta da perspectiva subjetiva dos direitos, nessa não se exaure. Suas funções, conforme se ressaltou acima, extrapolam essa perspectiva, impondo-se uma mais-valia aos direitos fundamentais em relação às demais normas contidas na Constituição do Estado (SARLET, 2015, p. 150). Ou seja, se, é verdade que todo o direito subjetivo fundamental do cidadão tem como antecedente necessário a presença de sua dimensão objetiva, o inverso não se perfaz obrigatório.

E, conforme já antecipado, toda essa construção teórica principiada na Alemanha na década de 1950 acabou se espalhando, mais tarde, para outros Estados, especialmente, para Portugal, Espanha e Brasil. Portanto, na linha propugnada pela Constituição alemã, de 1949, o Legislador Constituinte português reconheceu, no artigo 18, I, de sua Lei Fundamental, de 1976, que os direitos, liberdades e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis não só às entidades públicas, mas também às entidades privadas (PORTUGAL, 1976).

Note-se que esse postulado foi além do que havia sido estabelecido na Lei Fundamental alemã, pois o seu texto expressamente estendeu aos particulares a vinculação aos direitos fundamentais. Nesses termos, assim como o fez o Direito alemão, a Constituição portuguesa reconheceu que os direitos fundamentais nela consagrados se constituem numa ordem objetiva de valores que permeiam todo o sistema jurídico e que, por isso, impõem um dever de proteção aos órgãos estatais.

Nessa perspectiva, Andrade (2010, p. 247) realça que para além do seu dever de respeito aos direitos fundamentais, abstendo-se de os violarem, e de criarem todas as condições necessárias para a sua concretização, os poderes constituídos teriam ainda o dever de os protegerem suficientemente diante de ameaças de seus próprios agentes ou de particulares. Reconhece-se, assim, que essa cláusula da aplicabilidade direta passa a determinar que as funções dos órgãos legislativo, administrativo e jurisdicional do Estado sejam exercidas dentro dos limites preconizados pelas normas de direitos fundamentais, respeitando-os e, mais do que isso, protegendo-os contra violações de quem quer que seja.

E, com uma redação similar à norma correspondente da Lei Fundamental alemã, o Legislador Constituinte Espanhol fez constar no artigo 53.1, da Carta Constitucional de 1978, que os direitos e liberdades reconhecidos no seu Capítulo II vinculam a todos os poderes do Estado (ESPANHA, 1978). Assim, lastreando-se no que já havia sido desenvolvido no direito alemão, a doutrina e a jurisprudência espanholas passam a entender que os direitos fundamentais expressos em sua Constituição também compreenderiam uma ordem objetiva de valores “*por lo que tiendem a expandirse, a penetrar y rellenar impetuosamente todos los intersticios del ordenamento*”<sup>13</sup> (UBILLOS, 2010, p. 268).

Enfim, a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais por essas Constituições nacionais houve uma expressiva e impactante amplificação das suas funções na órbita do Estado Democrático de Direito, especialmente no que toca à sua força irradiante sobre a totalidade da ordem jurídica e do dever de proteção que se impôs aos poderes estatais. Em razão disso, assiste-se a uma reconfiguração substancial das relações do direito constitucional com o direito privado decorrente do efeito controlador e direto dos direitos fundamentais, não só sobre a relação dos cidadãos com o Estado, mas também da relação dos cidadãos uns com os outros (ERICHSEN, 2014, p. 25).

Segundo Mendes (2014, p. 36), como princípios objetivos, os direitos fundamentais legitimam a ideia de que o Estado não apenas está obrigado a observá-los em face das investidas do Poder Público, enquanto direito de proteção ou de defesa, mas também a garanti-los contra agressões praticadas por terceiros em suas relações interpessoais. Nesse sentido, aduz Sarmento (2006, p. 106-107) que sua proteção deixa de ser um problema reservado tão somente ao Estado, para abranger também a sociedade como um todo, sobretudo porque seus valores passam a ser opostos também em face dos atores privados detentores de poderes sociais difusamente presente na sociedade atual, limitando-lhes, com isso, a sua autonomia.

Ora, diante da integridade da pessoa humana e da unidade da Constituição não se revela razoável pretender confrontar os direitos e garantias fundamentais somente ao Estado contra os abusos perpetrados pelos seus agentes (BELMONTE, 2013, p. 28). De igual maneira, esses direitos devem servir de escudos protetivos também em face de atos abusivos provenientes dos entes privados em suas relações intersubjetivas. Quer dizer, na medida em que eles norteiam e limitam as ações do poder público, igualmente devem fazê-lo em relação a todos

---

<sup>13</sup> Tradução livre: “Assim tendem a se expandir, para penetrar e impetuosamente preencher todos os interstícios do ordenamento”.

os particulares que se submetem à Constituição e, portanto, ao ordenamento jurídico do Estado.

O abuso, independentemente de sua fonte, se da esfera pública ou privada, deve encontrar nos direitos e garantias fundamentais um muro de contenção e de neutralização de suas consequências, na medida em que tais direitos passaram a significar o substrato fundamente da comunidade estatal. Ora, se os direitos fundamentais irradiam seus efeitos sobre todo o Direito do Estado, sem deixar lacunas ou brechas, não se pode imaginar que determinadas ações e comportamentos perpetrados nos seus domínios se conservem imunes à sua irradiação e proteção.

Nesse passo, torna-se mais tênue, ou, até mesmo inexistente, a tradicional dicotomia defendida outrora entre os campos do direito público e privado. Agora, todo o ordenamento jurídico estatal se agrega em torno de um centro comum e irradiador de efeitos: a Constituição e, em especial, os direitos fundamentais (NETO, 2010, p. 45). Em decorrência, há uma inversão de primazia entre o direito público e o privado, pois, a autonomia de vontade, que se manifestava incensurável no Estado liberal, transforma-se, sob a égide do Estado Democrático de Direito, num espaço juridicamente vinculado aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

O cidadão, agora, ao exercer a sua liberdade em face de outrem, deverá fazê-lo em respeito ao conjunto de valores da comunidade proclamado na Constituição. Nesse sentido, a liberdade passa a ser compreendida como um terreno concedido pelo Estado ao cidadão, mas condicionada pela Constituição, que a conformará para que o Estado e a sociedade possam perseguir com êxito seus objetivos (ERICHSEN, 2014, p. 24). Essa liberdade, portanto, diversamente daquela assegurada pelo Estado Liberal, será juridicamente outorgada e limitada pela Lei Fundamental. Não se trata mais de um direito alheio à Constituição e parcialmente livre do Estado, mas sim, de um direito que se insere nessas ordens harmoniosamente com os demais valores fundamentais eleitos pela sociedade, e que merecem, como tais, a mesma ênfase de proteção.

Com isso, o espaço que antes era ocupado primordialmente pela codificação de direito privado, cuja essencialidade era a proteção da liberdade e da propriedade em suas formas quase que absolutas, “passa a ser ocupado por uma Constituição intensamente invasora, que impregna e condiciona a legislação, a jurisprudência, os operadores do direito em geral e também os mais diversos atores políticos” (ROSSI, 2012, p. 150). Assim, mais do que uma norma de unificação formal, a Constituição se converte no centro de coesão substancial do direito privado. Logo, reconhece-se que, a um só tempo, os direitos fundamentais

condicionam o exercício das competências legislativa, executiva e jurisdicional, e as ações e comportamentos das pessoas entre si.

Tem-se, assim, “uma ‘mudança de efeitos’ (*Wechselwirkung*) na relação entre direitos e legislação, pois, dado o seu caráter impositivo, aqueles passam a ter predomínio sobre esta última” (LEAL, 2007, p. 66). Enfim, segundo Sarmento (2006, p. 123), “a dimensão objetiva constitui corolário necessário de uma visão não individualista dos direitos fundamentais, centrada não no homem abstrato e impalpável do Estado Liberal, mas na pessoa humana concreta e situada”.

Desse modo, todas as normas regentes das relações de direito civil passam a se submeter necessariamente a uma releitura interpretativa de cunho constitucional, em especial, em face de seu conteúdo consagrador de direitos fundamentais. Daí porque, falar-se no fenômeno da constitucionalização do direito privado e, por consequência, no instituto da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cujo estudo será aprofundado nos capítulos seguintes, tendo-se como limite espacial e temporal o direito brasileiro, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

### **3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Diante do cenário de proteção e promoção dos direitos humanos iniciado em meados do século XX, na Alemanha, fortemente influenciado pelo Direito Internacional à época, insta que se investigue em que medida este movimento de proteção influenciou o direito pátrio a partir da redemocratização do Estado brasileiro no final da década de 1980 quando da promulgação de sua atual Constituição Federal. Este estudo se revela oportuno porque os temas da irradiação dos direitos fundamentais na ordem jurídica estatal e do dever de proteção ao poder público, ambos decorrentes do reconhecimento desses direitos como uma ordem objetiva de valores pelo Estado, revestem-se da maior importância nos dias atuais<sup>14</sup>.

#### **3.1 A Centralidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**

A partir de uma leitura da Constituição Federal de 1988, põe-se em evidência, na esteira propugnada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelos ordenamentos jurídicos de países que conquistaram as suas democracias em momentos anteriores à brasileira, como, a Alemanha, Portugal e Espanha, a preocupação que a sociedade pátria, representada, na ocasião, pela Assembleia Nacional Constituinte, envidou em torno da proteção do ser humano na sua integralidade. Segundo Sarmiento (2006, p. 121), as Constituições desses Estados representam um marco na superação de regimes estatais opressores, pois são “timbradas pela preocupação com a promoção de valores humanitários de dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade e justiça, que não podem ser desconsiderados no momento de sua interpretação e aplicação”.

Forçoso rememorar que a atual Carta Magna do Brasil, após um expressivo período de governos totalitários, inaugurou um Estado Democrático de Direito e revelou os princípios humanitários mais caros e às duras penas conquistados pelo povo brasileiro, despertando-se as esperanças para o alvorecer de uma nova era de liberdade, igualdade e de justiça social. Numa ligeira pesquisa realizada, desde a Constituição do Império, percebe-se que os direitos fundamentais, além de terem recebido um tratamento mais acanhado, eram somente mencionados após a organização dos poderes, dos órgãos e da distribuição de suas competências, denotando-se, com isso, numa evidente falta de prioridade em sua proteção pelo Estado (SILVA, 2010, p. 74-87). A título de exemplo, observa-se que esses direitos

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, Canotilho (2004, p. 192) afirma que, “hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada dos contratos”.

somente foram dispostos no Título VIII da Constituição imperial de 1824, especificamente nos trinta e cinco incisos do seu artigo 179 (BRASIL, 1824), e na Seção II da Constituição Republicana, de 1891 (BRASIL, 1891).

De uma leitura dessas Cartas constitucionais, infere-se que ambas se restringiram a basicamente referendar os direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade, sob a lógica de um modelo de Estado Liberal. E, inobstante o avanço significativo no reconhecimento de direitos sociais pela Constituição de 1934, em particular os de cunho trabalhistas contidos no seu Título IV (BRASIL, 1934), a sua concretização se mostrou bastante acanhada. Isso porque, a grande parte desses novos direitos relacionado à ordem econômica e social recebeu assento em normas constitucionais programáticas, que, à época, não se revestiam de juridicidade, nos moldes em que se concebe hoje. Aliás, não se deve olvidar que naquele momento vigorava a primazia da lei sobre a Constituição e os direitos nela expressos. Por consequência, a sua realização à sociedade ficava ao livre critério do legislador ordinário.

Adiante, observa-se que o processo de desconsideração dos direitos fundamentais foi largamente agravado pelos períodos de exceção que marcaram a história do Brasil ao longo do século XX. Note-se que a Ditadura Vargas, de 1937 até 1945, e o Golpe Militar, de 1964 a 1985, somaram um período correspondente a mais de um terço de século, ao longo do qual o direito do Estado, como entidade política, sobrepujava a qualquer outro ente, inclusive a de seus cidadãos. Nesse cenário, qualquer reivindicação por direitos, por mais justa que a fosse, em regra, era encarada como uma ameaça ao sistema.

Assim, a pretexto de se proteger um regime que não representava os verdadeiros valores de seu povo, inúmeras pessoas foram sumariamente presas e, muitas delas, até hoje não retornaram para as suas casas. Enfim, foram pessoas que, ao clamarem por liberdade e igualdade, transformaram-se em números que hoje engrossam o grupo dos chamados presos políticos secretamente desaparecidos durante o período militar. Como exemplo eloquente dessa trágica realidade, ainda presente na consciência nacional, cita-se o caso Gomes Lund, julgado em 24 de novembro de 2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 2010). Naquela oportunidade, este Tribunal reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de setenta pessoas integrantes da guerrilha do Araguaia, ocorrida entre 1972 e 1975 (GORCZEVSKI, 2015, p. 70).

Diante disso, e com vistas à superação do regime autoritário imperante no Brasil, assim como o fez a Itália, em 1947, a Alemanha, em 1949, Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978,

o Legislador Constituinte pátrio não mediu esforços para consagrar em relevo no texto constitucional de 1988 um extenso rol de direitos fundamentais logo nos seus primeiros dispositivos. Nessa perspectiva, então, outorgou-se a esses direitos um regime jurídico próprio e reforçado em relação às demais normas contidas na Constituição, com vistas a lhes garantir efetividade social, independentemente da boa vontade ou não do legislador (SARLET, 2015, p. 67).

Isso porque, os construtores da atual Carta Política brasileira estavam cientes de que sem um reconhecimento destacado e prioritário desses direitos, o Estado Democrático que se inaugurava naquele momento não subsistiria, na medida em que os seus fundamentos e objetivos estampados, respectivamente, nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, em especial, o da dignidade da pessoa humana e o que impunha a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988), não se converteriam em expressões concretas e tangíveis à população. Ao revés, restariam confinadas à condição de normas meramente retóricas e de eficácia completamente esvaziada.

Daí porque, o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana em relevo na Constituição Federal de 1988, pois se pretendia de uma vez por todas a suplantação do autoritarismo imposto pelo regime militar. Na verdade, queria-se deixar claro naquele momento histórico que a pessoa humana é quem deveria ter primazia sobre o Estado, e não o contrário. De tal modo que “a consagração desse princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais” (SARMENTO, 2006, p. 87).

Assim, o legislador constituinte não titubeou e o elevou a condição de elemento fundante e nevrálgico da novel ordem jurídica brasileira. Ou seja, a dignidade da pessoa humana conferiu identidade ao conteúdo da Constituição e unificação e coerência ao direito nacional, impondo ao poder público não só um dever de abstenção, mas também de ações positivas tendentes a sua proteção plena e integral em todas as esferas do direito e das relações humanas. Justamente por isso, que a dignidade humana é considerada um princípio supremo, cuja força normativa de irradiação permeia todo o direito, independentemente de seu ramo, deixando-o sem brechas ou lacunas (REIS, 2007, p. 2035-2037).

De tal modo que nada mais pode escapar à sua incidência, nem mesmo às ações e os comportamentos dos particulares em suas interações subjetivas. Entende-se, portanto, que esse princípio se expande por toda a ordem constitucional e legal, tornando-se parâmetro valorativo e normativo para a interpretação e a aplicação dos demais princípios

constitucionais, dos direitos fundamentais e de todas as normas jurídicas integrantes do ordenamento estatal, inclusive as de direito privado.

Nesses termos, a legitimidade do poder e do próprio direito como um todo resta condicionada ao respeito e a proteção que oferecem à dignidade das pessoas em seu âmbito de aplicação. Pois, agora, o ser humano passa a ser concebido como o fim último e supremo do Estado, e não mais como um meio à sua disposição, como o era até então. No entanto, é preciso lembrar que a dignidade, por si só, não se sustenta ou se perfaz concretamente aos seus titulares. A sua materialização social será diretamente proporcional ao acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais. De modo que, quanto mais o Estado favorecê-lo, mais dignos serão os membros da sociedade.

Assim, na contramão das Constituições que a antecederam, a atual Carta Política os reservou, como forma de priorizá-los em relação às demais matérias constitucionais, uma posição de destaque no seu texto, pois ao se abrir a novel Carta Constitucional, depara-se, já no seu Título II, epigrafado “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”, com uma extensa lista de direitos vocacionados à proteção da dignidade da pessoa humana. Portanto, deve-se destacar que a posição topográfica dos direitos fundamentais no texto constitucional vigente demonstra claramente a intenção do legislador constituinte em lhes atribuir às funções de valores superiores de toda a ordem constitucional, jurídica e de parâmetro hermenêutico das decisões dos poderes públicos estatais (SARLET, 2015, p. 67).

Conforme alude o Título II da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais se distribuem em cinco capítulos, intitulados, respectivamente, “dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “dos Direitos Sociais”, “da Nacionalidade”; “dos Direitos Políticos” e, por fim, “dos Partidos Políticos”. Em síntese, o capítulo I incumbiu-se de retratar os direitos de primeira dimensão, que compreendem os clássicos direitos de liberdade e de igualdade, cuja origem remonta as Declarações Liberais do século XVIII.

Como exemplos expressos no artigo 5º, destacam-se os direitos à vida, à igualdade, à legalidade, à liberdade, em suas mais variadas facetas, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, à inviolabilidade do domicílio e das comunicações em geral, e à propriedade. Sua função preponderante é a de defender a esfera privada do cidadão em face das ingerências externas<sup>15</sup>, seja do ente público ou de entidades privadas. Nesse sentido, SILVA (2010, p. 196) pontua que estes direitos impõem um dever objetivo ou uma competência negativa de

---

<sup>15</sup> Note-se que há direitos previstos no artigo 5º, da Constituição Federal, com função eminentemente a prestação, como são os casos dos direitos de acesso à justiça e à assistência jurídica integral e gratuita, contemplados, respectivamente, nos seus incisos XXXV e LXXIV.

não interferência na esfera individual das pessoas, assegurando, por conseguinte, um direito subjetivo aos seus titulares de exigir dos destinatários da norma a sua omissão.

Na sequência, no seu capítulo II, que compreendem o artigo 6º ao artigo 11, o legislador constituinte tratou dos direitos sociais, trazidos à tona pelo constitucionalismo do início do século XX, e revigorados substancialmente pelas Constituições e pelos diversos Tratados Internacionais de Direito Humanos elaborados após a Segunda Guerra Mundial. Dentre os direitos previstos nesses dispositivos, destacam-se os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, à segurança e à previdência social.

Esses direitos têm como função preponderante a prestação material aos particulares por meio de ações estatais, visando à realização de uma igualdade substancial. No entanto, é preciso deixar claro que nem todos os direitos epígrafados como sociais se manifestam como direitos a prestações. A grande maioria dos direitos trabalhistas, contidos nos artigos 7º a 11, da Constituição Federal, inobstante a sua introdução no capítulo referente aos direitos sociais, apresenta-se como direitos eminentemente de defesa do trabalhador em face das ingerências do Estado e de entidades privadas. Portanto, constituem-se em concretizações autênticas de direitos de liberdade e de igualdade ou de não discriminação injustificada dos trabalhadores nas relações laborais (SARLET, 2015, p. 180).

É de se recordar que esses direitos, nos moldes preconizados pela Declaração Universal de 1948, e pelos tratados que a sucederam, como o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966) e o Protocolo de São Salvador (OEA, 1988), passaram a integrar, juntamente com os direitos civis e políticos, os conceitos de cidadania e dignidade da pessoa humana. Isso porque, esses documentos reconheceram com propriedade que sem esses valores a liberdade e a igualdade, de fato, não subsistiam.

Assim, como direitos indivisíveis e complementares em relação aos demais direitos fundamentais, a sua finalidade precípua consiste em tornar tangíveis os objetivos do Estado brasileiro estampados no artigo 3º, da Constituição Federal de 1988, dentre eles, à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Conforme lembra Silva (2010, p. 286-287), os direitos sociais são pressupostos para o gozo dos direitos individuais. São eles que proporcionam as condições necessárias para o pleno exercício das liberdades por todos os membros da sociedade, trazendo independência às vontades das pessoas mais vulneráveis das relações jurídicas que se estabelecem no âmbito privado.

Portanto, a melhoria progressiva das condições de vida dos mais fracos determinará com o passar do tempo a equalização das situações sociais desiguais, ainda fortemente imperante na sociedade brasileira. É de se ressaltar que historicamente o poder público

nacional relegou a um plano secundário o reconhecimento e a concretização dos direitos sociais tão necessários à realização de uma igualdade substancial. Isso não quer dizer que se está aqui a defender o abandono da igualdade formal em prol de uma igualdade eminentemente material.

Pelo contrário, entende-se que a regra que deve perdurar é a de que todos são iguais perante a lei, salvo quando uma desigualdade fática justificar uma discriminação jurídica como forma necessária para compensá-la em atenção à promoção da dignidade da pessoa humana e à construção de uma sociedade livre e fraterna (REIS, 2007, p. 2041-2042). Nesse sentido, o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, além de outros dispositivos que decorrem dele e que tratam de matérias específicas<sup>16</sup>, veda expressamente quaisquer tipos de discriminações gratuitas às pessoas, seja por parte do legislador, do intérprete da lei ou dos particulares em suas relações intersubjetivas.

Quer dizer, sem uma motivação racional e razoável, ninguém poderá ser discriminado por motivo de gênero, raça, religião, nacionalidade, posição social, opinião política, opção sexual, ou por qualquer outra condição que se revele desarrazoada. Não se admite, portanto, que o parâmetro utilizado como justificativa para diferenciar as pessoas seja arbitrário ou desprovido de um mínimo senso de razoabilidade, seja por parte do poder público ou dos particulares. Não por outra razão, referem Paulo e Alexandrino (2011, p. 121) que o princípio da igualdade foi posto como base fundante da república e da democracia brasileiras, assim como o são os princípios da cidadania e da democracia, expressos no artigo 1º, I e III, da Constituição Federal.

Aliás, para Reis (2007, p. 2038-2043), os princípios da igualdade, formal e substancial, juntamente com o da solidariedade, constituem-se nos direitos máximos de concretização da dignidade da pessoa humana no âmbito da sociedade brasileira. Nessa medida, os poderes públicos assumem a tarefa de instrumentalizá-los da forma mais eficiente possível rumo à equalização social e à construção de uma sociedade verdadeiramente digna para se viver, dentro da qual os direitos possam ser efetivamente usufruídos por todos os seus membros, e não por apenas uma minoria que ao longo da história se apossou do poder econômico e político do país, em detrimento das esperanças e das vontades da maioria de sua população.

Diante disso, não restam dúvidas de que o Estado brasileiro inaugurado pela Constituição de 1988 também se constitui num Estado Social de Direito, apesar do Legislador

---

<sup>16</sup> Apresentam-se, como exemplos, a proibição ao racismo, no artigo 5º, XLII, a vedação a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, no artigo 7º, XXX, e a proibição de qualquer discriminação em relação ao salário e aos critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, no artigo 7º, XXXI (BRASIL, 1988).

Constituinte não lhe ter atribuído expressamente essa condição, assim como o fez em relação ao seu caráter democrático, consignado no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (SARLET, 2015, p. 63). Nessa medida, então, suplanta-se em definitivo a ideia até então prevalente, por resquício de uma concepção liberal de Estado, fortemente arraigada no Código Civil de 1916, vigente à época, de que a igualdade a ser preservada pelo Estado se esgotaria numa igualdade meramente formal.

E, por fim, o Legislador Constituinte não poderia deixar de reconhecer os direitos relacionados ao exercício da nacionalidade e da cidadania no referido catálogo de direitos fundamentais (SILVA, 2010, p. 318-379). Assim, no seu Capítulo III, contemplaram-se os direitos à Nacionalidade<sup>17</sup>, que, em síntese, estabelecem os critérios de como a pessoa se vincula jurídica e politicamente ao Estado brasileiro, permitindo-lhe fazer parte de seu elemento humano. Já, no seu Capítulo IV, incorporaram-se os direitos políticos<sup>18</sup>, que, em resumo, regulamentam a forma como os cidadãos poderão participar, passiva e ativamente, nos rumos políticos do país. E, por derradeiro, no seu Capítulo V, definiu-se que os partidos políticos<sup>19</sup> são instrumentos indispensáveis para que as pessoas possam concorrer passivamente na vida política do País, na condição de representantes das demais.

E, para reforçar a ideia de que os direitos fundamentais ocupam uma posição central na Carta constitucional vigente, o seu artigo 5º, § 2º determina que o rol de direitos contemplado no seu Título II é apenas exemplificativo (BRASIL, 1988). Ou seja, essa lista de direitos, inobstante ampla e diversificada, mantém-se permanentemente aberta à incorporação de outros direitos igualmente fundamentais contidos ao longo do texto constitucional ou em tratados internacionais que versam sobre o tema, dos quais o Brasil seja parte.

Reconhece-se, assim, que a Constituição Federal adotou um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 79-85). Deve-se ressaltar, no entanto, que, inobstante a norma em comento estar disposta no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, a sua finalidade deve prevalecer para abranger todos os demais direitos fundamentais contidos, expressa ou implicitamente, na Constituição ou em Tratados Internacionais, que, pela sua substância e relevância, merecem a qualificação de autênticos direitos fundamentais.

Em relação aos direitos contemplados na Constituição, mas fora do referido rol, duas situações se apresentam: Ou o direito está formalmente declarado no texto constitucional, ou

---

<sup>17</sup> Arts. 12 e 13 da CRFB/1988.

<sup>18</sup> Art. 14 a 16 da CRFB/1988.

<sup>19</sup> Art. 17 da CRFB/1988.

o direito decorre do regime e dos princípios adotados na Constituição. No primeiro caso, pode-se citar, por exemplo, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consignado como um direito fundamental difuso no seu artigo 225, e os direitos também difusos à autodeterminação dos povos e à paz, consagrados no seu artigo 4º. De igual maneira, o princípio da anterioridade tributária, com assento no artigo 150, III, “b”, da Constituição Federal. Pois, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF, esse princípio se constitui numa autêntica garantia fundamental do contribuinte (BRASIL, 1994).

Já, os direitos fundamentais “decorrentes do regime e dos princípios” são direitos não escritos expressamente no texto constitucional pelo legislador constituinte, porém, passíveis de dedução dos princípios fundamentais constantes no Título I, do artigo 1º ao artigo 4º, da Constituição Federal, seja pela via interpretativa do legislador ou do poder judiciário. Aliás, convém ponderar que todos os direitos fundamentais guardam uma vinculação estreita com esses princípios, especialmente, com o da dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2014, p. 66-67).

Para Mendes e Branco (2015, p. 140), “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”, limitando o poder e prevenindo o arbítrio e a injustiça. Quer dizer, os direitos se revelam como expressões e concretizações das exigências da dignidade que se apresentam em cada contexto vivenciado pelas pessoas.

E, no que tange aos direitos humanos expressos nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, a doutrina majoritária especializada, capitaneada por Piovesan (2016, p. 121-159), defende a tese da hierarquia constitucional material de todo e qualquer direito neles contemplados, independentemente do *quórum* de aprovação adotado pelo legislador no processo de internalização, se de emenda constitucional ou maioria simples. Esse entendimento se lastreia no artigo 5º, §2, da Constituição Federal e de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta Constitucional, especialmente em razão da prioridade que o direito pátrio atribuiu aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, contrariando esse entendimento, defende que somente os tratados internacionais de direitos humanos que forem incorporados de acordo com o rito especial contido no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, é que possuem *status* de norma formal e materialmente constitucional. Os demais tratados que tiverem a sua internalização pelo rito comum terão hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, conforme

ficou decidido no RE nº 466.343/SP (BRASIL, 2009). Assim sendo, esses direitos não servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade e não integram o regime jurídico próprio atribuído aos direitos fundamentais.

Nesses termos, até agora somente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007, é que possuem hierarquia constitucional, eis que a sua incorporação, por meio do Decreto Legislativo nº 186, se deu de acordo com o rito estabelecido no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 2008). Todos os demais tratados sobre direitos humanos incorporados pelo Brasil, por não terem respeitado o *quórum* de aprovação qualificado contido na referida norma, possuem *status* supralegal, mas infraconstitucional, como são exemplos os Pactos sobre Direitos Cívicos e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969.

Ao que parece, essa decisão do Pretório Excelso vem de encontro à intenção do Legislador Constituinte que era a de alargar maximamente o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais regentes da nova ordem jurídica pátria inaugurada com a Constituição Federal de 1988 em prol de uma promoção qualificada da dignidade da pessoa humana. Esse argumento fica ainda mais claro e robusto quando se reconhece o esforço do Legislador Constituinte em se tutelar essa extensa lista multifuncional de direitos contra as erosões provocadas pelas vontades circunstanciais dos poderes constituídos do Estado. A um só tempo, esses direitos foram elevados à condição de *cláusulas pétreas* e revestidos de aplicabilidade imediata, conforme se depreendem, respectivamente, dos artigos 60, §4, IV, e 5º, § 1º, ambos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Diz-se, portanto, que a atual Carta Política brasileira consagrou uma força jurídica própria e reforçada aos direitos fundamentais ao elegê-los como limites materiais para a reforma constitucional e aplicabilidade direta (SARLET, 2015, p. 440). Apesar de não haver um consenso na doutrina sobre o alcance da norma contida no artigo 60 §4, IV, da Lei Fundamental pátria, cujo texto expresso se refere tão somente aos “direitos e garantias individuais”, o entendimento que prevalece, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, é que a referida *cláusula pétrea* deve abranger todos os direitos materialmente fundamentais, incluindo-se, portanto, os situados fora do catálogo do Título II, do texto constitucional, nos termos em que aqui já foi estudado (MENDES; BRANCO, 2015, p. 129).

A razão de ser dessa norma não é outra senão a proteção do núcleo essencial que identifica a Constituição, que é a dignidade da pessoa humana. E, conforme se verificou ao

longo deste trabalho, no Estado Social e Democrático de Direito, como se constituiu o atual Estado brasileiro, somente o respeito e a promoção aos direitos individuais, contidos especialmente no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, não se revela suficiente para assegurar a sua proteção, sobretudo num país que tradicionalmente foi e continua sendo marcado por desigualdades sociais e econômicas, onde as relações travadas entre os particulares são norteadas pelos interesses dos mais fortes, em detrimento dos direitos dos vulneráveis. Nesse contexto, ao revés, a tutela restritiva de direitos será fator de aprofundamento dessas desigualdades e impulso decisivo para violações ainda mais graves à dignidade humana, como ocorreu no período do Estado Liberal.

Ante esse novo panorama constitucional inaugurado em 1988, marcado pela centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica nacional, em especial, evidenciada pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência pátrias principiaram um debate a fim de delimitar a natureza dessa norma no âmbito do Direito brasileiro. Precisamente, se o Legislador Constituinte, ao consignar um dispositivo semelhante ao contido nas Leis Fundamentais de outros Estados<sup>20</sup>, como Alemanha, Portugal e Espanha, pretendeu, a exemplo da construção teórica e jurisprudencial desses países, reconhecer, nos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores da comunidade com capacidade para se irradiar sobre todo o ordenamento jurídico e imprimir um dever de proteção ao Estado em face do poder público e dos próprios particulares em suas relações intersubjetivas.

Desse modo, o estudo a seguir concentra-se em examinar o significado dessa norma para a doutrina pátria, trazendo-se à colação, para uma melhor compreensão do tema, o entendimento já estabelecido a seu respeito no direito comparado, especialmente no direito alemão, dos quais o constitucionalismo pátrio descende. No entanto, antes de se adentrar especificamente na análise da norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que trata especificadamente sobre a eficácia e a aplicabilidade das normas de direitos fundamentais, faz-se necessário estudar como se manifestam a eficácia das normas constitucionais em geral, já que aquelas são espécies destas.

---

<sup>20</sup> O art. 18/1 da Lei Fundamental Portuguesa expressamente vinculou as entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais. Já, a Alemã, no seu Art. 1º, III, e a Espanhola, no seu Art. 53. 1, proclamaram a vinculação de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais, omitindo, no entanto, as entidades privadas (SARLET, 2015, p. 383).

### **3.2 A incorporação do princípio do dever de proteção aos direitos fundamentais pelo artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988.**

Observa-se, portanto, que a atual Carta Política trouxe avanços sem precedentes no campo relativo ao reconhecimento e à proteção dos direitos fundamentais no Brasil. Na esteira do Direito Internacional de Direitos Humanos, o texto constitucional pátrio incorporou todas as dimensões de direitos num catálogo materialmente aberto às novas necessidades que viessem a aflorar no seio da sociedade em razão de seu desenvolvimento. Conforme se verificou, além de uma série de direitos de liberdade e igualdade, o Legislador Constituinte reconheceu alguns interesses difusos, como, por exemplo, os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos e à paz.

Porém, o traço marcante e mais expressivo desse processo de reconhecimento de direitos foi a introdução do artigo 5º, §1º, na Constituição Federal (SARLET, 2015, p. 67). De acordo com esse dispositivo, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”, impondo-se, em tese, o afastamento de qualquer argumento que vise lhes atribuir natureza meramente programática. Ao lhe revestir de aplicabilidade imediata, a Constituição os dotou de plena capacidade para gerar efeitos jurídicos.

Essa inovadora aplicabilidade outorgada a esses direitos, sem dúvida, os coloca numa posição privilegiada de concretização em relação às demais normas constitucionais, que, como tais, é bom que se diga, também são dotadas de força normativa, porém não com o mesmo grau e intensidade que se atribui, nos termos desse comando legal, aos direitos fundamentais. Conforme já se pôde observar ao longo deste trabalho, não existem normas constitucionais destituídas de normatividade no âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo.

Todas as prescrições das Constituições democráticas elaboradas a partir da Segunda Guerra Mundial possuem eficácia perante a ordem jurídica do Estado. Porém, nem todas as normas constitucionais são dotadas do mesmo grau de eficácia e aplicabilidade. Com base nisso, então, a doutrina passa a classificar essas normas em três espécies, a depender da intensidade de seus efeitos perante a ordem jurídica: normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada (SILVA, 2015, p. 81-163).

As normas de eficácia plena são aquelas que o Legislador Constituinte, desde já, atribuiu todos os requisitos e elementos essenciais e necessários para a sua aplicabilidade direta e imediata sobre os interesses, os comportamentos, de ordem negativa ou positiva, e as situações que normativamente quis regular. No dizer clássico, segundo assevera Silva (2015,

p. 100), essas normas são autoaplicáveis, dispensando-se, para tanto, qualquer intermediação complementar por parte do legislador ou do administrador. Como exemplos, mencionam-se o artigo 5º, XLVII, que proíbe a pena de morte em tempo de paz, e o artigo 15, *caput*, cuja redação proscreve de forma peremptória a cassação de direitos políticos no país.

Já as normas de eficácia contida são normas originariamente de eficácia plena. A diferença é que o legislador constituinte expressamente fixou no seu texto a possibilidade de o poder público vir a restringir essa eficácia, sempre, é claro, nos limites de seu poder discricionário atribuído pela própria norma, considerando-se, sobretudo, a sua natureza e finalidade. Segundo Paulo e Alexandrino (2011, p. 61), essa limitação poderá decorrer de lei, como é o caso do artigo 5º, incisos VIII e XIII, de outras disposições constitucionais, conforme os artigos 136 a 141, ou por conta de conceitos gerais indeterminados apostos na própria norma, como o são a “ordem pública”, a “segurança nacional ou pública”, os “bons costumes”, a “necessidade ou utilidade pública” e o “perigo público”, citando-se, como exemplo, o direito de propriedade consignado no artigo 5º, XXII, que está sujeito às limitações estabelecidas nos incisos XXIV e XXV.

No entanto, é preciso ressaltar que a possibilidade de se restringir direitos fundamentais não está atrelada a natureza da norma que o abriga. Todo direito da pessoa humana, inscrito ou não numa norma de eficácia contida, estará propenso a graus variados de limitações diante de colisões com outros direitos igualmente fundamentais nos casos concretos. Pois, conforme as lições de Bobbio (2004, p. 41), salvo os direitos de não ser torturado e escravizado, todos os demais direitos estão sujeitos a relativizações em face da necessidade de se tutelar também outro direito de mesma hierarquia, porém concorrente.

Diferentemente, porém, apresentam-se as normas de eficácia limitada, já que estas não têm condições de, por si só, produzirem seus efeitos essenciais, como o fazem as outras categorias normativas já analisadas. A plenitude de sua eficácia pressupõe uma intermediação complementar dos poderes constituídos do Estado (MENDES; BRANCO, 2015, p. 155). Nesse caso, o legislador constituinte outorga aos representantes do povo ou aos próprios administradores a tarefa de complementá-la normativamente, à luz das circunstâncias sociais, econômicas e políticas de sua época.

E, a depender da natureza dessa complementação, essas normas se dividem em dois tipos: normas constitucionais de princípio orgânico ou organizativo e de princípio programático. As primeiras contêm um projeto ou esboço inicial de um determinado órgão, entidade ou instituição do Estado, cujo desenvolvimento e estruturação final ficam a cargo do legislador, por meio da edição de lei ordinária ou lei complementar. Como exemplos, citam-se

os artigos 90, §2 e 18, §2, que dispõem, respectivamente, que a organização e o funcionamento do Conselho da República serão feitos por intermédio de lei e que a criação e a transformação dos territórios serão definidas por lei complementar.

Já, as normas de princípios programáticos ou simplesmente normas programáticas têm a função de traçar linhas diretoras, programas e objetivos ao Estado, dentro dos quais seus órgãos deverão se orientar e agir no sentido de atingi-los concretamente, da forma mais expedita e eficiente possível. Nesses termos, seus conteúdos imprimem uma intervenção estatal na esfera social, que se apresentava esvaziada pela lógica econômica que imperou no Estado Liberal. Essas normas, portanto, passam a identificar as Constituições que inauguraram o Estado de Bem-Social, do início do século XX, e, posteriormente, o Estado Democrático e Social de Direito, do pós-Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto, suas prescrições assumem o compromisso de transformar a realidade social, com vistas a assegurar uma existência digna a todos os membros da sociedade, conforme os ditames da justiça social, fortemente fragilizados pelo individualismo capitalista (SILVA, 2015, p. 137-138). Impende ressaltar, no entanto, que no Estado de Bem-Estar Social suas prescrições se restringiam a exortar meros compromissos morais aos poderes constituídos, sem qualquer viés de positividade e vinculação aos seus agentes.

Foi somente no Estado Democrático de Direito que esses preceitos constitucionais passaram a ostentar uma natureza de autênticas normas jurídicas e, por isso, tão preceptivas quanto às demais, pois é de se lembrar, que foi nesse momento que a Constituição assumiu seu caráter normativo na história. Nesse contexto, as suas normas, em especial, aquelas abrigadoras de direitos e garantias fundamentais, revestem-se de uma força jurídica suprema e vinculante sobre todas às demais normas do ordenamento estatal. É de se ressaltar, no entanto, que em razão de sua positivação ser mais aberta do que as demais normas constitucionais, seus efeitos normativos essenciais e finalísticos, em princípio, ficam condicionados a uma integração legislativa e/ou material futura dos poderes constituídos estatais.

A partir dessa perspectiva, então, duas questões se evidenciam. A primeira, é que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica e aplicabilidade, desde o momento de sua entrada em vigor. E, a segunda é que esta eficácia não se manifesta com o mesmo grau em todas as normas constitucionais. A sua intensidade, se maior ou menor, dependerá da densidade normativa que lhe foi atribuída pelo Legislador Constituinte no momento de sua elaboração, levando-se em consideração, por exemplo, fatores de ordem social, política e econômica do Estado.

Assim, a partir de um juízo sobre a realidade posta e a realidade que se pretende atingir com a elaboração da Constituição, o Poder Constituinte decidiu, a depender da matéria constitucional a ser regulamentada, sobre qual o nível de eficácia que se quis imprimir às respectivas normas. Há matérias que receberam que desde uma disciplina plena e exaustiva por parte do Legislador Constituinte. Neste caso, restaria aos poderes constituídos o dever de efetivá-las conforme lhe foi determinado na norma, sem maiores considerações quanto a sua interpretação e aplicação aos casos concretos.

Outras normas, no entanto, foram remetidas pelo Poder Constituinte para que o Parlamento as regulamente, à luz de sua sensibilidade política de cada momento histórico. Essa delegação normativa ao poder legislativo ora se dá por razões de conveniência e oportunidade do Legislador Constituinte, ora por impossibilidade de ordem fática e/ou jurídica de se exaurir diretamente na Constituição toda a disciplina de uma matéria, que, não raras vezes, apresenta-se extremamente complexa e de difícil solução, sobretudo diante de uma sociedade democrática e pluralística como é a brasileira.

Nesses casos, atribui-se essa responsabilidade para o órgão legislativo, uma vez que são os seus membros que representam o povo e seus anseios circunstanciais e dentro do Estado democrático. Assim, investido dessa condição, esse órgão é que possui, num primeiro momento, a legitimidade necessária e suficiente para especificá-las da forma mais adequada possível, levando-se em consideração as peculiaridades da realidade que se apresenta em cada momento histórico do país, e, neste caso, traduzindo-se em normas complementares à Constituição às necessidades e as reivindicações sociais mais prementes de seu tempo.

E, esse quadro apresenta-se de forma clara em relação aos direitos sociais, contemplados no artigo 6º, da Constituição Federal. Não seria razoável, nem mesmo possível, que o Legislador Constituinte estabelecesse criteriosamente todas as condições normativas de sua realização ao longo do tempo, pois certamente os pressupostos fáticos presentes no momento da elaboração da Constituição não se eternizariam na história, sobretudo se se considerar os altos custos financeiros que o Estado tem para a sua plena concretização à população.

Enfim, quanto menos densa for à norma, maior será o espaço de discricionariedade do seu agente integrador ou de “abertura às mediações do legislador” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 68-69). Normas densas, que caracterizam aquelas detentoras de eficácia plena e contida, são exequíveis por si mesmas, dispensando ou deixando pouca margem para que o legislador interfira no seu processo de concretização. Por conta disso, então, suas eficácias se manifestam de forma integral e imediata.

Por outro lado, as normas que se abeberam de conceitos abertos, como são exemplos as de eficácia limitada, em especial, as de natureza programáticas, dão uma margem mais ampla para que o poder público as conforme. Quanto mais aberta a sua normatividade e, portanto, menos denso o seu conteúdo, maior será o espaço de discricionariedade do legislador em sua complementação. No entanto, essa discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade.

A sua complementação legislativa ou, conforme o caso, administrativa, deverá, necessariamente, desenvolver-se rigorosamente dentro dos limites fixados no quadro normativo, com vistas à maximização de seus fins e objetivos, já que estes, diferentemente de outrora, vinculam e impõem verdadeiras obrigações jurídicas aos seus destinatários. Quer dizer, tais normas, mesmo possuindo uma baixa densidade normativa, como o são os princípios programáticos contidos nas atuais Constituições, carregam consigo um grau de normatividade suficientemente capaz de determinar as ações de todos os poderes públicos e de conformar, nos seus termos, o ordenamento jurídico do Estado, independentemente de sua regulamentação futura pelos órgãos competentes.

Tais preceitos, ao estabelecerem tarefas, fins e objetivos aos poderes públicos, como o fazem, por exemplo, os princípios expressos no artigo 3º, da Constituição Federal de 1988, dentre eles, o que impõe ao Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fixam os parâmetros e os limites dentro dos quais os agentes públicos e os próprios particulares devem se pautar, prescindindo, para tanto, de eventual integração legislativa e/ou executiva futura. Desse modo, qualquer ação que transborde as fronteiras normativas fixadas abertamente nessas normas deve ser imediatamente invalidada e rechaçada do sistema jurídico estatal, em particular, pelo poder judiciário quando convocado a se manifestar.

Segundo assevera Silva (2015, p. 153), as normas programáticas, especificamente, manifestam-se “como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica”, servindo como parâmetro interpretativo e de aplicação de todo o direito estatal, pois nelas se depositam os fins sociais do Estado e as exigências do bem comum. Desse modo, na medida em que a eficácia dessas normas condiciona a atividade do legislador, do administrador e do poder judiciário, elas também servem, assim como os demais preceitos normativos contidos no texto constitucional, como referência para o controle de constitucionalidade das leis futuras e para a recepção ou não de atos anteriores à entrada em vigor da Constituição, ao que se denominam, segundo Mendes e Branco (2015, p. 66), respectivamente, de eficácias impeditiva e paralisante da norma constitucional programática.

Enfim, essas normas impõem um dever político aos poderes constituídos a se conduzirem maximamente conforme os seus ditames e objetivos, vedando-lhes comportamentos que lhe sejam contrários. Por consequência, o legislativo deve emanar leis integradoras e fortalecedoras de seus conteúdos, o executivo realizar políticas públicas efetivas para a concretização de seus fins e, por derradeiro, o judiciário está jungido a decidir os casos que lhe são levados à apreciação conforme as balizas nelas fixadas, sempre no sentido de sua máxima efetivação.

Há de se concluir, então, que no texto constitucional existem dois tipos de normas, notadamente: as de alta e as de baixa densidade normativa (SARLET, 2015, p. 260-261). Aquelas, por se revestirem de normatividade suficiente, são aptas a serem diretamente aplicadas, gerando todos os seus efeitos, sem interposição do legislador ordinário, ressaltando-se, contudo, a possibilidade sempre presente de sua restrição futura, dentro, é claro, dos limites fixados na própria norma e nas especificidades dos fatos sociais. Essas, ao revés, por não possuírem normatividades bastantes em si mesmas, não geram seus efeitos essenciais diretamente, salvo quando integradas posteriormente pelo legislador. No entanto, manifestarão uma eficácia originária que será proporcional a sua densidade normativa atribuída pelo Legislador Constituinte.

A par disso, Silva (2015, p. 87-161) observa, após um estudo apurado do texto constitucional brasileiro de 1988, que a maior parte de suas normas é de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já, em relação normas de direitos fundamentais, especificadamente, o referido autor traça a seguinte distinção: Em regra, os preceitos definidores de direitos individuais possuem eficácia contida e aplicabilidade imediata. No que toca, porém, aos direitos sociais, inobstante a sua tendência a se revestirem também dessa mesma eficácia, algumas de suas normas possuem eficácia limitada e aplicabilidade mediata, exigindo-se, por isso mesmo, de uma lei futura que lhes integre os efeitos, nos termos do que já foi exposto acima.

No entanto, inobstante a eficácia normativa das normas constitucionais em geral, que decorre do próprio sistema estabelecido a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, o Legislador Constituinte brasileiro não titubeou, e, seguindo os passos já trilhados pelos elaboradores das Constituições alemã, de 1949, portuguesa, de 1976 e espanhola, de 1978, reconheceu, nos termos expressos no seu artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais. Sua intenção não foi outra senão a de imprimir um reforço às eficácias jurídica e social das normas constitucionais que

os contemplam, afastando-se, de vez, o seu caráter meramente programático (SARLET, 2015, p. 243-249).

Nesse sentido, em que pese esse dispositivo constitucional<sup>21</sup> não explicitar nitidamente os seus destinatários, como o faz o artigo 1º, III, da Lei Fundamental alemã<sup>22</sup>, ambos possuem igual significado e sentido para a ordem jurídica dos Estados, que é a de vincularem os órgãos públicos aos direitos fundamentais, afastando-se, com isso, eventual argumentação em defesa da natureza programática ou meramente aconselhadora de suas normas (DUQUE, 2013, p. 136-140). Enfim, essa cláusula estabeleceu de forma peremptória que os direitos fundamentais não estão mais à disposição do livre arbítrio dos poderes constituídos, como o eram no período do Estado de Bem-Estar Social do início do século XX. Ao revés, os poderes constituídos é que passam a estarem jungidos e condicionados às normas de direitos fundamentais, cuja positividade e normatividade não mais são passíveis de discussões.

Porém, é de se ressaltar, em conformidade com o que até aqui foi exposto em relação à eficácia das normas constitucionais em geral, que esse reforço normativo não se revela suficiente para imprimir aplicabilidade imediata a toda e qualquer norma consagradora de direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 275). É bem verdade, que a grande maioria dos direitos tem seu assento em normas imediatamente aplicáveis e, portanto, com aptidão para gerarem direitos subjetivos aos seus titulares, como o são, em regra, os direitos de defesa contemplados nos artigos 5º, 7º, 8º, 9º e 12 a 17, da Carta Magna, incluindo-se, neste rol, direitos de liberdade, de igualdade, de cidadania e direitos sociais trabalhistas.

Outros direitos, no entanto, em razão de sua baixa densidade normativa têm sua aplicabilidade plena e integral condicionada a uma complementação futura do parlamento, como é o caso, mas não exclusivamente, dos direitos sociais de cunho prestacionais contidos no artigo 6º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Dentre eles, mencionam-se, os direitos à educação, à saúde, à alimentação, à moradia, à segurança pública, à previdência social e a assistência aos desamparados.

Contudo, isso não significa dizer que esses direitos estão à livre disposição do legislador e que deles não decorram direitos subjetivos aos seus titulares. Na medida em que as suas normas, por menos densas que sejam, determinam objetivos e finalidades a serem alcançadas pelo Estado, quaisquer medidas tomadas pelos poderes constituídos tendentes a contrariá-las

---

<sup>21</sup> Artigo 1º, § 1º, da Constituição de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>22</sup> Artigo 1º, III, da Lei Fundamental alemã: “Os direitos fundamentais que seguem vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário como direito imediatamente vigente”.

ou a minorá-las em sua eficácia, são passíveis de uma ação contraposta com vistas à invalidação do ato por violação ao respectivo direito fundamental.

Diz-se, portanto, que “essas normas geram situações subjetivas negativas para o legislador e para a administração, que não podem desenvolver suas atividades senão nos limites e do modo como elas determinam em seu programa, nas suas diretrizes, nos seus princípios” (SILVA, 2015, p. 174). No mesmo sentido, aduz Sarmiento (2006, p. 52), que suas prescrições condicionam o poder público, “já que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico, vinculam negativamente o legislador e a administração, que não podem agir de modo contrário à norma, e acarretam a não recepção do direito anterior incompatível”.

Agora, o descumprimento total ou parcial de sua complementação normativa por parte do poder competente não pode servir como escudo para se impedir injustificadamente a eficácia desses direitos. Nesse caso, os princípios do dever de proteção e da inafastabilidade da jurisdição, contidos, respectivamente, no artigo 5º, §1º e seu inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, impõem, supletivamente, ao Poder Judiciário e, em especial, à Corte Constitucional Suprema essa imponente função. Pois, os direitos no Estado democrático de Direito não podem ficar sujeitos ao livre arbítrio do legislador, mas, ao contrário, o legislador é quem deve se submeter ao seu império, sobretudo quando a sua omissão representar ofensa grave à dignidade da pessoa humana.

O poder judiciário, então, como última trincheira para a defesa do núcleo central da Constituição, não pode se esquivar de reconhecer direitos subjetivos positivos aos direitos fundamentais quando a omissão ou a insuficiência do legislador ou do administrador em sua tarefa precípua em concretizá-los culmine por ceifar os seus titulares das condições materiais mínimas para uma existência digna e que lhe propicie um livre desenvolvimento de sua personalidade. Pois onde os direitos fundamentais não forem minimamente assegurados, “não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e essa (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças” (SARLET, 2015, p. 69).

E, na medida em que o ordenamento brasileiro se alicerça sobre uma Constituição fundada em princípios e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que reconhece como elemento central um amplo e generoso catálogo de direitos fundamentais, torna-se essencial para quem se preocupe com a promoção de uma justiça substantiva que dela se extraia força normativa suficiente para projetá-la sobre toda a vida humana e o ordenamento jurídico estatal (SARMENTO, 2006, p. 55). Quer dizer,

a norma revelada ou criada a partir da interpretação constitucional deve ser aquela que mais plenamente realize o desenvolvimento humano (TALON, 2015, p. 23).

É claro que não se pode ignorar que os direitos fundamentais, sobretudo os de natureza sociais previstos no artigo 6º, da Constituição Federal, carregam consigo um alto custo econômico para a sua efetivação (GALDINO, 2006, p. 27-33). Nesse contexto, a capacidade financeira do ente político se configura num limite fático para a concretização de seus conteúdos, ao que se denomina de “reserva do possível” (COELHO, 2010, p. 111).

Porém, tem-se entendido que a liberdade de conformação do Estado e o argumento da “reserva do possível” não podem prevalecer sobre o “mínimo existencial”, que corresponde às necessidades vitais da pessoa, não só para existir fisicamente, mas para existir com dignidade e integrada à sua comunidade, em condições de ser respeitada como um ser humano dotado de independência e autonomia perante os seus pares e o próprio Estado. Debruçando-se sobre o tema, Barcellos (2011, p. 291-349) conceitua esse “mínimo existencial” como sendo a parcela da dignidade da pessoa humana inegociável às deliberações cotidianas travadas no campo político estatal, cuja essencialidade de seu conteúdo para à vida humana transforma, nesse ponto, o princípio numa regra aplicável no tradicional esquema do “tudo ou nada”.

Nesse mesmo sentido, Barroso (2014, p. 85) assevera que o mínimo existencial já é reconhecido pela jurisprudência de vários países, incluindo-se o Brasil, como um direito judicialmente invocável, independentemente de regulamentação futura pelo legislador dos direitos que o integral, como o é a educação básica e os serviços de saúde, a alimentação, a água, o vestuário e o abrigo. Portanto, por menor que seja a densidade normativa de um direito fundamental, a sua norma poderá outorgar um direito subjetivo ao seu titular de exigí-lo diretamente em juízo, pois a cláusula da aplicabilidade imediata outorgada a todos os direitos fundamentais contemplados na Constituição impõe aos poderes estatais uma obrigação tendente a lhes conferir máxima efetividade.

Por esta razão, o postulado contido no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal é interpretado no sentido de determinar uma presunção de eficácia plena e aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais, outorgando-lhes, por consequência, aptidão para gerarem direitos subjetivos aos seus titulares de exigí-los em juízo a sua efetivação satisfatória por parte dos órgãos estatais competentes (SARLET, 2015, p. 277-282). De tal modo que, o afastamento dessa presunção, por ser excepcional, reclama uma justificativa convincente do poder público, que leve em consideração à qualidade da norma de direito fundamental em jogo, e, em especial, as especificidades de cada caso concreto.

Compreende-se, assim, que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, nos moldes preconizados pelas Leis Fundamentais democráticas da Alemanha, de 1949, de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978, reforçou determinantemente a normatividade de todos os direitos fundamentais em relação às demais normas constitucionais. Tais direitos foram reconhecidos como uma ordem objetiva de valores que se irradia sobre todo o sistema jurídico brasileiro, condicionando e vinculando, nos seus termos, o exercício dos poderes legislativo, executivo e jurisdicional. Nessa perspectiva, esses direitos passam a impor aos órgãos públicos em geral um dever de protegê-los e de promovê-los maximamente contra atos que venham a minorá-los ou a esvaziá-los em sua eficácia jurídica e/ou social, sejam provenientes dos agentes estatais ou dos próprios particulares em suas relações intersubjetivas.

É nesse contexto que se observa no Brasil, na esteira do que já havia se manifestado nos Estados acima referidos, um processo de constitucionalização do direito privado pátrio. Pois, na medida em que as normas constitucionais se expandem sobre todo o ordenamento jurídico, vinculando as ações dos poderes constituídos estatais com vistas à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana, nenhuma lei, ato administrativo ou decisão judicial pode ser concebido, executado ou referendado à revelia dos valores que subjazem às normas de direitos fundamentais expressas como um núcleo intangível na Constituição Federal de 1988.

Diante do descortinar dessa nova problemática, inaugura-se outro tópico para se analisar de que modo vem se entendendo aqui no Brasil o tema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares. Trata-se de uma temática trazida recentemente pela doutrina pátria à mesa de discussões à luz dos desenvolvimentos teóricos e jurisprudências de outros países, como Alemanha, Portugal e Espanha, onde a referida matéria já vem sendo objeto de debates há mais tempo, em razão do reconhecimento por esses Estados do dever de proteção dos poderes públicos aos direitos fundamentais e de sua força irradiante sobre a integralidade do ordenamento jurídico, permeando-se, assim, indiscriminadamente, todos os seus ramos, institutos e normas, inclusive as de direito privado.

Portanto, em face de um debate ainda indefinido pelos operadores do Direito, seja em sede doutrinária ou jurisprudencial, justifica-se a investigação dessa matéria ao longo deste trabalho, lembrando-se que o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 se manteve omissivo quanto aos seus destinatários, nada mencionado, portanto, a respeito da vinculação ou não dos particulares aos direitos e garantias fundamentais. Note-se que até mesmo no direito lusitano, onde há uma vinculação expressa das entidades privadas aos direitos contemplados

no Título I, de sua Lei Fundamental, não existe um consenso quanto ao alcance e a forma dessa vinculação (SARLET, 2015, p. 393).

### **3.3 A Eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas no Direito brasileiro**

Conforme já pontuado, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre diretamente do reconhecimento de que esses direitos, para além de sua dimensão subjetiva, também constituem uma ordem objetiva de valores eleita democraticamente pela sociedade num determinado momento histórico. E, pelo que se estudou, parece não restarem dúvidas quanto a sua incorporação pelo direito pátrio a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Observa-se que naquela oportunidade a dignidade da pessoa humana foi alçada a princípio fundante do Estado brasileiro e um extenso rol materialmente aberto de direitos fundamentais foi reconhecido em relevo no texto constitucional para protegê-la e promovê-la concreta e indiscriminadamente às pessoas. Razão pela qual ter se inscrito no artigo 5º, § 1º, do texto constitucional que todos os direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis.

A partir desse momento, então, a ordem jurídica brasileira se unifica em torno desses valores humanitários incorporados com primazia em sua Lei maior, de modo a não mais subsistir qualquer discussão relevante a respeito da dicotomia entre os ramos do direito público e privado. Para Perlingieri (2008, p. 2), na medida em que os princípios constitucionais se transformam na fonte central do direito, exercendo a função de valores guias de toda a legislação estatal, não se afigura pertinente continuar dividindo o sistema jurídico em ramos autônomos ou categorias separadas e incomunicáveis entre si.

No momento em que o ser humano passa a ocupar o centro do ordenamento estatal, toda a legislação infraconstitucional, independentemente de seu ramo, deve se harmonizar, não apenas formalmente, mas substancialmente, aos direitos fundamentais inscritos na Constituição em prol de uma proteção efetiva de sua dignidade. Diante disso, nenhuma lei, instituto, norma ou ato, seja oriundo do poder público ou dos particulares, poderá ficar imune ou alheio aos efeitos irradiantes dos valores que os lastreiam.

Nessa perspectiva, então, a proteção do ser humano concretamente situado passa a ser o objetivo fulcral do direito privado, e não mais a autonomia de vontade e o patrimônio que se manifestavam de forma quase que absoluta no Estado liberal, onde todos eram considerados iguais perante a lei, a despeito das diferenças sociais e econômicas que os separavam em

mundos de condições e oportunidades completamente diferentes. Assim, se antes prevalecia o ter sobre o ser, agora, ao revés, o ser se sobrepõe ao ter.

Diante desse novo panorama, então, “o Código Civil perde, categoricamente, o seu papel de Constituição do direito privado” (CAGLIARI, 2013, p. 17), na medida em que o seu conteúdo passa a ser redimensionado a partir dos valores humanitários inscritos em relevo na Constituição Federal. Ou, conforme refere Reis e Bagatini (2015, p. 32), “a fonte primária do direito civil deixa de ser o Código Civil e passa a ser a Constituição Federal”.

No entanto, o direito privado não desaparecerá a partir de sua absorção integral pela Constituição, mas, sim, os seus institutos e normas serão redirecionados substancialmente para protegerem e promoverem o ser humano no seio de uma sociedade que se queira mais livre, justa e solidária. Nesse contexto, evidencia-se um processo de repersonalização ou despatrimonialização do direito civil (FACCHINI NETO, 2010, p. 53).

Pois, agora, a tutela ao ser humano está acima e, como tal, condiciona e delimita o âmbito de proteção do direito patrimonial e da própria expressão da autonomia privada das pessoas em suas relações intersubjetivas. Note-se, contudo, que tanto o patrimônio quanto a autonomia privada continuam sendo valores a serem protegidos pelo direito civil, porém não mais como fins em si mesmos como o eram no Estado Liberal, mas como instrumentos para a realização do ser humano concretamente situado numa sociedade onde impera a desigualdade de condições e oportunidades entre os seus membros.

Segundo assevera Cerqueira e Reis (2013, p. 103), a limitação da autonomia de vontade no âmbito do direito privado é uma exigência não apenas no sentido de se reprimir atos considerados socialmente lesivos, mas também para a concretização e a promoção da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, postos na Carta Magna como princípios orientadores e fundamentais do Estado Democrático brasileiro. Nesse sentido, observa-se que quanto à legitimidade constitucional compreende não apenas a lei, mas todos os atos e atividades que se expressam em nome da autonomia privada, abarcando-se, assim, a iniciativa econômica privada mercantil (PERLINGIERI, 2008, p. 3).

Observa-se, nesse sentido, que o próprio Legislador Constituinte diretamente se encarregou de limitar a autonomia de vontade no campo das relações privadas ao incorporar no texto constitucional diversos institutos de direito privado que até então tinham assento exclusivamente no código civil, atribuindo-lhes uma função socializante em superação à sua finalidade eminentemente privatista e patrimonialista, plasmada no Código Civil de 1916, de concepção liberal (REIS; FISCHER; MOLLER, 2007, p. 172). É de se recordar, segundo

adverte Reis (2007, p. 2043), que no Estado Liberal a autonomia privada se constituía no núcleo gravitacional da liberdade, cuja missão maior era a de assegurar a propriedade privada.

Assim, à luz da tábua axiológica consagrada na parte inaugural da Constituição, que serviu de referência para elaboração de todo o seu texto, determinou-se expressamente que o contrato, a empresa, a posse e a propriedade teriam que cumprir uma função social<sup>23</sup>, assim como a família não deveria mais se centrar sob o seu aspecto meramente econômico ou sucessório, mas, sim, nas relações de afetividade e de solidariedade que se estabelecessem entre os seus membros. Isso se depreende, por exemplo, quando o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal estabelece que o planejamento familiar seja fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, vedando-se quaisquer formas coercitivas por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Note-se, portanto, que a entidade familiar deve ter a sua concepção e o seu desenvolvimento orientado para o respeito aos valores existenciais de seus membros, suplantando-se, dessa forma, o arquétipo patrimonialista de família. A partir dessa nova perspectiva, observa-se uma expansão da autonomia de vontade de seus membros para decidirem as questões afetas aos seus próprios interesses, em detrimento de uma redução equivalente da autonomia do Estado e dos particulares em intervirem no seu núcleo.

Debruçando-se sobre o tema, Sarmiento (2006, p. 143) adverte que, assim como não há o que se discutir quanto à proteção assegurada à autonomia privada pela ordem constitucional vigente, parece indubitoso afirmar que a sua tutela não é uniforme. Diante dos valores axiológicos consagrados na Constituição como vetores informativos de criação e de interpretação de toda a legislação infraconstitucional civil, a sua proteção se afigura muito mais intensa aos aspectos relativos às escolhas existenciais do ser humano, como as de caráter afetivo, sexual, religioso, artístico, ideológico, dentre outras, do que ao plano de sua vida econômica e patrimonial.

No entanto, mesmo nas relações de natureza econômica, que envolve a assunção de obrigações comerciais e a realização de contratos, o próprio Legislador Constituinte impôs uma série de limitações ao exercício da autonomia de vontade. Nos termos apregoados pelo artigo 170, da Constituição Federal de 1988, a ordem econômica, embora fundada na livre iniciativa, tem como finalidade assegurar a todas as pessoas existência digna, conforme os ditames da justiça social, devendo-se o seu exercício observar, dentre outros princípios, a proteção do meio ambiente, a defesa do consumidor, a busca pelo pleno emprego, a redução

---

<sup>23</sup> As funções sociais desses institutos se extraem dos artigos 5º, XXIII e 170, III, da Constituição Federal de 1988.

das desigualdades regionais e sociais e, é claro, a função social da propriedade (BRASIL, 1988).

Percebe-se, portanto, que a noção de liberdade vinculada à propriedade, especificamente à liberdade de iniciativa disposta nesse dispositivo legal, está expressamente funcionalizada à realização da dignidade, que é o fundamento central de toda a ordem jurídica (FACHIN; RUZYK, 2010, p. 106). Assim, por exemplo, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal resguarda ao empregador a livre iniciativa para a constituição e o desenvolvimento de sua atividade econômica, impõe-lhe, claramente, como limite para o exercício dessa liberdade, a garantia de uma existência digna a todos os trabalhadores e o respeito aos valores da comunidade.

As escolhas deliberadas com liberdade dentro do Estado Democrático de Direito não podem justificar desrespeito à liberdade de outrem, muito menos justificar menosprezo ao direito à igualdade. É preciso salientar que o exercício de uma liberdade egoística e não partilhada com os demais membros da comunidade se revela em puro arbítrio daquele que a exerce, incompatível com os valores propugnados contemporaneamente (MACHADO, 2012, p. 205).

Nesse sentido, sempre que a supremacia social ou econômica de uma das partes da relação contratual culminar na fragilização ou, até mesmo, na aniquilação da autonomia privada do outro contratante, é dever do Estado intervir nessa situação para restabelecer a autonomia da parte prejudicada em nome de sua autodeterminação e do desenvolvimento hígido de sua identidade. Essas questões são bem presentes nas relações trabalhistas e consumeristas, cujas legislações já preveem uma proteção jurídica fortalecida para as partes hipossuficientes como forma de lhes compensar as desigualdades que se apresentam no campo da realidade. São nessas esferas da vida humana, portanto, é que se verifica uma presença mais marcante da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, seja em face do empregador, nas relações trabalhistas, ou do empreendedor, nos contratos de consumo.

No entanto, não se pode olvidar que numa sociedade profundamente injusta e desigual como é a brasileira, essas situações permeiam outras tantas relações jurídicas no campo econômico. Diante delas, Sarmiento (2006, p. 158) ressalta que o intérprete deve ser sensível e não as negligenciar, evitando-se que a autonomia privada nesses âmbitos se converta numa mera liberdade de fachada. Em situações em que está em jogo a defesa de pessoas ou grupos fragilizados e mais vulneráveis em suas relações particulares, às questões afetas ao dever de proteção do Estado e à eficácia dos direitos fundamentais em seus âmbitos de interação, como

já ocorre, sem maiores considerações na esfera consumerista e trabalhista, manifestam-se extremamente necessárias (SARLET, 2015, p. 398).

Desse modo, a assunção de uma obrigação ou o ajuste de um contrato no âmbito econômico e comercial, que são expressões centrais do direito civil e que permeiam a vida de praticamente todas as pessoas, não mais podem se legitimarem no escudo intransponível da autonomia privada das partes. Em muitos casos, o que se verifica, na prática, é a expressão máxima de uma parte em detrimento da manifestação mínima da outra. Assim, se, por um lado, é bem verdade, que a autonomia deva ser respeitada, pois se constitui num pressuposto inarredável para o próprio desenvolvimento da personalidade e da dignidade do ser humano, sobretudo quando concernente às questões existenciais, por outro, o seu titular não poderá exercê-la de modo a alijar os direitos fundamentais e o livre e desembaraçado exercício das autonomias das demais pessoas com quem se relaciona juridicamente.

Nessa perspectiva, Sarmiento (2006, p. 94) aduz que “a autonomia privada continua sendo valorizada como emanção da liberdade humana, mas a ordem jurídica vai temperá-la com preocupações sociais”. Sua manifestação, portanto, antes de lhe ser castrada pelo efeito invasor da Constituição no direito privado, é enriquecida pelo seu respeito a outros bens também importantes para o Estado Democrático de Direito, como o são, por exemplo, a realização da igualdade substancial e o exercício da solidariedade no âmbito das relações privadas.

Assim, o Direito apenas passa a ponderá-la com vistas à maximização desses outros valores, na medida em que, “abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana” (NETO, 2010, p. 46). É de se destacar, conforme lembra Reis (2007, p. 2045-2047) que a autonomia de vontade se constitui num direito fundamental implícito, extraído especialmente do princípio da livre iniciativa, contida nos artigos 1º, IV e 170, *caput*, da Constituição Federal. E, assim, como qualquer direito fundamental estará sujeito a relativizações quando se fizerem necessárias para se assegurar um valor de maior peso e importância num determinado caso concreto.

Nesse sentido, a restrição à autonomia privada, embora se associe com mais intensidade às relações onde imperam desigualdades fáticas ou materiais, também se fará presente nas relações paritárias em que estiver sendo ameaçada a dignidade da pessoa humana, pois esta é a razão do existir dos direitos fundamentais e, portanto, da própria autonomia privada. Pois, nunca é demais repisar que é “o princípio da dignidade da pessoa humana que estabelece os

limites intransponíveis para além dos quais há sempre ilicitude” (GSCHWENDTNER, 2006, p. 100).

Portanto, diante da ruptura do Estado brasileiro com os princípios informadores do modelo liberal, urgia que se procedesse a uma reformulação total do arcaico e anacrônico Código Civil de 1916, com vistas a adequar as suas regras ao novo cenário político e social inaugurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Pois, essa legislação, editada no início do século XX, de cunho eminentemente liberal, definitivamente não mais correspondia aos valores da sociedade nacional, pautados na dignidade da pessoa humana e vocacionados à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Porém, por conta das dificuldades e da complexidade de se alterar toda uma codificação civil, o legislador ordinário brasileiro reconheceu a necessidade de iniciar um movimento progressivo de constitucionalização de áreas específicas e relevantes do Direito Privado por meio das denominadas leis “extravagantes”, especiais ou de cunho setorial (NETO, 2010, p. 59). Isso se verificou, por exemplo, com a lei de locações, de 1991, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, e com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990.

Nessa medida, os sujeitos de direitos, de entes despersonalizados e abstratos como o eram considerados pelos códigos oitocentistas, que tinham a pretensão de regular todas as relações jurídicas, passam a ser tratados pela legislação civil de forma individualizada e concretamente situados no seu contexto histórico e social, como, acontece, por exemplo, com o locatário, o arrendatário e o consumidor. No entanto, após um processo prolongado de trabalhos legislativo, enfim, o Parlamento aprovou, em 2002, o novo Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

Seu objetivo, conforme anteposto, foi o de harmonizar as regras que regiam as relações privadas ao texto constitucional, especialmente alinhando-as à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana e à concretização do princípio da solidariedade no âmbito privado. Nessa medida, Gschwendtner (2006, p. 87-92) lembra que a sua elaboração se sustentou e se orientou em duas diretrizes principais: na sociabilidade e na eticidade de suas normas, plasmadas, respectivamente, nas cláusulas gerais da função social da posse, da propriedade, do contrato e da empresa, e na boa fé-objetiva.

Para Facchin Neto (2010, p. 63), a boa-fé objetiva, com assento para alguns, na dignidade da pessoa humana, e, para outros, na solidariedade, representa um limite material à autonomia privada na esfera contratual, de modo a autorizar que o poder judiciário declare inválidas eventuais cláusulas do contrato que se mostrem contrárias à boa-fé de uma das partes. Essa cláusula geral, que tem previsão expressa no artigo 422, do Código Civil, impõe

aos contratantes um dever de lealdade recíproco ao longo da relação negocial. Destaca Tartuce (2012, p. 538) que desse princípio decorrem os denominados deveres anexos ou laterais de conduta como obrigações que se impõem às partes nas mais diversas áreas das relações jurídicas, independentemente de previsão contratual expressa.

Por conta desses deveres, os contratantes devem proceder uns com os outros com cuidado, respeito, lealdade, probidade e honestidade, conforme a confiança neles depositados reciprocamente. Além disso, é necessário que ajam entre si de modo cooperativo e colaborativo com vistas à formação, à execução e à conclusão exitosa do negócio. Ademais, é possível identificar ao longo do Código Civil várias regras que exprimem objetivamente a ideia que lastreia a boa-fé objetiva, como são exemplos os seus artigos 156 e 157, que tratam, respectivamente, dos institutos “do estado de perigo” e “da lesão”, que são espécies de defeitos dos negócios jurídicos.

Mas, mais do que isso, merece destaque a previsão inovadora no novel Estatuto Civil de um catálogo de direitos da personalidade sistematizado nos seus primeiros dispositivos, especificamente no seu Título II. Dentre os dispositivos aí elencados avultam-se em importância as cláusulas gerais expressas nos artigos 12 e 21. De acordo com o artigo 12, toda a pessoa em suas relações com terceiros que se sentir ameaçada ou lesada em seus direitos da personalidade, como à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada, poderá exigir a cessação da ameaça ou da lesão e reclamar eventuais perdas e danos daí decorrentes.

E, por fim, assegura o artigo 21 que a vida privada é inviolável, cabendo ao juiz, quando provocado, adotar todas as providências que se fizerem necessárias para impedir ou fazer cessar atos que venham a ameaçá-la ou a violá-la, seja diante de uma relação da pessoa com o poder público ou com outros particulares. Enfim, os direitos da personalidade, que se constituem, segundo o escólio de Sarlet (2015, p. 90), em expressões implícitas extraídas pelo legislador do princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos autorizados pelo artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, impõe uma clara e inegociável limitação da autonomia privada em face do Estado ou dos próprios entes privados.

De acordo com Facchini Neto (2010, p. 53-54), a sua alocação na parte inaugural do Estatuto Civil denota a preocupação do legislador em valorizá-los, sinalizando-se ao exegeta para que os utilize como referência interpretativa de todos os institutos dispostos em sua parte especial. Assim, todo o direito das obrigações, da empresa, da posse e da propriedade e de família deverá se harmonizar e ser aplicado aos casos concretos no sentido da máxima efetividade dos direitos da personalidade.

Nessa perspectiva, não há mais o que se discutir quanto à possibilidade, ou melhor, ao dever do Estado em intervir no âmbito das relações privadas, de forma proporcional, é claro, sem excessos e insuficiências, para delimitar o alcance e o conteúdo de todos os atos praticados pelos particulares em suas relações intersubjetivas, à luz do que estabelece a tábua axiológica, contida na Constituição e, agora, os direitos da personalidade, consagrados no novo Código Civil. Desse modo, toda a legislação infraconstitucional especial que rege áreas específicas do direito, como é o caso, por exemplo, das leis trabalhistas, deve se conformar a esses direitos, seja os recepcionando diretamente da Constituição, seja os referendando analogicamente do Código Civil.

Assim, ao lado dos direitos sociais individuais e coletivos, previstos no Art. 6º a 11, da Constituição Federal de 1988, destinados historicamente à recomposição da igualdade de fato entre trabalhador e empregador, é necessário que os direitos individuais consagrados no seu artigo 5º também o sejam concretizados, dentre eles, os direitos inerentes à personalidade dos trabalhadores, como a sua honra, imagem, vida privada e intimidade (BELMONTE, 2013, p.21-26). Pois, diante do desequilíbrio das partes no ambiente laboral essa proteção se faz ainda mais necessária, se comparada às demais relações que se estabelecem no âmbito civil, em que há um equilíbrio de forças entre os contratantes (GÊNOVA, 2005).

Não há dúvidas de que o poder patronal quando indevidamente utilizado, é veículo propício para o cometimento de abusos, que tanto podem atingir direitos de liberdade do empregado, quanto causarem-lhe prejuízos financeiros. E, diferentemente das relações civis em geral, a legislação trabalhista ainda vigente, que remonta a década de 1940, quando a autonomia privada era o valor privilegiado pelo Estado, ainda não contemplou expressamente regras de proteção específicas dos direitos da personalidade do trabalhador em face do exercício do poder de mando do patrão.

É de se ressaltar, no entanto, que esse caso concernente às relações trabalhistas constitui apenas um dos exemplos da irradiação direta dos direitos fundamentais para o âmbito da vida privada. Outras hipóteses são apresentadas pela doutrina para fins de melhor instruir e se fazer compreender o tema. Assim, por exemplo, Mendes (2014, p. 31-32) indaga em que medida os particulares podem ou não estabelecer restrições ou discriminações em suas relações intersubjetivas em razão de sexo, idade, raça, concepção religiosa ou filosófica, questionando-se, por exemplo, quanto à legitimidade de uma escola preterir um candidato a professor em razão de sua opção religiosa ou política. Ou, se uma empresa poderia pagar salários inferiores para funcionários que exercem a mesma função dos demais, em razão de sua nacionalidade.

Esses são alguns casos dentre tantos outros que permeiam cotidianamente a vida das pessoas em suas interações sociais em que se faz presente uma reflexão quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. A questão, no entanto, que continua a suscitar debates entre os operadores jurídicos nacionais e estrangeiros não é em relação a sua existência, salvo no direito norte-americano conforme se abordará ao final dessa parte do trabalho. Quanto a isso não persistem mais dúvidas entre os doutrinadores. Ou seja, os direitos fundamentais previstos na Constituição definitivamente vinculam tanto o Estado, quanto os particulares uns perante os outros, mas, é claro, a depender da teoria adotada, conforme se verá a seguir, esta vinculação poderá se manifestar com menor ou maior intensidade.

É possível afirmar, portanto, que “a eficácia dos direitos fundamentais se estende tanto ‘verticalmente’ como ‘horizontalmente’, abrangendo, pois, tanto as relações entre indivíduo e Estado como as relações entre indivíduos” (FACHIN; RUZYK, 2010, p. 106). Isso porque, a realidade tem apontado desde há muito tempo que o Estado não é o único opressor do desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana; que não é o único protagonista potencialmente capaz de impor ações intimidatórias de convivência, e que as mesmas liberdades e direitos outorgados às pessoas estão condicionados em sua realização a situações e poderes que extrapolam os muros estatais, como são exemplos, os raciais, os eclesiásticos, e, especialmente, os de cunho econômico, de cujas opressões interessam emancipar-se (SILVA, 2015, p. 133).

A questão, porém, que continua a suscitar debates no meio acadêmico e jurisprudencial é saber de que modo e intensidade a eficácia dos direitos fundamentais se manifesta no âmbito privado, se de forma indireta ou direta (FACCHIN NETO, 2010, p. 66). Em outros termos, se o direito fundamental previsto na Constituição depende ou não de uma intermediação do legislador para poder incidir e tutelar as situações fáticas que emergem das relações entre particulares. Para alguns, essa interposição legislativa seria necessária para assegurar certeza e previsibilidade às relações jurídicas. Para outros, no entanto, em homenagem à força normativa da Constituição e ao dever de proteção do Estado, os magistrados poderiam extrair diretamente da Constituição a norma de direito fundamental adequada a disciplinar o conflito privado.

Como já se demonstrou neste estudo, essa questão foi inicialmente trazida à baila na Alemanha por conta do julgamento pelo Tribunal Constitucional alemão do processo famoso e amplamente conhecido como o caso *Luth*. Naquela oportunidade se reconheceu que os direitos fundamentais constituiriam uma ordem objetiva de valores, cujos efeitos se

irradiariam por todo o ordenamento jurídico, e, como tal, imprimiriam aos poderes públicos do Estado um dever em respeitá-los e, mais do que isso, de protegê-los contra atos de seus próprios agentes e dos particulares em suas relações uns com os outros.

A partir desse entendimento pioneiro, emerge a ideia inovadora para aquele momento histórico de que o ente estatal não só deveria respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos consagrados na Lei Fundamental alemã, de 1949, abstendo-se, portanto, de intervir na esfera sagrada de sua autonomia de vontade, mas também que os seus poderes constituídos teriam de atuar positivamente com vistas a protegê-los contra o exercício arbitrário e abusivo dessa autonomia pelos próprios particulares em suas relações intersubjetivas. Em face desta interpretação, então, supera-se a lógica clássica de que os direitos da pessoa humana somente gerariam direitos subjetivos nas relações verticalizadas travadas entre o particular e o Estado. Agora, passa-se a permitir que esses mesmos direitos também possam surtir seus efeitos nas relações que se estabelecem entre particulares, gerando-se igualmente, nesse âmbito relacional, direitos subjetivos aos seus titulares, não mais para opô-los contra um ato do Estado tão somente, mas sim, em face de um comportamento ilegítimo de um ente privado.

Naquele julgado, entendeu-se que os direitos fundamentais, no caso específico, o direito à livre manifestação do pensamento, somente poderiam incidir indiretamente nas relações privadas, especificamente por intermédio de uma interpretação empreendida pelos juízes das cláusulas gerais previstas expressamente pelo legislador no direito civil ordinário, que na situação em apreço, foi à cláusula relativa aos “bons costumes”, contemplada no § 826 do Código Civil alemão. Nesse sentido, reconheceu-se que os direitos fundamentais somente vinculariam os particulares de forma mediata ou indireta, pois a sua infiltração para o direito privado dependeria de uma previsão de cláusulas gerais na legislação civil pelo parlamento.

Para essa teoria, os particulares não se vinculam diretamente aos direitos fundamentais sob a sua perspectiva subjetiva. Ou seja, os entes privados não se afiguram como seus destinatários diretos, assim como é o Estado (STEINMETZ, 2004, p. 154). A sua vinculação apenas se manifesta mediatamente em razão do dever de proteção que a ordem objetiva de valores constituída pelos direitos fundamentais impõe aos poderes públicos estatais em protegê-los. No caso específico do poder legislativo de elaborar legislações para assegurá-los no âmbito do direito privado, a partir das quais, aí sim, decorreriam direitos subjetivos em exigi-los em face de outros particulares.

Segundo Durig (2011, p. 35), um dos defensores mais ferrenhos dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais:

Os meios normativos para a defesa de ataques da direção de terceiros, com cujo auxílio, na falta de normas de proteção jurídico-civis especiais, o direito privado cumpre o seu *pedido de proteção*, são suas *cláusulas gerais suscetíveis de preenchimento de valores e carentes de preenchimento de valores*. O caminho pela sua aplicação salvaguarda, por um lado, a *autonomia do direito privado*, tornada necessária *lógico-jurídica* e *sistemático-juridicamente* depois de reconhecimento jurídico-fundamental da liberdade de disposição privada no tráfego jurídico de terceiros e salvaguarda, por outro lado, a *unidade do direito total*, naturalmente necessária, *na moral jurídica*.

Observa-se, portanto, a sua preocupação pela manutenção da autonomia do direito privado em relação aos efeitos totalizantes dos valores que subjazem as normas de direitos fundamentais contempladas na Constituição. Em nome dessa autonomia, seus adeptos defendem que a interposição da legislação ordinária seria necessária para assegurar um maior grau de certeza e previsibilidade nas relações jurídicas intersubjetivas.

Isso porque, se aos juízes fosse permitido decidir somente a partir da norma constitucional, cujo conteúdo se revela essencialmente indeterminado e abstrato, a autonomia dos cidadãos ficaria à mercê de sua discricção, o que a tornaria demasiadamente fragilizada (FACCHIN NETO, 2010, p. 66). A sua função, portanto, deveria se reservar a desenvolver normativamente o conteúdo aberto das cláusulas gerais, propositadamente inscritas pelo legislador na lei civil, retirando-lhes a norma específica e objetiva a se aplicar no caso concreto a partir de sua interpretação à luz dos direitos fundamentais contidos na Constituição.

Permitir-se uma eficácia direta significaria conceder poderes exacerbados aos magistrados e amesquinhar demasiadamente a função legislativa, na medida em que a lei seria simplesmente suplantada, a rigor, pelo subjetivismo judicial na interpretação dos princípios vagos e abertos de direitos fundamentais contidos na Constituição. Enfim, haveria, por assim dizer, uma espécie de “usurpação da função legislativa pelo julgador” (CERQUEIRA; REIS, 2013, p. 113) e, por consequência, um sério comprometimento ao postulado da separação dos poderes.

Dentre as críticas que se dirigem a essa teoria, cuja pretensão maior é a de manter o direito privado de certa forma independente e fundamentado nos valores tradicionais que o informaram ao longo de sua história, notadamente o da autonomia privada, é, justamente, a possibilidade de que essa pretensão possa culminar com uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais nas relações disciplinadas pelo direito privado. Pois, não se pode imaginar que o legislador consiga prever cláusulas gerais suficientes para contemplar todas as situações concretas que reclamarem pela sua proteção.

Portanto, defender-se a ideia de que as cláusulas gerais seriam as únicas “portas de entrada” dos direitos fundamentais para o direito privado ou o elo de ligação exclusivo entre a ordem de valores contida na Constituição e a legislação civil ordinária, significaria aceitar que um grande número de conflitos privados carecedores de uma eficácia dos direitos fundamentais ficassem descobertos de sua tutela (SILVA, 2014, p. 76-85). Nesse caso, o Estado, a despeito de seu dever de proteção e da força normativa da Constituição, simplesmente “assistiria” à violação se perpetrar ou, pior, a chancelaria, a pretexto de se preservar a independência do legislador e a autonomia do direito privado.

Diante disso, verifica-se a necessidade de se reconhecer uma eficácia direta aos direitos fundamentais no campo do direito privado. Falar-se nessa eficácia é simplesmente sustentar que os direitos se aplicam nas interações entre particulares da mesma forma como se sucede nas relações do cidadão com o Estado. Ou seja, não condicionada a qualquer ação mediadora do legislador, seja de forma objetiva, por meio de regras, ou de modo mais vago, por intermédio de cláusulas gerais (STEINMETZ, 2004, p. 167).

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais são igualmente oponíveis em face do Estado e dos particulares, na medida em que ambos os atores figuram indiscriminadamente como seu destinatário direto. Pois, o objetivo fulcral propugnado por esta teoria é o de se proteger à pessoa humana na sua integralidade e plenitude, independentemente da natureza ou da espécie da relação na qual ela está envolvida ou da fonte da ameaça ou da violação ao seu direito fundamental.

Essa doutrina também surgiu na Alemanha contemporaneamente ao desenvolvimento da tese da eficácia indireta proclamada pelo Tribunal Constitucional alemão. O seu precursor e maior expoente é o juiz Hans Carl Nipperdey, que exercia a época a judicatura no Tribunal Federal do Trabalho alemão. De acordo com o seu entendimento, o reconhecimento dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, suplantando-se, portanto, o conceito que os sustentavam desde o século XIX, determina que os valores que os subjazem o sejam:

*Tanto a expressão geral dos princípios, que têm de existir numa sociedade boa, justa, liberal e socialmente ordenada, que seu significado não pode ser limitado à relação de Estado e cidadão, mas tem de valer universalmente e, com isso, também para os consortes jurídicos. São, porém, fundamentos do ordenamento jurídico todo, que não se compõem de campos do direito particulares isolados, mas é uma unidade e uma estrutura de sentido conexas, então seu efeito também somente pode ser um imediato, que tanto influi o direito objetivo e, dado o caso transforma, como é critério e limite dos poderes jurídico-privados dos particulares. Todo o direito vale somente sobre o fundamento e no quadro da Constituição (NIPPERDEY, 2011, p. 82-83).*

De acordo com essa corrente, os direitos fundamentais teriam “efeitos absolutos” e, como tais, deveriam ser aplicados imediatamente às relações privadas e livres de quaisquer espécies de embaraços ou “artimanhas interpretativas” (SILVA, 2014, p. 87-89). Nesse sentido, afigura-se perfeitamente aceitável que a liberdade das pessoas possa ser restringida em homenagem a outros direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição, como é o caso, por exemplo, do direito à igualdade. Cabe ao magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, ponderá-los, dando preponderância a um dos direitos em detrimento do outro sem se condicionar necessariamente a uma atuação positiva do legislador contemplando o fato.

Vê-se, portanto, que a diferença fulcral entre as teorias da eficácia indireta e direta reside exatamente na necessidade da mediação ou não do poder legislativo para que os direitos fundamentais possam surtir seus efeitos no âmbito privado. Para a primeira tese, essa interposição se faz imperativa por meio das cláusulas gerais, como são exemplo no direito civil brasileiro, as normas contidas nos artigos 12, 421, 422 e 1228, § 1º, do Código Civil, que tratam, respectivamente, dos direitos da personalidade, da função social do contrato, da boa-fé objetiva nas relações contratuais e da função social da propriedade.

Já, para a segunda corrente, a existência ou não de disposição legal específica ou de cláusulas gerais de direito privado não impede a “influência”, conforme expressão lapidada por Steinmetz (2004, p. 138), dos direitos fundamentais às relações travadas entre particulares. De modo que, “mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito deste material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si” (SILVA, 2014, p. 89).

Aliás, é na omissão, na insuficiência e nos abusos do legislador que a eficácia dos direitos fundamentais se mostra mais necessária, na medida em que se constituem em instrumentos indispensáveis de defesa dos interesses das minorias contra o exercício ilegítimo do poder pela maioria circunstancial que o assume. Não raras vezes o usando para promoções de desejos escusos e corporativistas em detrimento das reais necessidades da sociedade e do desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Logo, para a teoria da eficácia direta, os direitos fundamentais são normativamente suficientes e bastantes em si mesmos para regerem diretamente os conflitos que emergem das interações privadas, prescindindo-se de qualquer autorização do legislador nesse sentido.

Se, se admitir a eficácia indireta, tão somente, a lógica do sistema construído a partir do constitucionalismo contemporâneo se inverte. Ora, não se pode concordar, diante da força normativa da Constituição, que se condicione a efetividade dos direitos fundamentais à livre

vontade do legislador. Nesse caso, estar-se-ia admitindo que o Parlamento, assim como o era no Estado Liberal, se sobrepusesse a vontade do Poder Constituinte expressa alocada na Constituição. Se assim fosse, “correr-se-ia o risco de a *omissão* do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a *ação* do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte)” (FACCHIN NETO, 2010, p. 66).

Em reforço a esta ideia, Steinmetz (2004, p. 156) apregoa que condicionar a eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas à intermediação do legislador por meio de cláusulas gerais e de sua interpretação e aplicação jurisdicional aos fatos sociais é defender a “legalização” dos direitos fundamentais e substituir o princípio da constitucionalidade pelo princípio da legalidade. Um princípio, aliás, que suscita bastantes preocupações diante de um Parlamento omissivo, moroso e deficiente na regulamentação de fatos sociais que reclamam prementemente por uma proteção de direitos fundamentais.

Seguindo este raciocínio, Sarmiento (2006, p. 78) assevera que o caráter normativo da Lei Fundamental e a eficácia jurídica de seus princípios determinam o reconhecimento de uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Defender-se o contrário, seria inverter completamente a lógica contemporânea do sistema jurídico-constitucional, pela qual a norma hierarquicamente superior se transformaria num mero instrumento de integração das que lhe são dependentes, ao arrepio do princípio que informa a força normativa suprema da Constituição, não só sob o seu aspecto formal, mas principalmente no que toca ao seu conteúdo ou substância plasmada nas normas de direitos fundamentais.

Observa-se, portanto, uma clara tendência doutrinária pela adoção da teoria que imprime uma eficácia direta às normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Contudo, adverte Facchin Neto (2010, p. 66), que a contemplação desta eficácia não pode significar menoscabo ou negação ao efeito de penetração dos direitos através da lei. Em homenagem ao princípio democrático e o da separação dos poderes, o normal e mais conveniente é de se respeitar primariamente a decisão do legislador que delimitou o alcance e o sentido do conteúdo aberto das normas de direitos fundamentais na lei de natureza civil.

Pois, é de se presumir que num Estado Democrático as decisões tomadas no âmbito parlamentar reflitam a demandas sociais mais urgentes da população, pois é ali que se oferecem as condições para que os assuntos de interesse público sejam recebidos, selecionados em níveis de prioridade, discutidos com a necessária amplitude e profundidade por toda a comunidade, deliberados e, por fim, reproduzidos democraticamente no texto legal.

Agora, no momento em que isso não se evidencia nas decisões do legislador, cabe, como função primordial do poder judiciário, em particular, ao Supremo Tribunal Federal, afastar a decisão do parlamento que transbordou a moldura normativa que lhe foi fixada pela Constituição, e aplicar diretamente as normas constitucionais de direitos fundamentais aos casos concretos submetidos à sua apreciação.

É de se recordar que numa democracia substancial, ninguém, absolutamente ninguém, a pretexto de se fazer uso de suas prerrogativas funcionais, tem permissão de transgredir a Constituição. Pois, nenhuma autoridade pública ou entidade particular está ao lado ou acima de seu poder. Os poderes constituídos, indiscriminadamente, devem-lhe obediência estrita ao seu texto. Não lhes cabe contestá-lo ou torná-lo ineficaz à população, salvo por razões que se extraiam legitimamente do princípio democrático. Nesta perspectiva, quaisquer excessos, omissões ou insuficiências na legislação ordinária no que toda a sua função primeira em realizar os direitos fundamentais, devem ser incontinentemente reparadas pela jurisdição constitucional.

Diante disso, propõe-se a adoção de uma teoria que seja suficientemente capaz de realizar efetivamente os direitos fundamentais para a comunidade, sem déficit e excessos, mas que, ao mesmo tempo, manifeste-se em harmonia e com respeito ao princípio da separação dos poderes, tão caro e fundamental para a preservação de um Estado que se assenta num regime republicano. A par disso, outorga-se ao legislador a função primária de concretizar na lei o conteúdo da Constituição, e, supletivamente, aos juízes em suas respectivas decisões, seja interpretando o texto legal no sentido da máxima efetivação dos direitos aplicáveis ao caso concreto, seja, pelas razões já expostas, fazendo-se incidir diretamente à Constituição.

Importa ressaltar que na Alemanha ainda impera a teoria da eficácia mediata, tanto na jurisprudência do Tribunal Constitucional, quanto no entendimento quase unânime da doutrina (SARLET, 2015, p. 400). Porém, no Brasil, a posição prevalecente, conforme se pode observar das manifestações trazidas à colação de alguns dos mais renomados juristas pátrios, é pela incorporação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais pela ordem jurídico-constitucional. Resta se investigar, portanto, como é que o Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição, vem se manifestando em suas decisões sobre o tema, o que será objeto de análise no próximo capítulo.

Mas antes disso, faz-se necessário tecer algumas considerações, embora sucintas, sobre a doutrina da *state action* que vigora no direito norte-americano. Isso porque, a sua compreensão será útil para uma melhor interpretação das decisões proferidas pelo Pretório

Excelso no que tange ao assunto em debate. Segundo esta teoria, de inspiração liberal, os direitos fundamentais vinculam apenas o Estado.

Assim sendo, tais direitos somente podem ser opostos contra atos praticados pelos poderes públicos (GALIZA, 2011, p. 60). Em homenagem à autonomia privada, os particulares não se condicionariam aos direitos expressos à Constituição, mas, tão somente, aos direitos individuais protegidos pela lei posta democraticamente pelo parlamento (STEINMETZ, 2004, p. 178).

No entanto, o poder judiciário estadunidense vem temperado esta ideia e estendendo o campo de incidência dos direitos fundamentais para atos que, inobstante praticados por particulares, possam ser equiparados, pela sua natureza, às ações típicas de Estado desempenhadas pelos seus agentes no exercício de suas respectivas funções públicas. Ou seja, seriam atos particulares que se revestiriam de características próprias de atos estatais (SILVA, 2014, p. 100). Nesse sentido, opera-se, por assim dizer, uma espécie de interpretação extensiva desta doutrina a fim de contemplar relações de caráter eminentemente privadas que, a rigor, não estariam abrangidas pelo seu campo de ação.

No entanto, não há nenhum critério objetivo para se delimitar os fatos de direito privado que seriam ou não contemplados pela teoria. Nas situações extremas em que claramente se percebe a conexão ou não do comportamento do particular aos atos do poder público não há maiores dificuldades. O problema surge em maior escala nas hipóteses em que esta conexão ou equiparação se mostrar nebulosa. Quer dizer, quando a situação concreta suscitar dúvidas no julgador quanto à sua natureza, se possível ou não de ser enquadrada e, portanto, reconduzida a uma espécie de função pública desenvolvida pelo particular.

## **4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Para que se compreenda o conteúdo prático e concreto da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas na ordem jurídica brasileira, faz-se necessário que se investigue como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando a respeito do tema. De acordo com o estabelecido no artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988, coube a este órgão a nobre e imponente função de interpretá-los de forma soberana e de aplicá-los em última instância aos casos concretos, condicionando as decisões dos tribunais inferiores e de todas as ações estatais dos demais poderes do Estado.

Assim, para além da posição da doutrina pátria sobre o assunto em destaque, revela-se imperioso que se analise em que medida os Ministros da Suprema Corte brasileira vêm se manifestando em relação à forma e à intensidade da irradiação dos direitos fundamentais no direito privado, sobretudo ante a novidade do tema no âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo e de sua atualidade no cenário jurídico brasileiro. Isso porque foi somente em 2005, no julgamento do RE 201.819-8/RJ, que esse Tribunal se manifestou expressamente sobre esta temática de modo específico por meio de um de seus órgãos colegiados. Nas raras ocasiões anteriores em que os seus juízes tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a questão, fizeram-no de forma tímida, reservando-se a decidirem casuisticamente em favor da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem, contudo, preocuparem-se em fundamentarem as suas decisões à luz das teorias que justificam esta eficácia qualificada dos direitos fundamentais, conforme se verá a seguir.

### **4.1 O Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ: uma referência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**

Este julgado permitiu aos Ministros da Segunda Turma do Pretório Excelso uma apreciação mais pormenorizada dos contornos teóricos que envolvem a temática em apreço (SOMBRA, 2011, p. 67). Mas, mais do que isso, essa investigação se acentua porque esse julgado, apesar de paradigmático, mostra-se inconclusivo sobre o efetivo posicionamento desse Tribunal sobre o tema, em particular, de sua Segunda Turma. Pois, dos cinco membros que a integrava, sobre o tema m à época, somente o Ministro Celso de Melo, ainda remanescente no órgão, manifestou-se convicta e peremptoriamente em seu voto sobre a

incorporação da teoria da eficácia direta pelo sistema jurídico brasileiro inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

Os demais Ministros, ou se mantiveram paradoxais e lacunares a respeito de sua adoção, ou, diante de uma posição eminentemente legalista, refutaram-na. Mas, antes de adentrar especificamente no teor dos respectivos votos insta que se conheça, embora resumidamente, o desdobramento do presente caso até o seu julgamento final pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, pois este acórdão, em razão de suas características, servirá como referência para o desenvolvimento da presente pesquisa.

O fato envolve a exclusão de um associado do quadro social de uma sociedade civil, a União brasileira de compositores, por meio de um procedimento administrativo que não respeitou à garantia ao devido processo legal, especificamente os direitos ao contraditório e à ampla defesa. Contra a decisão da comissão processante, o excluído se insurgiu e ingressou com uma ação judicial pleiteando o reconhecimento desses direitos, na medida em que lhe fora aplicado à penalidade máxima prevista no estatuto da instituição, sem, ao menos, terem lhe ofertado a possibilidade de ser ouvido e influir com seus argumentos e provas no julgamento do inquérito disciplinar.

O Tribunal *a quo*, com fundamento no princípio constitucional da ampla defesa, sem adentrar ao mérito, na justiça ou injustiça da decisão, anulou a punição aplicada ao sócio. Compreendeu-se que, embora a sociedade tivesse, de fato, por seu órgão deliberativo, designado uma comissão especial para apurar as possíveis infrações estatutárias atribuídas ao autor, tal comissão deixou de cumprir o princípio constitucional ao devido processo legal ao não ensejar ao apelado oportunidade de se defender das acusações e de realizar possíveis provas em seu favor. Caracterizadas as infrações, ao ver da comissão, o autor tinha de ser, expressa e formalmente, cientificado das mesmas e convocado para apresentar, querendo, em prazo razoável, a sua defesa, facultando-lhe a produção das provas que entendesse pertinentes. Inconformada com a decisão do tribunal de justiça, a parte sucumbente interpôs recurso extraordinário para o Pretório Excelso, alegando que a associação, como entidade jurídica de personalidade privada, dotada de estatutos e regimentos próprios, não se vinculava nas relações com seus associados ao princípio da ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Segundo as suas razões, os direitos fundamentais apenas vinculariam os atos praticados pelos entes públicos, não condicionando o comportamento dos particulares nas relações uns com os outros.

O recurso foi distribuído para a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, composta, à época, pela Ministra Ellen Greice e os Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes,

Joaquim Barbosa e Celso de Mello. Observa-se que de todos eles, apenas os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello continuam no Tribunal, com posições, ao menos naquele julgamento, não convergentes em relação ao tema.

A Relatora do processo, a Ministra Ellen Greice, conforme as fls. 580, 581, 586, 614 e 628, adotou uma posição eminentemente positivista, guardando bastante reserva quanto à incidência dos direitos fundamentais às relações privadas. Segundo a magistrada, não se pode impor aos indivíduos e às associações de direito privado as mesmas restrições que se colocam ao Estado. Diversamente da decisão de origem, portanto, a sua manifestação foi no sentido da não aplicabilidade do princípio do devido processo legal ao caso concreto.

Segundo o seu entendimento:

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV, da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC (STF, 2005, p. 581).

Na medida em que a lei civil regente dessa relação reservou a competência para que os Estatutos das pessoas jurídicas de direito privado regessem a matéria, não caberia, segundo essa magistrada, qualquer discussão constitucional a respeito da legalidade da decisão tomada pela Comissão processante, pois seus membros se restringiram legitimamente a aplicar a lei vigente aos fatos. Sua posição foi justificada sob o argumento de que todo cidadão ao ingressar numa sociedade deve conhecer seu Estatuto, aderindo-o a suas regras e objetivos.

E, nos termos postos objetivamente pelo artigo 16 do Estatuto da recorrida não consta, dentre os atos que a comissão de inquérito deva tomar na condução de seus trabalhos de apuração de indícios e aplicação de penalidades, o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, contidos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Assim, por se tratar de uma entidade de caráter eminentemente privado, as relações entre a sociedade e seus sócios é questão a ser solvida exclusivamente pelos respectivos estatutos sociais, de modo que, obedecido o procedimento nele fixado não há ofensa ao princípio da ampla defesa.

No mesmo sentido foi o voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso, nas p. 629-636. Este magistrado asseverou que “o devido processo legal se exerce de conformidade com a lei” (STF, 2005, p. 629). E, neste caso específico, como o Código Civil reservou a sua disciplina ao Estatuto da sociedade, caberia as suas prescrições definirem os contornos jurídicos deste princípio aplicáveis ao caso em apreço, não havendo, portanto, razão para a parte de pretender que incida ao procedimento disciplinar princípios de índole constitucional.

No entanto, ao final de seu voto, o Ministro reconhece que o Colegiado já havia se pronunciado favoravelmente à aplicabilidade de direitos “públicos” fundamentais nas relações privadas, porém de natureza trabalhista (STF, 2005, p. 632). Esta decisão foi proferida no Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, publicada em 19 de dezembro de 1997, que será objeto de maiores reflexões no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, na medida em que nele se fez referência a todos os julgados anteriores do Tribunal sobre o tema, inclusive este.

O Ministro Gilmar Mendes, no entanto, pediu vista dos autos, pois considerou a matéria neles contida uma típica situação que demandava reflexões mais detidas a respeito das teorias que versam sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, impondo-se, assim, a apreciação do caso sob a perspectiva de uma jurisdição constitucional. Preliminarmente, então, o ministro traz à colação no seu voto o entendimento da doutrina estrangeira, em especial, a alemã e a norte-americana, e, em seguida, da nacional a respeito do assunto (STF, 2005, p. 587-601).

Além disso, o magistrado faz um apanhado de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas até aquele momento relacionadas ao tema. O primeiro julgado colacionado foi o Recurso Extraordinário nº 160.222/RJ, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertença, publicado em 01 de setembro de 1995, que versa sobre a legitimidade ou não da fixação no contrato individual de trabalho de cláusulas impositivas de revista íntima às empregadas de uma fábrica de *lingeries* (STF, 2005, 602-603).

O seu mérito não foi examinado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, pois o fato de natureza criminal já havia prescrito. Consigna-se, no entanto, que o juízo monocrático entendeu que a referida cláusula violava a garantia constitucional à intimidade das empregadas. Segundo o magistrado, a exigência de qualquer conduta nesse sentido por parte do empregador configuraria o crime de constrangimento ilegal.

Diferentemente, porém, foi à compreensão fixada no acórdão em grau de recurso. Para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ainda que existente à violação à intimidade e o constrangimento decorrente da conduta à revista, isso não seria razão suficiente para se afastar a incidência da cláusula, na medida em que o seu teor era conhecido e fora aceito pela empregada no momento de sua adesão ao contrato de trabalho. Nessa perspectiva, a autonomia de vontade do empregador deveria ser preservada, a despeito de sua manifestação culminar numa evidente violação aos direitos da personalidade e da dignidade das trabalhadoras, especificamente, de seus direitos à privacidade e à intimidade.

Em face disso, o Ministro Relator ao declarar extinta a punibilidade do fato pela prescrição da pretensão punitiva pelo crime de constrangimento ilegal, lamentou que a irreversibilidade do tempo tornasse impossível o enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal de relevante questão concernente à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a preservação exacerbada da autonomia privada, de outro. Essa contraposição entre a tutela da dignidade da pessoa humana, referendada pela decisão do juízo monocrático, e o resguardo da autonomia privada, sustentada pelo acórdão do Tribunal de Justiça, no âmbito de uma relação de desigualdade fático-econômica, certamente demandaria uma solução, à luz da teoria dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A outra ação citada pelo Ministro Gilmar Mendes no seu voto foi o Recurso Extraordinário nº 158. 215/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicado em 07 de junho de 1996 (STF, 2005, p. 603-605). Assim como o caso que está sendo utilizado como referência para a presente pesquisa, esta situação também envolve a exclusão de um associado de uma entidade privada (cooperativa), sem se ter respeitado os direitos ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do respectivo processo disciplinar. Ao analisar o mérito, o Ministro Relator determinou a incidência imediata desses princípios ao caso concreto para que se conferissem direitos subjetivos aos associados expulsos da cooperativa a serem reintegrados na instituição e de se submeterem novamente a um procedimento que respeitasse os seus direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa previstos constitucionalmente.

Neste caso, observa-se claramente o entendimento do Ministro Relator em favor da incidência direta das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa para reger o caso concreto. No entanto, ao longo de seu voto não há qualquer discussão em relação às premissas teóricas que pudessem justificar uma adoção sistemática da eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas. Restringiu-se apenas a sugerir que determinados preceitos constitucionais, pela sua estatura normativo-constitucional, deveriam direcionar o exame da legislação comum, citando-se, como exemplo, a cláusula geral do devido processo legal, que assegura os direitos ao contraditório e a ampla defesa.

E, por fim, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou sobre o Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, publicado em 19 de dezembro de 1997 (STF, 2005, p. 605-607). Neste caso, discutiu-se a possibilidade de se estender aos empregados brasileiros vantagens salariais que eram concedidas pelo Estatuto de pessoal de uma Companhia de Aviação francesa apenas aos seus empregados nacionais.

Note-se que, a despeito de se tratar de uma relação trabalhista, regida, portanto, por legislação especial em favor da parte hipossuficiente, no caso, o empregado, tanto o Tribunal

Regional do Trabalho, quanto o Tribunal Superior do Trabalho, negaram a igualdade de direitos reclamada pelos empregados brasileiros em nome da preservação da autonomia privada da empresa. Esses Colegiados entenderam que a regra prevista no Estatuto de pessoal da Companhia aérea, que contemplava determinadas vantagens pecuniárias apenas aos empregados franceses em detrimento dos estrangeiros, seria plenamente válida, à luz da legislação trabalhista e, como tal, deveria ser respeitada.

O Ministro Carlos Velloso, por sua vez, relativizou o extremismo concedido pelas instâncias judiciais inferiores à autonomia privada e reconheceu, episodicamente, a legitimidade de se estender os direitos estatutários a todos os empregados, indiscriminadamente. Entendeu-se que o caso deveria ser resolvido ao lume do princípio constitucional da igualdade substancial, pois o empregado, a despeito de conhecer as regras do estatuto ao ingressar na empresa, em razão de sua posição de inferioridade fática em relação ao seu empregador, não teria condições plenas de negociar livremente os termos do contrato de trabalho. Portanto, trata-se de mais uma situação em que se reconhece a incidência dos direitos fundamentais sobre um conflito de natureza eminentemente privado, sem, contudo, suscitar qualquer preocupação em se fundamentar a decisão judicial nas teorias que tratam especificamente do tema.

Enfim, diante da análise retrospectiva da jurisprudência do Pretório Excelso sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito civil, o Ministro Gilmar Mendes passa a destacar na sequência de seu voto que não seria possível fixar, naquela oportunidade, os contornos gerais que matizam o entendimento da Corte sobre o tema. Poder-se-ia, tão somente, reconhecer que o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua Segunda Turma, já possuía um histórico identificável de uma jurisdição constitucional orientada para a aplicação desses direitos às relações entre particulares (STF, 2005, p. 607).

E, após essas considerações, o magistrado adentra na análise do objeto do recurso, ressaltando, de imediato, que a incidência dos direitos fundamentais ao procedimento expulsório do recorrido se justifica diante das singularidades apresentadas pelo caso concreto, notadamente evidenciadas pela especial situação da entidade associativa apontada como violadora dos direitos ao contraditório à ampla defesa. Segundo o Ministro, a exclusão de um associado pela União Brasileira de Compositores, que integra o sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais na condição de repassadora dos valores recolhidos pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), restringe sobremaneira os direitos essenciais à própria sobrevivência do excluído.

Além de impossibilitá-lo de continuar percebendo os numerários relativos aos direitos autorais que lhe são devidos em razão da execução de suas obras, a sua desfiliação forçada da entidade poderia culminar por lhe limitar a própria liberdade de exercício profissional reconhecida como um direito fundamental no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988. Nessas condições, destaca o Ministro, “tratar-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como *espaço público* ainda que *não-estatal*” (STF, 2005, p. 609). E, nesses termos, conclui o seu voto dizendo afigurar-se:

[...] decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade (STF, 2005, p. 612-613).

Portanto, esse caráter público ou geral da atividade exercida pela referida associação, integrante da esfera do que se denominou chamar de espaço público, ainda que não estatal, foi determinante, de acordo com as palavras do Ministro Gilmar Mendes, para legitimar a aplicação dos direitos fundamentais no caso em apreço. Diante de tais circunstâncias, não se mostra razoável impor-se uma penalidade tão grave ao membro da associação sem sequer ter lhe ofertado a possibilidade de exercício dos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa no curso do procedimento disciplinar instaurado com a finalidade de expulsá-lo do quadro social da instituição.

Nessa mesma linha de raciocínio, conduziu-se o Ministro Joaquim Babosa. Após infirmar o posicionamento da Ministra Relatora, argumentando que a sua decisão teria adotado sem nuances a doutrina da *State Action* do direito norte-americano, e acolhendo os argumentos enfeixados pelo Ministro Gilmar Mendes, decidiu, então, pela aplicabilidade dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa ao caso. Diante dessa perspectiva autorizativa de eficácia, fez questão de frisar que a incidência dos direitos fundamentais no direito privado exige uma avaliação caso a caso, com moderação, a fim de que não se encolha em demasia a autonomia privada do cidadão (STF, 2005, p. 621-622). À luz dessas considerações, então, o Ministro conclui, na esteira do voto divergente, que a natureza “quase pública” da atividade desenvolvida pela associação é que autorizaria a aplicabilidade dos direitos fundamentais no caso concreto (STF, 2005, p. 627).

E, por fim, pronunciou-se o decano da Suprema Corte brasileira, o Ministro Celso de Mello. De acordo com o seu pronunciamento, a força normativa da Constituição e a eficácia reforçada outorgada aos direitos fundamentais nela previstos impõem aos particulares um

dever de respeitá-los em suas relações intersubjetivas. Nesses termos, a autonomia privada não pode ser exercida à revelia e com desprezo aos valores que subjazem as normas de direitos e garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal de 1988 (STF, 2005, p. 646).

Em face disso, o Ministro reconhece a incidência direta dos princípios ao contraditório e à ampla defesa ao caso concreto, independentemente da natureza da atividade desenvolvida pela entidade associativa, se pública ou privada (STF, 2005, p. 649). O seu posicionamento, portanto, resta inequívoco quanto à adoção da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais pela ordem jurídica brasileira. Não há ao longo de sua manifestação, tal como se sucedeu nos votos anteriores, qualquer alusão ao tipo de atividade desempenhada pela associação como forma de se condicionar ou não a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Pelo contrário, o Ministro faz questão de ressaltar que a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, é uma prerrogativa indisponível do acusado, “não obstante se tratar, como no caso, de ato praticado na esfera e sob a égide de uma típica relação de ordem jurídico-privada” (STF, 2005, p. 649). Note-se, portanto, que o Ministro Celso de Mello foi o único membro do Colegiado a se pronunciar de forma peremptória nesse sentido.

A Ministra Ellen Grace e o Ministro Carlos Velloso negaram a eficácia dos direitos fundamentais em nome da preservação da autonomia privada da associação. E, os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, cujos argumentos se encontram expressamente delineados na ementa do acórdão como um dos fundamentos principais para se justificar a decisão da Turma, entenderam que os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa incidiriam no caso em razão das peculiaridades da atividade exercida pela entidade associativa. Nos seus respectivos votos fica claro que o caráter público da atividade desempenhada pela sociedade é o que legitimou os seus pronunciamentos em favor da eficácia dos direitos naquela relação entre entes privados.

Reconhece-se, assim, pela importância do tema em comento e de sua indefinição na jurisprudência do Pretório Excelso evidenciada neste acórdão, a necessidade de se dar continuidade a essa investigação a fim de verificar como os seus Ministros vêm se manifestado nos julgados subsequentes ao RE 201.819, sobretudo em face de sua nova composição. Atualmente, apenas os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello permanecem na Corte. E, como se verificou acima, com posições um tanto quanto divergentes quanto à

efetiva adoção da teoria da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas pelo Direito brasileiro.

Nessa medida, e seguindo os diferentes posicionamentos espalhados no julgado em referência, três hipóteses poderão ser encontradas nos votos prolatados pelos membros do Pretório Excelso nos acórdãos pesquisados que versam sobre o referido tema. Ou, os Ministros assumem uma posição eminentemente positivista, rechaçando-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ou, reconhecem-na, mas condicionam a sua adoção à natureza da atividade exercida pelo ente privado. Ou, por fim, adotam-na de forma direta, incondicional e autônoma em relação à eficácia dos direitos fundamentais frente ao Estado.

Por derradeiro, é de se destacar que o exame se dará em relação ao voto específico de cada Ministro nos acórdãos em que essa temática é evocada. De modo que, num mesmo julgado mais de uma hipótese poderá ser encontrada, assim como ocorreu no julgamento do RE 201.819/RJ, de 2005, aqui examinado. E, de posse de todos esses dados colhidos, faz-se, ao final da pesquisa, uma síntese conclusiva a fim de verificar qual das hipóteses aqui consideradas prevalecerá nas decisões e nos votos dos Ministros.

#### **4.2 O entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: acórdãos recentes**

Inicialmente, insta que se aponte a metodologia utilizada para identificar as decisões do Pretório Excelso que referiram o tema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Muito embora a metodologia pensada inicialmente intentasse a pesquisa jurisprudencial por meio do link: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, colocando-se os termos no primeiro campo “Pesquisa livre”, foi necessário redirecionar o campo de pesquisa para outro link: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>, também pertencente ao sítio do Supremo Tribunal Federal.

Para esse fim, as expressões utilizadas foram as seguintes: “Eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, “Eficácia horizontal”, “Eficácia externa dos direitos fundamentais”, “Eficácia externa”, “Eficácia irradiante dos direitos fundamentais”, “Eficácia irradiante”, “Eficácia privada dos direitos fundamentais”, “Eficácia privada”, “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, “Eficácia nas relações privadas”, “Eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado”, “Eficácia no âmbito privado”, “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas”, “Eficácia nas relações interprivadas”, “Eficácia dos

direitos fundamentais perante terceiros”, “Eficácia perante terceiros”, “Eficácia dos direitos fundamentais”, “Autonomia privada”, “Princípio do dever de proteção” e “Dimensão objetiva dos direitos fundamentais”.

Ao se adicionar essas expressões no campo supracitado, localizou-se os números dos processos que as reconheceram. Em seguida, analisou-se junto ao inteiro teor de cada um deles se o termo correspondia efetivamente ao objeto da presente pesquisa, ou tratava-se de palavras avulsas, sem qualquer identidade com o exame pretendido. Ou seja, fez-se uma análise singular e detalhada de cada julgado encontrado na pesquisa a partir das palavras-chaves acima indicadas.

Porém, inobstante a pesquisa informasse à existência da expressão contida no acórdão, ao lê-lo pontualmente, verificava-se que ao invés de contê-la tal qual digitada a ser rastreada havia somente as palavras avulsas. Na quase totalidade dos julgados não havia a expressão, mas, sim, somente as palavras apartadas, abordando temas diversos da perspectiva almejada por este pesquisador. Somente em cinco decisões a temática da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado foi referida pelos Ministros nos seus votos, seja de forma expressa ou apenas implicitamente, mas o suficiente para deles se extrair um posicionamento sobre o tema em pauta.

As decisões foram as seguintes: A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF, de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, publicada em 06 de novembro de 2009, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, publicada em 14 de outubro de 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, publicada em 14 de outubro de 2011, o Recurso Extraordinário com Agravo nº 725.894/RS, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, publicado em 08 de fevereiro de 2013, e o Recurso Extraordinário com Agravo nº 958.796/MG, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, publicado em 27 de maio de 2016. Por conta desses julgados não terem como objeto específico a discussão envolvendo o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, diferentemente do que se verificou no julgamento do RE 201. 819/RJ, apenas se trouxe à colação ao corpo deste trabalho as manifestações dos Ministros que de alguma forma a referiram como subsídio para fundamentar as suas respectivas decisões.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em face da Lei Federal nº 5.250, editada em 09 de fevereiro de 1967, autoproclamada como “Lei de Imprensa”. Neste processo, pugnava-se ao

Supremo Tribunal Federal que declarasse a não recepção pela Constituição Federal de 1988 de alguns dispositivos contidos na aludida lei, assim como se conferisse para outros artigos nela contemplados uma interpretação conforme a Carta Constitucional.

A decisão final do Pretório Excelso foi pela não recepção integral da lei, na medida em que se asseverou haver uma incompatibilidade insuperável de seu conteúdo com as normas de valores consagradas na Constituição Federal de 1988, restando-se impossível, portanto, pretender-se empreender qualquer espécie de conciliação entre essas normas. Ao analisar todas as fundamentações dos magistrados que orientaram os seus respectivos votos, observou-se que apenas o Ministro Celso de Mello destacou a relevância da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares para o deslinde da causa.

Na esteira do posicionamento de vários doutrinadores pátrios e estrangeiros trazidos à colação no seu voto, o Ministro ressalta a necessidade de se reconhecer uma projeção imediata dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas entre particulares, destacando-se que o “estatuto das liberdades públicas não se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, mas também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado” (STF, 2009, p. 167), em prol de um constitucionalismo de igualdade de um Estado social de direito. Aqueles que professam e defendem que os direitos fundamentais apenas devam incidir indiretamente no âmbito das relações civis, arraigam-se no modelo constitucional típico do Estado Liberal.

E, por essa razão, assevera-se que a autonomia de vontade dos entes privados não pode se manifestar de forma livre e desimpedida, na medida em que o seu exercício encontra limites claros e expressos nos direitos e nas demais liberdades conferidas às pessoas pela Constituição Federal de 1988. Portanto, de acordo com o Ministro:

[...] a autonomia da vontade não confere a ninguém, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa, também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais (STF, 2009, p. 172).

No caso em particular, esta restrição à manifestação de vontade dos particulares se evidenciaria em relação aos direitos constitucionais concernentes à liberdade de informação em face dos direitos da personalidade das pessoas, como à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade. Neste caso, conclui o Ministro, cabe ao poder judiciário, mediante um juízo de ponderação, definir qual a liberdade que deva prevalecer diante das peculiaridades apresentadas em cada caso concreto.

Por sua vez, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ foi proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, mas subsumida pelo relator, para fins de julgamento, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, intentada pela Procuradoria-Geral da República, pois ambas as ações apresentavam a mesma causa de pedir, qual seja, a subsunção do artigo 1723 do Código Civil brasileiro, que reproduziu literalmente o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, à técnica da “interpretação conforme a Constituição” para que fossem reconhecidas às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo como entidades familiares. De acordo com a literalidade do referido dispositivo legal, o regime jurídico das uniões estáveis se restringe a contemplar àquelas situações formadas entre um homem e uma mulher, excluindo-se dos seus contornos conceituais, as uniões constituídas entre homens ou entre mulheres como de entidade familiar.

O Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre o tema, em 2011, por unanimidade, pronunciou-se, em definitivo, e reconheceu a legitimidade constitucional às uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo como família. O Tribunal fez uma interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil para dele afastar qualquer significado que pudesse prejudicar ou impedir esse reconhecimento e a aplicação das mesmas regras e consequências outorgadas às uniões estáveis entre homens e mulheres. Para tanto, a Corte se utilizou, como parâmetros normativo-constitucionais para esta interpretação, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da intimidade, dentre outros.

Segundo o Ministro Ayres Britto, relator da ação, à preferência sexual das pessoas é um bem da personalidade e exigência que emana diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, assevera textualmente no seu voto que:

Nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que a intimidade e a vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais (STF, 2011, p. 17).

Afirma-se, portanto, que o uso da sexualidade é expressão inviolável da esfera de autonomia de vontade da pessoa e compreende o espaço mais recôndito da intimidade do ser humano. Como tal, este direito não pode ser utilizado como fator para legitimar discriminações jurídicas aos cidadãos, salvo quando autorizado expressamente pela Constituição. Nesse sentido, o Ministro destaca que qualquer tratamento de viés discriminatório ou que tenda a desigualar pessoas umas em relação às outras, salvo expressa autorização judicial nesse sentido, é conduta da maior gravidade que atenta frontalmente contra o princípio de se “promover o bem de todos”, posto no artigo 3º, IV, da Constituição

Federal como um dos objetivos fulcrais do Estado Democrático brasileiro, seja por conta de um ato ou de um comportamento intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado (STF, 2011, p. 24).

Nesta perspectiva, “bem de todos” compreende um valor objetivamente posto pela Constituição com o propósito de dar sentido para a vida de cada pessoa em particular, com repercussões positivas para o equilíbrio moral de toda a sociedade. Significa fazer o bem sem discriminações de quaisquer espécies, inclusive de conotação sexual. Diante disso, a opção sexual da pessoa, assim como o seu uso, constitui-se num direito subjetivo de seu titular de opô-lo em face dos agentes estatais ou de membros da sociedade, assim como o faz em relação às liberdades individuais clássicas, como a liberdade de manifestação do pensamento ou de locomoção (STF, 2011 p. 32).

Portanto, como a constituição proscree expressamente a discriminação em razão do sexo, e nada proibiu nem obrigou em relação ao uso da sexualidade pelo indivíduo, não cabe ao Estado, em atenção ao princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal 1988, interferir nesta esfera que restou absolutamente relegada à autonomia privada, sobretudo se considerar que é no aconchego da família que se expressam alguns dos mais importantes direitos individuais da pessoa humana: a sua intimidade e vida privada, sem os quais a personalidade e a individualidade das pessoas não se completam plenamente, e a dignidade de seus membros certamente restará comprometida.

Nesse passo, então, o Ministro reconhece que a opção sexual é um direito fundamental implícito contido na Constituição decorrente diretamente da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, com base autorizativa no artigo 5º, § 2º, da Carta Fundamental. Mas, mais do que isso, é possível extrair claramente de sua manifestação que este direito de envergadura constitucional deva incidir diretamente em todas as relações jurídicas estabelecidas pelo seu titular, seja com o Estado ou com outros particulares.

O outro magistrado a fazer referência no seu voto sobre o tema aqui versado foi o Ministro Luiz Fux. Mas, diferentemente do relator, que o fez de forma vaga, sem se ater a qualquer consideração a respeito das teorias que versam sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, este juiz se manifestou de maneira direta e consistente. Para fundamentar a sua decisão, trouxe à colação em seu voto o posicionamento mais abalizado da doutrina brasileira sobre esta temática.

Em sua manifestação, o Ministro assevera que o Estado, à luz da teoria dos deveres de proteção, importante consectário do reconhecimento pelo Estado de que os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva de valores, tem a obrigação e a

responsabilidade de proteger e de promover os direitos fundamentais. Portanto, na condição de valores objetivos ou como “valores eleitos por uma comunidade como nucleares”, os direitos fundamentais se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico de modo a balizar tanto a atuação do poder público, quanto dos particulares.

Assim, destaca o Ministro:

A teoria dos deveres de proteção serve como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças providas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional (STF, 2011, p. 55).

Portanto, os deveres de proteção que os direitos fundamentais postos na Constituição impõem ao Estado, transmudam-se em direitos de proteção aos seus titulares, que compreendem toda e qualquer pessoa, que por sua própria natureza, reveste-se com o manto sagrado e indisponível da dignidade, em exigir uma atuação comissiva de todos os poderes estatais - do legislativo, da administração pública e do judiciário -, para que o exercício dos direitos fundamentais seja efetivamente garantido em todos os âmbitos e relações da vida humana. Assim sendo, o Ministro destaca que o “processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* de proteção dos direitos fundamentais” (STF, 2011, p. 57), sobretudo, ante a falta ou insuficiência dos demais poderes em se desincumbirem de seus, respectivos, deveres de protegê-los.

Nessa linha, faz-se de utilidade transcrever a literalidade das palavras do Ministro, segundo o qual:

Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade-forem alvos de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do poder público na promoção desses direitos. Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas (STF, 2011, p. 61).

Observa-se, portanto, a importância que se conferiu aos juízes, em particular, ao Supremo Tribunal Federal, na realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, notadamente aos direitos das minorias contra discriminações odiosas perpetradas por padrões morais pré-estabelecidos pela maioria. Assim, conclui-se que o desprezo ao reconhecimento das uniões constituídas entre pessoas do mesmo sexo consiste numa violação frontal à dignidade dessas pessoas, sendo dever inexpugnável do Estado intervir para se prevenir ou

reprimir a continuidade dessa nefasta realidade, em especial, ao poder judiciário quando demandado a se manifestar nos casos concretos.

A Ministra Carmen Lúcia, por sua vez, lembra que a discriminação é um comportamento gravíssimo e, por isso, altamente repudiado pela Constituição Federal vigente. Pois, nos termos de seu artigo 3º, III, um dos objetivos fulcrais do Estado brasileiro é justamente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova incansavelmente o bem de todos, sem preconceitos de quaisquer ordens ou espécies. Acrescenta-se ainda que, o Estado Democrático de Direito é concebido sobre o pálido de uma Constituição que “firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas” (STF, 2011, p. 92).

Nesses termos, conclui o seu voto dizendo que a opção sexual, sentimental e de convivência com outrem é um assunto que se relaciona à esfera mais íntima da pessoa, constituindo-se na manifestação pura de sua liberdade individual constitucionalmente protegida de escolher o modo de se viver. Quaisquer preconceitos sociais e discriminações nesse sentido não podem ficar à sombra do direito, advertindo-se que “contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos fundamentais” (STF, 2011, p. 90).

É de se reconhecer, portanto, uma posição favorável à irradiação direta dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado. Nas palavras da Ministra, a Constituição Federal, ao assegurar a dignidade da pessoa humana e a cláusula de não-discriminação como princípios basilares de sustentação do Estado brasileiro, revolta-se frontalmente contra todas as espécies de preconceitos e em face de quem quer que seja. Logo, o seu destinatário pode ser tanto o Estado quanto os particulares, e, neste caso, prescindindo-se para tanto de quaisquer intermediações do legislador.

A despeito do voto sintetizado proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, a sua manifestação foi incisiva em relação à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no campo das relações privadas. Pois, o Ministro utilizou esta teoria em sua decisão com fundamento constitucional para legitimar as uniões constituídas entre pessoas do mesmo sexo. De acordo com as suas palavras, os direitos fundamentais que emanam do núcleo estruturante do princípio da dignidade da pessoa humana, como os direitos à igualdade e à não-discriminação, são “normas, estas, autoaplicáveis, que incidem diretamente sobre essas

relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais” (STF, 2011, p. 120).

Já, o Ministro Gilmar Mendes ressalta no seu voto que o reconhecimento de direitos fundamentais básicos de minorias “não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional” (STF, 2011, p. 171-172). Adverte-se que diante da inexistência ou da carência de uma modelo institucional e legal que os proteja minimamente, é dever da Corte Constitucional oferecer esta tutela, se, de alguma forma, o poder competente para fazê-la se manteve inerte e indiferente.

Salienta o Ministro que o fenômeno da constitucionalização do direito brasileiro, que se operou a partir da Constituição Federal de 1988, determina uma releitura de toda a legislação infraconstitucional à luz dos valores da sociedade consagrados no seu texto, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana. Este princípio passa a ostentar a qualidade de fundamento máximo do Estado brasileiro e elemento de unificação do direito nacional, constituindo-se em fonte autônoma de direitos e obrigações que não pode ser negligenciado pelas autoridades estatais (STF, 2011, p. 211).

Nesse quadro, então, cabe ao intérprete realizar nos casos que lhe são submetidos à sua apreciação uma filtragem constitucional de todos os institutos de direito civil com vistas à realização máxima da dignidade do ser humano, superando-se, assim, o dogmatismo ultrapassado que prevalecia no âmbito do direito civil. Faz-se necessário, então, permitir-se que os direitos fundamentais, como expressões valorativas de concretização deste princípio, incidam em todos os âmbitos das relações sociais como exigência necessária para se evitar a instrumentalização do ser humano, seja por parte do Estado ou de entes privados.

E, neste ponto, cumpre salientar a função primordial outorgada aos direitos e garantias fundamentais, que é a de servir como escudo ou barreira para se impedir que os interesses dominantes e majoritários da sociedade neutralizem ou prejudiquem as manifestações legítimas de minorias e de grupos socialmente vulneráveis. Diante disso, o Ministro Gilmar Mendes reconhece, na esteira da melhor doutrina, que a dignidade da pessoa humana deva ser aplicada diretamente ao caso em apreço em favor do reconhecimento por parte do Estado das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, afastando-se, com isso, a redação restritiva contida no artigo 1.723 do Código Civil.

De acordo com as suas palavras, que merecem ser trazidas à colação na sua literalidade:

Há, sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de

1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários (STF, 2011, p. 214 e 215).

Por fim, o Ministro Celso de Mello é taxativo em afirmar que as resistências das correntes majoritárias, representadas no Congresso nacional, ao reconhecimento dos direitos fundamentais de grupos minoritários e vulneráveis jurídica, econômica, social e politicamente, impõe ao poder judiciário, e, neste caso, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, a função de viabilizar direta e concretamente a plena realização dos valores normativamente postos na Constituição, sem os quais as pretensões de uma sociedade em se consolidar como democrática definitivamente se frustrarão. A concepção material de uma democracia constitucional não admite nem legitima que a vontade hegemônica da maioria suprima, frustre ou aniquile direitos fundamentais das minorias.

Nessa perspectiva, o Ministro entende que:

[...] a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar (STF, 2011, p. 237 e 238).

Segundo o Ministro, a Corte Suprema tem o dever de ser vigilante com a supremacia da Constituição e pelo respeito aos direitos fundamentais nela contidos. É sua função primordial evitar que os direitos e liberdades dos cidadãos se “convertam em fórmulas destituídas de significação” (STF, 2011, p. 247), sobretudo em razão de uma consciente omissão do legislador em fazê-los eficazes socialmente. O desprestígio da Constituição, notadamente pelos valores que a informam, por pura e simples inércia dos poderes constituídos, não pode ser tolerado, por inadmissível, pelo órgão a quem o Legislador Constituinte outorgou o dever inegociável em protegê-la.

Portanto, qualquer atuação positiva do Supremo Tribunal Federal nesse sentido não pode se confundir como ativismo judicial, muito menos que essa prática ofenderia o princípio da separação dos poderes. Pois, ninguém está legitimado a se conduzir em desconformidade com os seus preceitos, sobretudo o grupo majoritário em prejuízo ou aniquilação de direitos existenciais das minorias, sem os quais não se pode imaginar que alguma pessoa humana consiga viver com um mínimo de dignidade em sua comunidade.

Neste ponto, acentua-se o papel de centralidade assumido pelo princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988. Segundo o Ministro, este princípio se constitui num dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática do

Estado brasileiro e, por isso, consubstancia-se num significativo vetor interpretativo e “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País” (STF, 2011, p. 249). Conforme anteposto, este princípio e todos os direitos que dele emanam e o conformam concretamente, dando-lhe significado prático para a vida das pessoas, são fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador direto à disciplina das relações entre particulares. Sua influência no âmbito do direito privado, portanto, não exige qualquer autorização previa do legislador, reconhecendo-se, assim, uma eficácia direta dos direitos fundamentais no caso em apreço.

Passa-se, agora, para o exame do Recurso Extraordinário com Agravo nº 725.894/RS, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, publicado em 08 de fevereiro de 2013. Este agravo foi dirigido contra decisão denegatória de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A ação envolve a pretensão do autor pelo reconhecimento da configuração de danos morais decorrentes de sua exclusão como membro de uma associação civil sem que lhe tenha sido ofertado conhecimento prévio da acusação e os direitos ao contraditório e a ampla defesa no curso do procedimento disciplinar.

Em sua decisão, o Tribunal pontuou que:

A exclusão de membro de associação civil sem que lhe seja oportunizado prévio conhecimento da imputação e efetiva defesa ofende o disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. As garantias do contraditório e da ampla defesa são aplicáveis às relações de direitos privado, por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (STF, 2013, p. 01).

No entanto, entendeu-se que, inobstante a inconstitucionalidade do procedimento de expulsão decorrente da eficácia horizontal do direito fundamental ao devido processo legal, não houve no caso a configuração de dano moral ao autor, mas mero dissabor. Ressaltou-se que “o mero transtorno e a sensibilidade exacerbada não conduzem ao dever de indenizar” (STF, 2013, p. 01).

O Ministro Relator Dias Toffoli em decisão monocrática conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. Em seu voto destacou que a jurisprudência da Corte está consolidada em não admitir o exame de Recurso Extraordinário que se fundamenta numa violação apenas indireta ou reflexa da Constituição Federal. Portanto, as alegações de afronta aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório, dentre outros, quando dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, representando-se, assim, apenas ofensas indiretas à Constituição, não ensejam o seu reexame pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário.

De todo modo, reconheceu que a irresignação da parte não merece prosperar. Confirmando o entendimento do Tribunal de Justiça, acentuou-se que o mero transtorno e a sensibilidade aflorada da parte não são razões suficientes para conduzir ao dever de indenizar. Embora o Relator não tenha se manifestado expressamente sobre o tema em análise no presente trabalho, merece destaque o reconhecimento pelo Tribunal *a quo* da eficácia dos direitos fundamentais como causa determinante para fundamentar a ilicitude de um procedimento disciplinar realizado no âmbito das relações privadas, que não respeitou a cláusula constitucional do devido processo legal, na qual se compreendem os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

E, por fim, passa-se à análise do Recurso Extraordinário com Agravo nº 958.796/MG, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, publicado em 27 de maio de 2016. Este agravo foi interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo (SINTRAMICO) no Estado de Minas Gerais contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho. O autor da demanda pugna pelo reconhecimento da extensão a todos os empregados da categoria da Gratificação Extraordinária Gerencial, paga de uma só vez aos ocupantes de cargos de confiança no mês de julho de 2010.

O Tribunal negou essa pretensão, alegando que:

Nem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, nem o dirigismo contratual retiram da relação de emprego uma de suas características mais marcantes: a liberdade dos contratantes. Diante disto, ao empregador, que assume o risco do negócio, é dado o direito de estabelecer a política salarial de seus empregados, fazendo-o por meio de critérios objetivos e vedada a alteração contratual lesiva [...]. Não há norma jurídica que proíba o empresário de premiar ou gratificar seus gerentes, com objetivo, por exemplo, de os motivar e incentivar a cumprir suas tarefas (STF, 2013, p. 01).

O Ministro Relator Celso de Mello em decisão monocrática conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário, por ser este manifestamente inadmissível. Em seu voto destacou que a suposta ofensa ao texto constitucional alegado pelo autor não se manifestou de forma direta e frontal com o texto constitucional, pressuposto necessário exigido pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal para se admitir a interposição e o exame de recurso extraordinário. Segundo o Ministro houve tão somente uma violação indireta ou reflexa à Constituição, na medida em que o acórdão impugnado dirimiu a questão com fundamento em dispositivos de ordem meramente legal, especificamente com base nos artigos 62, parágrafo único, e 224, § 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). No entanto, fez-se questão de consignar que “o princípio da isonomia, aplicáveis às relações de trabalho, volta-se contra a diferenciação casuística e por critérios subjetivos de

empregados na mesma situação fática, o que não se divisa no caso sob análise” (STF, 2013, p. 02).

#### **4.3 Uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal frente à doutrina da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: qual a teoria prevalente?**

Diante da investigação empreendida na doutrina e na jurisprudência do Pretório Excelso sobre o tema em exame, resta a este pesquisador, em cumprimento ao objetivo geral que conduziu este trabalho científico desde o seu princípio, fazer um cotejo das decisões proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos acórdãos acima referenciados em face das teorias que tratam sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado. Este estudo será feito em três partes e no final se fará uma síntese conclusiva.

A primeira parte se incumbirá em extrair resumidamente o posicionamento da Suprema Corte brasileira nos arestos anteriores ao RE 201.819/RJ, julgado em 2005. No segundo momento, analisam-se especificamente as decisões proferidas no bojo do RE 201.819/RJ, na medida em que este julgado é utilizado na presente pesquisa como referência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e ponto de partida, portanto, para o desenvolvimento deste trabalho. E, por fim, faz-se o cotejo das decisões recentes do Tribunal que de alguma forma referendaram o tema.

Segundo consta no voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 201.819/RJ, até aquele momento não seria possível se fixar os contornos gerais que pudessem exprimir o entendimento da Corte sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado. Poder-se-ia, tão somente, reconhecer que o Pretório Excelso, por meio de sua Segunda Turma, já possuía um histórico identificável de uma jurisdição constitucional orientada para a aplicação desses direitos às relações entre os particulares. E, este histórico pode ser sintetizado nos seguintes acórdãos: o Recurso Extraordinário nº 158. 215/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicado em 07 de junho de 1996, e o Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, publicado em 19 de dezembro de 1997.

No Recurso Extraordinário nº 158. 215/RS o Ministro Relator decidiu em favor da incidência direta das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa para reger o caso concreto. Contudo, não se fez qualquer alusão ou referência no seu voto quanto às teorias que tratam do tema em comento. Restringiu-se, tão somente, a sugerir que determinadas normas constitucionais, pela sua envergadura jurídico-constitucional, deveriam direcionar o

exame da legislação comum, citando-se, como exemplo, a cláusula geral do devido processo legal, que assegura os direitos ao contraditório e a ampla defesa.

Já, no Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, o Ministro Relator relativizou o extremismo concedido pelas instâncias judiciais inferiores à autonomia privada e reconheceu a aplicabilidade imediata do direito fundamental à igualdade substancial sobre um conflito trabalhista de natureza eminentemente privado, realçando-se que o empregado, a despeito de conhecer as regras do estatuto ao ingressar na empresa, sua posição de inferioridade fática em relação ao seu empregador não lhes ofertava condições plenas para negociar livremente os termos de seu contrato de trabalho. Observa-se que mais uma vez o Tribunal se manifestou de forma casuística sobre o tema, sem se preocupar em fundamentar a sua decisão nas teorias relativas à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

De qualquer modo, embora a Segunda Turma da Suprema Corte brasileira, não tenha emitido um posicionamento expresso e inequívoco sobre o tema, pode-se concluir que os precedentes acima arrolados indicam uma sinalização para a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, pelo menos no que diz respeito aos direitos ao contraditório e à ampla defesa nos processos disciplinares e ao direito à igualdade substancial nas relações trabalhistas.

Já, no segundo momento deste cotejo, evidencia-se que os posicionamentos dos ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal expressos no RE 201.819/RJ foram divergentes em relação à doutrina adotada para se autorizar a incidência dos direitos fundamentais na relação privada do caso concreto em apreço. Lembre-se que o fato envolveu a exclusão de um associado do quadro social de uma sociedade civil, a União brasileira de compositores, sem se respeitar no respectivo procedimento administrativo as garantias do contraditório e da ampla defesa do acusado.

Em síntese, a Ministra Ellen Greice e o Ministro Carlos Velloso adotaram uma posição eminentemente positivista, guardando bastante reserva quanto à incidência dos direitos fundamentais às relações privadas. Segundo esses magistrados, não se pode pretender impor às entidades privadas as mesmas restrições que se colocam ao Estado. Assim, por se tratar de uma entidade de caráter eminentemente privado, as relações entre a sociedade e seus sócios é questão a ser solvida exclusivamente pelos respectivos estatutos sociais, de modo que, obedecido o procedimento nele fixado, não há ofensa ao princípio da ampla defesa. Nesses termos, esses juízes negam categoricamente a incidência direta ou indireta dos direitos ao contraditório e à ampla defesa ao caso concreto, em homenagem à literalidade da lei e à preservação da autonomia privada das partes.

Por sua vez, os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Babosa entenderam que a incidência dos direitos fundamentais somente se justificou diante das singularidades apresentadas pela situação fática. Segundo consta nos seus votos, a natureza “quase pública” da atividade desenvolvida pela entidade privada é o que autorizou a aplicabilidade dos direitos fundamentais no caso concreto. Em outras palavras, o caráter público ou geral da atividade exercida pela associação, que integraria o que se denominou chamar de espaço público, ainda que não estatal, foi a causa determinante para legitimar a eficácia dos direitos fundamentais no caso sob *judice*. Os ministros salientaram ainda que essa irradiação exige uma avaliação moderada caso a caso, a fim de que não se reduza em demasia a autonomia privada do cidadão no âmbito de suas relações intersubjetivas.

Observa-se nesses posicionamentos, senão uma negação à autonomia da teoria da eficácia dos direitos fundamentais no campo das relações privadas, uma clara fragilização frente à sua eficácia vertical, que remonta ao século XVIII, quando da instituição do Estado Liberal. Pois, as manifestações expressas dos magistrados deixam transparecer claramente que a incidência dos direitos fundamentais naquela situação fática somente se legitimou porque a pessoa jurídica que fora demandada por ofendê-los desempenhava uma atividade que, por sua natureza, poderia ser equiparada às funções de Estado.

Daí se depreende, sem maiores dificuldades intelectuais ou interpretativas, que a teoria avocada por esses Ministros para fundamentarem as suas decisões favoravelmente à eficácia dos direitos ao contraditório e à ampla defesa ao caso concreto, foi a doutrina norte-americana intitulada de *State Action* em sua versão moderada, que vem sendo aceita e aplicada pela Corte Suprema estadunidense. A rigor, esta teoria de inspiração liberal foi forjada para justificar a vinculação tão somente do Estado aos direitos fundamentais, jamais os particulares.

No entanto, o poder judiciário dos Estados Unidos vem temperado esta ideia e estendendo a eficácia dos direitos fundamentais para atividades exercidas por particulares, mas que, pela sua natureza, possam ser equiparadas aos atos realizados pelos agentes públicos no exercício de suas funções. Ou seja, seriam atos particulares revestidos de características similares às ações estatais. Nesse sentido, opera-se, por assim dizer, uma espécie de interpretação extensiva desta doutrina a fim de contemplar relações de caráter eminentemente privado que, a rigor, não seriam por ela abrangidas.

Note-se que foi exatamente isso que os referidos Ministros adotaram em suas decisões. De acordo com os seus votos, a atividade “quase pública” desenvolvida pela associação violadora de direitos fundamentais é o que justificou a incidência dos direitos fundamentais ao

contraditório e à ampla defesa naquele caso específico. Logo, permite-se depreender que o desfecho de suas respectivas manifestações nos autos não seria o mesmo se esse ente se revestisse de natureza eminentemente privada, sem quaisquer relações ou conexões com funções de caráter público ou estatal.

E, por fim, o Ministro Celso de Mello reconheceu nesse julgado a incidência direta dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa ao caso concreto, independentemente da natureza da atividade desenvolvida pela entidade associativa, se pública ou privada. O seu posicionamento, portanto, resta inequívoco quanto à adoção da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais pela ordem jurídica brasileira.

Não há ao longo de sua manifestação, tal como se sucedeu nos votos anteriores, qualquer alusão ao tipo de atividade desempenhada pela associação como forma de se condicionar ou não a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado. Pelo contrário, o Ministro faz questão de ressaltar que essas garantias são prerrogativas indisponíveis de qualquer pessoa, seja no âmbito de uma relação com o poder público ou de uma típica relação de ordem jurídico-privada.

Diante disso, é possível extrair desses votos três perspectivas diferentes no que tange à eficácia dos direitos fundamentais no direito privado. Se, nos pronunciamentos da Ministra Ellen Greice e do Ministro Carlos Velloso se observam uma tendência à adoção da doutrina da *State Action* na sua concepção original, nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa esta mesma teoria é conclamada, porém na sua perspectiva moderada, tal como aceita e aplicada pela Corte Suprema norte-americana.

É de se reconhecer, portanto, que o Ministro Celso de Mello foi o único membro do Colegiado a se pronunciar de forma expressa e peremptória em favor da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Observa-se que não há qualquer referência no seu voto à corrente que propõe um eficácia mediata ou indireta trazida à discussão pela doutrina pátria e que prevalece na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.

E, passando-se para a última parte deste cotejo, analisam-se, então, os acórdãos recentes do Supremo Tribunal Federal que abordam a referida temática. O primeiro foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em face da Lei Federal nº 5.250, editada em 09 de fevereiro de 1967, autoproclamada como “Lei de Imprensa”. Neste processo, pugnava-se ao Supremo Tribunal Federal que declarasse a não recepção pela Constituição Federal de 1988 de alguns

dispositivos contidos na aludida lei, assim como que se conferisse para outros artigos nela contemplados uma interpretação conforme a Carta Constitucional.

A decisão final do Pretório Excelso foi pela não recepção integral da lei, na medida em que se asseverou haver uma incompatibilidade insuperável de seu conteúdo com as normas de valores consagradas na Constituição Federal de 1988, restando-se impossível, portanto, pretender-se empreender qualquer espécie de conciliação entre essas normas. Ao analisar todas as fundamentações dos magistrados que orientaram os seus respectivos votos, observou-se que apenas o Ministro Celso de Mello destacou a relevância da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares para o deslinde da causa.

Na esteira do posicionamento de vários doutrinadores pátrios e estrangeiros trazidos à colação no seu voto, o Ministro reconhece uma projeção imediata aos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas entre particulares, destacando-se que esses direitos para além de regerem a esfera das relações verticais entre o cidadão e o Estado, também incidem sobre o domínio em que se processam as relações de caráter eminentemente privado, em prol de um constitucionalismo de igualdade de um Estado social de direito. E, por essa razão, asseverou-se que a autonomia de vontade dos entes privados não pode se manifestar de forma livre e desimpedida, pois o seu exercício, nesse contexto, encontra limites nos direitos e nas demais liberdades consagradas na Constituição Federal de 1988.

Por fim, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ foi proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, mas subsumida pelo relator, para fins de julgamento, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, intentada pela Procuradoria-Geral da República, pois ambas as ações apresentavam a mesma causa de pedir, qual seja, a subsunção do art. 1.723 do Código Civil brasileiro, que reproduziu literalmente o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, à técnica da “interpretação conforme a Constituição” para que fossem reconhecidas às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo como entidades familiares. O Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre o tema, em 2011, por unanimidade, pronunciou-se, em definitivo, e reconheceu a legitimidade constitucional às uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo como família.

O Pleno da Suprema Corte brasileira fez uma interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil para dele afastar qualquer significado que pudesse prejudicar ou impedir esse reconhecimento e a aplicação das mesmas regras outorgadas às uniões estáveis entre homens e mulheres. Para tanto, a Corte se utilizou, como parâmetros normativo-constitucionais para esta interpretação, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da intimidade, dentre outros.

Segundo o Ministro Ayres Britto, relator da ação, à preferência sexual é um bem da personalidade e exigência que emana diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Ressaltou-se ainda que o uso da sexualidade diz respeito à esfera da autonomia privada, pois se aloja no espaço mais recôndito da intimidade da pessoa. Concluiu-se, então, que a opção sexual, assim como o seu uso, constitui-se num direito subjetivo de seu titular de opô-lo em face dos agentes estatais ou de membros da sociedade. Nesses termos, resta claro que o Ministro incorporou, ainda que implicitamente, a tese que referenda uma eficácia direta dos direitos fundamentais no caso concreto, uma vez que não condicionou a irradiação desses direitos para a ordem jurídica civil à interposição do parlamento por meio de cláusulas gerais.

Em sua manifestação, o Ministro assevera que o Estado, à luz da teoria dos deveres de proteção, importante consectário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem a obrigação de protegê-los e de promovê-los contra atos de seus próprios agentes, assim como em relação ao comportamento dos particulares. Na condição de uma ordem objetiva de valores da comunidade, os direitos fundamentais se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico de modo a balizar tanto a atuação do poder público, quanto dos particulares.

Conclui-se, assim, que a teoria dos deveres de proteção serve como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988. De tal modo que o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.

No voto da Ministra Carmen Lúcia, por sua vez, reconhece-se uma posição favorável à irradiação direta dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado. Nas palavras da Ministra, a Constituição Federal de 1988, ao assegurar a dignidade da pessoa humana e a cláusula à não-discriminação como princípios basilares de sustentação do Estado brasileiro, revolta-se frontalmente contra todas as espécies de preconceitos e em face de quem quer que seja. Logo, o seu destinatário pode ser tanto o Estado quanto os particulares, e, neste caso, prescindindo-se de quaisquer intermediações do legislador para que os direitos fundamentais possam irradiar para o âmbito do direito privado.

Já na manifestação do Ministro Joaquim Barbosa observa-se um posicionamento explícito quanto à adoção da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais no campo das relações privadas. Segundo ele, os direitos fundamentais que emanam do núcleo estruturante do princípio da dignidade da pessoa humana, como os direitos à igualdade e à

não-discriminação, são normas autoaplicáveis, que incidem diretamente sobre as relações de natureza privada.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes reconhece, na esteira da melhor doutrina, que a dignidade da pessoa humana deva ser aplicada diretamente ao caso em apreço. Lembra o Ministro que o fenômeno da constitucionalização do direito brasileiro, que se operou a partir da Constituição Federal de 1988, determina uma releitura de toda a legislação infraconstitucional à luz dos valores da sociedade consagrados no seu texto, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana.

Este princípio passa a ostentar a qualidade de fundamento máximo do Estado brasileiro e elemento de unificação do direito nacional, constituindo-se em fonte autônoma de direitos e obrigações que não pode ser negligenciado pelas autoridades estatais. Nesse quadro, então, cabe ao intérprete realizar nos casos que lhe são submetidos à sua apreciação uma filtragem constitucional de todos os institutos de direito civil com vistas à realização máxima da dignidade do ser humano, superando-se, assim, o dogmatismo ultrapassado que prevalecia no âmbito do direito civil. Assim, faz-se necessário permitir-se que os direitos fundamentais, como expressões valorativas de concretização deste princípio, incidam em todos os âmbitos das relações sociais como exigência necessária para se evitar a instrumentalização do ser humano, seja por parte do Estado ou de entes privados.

Por fim, o Ministro Celso de Mello é taxativo em afirmar que as resistências das correntes majoritárias, representadas no Congresso nacional, ao reconhecimento dos direitos fundamentais de grupos minoritários e vulneráveis impõe ao poder judiciário, e, neste caso, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, a função de viabilizar direta e concretamente a plena realização dos valores normativamente postos na Constituição, sem os quais as pretensões de uma sociedade em se consolidar como democrática definitivamente se frustrarão. Neste ponto, acentua-se o papel de centralidade assumido pelo princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988.

Segundo o Ministro, este princípio constitui-se num dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática do Estado brasileiro e, por isso, consubstancia-se num significativo vetor interpretativo e verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País. Conforme anteposto, este princípio e todos os direitos que dele emanam e o conformam concretamente, dando-lhe significado prático para a vida das pessoas, são fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador direto à disciplina das relações entre particulares. Sua influência no

âmbito do direito privado, portanto, não exige qualquer autorização previa do legislador, reconhecendo-se, assim, uma eficácia direta dos direitos fundamentais no caso em apreço.

Enfim, resta claro nos votos prolatados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nesses acórdãos, que o princípio da dignidade da pessoa humana e todos os direitos fundamentais que dele decorrem possuem eficácia direta no âmbito das relações entre particulares. Quer dizer, a sua incidência no direito privado demonstra não haver necessidade de qualquer intermediação do legislador ou que a atividade desenvolvida pelo ente privado seja equiparável a alguma função pública. Imperioso reconhecer, portanto, que a Corte adotou em seus julgados a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, em detrimento das demais teorias que gravitam sobre o tema e que restringem de alguma forma a irradiação dos direitos para o campo do direito privado, como o são a teoria da eficácia mediata prevalecente na Alemanha e a doutrina da *State Action* norte-americana, seja em sua concepção original ou moderada.

## 5 CONCLUSÃO

Observou-se que a história dos direitos fundamentais está intimamente relacionada ao surgimento das Constituições Modernas e à concepção e às transformações do Estado de Direito. Seu objetivo foi sendo paulatinamente lapidado para emancipar a pessoa humana a partir da limitação do poder estatal e, em seguida, dos próprios particulares. Até meados do século XX, contudo, evidenciou-se um processo de constitucionalização dos direitos num contexto de supremacia do legislador. Note-se que as Constituições da época se revestiam de natureza meramente política, não vinculando juridicamente o Parlamento.

Reconhece-se, assim, que as normas de direitos fundamentais eram normas “enfraquecidas” que só adquiriam robustez jurídica por meio de leis de regulamentação, sem as quais os direitos degradavam-se juridicamente, traduzindo-se em pouco mais do que declarações jurídico-constitucionais. Nesse quadrante da história, então, a lei, justificando-se nas ideias do positivismo jurídico, eleva-se à condição de fonte absoluta e indiscutível do Direito, independentemente de sua substância. A validade jurídica da norma ligava-se unicamente à sua origem e estrutura. O seu conteúdo, se bom ou mau, justo ou injusto era desconsiderado pelo Direito.

Além disso, constatou-se que o Direito Internacional se mantinha completamente alheio aos assuntos internos das nações. No máximo, veiculavam, assim como os textos constitucionais da época, meras exortações aos poderes constituídos. Nessa perspectiva, os governos, legitimando-se em leis incondicionadas por quaisquer ordens de valores, seja de âmbito interno ou internacional, decidiam soberanamente, num cenário onde a prioridade era o Estado, e não o cidadão, sobre os direitos e os deveres de seus povos.

Ressaltou-se também que nesse momento histórico o mundo jurídico se dividia em dois hemisférios compartimentados e estanques entre si, posicionados um paralelamente ao outro: o Direito Público, guiado pela Constituição, que regulava a relação entre Estado e cidadãos, e o Direito Privado, regido pelo Código Civil, incumbido em regulamentar as relações entre os particulares, a partir de uma visão eminentemente individualista e patrimonialista da sociedade, na qual os seus membros eram tratados todos iguais perante a lei e dotados de plena autonomia de vontade para se relacionarem entre si. Eventuais limitações aos direitos subjetivos de liberdade das pessoas, se e quando existentes, era apenas o necessário e o indispensável para lhes garantir a convivência social, e sempre mediante expressa autorização legal. Na falta de lei, a autonomia deveria imperar na sua plenitude.

Porém, diante de uma situação sem precedentes na história de extrema coisificação da dignidade humana provocada pela Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional deu início a um movimento global e cada vez mais consistente de proteção e promoção dos direitos relacionados ao ser humano. Este processo progressivamente culminou com o reconhecimento de uma posição de centralidade e proeminência dos direitos fundamentais nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, como foi o caso da Alemanha, em 1949, Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978.

Nesse contexto, o constitucionalismo, cujas raízes remontam o século XVIII, quando da instituição do Estado Liberal, é refundado sobre bases e objetivos substancialmente renovados. Se antes, no Estado Liberal, o bem jurídico a ser tutelado era o patrimônio, agora, no Estado Democrático de Direito, é o ser humano na sua integralidade. Diante desta nova perspectiva, a autonomia privada acaba cedendo espaço para que a dignidade da pessoa humana seja, de fato, protegida e promovida por meio da concretização dos direitos fundamentais reconhecidos em relevo numa Constituição não mais concebida como um simples documento político aconselhador dos poderes constituídos, mas, sim, como uma lei estatal qualificada por sua supremacia formal e material, que, como tal, passa a condicionar todas as demais normas vigentes no Estado.

Assim, as leis, que até então representavam a fonte por excelência do direito, sem qualquer vinculação a valores de ordem superior, têm a sua elaboração, interpretação e aplicação necessariamente vinculada aos valores axiológicos consagrados nas normas constitucionais de direitos fundamentais. Logo, concebe-se uma nova dimensão aos direitos fundamentais. Ao lado de sua perspectiva subjetiva clássica, estes direitos passam a ser compreendidos como uma ordem objetiva de valores eleita pela sociedade e reconhecida na Constituição do Estado num determinado momento histórico.

Enfim, a dimensão objetiva redundou numa vinculação abrangente do Estado aos direitos fundamentais, não mais circunscrita a fixação de uma competência negativa aos poderes estatais em não intervir na esfera privada dos cidadãos. A partir de seu reconhecimento, as normas constitucionais que os consagram passam a se irradiar sobre todo o ordenamento jurídico estatal, impondo um dever de proteção aos poderes constituídos contra atos agressivos oriundos tanto dos agentes públicos, quanto dos próprios particulares em suas relações intersubjetivas. Por conta disso, então, o legislador, o administrador e o juiz têm as suas funções condicionadas e vinculadas aos valores que os lastreiam.

Em razão disso, assiste-se a uma reconfiguração substancial das relações do direito constitucional com o direito privado decorrente do efeito controlador e direto dos direitos

fundamentais não só sobre a relação dos cidadãos com o Estado, mas também da relação dos cidadãos entre si. Nesse passo, torna-se mais tênue, ou, até mesmo inexistente, a tradicional dicotomia defendida outrora entre os campos do direito público e privado. Pois, agora, todo o ordenamento jurídico estatal se agrega em torno de um centro comum e irradiador de efeitos: a Constituição e, em especial, os direitos fundamentais.

Na sequência da investigação, observou-se que todo esse processo de reconhecimento dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, que se iniciou na Alemanha em meados do século XX, exerceu forte influência no direito nacional, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste momento, evidencia-se um esforço do Legislador Constituinte em relação à constitucionalização do direito privado pátrio, à luz do constitucionalismo contemporâneo.

Isso porque o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado à fundamento central da República e a valor-fonte de toda a ordem jurídica do Estado brasileiro. Nesses termos, este princípio passa a conferir identidade ao conteúdo da Constituição e unificação e coerência ao direito nacional, impondo ao poder público não só um dever de abstenção, mas também uma obrigação de realizar ações positivas tendentes à proteção de seu núcleo em todas as esferas do direito e das relações humanas. Com isso, a legitimidade do poder e do exercício da autonomia de vontade pelos particulares no âmbito do direito privado resta inteiramente condicionada ao respeito e à proteção plena e integral da dignidade das pessoas envolvidas nas relações jurídicas que se firmam sob a égide da atual Carta Política do Brasil.

Por essa razão, então, a doutrina brasileira é remansosa em reconhecer uma eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, pois é somente a partir de uma ampla e efetiva concretização desses direitos que a dignidade do ser humano se tornará possível e real neste âmbito do direito. Logo, entende-se que os direitos fundamentais são normativamente suficientes e bastantes em si mesmos para regerem diretamente os conflitos que emergem das interações entre particulares, prescindindo-se para tanto de qualquer interposição do poder legislativo nesse sentido.

Esse entendimento se reforça largamente diante da disposição expressa do Legislador Constituinte em consagrar em relevo no texto constitucional um extenso rol materialmente aberto de direitos fundamentais, ao qual se outorgou um regime jurídico próprio e reforçado em relação aos demais temas contidos na Constituição. Pois, as normas constitucionais de direitos e garantias que o integram, a um só tempo, foram elevadas à condição de *cláusulas pétreas* e revestidas de aplicabilidade imediata, conforme se depreendem, respectivamente, dos artigos 60, §4, IV, e 5º, § 1º, ambos, da Constituição Federal.

Note-se que, inobstante a eficácia normativa que se revestem as normas constitucionais em geral a partir da concepção do constitucionalismo contemporâneo, o Poder Constituinte Originário, seguindo os passos já trilhados pelos elaboradores das Leis Fundamentais alemã, de 1949, portuguesa, de 1976, e espanhola, de 1978, reconheceu uma eficácia qualificada aos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, afastando-se, com isso, eventuais argumentações tendentes a lhes atribuir natureza meramente programática. Diante disso, tem-se entendido que o princípio da aplicabilidade imediata, previsto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, à semelhança do que dispõem os dispositivos constitucionais contidos nas Constituições daqueles países, investiu as normas de direitos fundamentais consagradas no texto constitucional de 1988 de uma ordem objetiva de valores que se irradia sobre todo o sistema jurídico brasileiro, condicionando e vinculando o exercício dos poderes legislativo, executivo e jurisdicional.

Nessa condição, esses direitos passam a impor aos órgãos públicos em geral, e ao poder judiciário em particular, um dever de respeitá-los, protegê-los e de promovê-los maximamente contra atos ou omissões que venham a minorá-los ou a esvaziá-los em sua eficácia jurídica e/ou social, sejam eles decorrentes dos agentes estatais ou dos próprios particulares em suas relações intersubjetivas. Nesse contexto, então, é que se observa um processo de constitucionalização do direito privado pátrio, de modo a não mais subsistir qualquer discussão relevante a respeito da dicotomia entre os ramos do direito público e privado.

Pois, todos os institutos de direito civil, como o são exemplos a posse, a propriedade, o contrato e a família, necessariamente devem ser elaborados, interpretados e aplicados aos casos concretos, à luz do que dispõe a tábua axiológica contida na Constituição. Nesse contexto, evidencia-se um processo irreversível de repersonalização ou despatrimonialização do direito civil pátrio, pois a proteção do ser humano concretamente situado passa a ser o objetivo fulcral do direito, e não mais a autonomia de vontade e o patrimônio como o eram no Estado Liberal.

E, cumprindo o objetivo do presente trabalho, realizou-se uma ampla e aprofundada pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fim de verificar como os seus ministros vêm se posicionando em seus julgados frente ao tema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Inicialmente, fez-se uma análise do julgamento do RE 201.819-8/RJ e se observou uma divergência substancial nos votos dos membros que compunham a Segunda Turma do Pretório Excelso à época quanto ao referido tema. Somente o Ministro Celso de Melo, ainda remanescente no órgão, manifestou-se categoricamente favorável à eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado brasileiro.

A Ministra Ellen Greice e o Ministro Carlos Velloso adotaram uma posição eminentemente positivista e negaram à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, em nome da preservação da autonomia privada. Nos seus votos não há qualquer alusão às teorias que gravitam em torno do referido tema. Simplesmente entenderam que os direitos fundamentais não podem pretender impor restrições aos particulares assim como o fazem em relação ao Estado. Pode-se, assim, dizer que esses ministros, embora não fazendo qualquer referência a respeito, adotaram neste caso a doutrina da *State Action* norte americana em sua versão original.

E, por sua vez, os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa somente admitiram a irradiação dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa porque um dos entes privados que integrava a relação jurídica do caso concreto desenvolvia uma atividade considerada por eles de caráter público. Por dedução lógica, depreende-se que se a atividade exercida pela pessoa jurídica fosse de natureza eminentemente privada, os direitos fundamentais não incidiriam no caso em apreço. Consigna-se, então, que esses juízes se orientaram para decidir a matéria na doutrina da *State Action* moderada, tal como apregoada pela jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte estadunidense.

Ao se dar continuidade a esta investigação, identificou-se cinco decisões subsequentes ao RE 201.819-8/RJ na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que abordaram o tema em discussão. Nesses arestos, alguns ministros se manifestaram de forma expressa sobre as teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e outros, no entanto, apenas implicitamente, mas o suficiente para se extrair os seus posicionamentos sobre a temática em pauta.

As decisões encontradas foram a ADPF 130/DF, ADPF 132/RJ, ADI 4.277/DF, ARE 725.894/RS e o ARE 958.796/MG. Por conta desses julgados não terem como objeto específico a discussão envolvendo o referido tema, diferentemente do que se verificou no RE 201.819/RJ, apenas se trouxe à colação ao corpo deste trabalho as manifestações dos ministros que de alguma forma o referiram em seus votos como subsídio para fundamentar as suas decisões. E, após essa investigação, concluiu-se, em resposta ao problema posto no presente trabalho, que o posicionamento dos membros da Suprema Corte brasileira expresso nesses arestos é pela adoção de uma eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, nos moldes preconizado pela doutrina pátria especializada no assunto.

Importante ressaltar, ainda, que de todos os juízes que votaram no RE 201.819/RJ, em 2005, apenas os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes compõem atualmente os quadros do Supremo Tribunal Federal. Enquanto o Ministro Celso de Mello se manteve fiel ao seu entendimento inicial em favor de uma incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, é possível depreender do voto do Ministro Gilmar Mendes uma mudança substancial de entendimento sobre o tema. De uma postura claramente restritiva quanto à possibilidade de se permitir essa força irradiante dos direitos, nos termos postos no seu voto proferido em 2005, o Ministro Gilmar Mendes passa a defendê-la por conta da constitucionalização do direito brasileiro, que se operou a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na esteira de sua compreensão anterior em favor de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o Ministro Celso de Mello acentua que o princípio da dignidade da pessoa humana se constituiu num dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática do Estado brasileiro e, por isso, consubstancia-se num vetor interpretativo e em valor-fonte que condiciona todo o ordenamento jurídico do país. Nessa medida, todos os direitos fundamentais que dele emanam são fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador direto à disciplina das relações entre particulares. Segundo ele, aqueles que professam e defendem que os direitos fundamentais apenas devam incidir indiretamente no âmbito das relações civis, arraigam-se no modelo constitucional típico do Estado Liberal.

Nessa mesma trilha, o Ministro Gilmar Mendes, alterando substancialmente a sua posição sobre a matéria em relevo manifestada no julgamento do RE 201.819/RJ, em 2005, destaca expressamente no seu voto proferido na ADPF 132/RJ, de 2011, que o fenômeno da constitucionalização do direito brasileiro, operado a partir da Constituição Federal de 1988, determina uma releitura de toda a legislação infraconstitucional à luz dos valores da sociedade consagrados no seu texto, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana. Nas suas palavras, este princípio passa a ostentar a qualidade de fundamento máximo do Estado brasileiro e elemento de unificação do direito nacional, constituindo-se em fonte autônoma de direitos e obrigações que não pode ser negligenciado pelas autoridades estatais. Assim, deve-se permitir que os direitos fundamentais, como expressões valorativas da dignidade da pessoa humana, incidam em todos os âmbitos das relações sociais como exigência necessária para se evitar a instrumentalização do ser humano, seja por parte do Estado ou de entes privados.

E, por fim, os demais membros da Suprema Corte brasileira que se manifestaram sobre a temática em pauta nos acórdãos referidos, especificamente os Ministros Ayres Britto, Luiz

Fux, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa, fizeram-no na mesma linha propugnada pelos seus pares acima referidos. Dentre eles, merecem destaque os pronunciamentos dos Ministros Luiz Fux e Joaquim Barbosa, uma vez que eles trouxeram expressamente à colação em seus votos, assim como o fez o Ministro Celso de Mello em todas as suas manifestações, a teoria que versa sobre a eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares.

O Ministro Luiz Fux lembrou que os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva de valores que se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico de modo a balizar tanto a atuação do poder público, quanto dos particulares, impondo a todos os agentes do Estado, sobretudo aos juízes, um dever de protegê-los contra ameaças ou lesões provocadas por terceiros. Já, o Ministro Joaquim Barbosa, a despeito de não compor mais os quadros do Supremo Tribunal Federal, é digno de nota porque, ao alterar o seu entendimento proclamado no RE 201.819/RJ, em 2005, foi incisivo em defender a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Diante disso, concluiu-se que todos os ministros da Suprema Corte brasileira vem entendendo que os direitos fundamentais que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana, posto como fundamento central do Estado brasileiro, são normas que pela sua envergadura constitucional devam incidir diretamente sobre as relações de natureza privada, prescindindo-se, para tanto, de qualquer espécie de intermediação por parte do legislador e muito menos de que a atividade exercida pelo ente que integra a relação jurídica seja assemelhada a uma função pública. Nesses termos, então, confirmou-se a terceira hipótese da presente pesquisa, segundo a qual os direitos fundamentais revestem-se de uma eficácia direta, incondicional e autônoma no âmbito do direito privado pátrio em relação a eficácia que possui frente ao Estado.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. HECK. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução Luís Afonso. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 55-66, jul./set. 1999.
- ALMEIDA, Laís Laburú Alencar de. *O paradoxo dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio 2007.
- \_\_\_\_\_. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- \_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2014;
- BELMONTE, Alexandre Agra. *A tutela das liberdades nas relações de trabalho: Limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador*. São Paulo: LTR, 2013.
- BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo*. São Paulo: Fundamento, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. MORRA, Nello (Comp.). PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson. Tradução Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 02 ago. 2016.
- \_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto Legislativo nº 186, de 2008*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/congresso/DLG/DLG-186-2008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/congresso/DLG/DLG-186-2008.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2016.

CAGLIARI, Cláudia Taís Siqueira. A constitucionalização do direito civil. In: REIS, Jorge Renato; CERQUEIRA, Katia Leão (Org.). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CERQUEIRA, Kátia Leão; REIS, Jorge Renato. A Constitucionalização do direito privado e suas implicações ao poder judiciário: uma análise da ampliação da função jurisdicional em matéria de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato; CERQUEIRA, Katia Leão (Org.). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2013.

CHEQUER, Cláudio. *O Ministério Público e a promoção dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *Políticas públicas e controle de juridicidade*. Vinculação às Normas Constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. Igualdade Material e os Aspectos Sociais e Constitucionais da Lei Maria da Penha. In: MATIAS (COORD). *Coletânea Jurídica intitulada de Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: Driwirkung dos direitos fundamentais*. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DURIG, Gunter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos. HECK, Luís Afonso (Org.). Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

ESPAÑA. Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *Constitución Española de 1978*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

ERICHSEN, Hans-Uwe. A eficácia dos Direitos Fundamentais na Lei Fundamental Alemã no Direito Privado. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, constituição e*

*fronteiras*. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves, TORRES, Ricardo Lobo (COORD.). *Arquivos de direitos humanos*, Vol. 8. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GALIZA, Andréa Karla Amaral de. *Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: Teoria e Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GÊNOVA, Leonardo de. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito do Trabalho. In: *Anais do XIV Encontro Preparatório para Congresso Nacional do CONPEDI*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

\_\_\_\_\_. As condenações do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: DA COSTA, Marli Marlene Moraes; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (ORG.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015, Tomo 15.

GSCHWENDTNER, Loacir. *A constitucionalização do Direito Privado contemporâneo*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

JUCÁ, Danielle Nascimento. Do estado liberal ao estado democrático de direito: Um enfoque nas Constituições brasileiras. In: MATIAS (COORD). *Coletânea Jurídica intitulada de Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOZICKI, Katya. *Herbert Hart e o positivismo jurídico: Textura aberta do Direito e discricionariedade judicial*. Curitiba: Juru, 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *La Jurisdicción Constitucional entre Judicialización y Activismo Judicial: existe realmente "un activismo" o "el" activismo?* Estudios constitucionales. Santiago, vol.10, n.2, 2012.

MACHADO, Raimar Rodrigues. O trabalho humano frente à ideia de liberdade. In: DA COSTA, Marli Marlene Moraes; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. 1 ed., Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012, v. 12, p. 204-280.

MEDEIROS, Ana Letícia Baruana. Duarte. *Direito internacional dos direitos humanos na América Latina*. Uma Reflexão Filosófica da Negação da Alteridade. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: Eficácia das Garantias Constitucionais nas Relações Privadas. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras*. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOLLER, Max. Teoria Geral do *Neocostitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOSER, Cláudio, WOLFF, Luciano. *Prefácio à obra Direitos Humanos no Brasil 2*, diagnósticos e perspectivas. Rio de Janeiro. Coletânea Ceris, Ano 2, n. 2, 2007.

NEUNER, Jorg. A influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado alemão. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais e direito Privado: uma perspectiva de Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. In: HECK, Luís Afonso (Org.). Tradução Luís Afonso Heck. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OEA, 1998. Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “*Protocolo de San Salvador*”- 1998. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organização-dos-Estados-Americanos/protocolo-adicional-a-convencao-interamericana-sobre-direitos-humanos-em-materia-de-direitos-economicos-sociais-e-culturais-qprotocolo-de-san-salvadorq.html>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer Consultivo OC-18, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos do México*. Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados. Disponível em: <<http://search.oas.org/pt/paginas/default.aspx?k=OC-%2018%2F03>>. Acesso em: 18 Jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”)*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 29 Jul. 2016.

ONU. Carta Geral das Nações Unidas de 1945. A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945, ao término da Conferência sobre Organização Internacional das Nações Unidas, e tornou-se lei a 24 de outubro de 1945. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/ONU-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas/carta-geral-das-nacoes-unidas.html>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

\_\_\_\_\_, 1966-c. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/pacto-internacional-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-1966.html>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Conferência de Direitos Humanos. Proclamação de Teerã-1968. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%AAncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano – 1972. Publicada pela Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano em junho de 1972.

Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Conferência Mundial dos Direitos Humanos. Declaração e Programa de Ação de Viena-1993. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo a positivismo jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PADILHA, Elisângela. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais entre particulares*. Porto Alegre: Núria Fábris, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Sociedade da Informação e Redes Sociais*. Juris, Rio Grande, n. 14, p. 81-103, 2009.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINTO, Paulo Mota. A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado português. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

PORTUGAL. Assembleia da Republica. Legislação. Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em:

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

Acesso em: 15 ago. 2016.

REIS, Jorge Renato dos. A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no Direito Privado. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (ORG.).

*Relações de consumo: meio ambiente*. Caxias do Sul: Educs, 2009.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais de Tutela da Pessoa Humana nas Relações entre particulares. In: \_\_\_\_\_; LEAL, Rogério Gesta (ORG.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

\_\_\_\_\_; BAGATINI, Júlia. O diálogo das fontes enquanto mecanismo efetivador dos direitos fundamentais. In: REIS, Jorge Renato dos; BAGATINI, Júlia (Org.). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado: Reflexões no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2015.

\_\_\_\_\_; FISCHER, Eduardo; MOLLER, Max. Direito Privado e suas interações fenomenológicas com Direito Público. In: GORCZEVSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos [et. al.] (Coord.). *A concretização dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou releitura do Positivismo Jurídico?* Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *O pós-positivismo jurídico e a normatividade dos princípios*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, Direitos Humanos e Teoria do Discurso: Notas para uma Filosofia do Direito Constitucional. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; TORRES, Ricardo Lobo (COORD.). *Arquivos de direitos humanos*, vol. 8. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES, 1919. *Pacto das Sociedades das Nações 1919*. O Pacto aprovado na Conferência de Versalhes. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

SILVA FILHO, João Antônio da. *A democracia e a democracia em Norberto Bobbio*. São Paulo: Verbatim, 2014.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ*. Relatora: Ellen Gracie. Publicado no DJ de 27-10-2006. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?> >. Acesso em: 02 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 466.343/SP*. Relator: Cezar Peluso. Publicado no DJ de 05-06-2009. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF*. Relator: Sanches, Sydney. Publicado no DJ de 18-03-1994. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?> >. Acesso em: 02 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF*. Relator: Carlos Ayres Britto. Publicado no DJ de 06-11-2009. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?> >. Acesso em: 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/DF*. Relator: Carlos Ayres Britto. Publicado no DJ de 14-10-2011. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?> >. Acesso em: 15 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 725.894 /RS*. Relator: Dias Toffoli. Publicado no DJ de 08-02-2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?> >. Acesso em: 02 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 958.796 MG*. Relator: Celso de Mello. Publicado no DJ de 08-02-2013. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?> >. Acesso em: 02 jul. 2016.

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

TALON, Evinis da Silveira. *A dignidade da pessoa humana como núcleo da interpretação constitucional do direito privado*. In: REIS, Jorge Renato dos; BAGATINI, Júlia (Org.). *Intersecções jurídicas entre o Público e o Privado*. Curitiba: Multideia, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos Fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIEIRA, José Carlos. *Democracia e direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.