

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS**  
**CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**NÍVEL MESTRADO**

**LUÍS CARLOS DREY**

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ENTRE O PÚBLICO E O  
PRIVADO**

**São Leopoldo**

**2007**

**LUIS CARLOS DREY**

***A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ENTRE O PÚBLICO E O  
PRIVADO***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Stumpf Gonzales

São Leopoldo

2007

CIP – Catalogação na Publicação

---

D778c Drey, Luís Carlos  
A constitucionalização do direito entre o público e o  
privado / Luís Carlos Drey. – 2007.  
164 f. ; 30 cm.

Orientação: Prof. Dr. Rodrigo Stumpf Gonzáles.  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do  
Vale do Rio dos Sinos, 2007.

1. Direito comparado. 2. Direitos civis. 3. Direito privado.  
4. Direito constitucional. 5. Direitos humanos. I. Gonzáles,  
Rodrigo Stumpf, orientador. II. Título.

CDU : 342.7

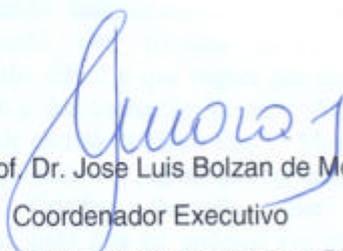
---

Catálogo: bibliotecária Jucelei Rodrigues Domingues - CRB 10/1569

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A Constitucionalização do Direito entre o Público e o Privado**”, elaborada pelo aluno Luís Carlos Drey, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 19 de setembro de 2007.

  
Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes,  
Coordenador Executivo

do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Rodrigo Stumpf González

Membro: Dr. Eugênio Facchini Neto

Membro: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

## RESUMO

Este trabalho defende uma vinculação direta dos Direitos Fundamentais não só do Ente Público, mas também dos particulares. O tema, entretanto, por ser demasiadamente genérico na doutrina e jurisprudência, gera incerteza no direito hodierno de como se dá a vinculação e de que forma, e se isto é possível realmente. Embora defendamos a eficácia direta dos direitos fundamentais não apenas em face do Estado, mas dos entes não públicos, as situações devem ser analisadas em situações concretas, uma vez que ambas as partes são possuidoras de direitos indelévelis (do ser humano). Ainda é resistente a doutrina – tanto do direito comparado – como do direito brasileiro nessa questão. No direito brasileiro, isso ocorre pela falta de amadurecimento e da pré-compreensão dos hermeneutas dos fundamentos da Carta Constitucional de 1988 – em faces dos grandes períodos ditatoriais – que possuem como âncora o Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana. Vê-se destarte que a necessidade de uma proteção maior por parte do Direito Constitucional e de sua força normativa a todas searas do direito e do próprio direito civil, buscando-se uma nova repersonalização do direito civil tendo o homem como principal elemento – o centro de todas as relações privadas – e que portanto, merece uma proteção em face dos particulares (poderosos) que não demonstram-se preocupados com a proteção dos direitos mínimos existenciais das pessoas. A cidadania plena pode ser uma forma possível para que esta eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre particulares se implementem, mas quiçá seja uma mera utopia não apenas nos países ricos, mas, sobretudo, nos países periféricos como o Brasil. O Poder Judiciário tem sido o grande guardião no sentido que a Constituição Federal tem efeitos normativos que se sobreponha aos interesses privados. No caso de países em que o Estado Social não chegou efetivamente, faz-se necessária a implementação da Constituição Federal visando proteger os residentes nos países pobres do capitalismo global, da política neoliberal, do próprio fenômeno, advindos desses fatores, da reprivatização do direito, no qual o direito privado e o poder dos particulares se sobrepõem ao público e contribuem para o esfacelamento do Estado-Nação, em que há um descompromisso com os direitos mínimos existenciais do ser humano, tais como a saúde, a alimentação e a educação a milhares de brasileiros.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos Humanos. Repersonalização do Direito Privado.

## ABSTRACT

This work not only defends a direct entailing of the Basic Rights of the Public Being, but also of the particular ones. The subject, however, for to be very generic in the doctrine and jurisprudence, generates uncertainty in the contemporaneo right of as if it really gives the entailing and of that it forms, and if that is possible. Although not only let us defend the direct effectiveness of the basic rights in face of the State, but of the not public beings, the situations must be analyzed in concrete situations, a time that both the parts are possessing of indestructible rights (of the human being). Still the doctrine – as much of the comparative jurisprudence – as of the Brazilian right in this question is resistant. In the Brazilian right, this occurs for the lack of matureness and the daily pay-understanding of hermeneutics of the beddings of the Constitution of 1988 – in face of the great ditatoriais periods – that possess as anchor the Democratic State of Right and the Dignity of the Person Human being. In this way is seen that it has necessity of a bigger protection on the part of the Constitucional law and its normative force to all instances of the right and the proper civil law, searching a new personalization of the civil law having the man as main element – the center of all the private relations – and that, therefore, it deserves a protection in face of the particular ones (powerful) that they are not demonstrated worried about the minimum protection of the vital minimum rights of the people. The plenary powers citizenship to be a possible form so that this horizontal effectiveness of the basic rights between particular if it implements, but perhaps either a mere utopia not only in the rich countries, but, over all, in the peripheral countries as Brazil. The Judiciary Power has been the great guard in the direction of that the Federal Constitution has normative effect and if it overlaps to the private interests. In the case of countries where the Social State did not arrive effectively, the implementation of the Federal Constitution becomes necessary aiming at to protect the residents in the poor countries of the global capitalism, the new liberal politics and the proper phenomenon, happened of these factors, of the to privatize of new of the right, in which the private law and the power of the particular ones if overlap the public and contribute for the destruction of the State-Nation, where commitment lack with the rights has one vital minimums of being human being, such as the health, the feeding and the education the thousand of Brazilians.

Agradeço a todas as pessoas que de forma ou não contribuíram e ajudaram-me para que eu chegasse nesta fase final do mestrado, em direito da Unisinos tão respeitado, no cenário jurídico brasileiro. Agradeço aos colegas da Universidade de Passo Fundo, indistintamente, pelo apoio e a compreensão que tiveram comigo neste período tão difícil e que requer um dispêndio de tempo e dedicação tão intenso. Aos meus colegas de escritório Tiago Emílio Medeiros e Marcelo Medeiros. Agradeço, em especial, a Doutora Cristina Pezzella, que muito contribuiu para que eu pudesse em conjunto com o meu orientador Dr. Rodrigo Stumpf Gonzáles, ter elaborado a dissertação e certamente sem eles não teria chegado nesta fase final.

Dedico este trabalho especialmente

- a Deus e aos meus pais;
- a minha querida filha Thaís, menina maravilhosa que apesar de ter apenas oito anos, tem me apoiado e faz esforço para entender, quando às vezes em virtude do trabalho, não posso dar toda a atenção que ela merece;
- a minha esposa e companheira, Dalva, que a mais de uma década tem estado ao meu lado e compartilhado as coisas boas e difíceis da vida.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS MODELOS DE ESTADO.....	15
2.1	A pré-história dos direitos fundamentais.....	15
2.2	Do modelo de Estado liberal.....	22
2.3	Do modelo de Estado Social.....	29
2.4	Dos efeitos da política neo-liberal e da globalização no direito constitucional e no Estado-Nação.....	47
3	A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES FUNDAMENTAIS NO DIREITO COMPARADO.....	67
3.1	Visão panorâmica, no direito comparado, da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	71
3.2	A eficácia dos direitos fundamentais e a sua incidência de forma imediata nas relações jurídicas de natureza privada.....	86
3.3	Da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas..	99
4	AVINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO BRASILEIRO.....	107
4.1	O Estado Social nos países de modernidade tardia e a necessidade de uma Carta Constitucional Dirigente.....	110
4.2	A incidência do Direito Constitucional no direito privado na jurisprudência brasileira.....	125
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	150
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	157

## 1 INTRODUÇÃO

O tema – vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – tem-se demonstrado de grande atualidade, pois significa o maior ingresso dos direitos fundamentais nas relações de direito civil e, conseqüentemente, uma maior proteção à dignidade da pessoa humana quando o Estado não esteja fortemente ligado a estas relações de direito privado.

A humanidade nos últimos séculos tem percorrido uma trajetória política, econômica e cultural um tanto peculiar, a qual produziu alterações nas teorias políticas e jurídicas da humanidade. Por isso, serão explanadas no primeiro capítulo, algumas características destes períodos, que são muito importantes, para a compreensão da concepção político-jurídica dos modelos estruturais do Estado moderno, pelo reconhecimento da existência dos direitos humanos - fundamentais e a necessidade urgente e inadiável de sua efetivação.

Entendemos necessário discorrer a respeito de cada modelo de Estado, tendo em vista que as relações privadas apresentam conexões com a liberdade individual e com a influência social sobre o grau e o alcance desta liberdade que, em face de um comprometimento com a sociedade, pode ser majorada ou minimizada. Esses aspectos constituem o primeiro capítulo, no qual será considerada a realidade de cada período.

Optou-se assim em descrever inicialmente algumas questões ligadas, sobretudo, à Idade Média, denominadas no texto como a pré-história<sup>1</sup> dos direitos fundamentais até por que a religião e a filosofia deste período contribuíram para o desenvolvimento e fundamentação dos marcos teóricos desencadeadores dos direitos subjetivos e do resguardo do homem frente ao arbítrio do Estado. De certa forma, neste período jurídico-sociológico, os direitos fundamentais já se demonstravam presentes e em construção nas culturas dos povos, embora de caráter genérico e desorganizado, uma vez que só vieram ser reconhecidos com as Declarações.

---

<sup>1</sup> Ingo Sarlet, por exemplo, tem utilizado esta expressão “Pré-história dos Direitos Fundamentais” para referir-se aos fatos anteriores a consolidação do Estado Moderno. Para tanto: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.

É bom frisar, valendo-se das lições de Maria Cristina Cereser Pezzella, que desde o medievo já havia uma preocupação com o ser humano. É tão verdade, como salienta a autora, que pensadores como Tomás de Aquino chegaram a referir expressamente o termo “*dignitas humana*”. Essa inspiração cristã e estoica resultou, tempos mais tarde, já em plena Renascença e no limiar da Idade Moderna, no pensamento sobre a possibilidade de o homem construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino, partindo-se das idéias do humanista italiano Pico della Mirandola.<sup>2</sup>

De qualquer sorte, vamos discorrer apenas sobre algumas questões ligadas ao início e ao término do período feudal, podemos assim dizer (mormente fatores sociais e econômicos) e demonstrar ao leitor que neste período o direito acontecia dentro de cada feudo, numa forma de predomínio do privado sobre o público e de que o direito tutelava os interesses eminentemente particulares dos grandes proprietários de terras. Vigia-se neste período, como se mencionou, um sistema político-jurídico dentro de cada propriedade rural, todos devendo obediência e prestação ao Senhor, dono daquele grande latifúndio.

Ainda no primeiro tópico intitulado como se disse alhures de pré-história dos direitos fundamentais, abordaremos algumas questões ligadas à filosofia absolutista – a de centralização do poder governamental –, pois, segundo os seus idealizadores, o poder disperso nos feudos não mais deveria permanecer. Precisava-se agora, segundo tal concepção ideológica, a centralização do poder nas mãos de um Monarca, pois, dessa forma haveria uma garantia de segurança a todo o povo indistintamente e melhor gerenciamento dos interesses públicos.

A concepção liberal, como veremos logo em seguida, rompeu com o poder absoluto centrado nas mãos do monarca e seus ideários, *a priori* para a proteção da dignidade da pessoa humana e mínima intervenção do Estado nas avenças particulares. Infelizmente, seus fundamentos humanitários prestaram-se para nutrir a concentração de renda nas mãos da classe burguesa, deixando a um segundo plano a defesa dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade tão defendida a partir do século XVIII, com as Declarações de Direitos Humanos.

Com o passar do tempo, calcado nos ideários da escola exegetica, buscavam-se definir nos códigos civis a fonte precípua para todos os direitos subjetivos, mormente ligados à propriedade e aos contratos. Salvo raríssimas exceções, podia o judiciário

---

<sup>2</sup> PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil e Perspectiva Histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.63.

construir uma interpretação mais elástica protetiva de direitos e voltada à dignidade dos sujeitos privados. Excepcionalmente, em casos de lacunas da lei, valer-se de métodos integrativos bem ao estilo do sistema jurídico romano.

Já em outro viés caminhou o direito rumo ao Estado Social, como exporemos no texto intitulado Modelo de Estado Social em que restaram evidentes as rupturas entre o público e o privado, iniciando-se movimentos ligados a um cenário de maior aproximação dos particulares aos direitos jusfundamentais.

Em um primeiro momento isto se demonstra com Cartas Constitucionais dirigidas e com a multiplicação de leis ordinárias que buscavam a positivação de direitos sociais e trabalhistas visando à necessária proteção da grande massa proletária. Logo em seguida, alastram-se movimentos mundiais, sobretudo no período pós-primeira grande guerra, preocupados com a reformulação do direito civil. Isto é, buscava-se agora através da fortificação do poder executivo restringir também a autonomia da vontade e a propriedade individual – pressupostos intocáveis do paradigma liberal – visando atuar na defesa dos interesses da coletividade.

Infelizmente, como a história demonstra, embora tenha tido um viés protecionista de direitos, resultou ao longo do tempo na legitimação de abusos aos direitos humanos por parte do Estado.

Já no Brasil as Constituições Republicanas pouco puderam auxiliar na defesa dos direitos sociais fundamentais e, por conseguinte, regular de maneira socializante as relações de direito público e de direito privado. Isso ocorreu porque houve em nosso país longos períodos de regimes autoritários, os quais puseram termo a iniciativas políticas realmente protetoras de direitos sociais e, portanto, tidas como aptas a trazer a harmonia em vários setores do direito brasileiro, inclusive no direito justabalhista e no direito civil – nas avenças entre os particulares.

Para o desfecho do primeiro capítulo, enfatizaremos alguns fatores advindos da globalização econômica e da política neoliberal, mormente aos seus efeitos excludentes e o desleixo em relação à grande massa da população de moradores dos países periféricos. Vê-se no atual estágio da humanidade que ocorreu uma redução do poder estatal e criaram-se novos entes – detentores de poder e estes como relata José Eduardo Faria<sup>3</sup> nas mais

---

<sup>3</sup> Vários trabalhos são mencionados do autor em face da sua grande preocupação que esta nova fase que vive o direito, tão diferente das demais. Uma das obras que serão mencionados alguns pontos é a elaborada pelo autor e Rolf Kuntz, intitulada Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação

variadas formas – às vezes na forma de parcerias público-privados –, demonstra-se totalmente despreocupados com a cidadania e a dignidade do povo.

Não há como olvidar que o estudo consubstanciado implica necessariamente a relação com o público e o privado, bem como os ideários do ordenamento jurídico e interpretações jurídicas nestes contextos históricos<sup>4</sup>. Mas isso não significa que se desconsiderem cada um deles como objeto de estudo isolado ou totalmente separado. Ao contrário, entendemos que não existem seqüências lógicas – criadas pelo decurso de tempo – que tragam ruptura definitiva com o modelo anterior de ordenamento e que não possam ser sopesadas com a análise do caso em apreciação, distanciadas dos direitos inalienáveis do homem.

Ademais, para que consigamos entender a imbricada discussão teórica, mormente do ingresso dos direitos jusfundamentais sobre as relações privadas, faz-se necessário reconhecer que todos os elementos norteadores de cada modelo de Estado demonstram-se essenciais e ligados às Constituições Sociais Democráticas surgidas na Europa a partir da década de quarenta.

No entanto, vêm-se reflexos da doutrina da independência absoluta do direito civil em relação aos outros direitos. Alguns setores da doutrina sempre se mostram receosos e até mesmo contrariados com a aplicação da teoria constitucionalista no ramo do direito civil de tradição milenar.

Em conseqüência de tal fato, foram desenvolvidas várias teses restringindo o alcance do Direito Constitucional ao direito privado. É interessante destacar entre estas, por que relacionada com a tese objeto deste trabalho, a teoria da aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais no campo jurígeno dos particulares que, como se verá de forma mais detalhada no segundo capítulo, de certo modo, procura compreender o direito constitucional através das cláusulas gerais do direito privado.

---

capitalista. In: FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

<sup>4</sup> Wilson Steinmtz quando descreve sobre como entende ser descipienda as concepções teóricas que nortearam historicamente o direito público e o direito privado, segundo Steinmtz o que deve preponderar é a primazia do princípio da supremacia da Constituição, a posição dos direitos fundamentais na Constituição. Mas de qualquer sorte, não descarta a possibilidade de que o problema e as possíveis respostas do ingresso dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares devam ter uma re-interpretação e análise, ao longo da história, da dicotomia relação entre o público e o privado. Para tanto, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, São Paulo: editora Malheiros, 2004, p.28.

No segundo capítulo, será exposta toda a discussão doutrinária a respeito do tema utilizando-se do método da comparação do direito, para analisar todo o início e o desenvolvimento deste debate jurídico que se intensificou muito na Alemanha, por exemplo. Em consequência de tal fato, foram desenvolvidas várias teses restringindo o alcance do Direito Constitucional ao direito privado.

No terceiro capítulo, inicialmente, veremos a importância do moderno princípio de interpretação da força normativa da Constituição. Buscar-se-á, também, demonstrar que em face de tamanhas desigualdades sociais e violência aos direitos fundamentais existentes nos países pobres há a necessidade de revermos a compreensão do direito atual para partirmos em direção a uma hermenêutica compatível com o modelo de constituição dirigente que vise à cidadania e a democratização do direito.

Será necessário, igualmente, examinar algumas questões ligadas ao tema nos tribunais brasileiros, onde existe certa relutância em aplicarem-se os direitos fundamentais catalogados em nossa Carta Política de forma direta e até indireta nas relações privadas<sup>5</sup>.

Temos a intenção de demonstrar, ao longo do texto, o que nos parece fundamental: a necessidade de que o ordenamento constitucional democrático seja protetor de seu povo, tanto de ameaças de entes públicos quanto privados, razão pela qual podemos dizer que não tivemos uma preocupação exacerbada de que as decisões colacionadas ao texto tenham seguido um viés do direito civil especificamente, podendo envolver outras searas do direito e até mesmo quiçá relações estabelecidas entre Estado e Cidadãos.

Em face do que ficou acima exposto, não temos interesse em diferenciar os atores estatais e não-estatais (digamos em um sentido tecnicista) para efeito de vinculação ou não aos direitos fundamentais. Isto é: excluindo-se a União, Estado e Municípios com os seus

---

<sup>5</sup> Esta construção do direito privado ao longo de toda a sua trajetória em métodos de subsunção lógico-formal demonstra-ser inoperante quando da análise de casos concretos mais complexos. Para citarmos apenas alguns exemplos do direito brasileiro deste modelo hermenêutico tipicamente engessador do poder judiciário, temos o artigo 126 do Código de Processo Civil brasileiro: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.” E, de outro lado, a própria Lei de Introdução ao Código Civil, no seu artigo 4, que, dispondo que no caso de omissão da lei, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. É bom lembrar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 00074 / 2006, cujos fundamentos são adequar a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro a Carta Constitucional de 1988 e os princípios gerais do novo Código Civil que buscou uma nova operabilidade e uma preocupação maior com os sujeitos de direito quando comparado com o Código de 1916. No entanto, referente ao dispositivo declinado, absolutamente nada foi alterado pelo legislador.

poderes pertinentes específicos, os demais são tidos *a priori* como particulares, aliás, posição esta defendida por Daniel Sarmiento a qual comungaremos no transcorrer do texto<sup>6</sup>.

Em fim, tentaremos descobrir se é possível a Constituição incidir ou não no direito privado e em que grau se dá tal influência.

---

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 314..

## 2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS MODELOS DE ESTADO.

### 2.1 A pré-história dos direitos fundamentais.

É bom destacar que para o perfeito entendimento da doutrina liberal – no período do triunfo do liberalismo, o das grandes declarações de direitos – algumas questões históricas são importantes e, por isso, não podem ser omitidas. Isto implica tecer algumas considerações sobre o período da idade medieval e acerca dos primeiros modelos estatais, de forma absolutista.

Os antecedentes à concepção jusnaturalista são tidas comumente pela doutrina contemporânea como sendo a “pré-história” dos direitos fundamentais, como assegura Sarlet. Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas bases na filosofia clássica, especialmente no modo de pensar cristão e da própria visão ideológica greco-romana. Veja-se a propósito o que diz o próprio autor a este respeito:

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antigüidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, nos legou algumas das idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.

Se por um lado não foi na Antigüidade que surgiram os direitos fundamentais, não é menos verdade, por outro, conforme ficou acima exposto, que a filosofia e a religião deste período influenciaram sobremaneira para que mais tarde adviesse a concepção jusnaturalista, cujos pressupostos são os de que o homem é sujeito de direitos indeléveis e sua dignidade é fenômeno natural e se impõe.

Primeiramente há de se comentar os acontecimentos que acentuaram a crise de ruptura da sociedade agrícola moldada pela descentralização do poder político social (feudalismo), começando ali a surgir os ideários de um novel modelo de Estado e uma inicial preocupação com os direitos do homem.

Não há, por ora, nestas primeiras considerações – ligadas ao medievo – uma preocupação de extrair elementos diretamente relacionados, como a garantia de direitos e equilíbrio das relações privadas, mas sim trazer alguns fatos que repercutiram nessas novas filosofias, garantindo maior ou menor poder – liberdade – aos indivíduos. Assim, traremos alguns fatos políticos e econômicos que influíram, em nossa opinião, de forma incisiva ao modelo liberal de Estado.<sup>8</sup>

Pode-se dizer que a crise agrícola advinda da má conservação dos solos e da carência de adubos orgânicos resultou na ruptura de um dos principais baluartes norteadores da economia desse sistema feudal que era a produção agrícola, presente em cada feudo. Além disso, a falta de técnicas de higienização do armazenamento dos produtos, provocada pela ausência de uma verdadeira ciência agrícola naquele estágio da humanidade, começou a criar problemas de saúde de proporções gigantescas. Assim, depara-se a civilização européia daquela época com a peste negra, a qual foi o acontecimento mais traumático do século XIV, entre 1348-50, que colaborou intensamente para o enfraquecimento do sistema de descentralização do poder político-econômico em

---

<sup>8</sup> Fábio Konder Comparato destaca a importância da Magna Carta, datada em 15 de junho de 1215, a qual garante a liberdade da igreja e da nobreza, limitar o poder do monarca e possibilitando o direito de resistência ao abuso do monarca, sobretudo quando do desrespeito a posse o direito individual, mas que, segundo o autor, trouxe uma pedra angular para a construção da teoria moderna de democracia que era a limitação do poder por parte dos governantes, diz o autor: “Aliás, a Declaração final da primeira cláusula, segundo a qual o rei e seus descendentes garantiriam para sempre, a todos os homens livres do reino, as liberdades a seguir enumeradas, representou o primeiro passo para a superação oficial das divisões estamentais, pois o que conta doravante é, fundamentalmente, o *status libertatis*, independentemente de qualquer outra condição pessoal. Graças a essa primeira limitação institucional dos poderes do rei, pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII. Nada a ver, obviamente, com a *demokratia* grega. Esta se caracteriza, com efeito, pela soberania popular ativa, com o demos exercendo conjuntamente as funções legislativa e judiciária, além da tomada das grandes decisões políticas, com a paz e a guerra.” In: A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2005, p.78.

voga até então na Europa. Este raciocínio pode ser corroborado facilmente porque esta epidemia, como noticia Luiz Roberto Lopez, redundou no falecimento de mais de 40% - quarenta por cento - da população européia da época, o que acarretou em termos percentuais, como menciona o autor, numa dizimação de vidas em um período muito curto de tempo, superior à gerada pelas duas grandes guerras do séc. XX somadas.<sup>9</sup>

Tal situação levou a uma grandiosa modificação econômica e cultural na sociedade do velho continente. Em consequência disto, começa haver a substituição do labor campesino por uma relação econômica baseada nos pagamentos em espécie monitorizados, a qual transformou a condição dos antigos servos para uma nova realidade, a de rendeiro. Por causa deste fenômeno a sociedade da idade média deteriorou-se aos poucos, para logo transformar-se em um novo modelo sócio-econômico, como ensina Luiz Roberto Lopez, que assim leciona: “Surgindo, aos poucos, a distinção entre rendeiros ricos, precursores de um incipiente capitalismo agrário, e rendeiros pobres, tendentes a se transformarem em assalariados agrícolas”.<sup>10</sup>

Tal evento ainda resultou na venda das propriedades dos rendeiros pobres para os grandes mercadores das cidades, nas quais se instalaram os rendeiros ou proletários rurais. Esta monetarização das obrigações feudais e a substituição da relação senhor/servo pelo modelo senhorio/rendeiro, foram evidentes sintomas de uma grande transição social.<sup>11</sup>

No plano jurídico, por sua vez, viu-se neste período a predominância do direito privado em face do direito público. O último demonstra-se praticamente inexistente naquele decorrer da história, pois as relações travadas no sistema feudal aconteciam no âmbito das propriedades dos grandes latifundiários, nos fundamentos de cada feudo numa relação eminentemente particular.<sup>12</sup> Essa prevalência do direito privado não implicava, por óbvio, na hegemonia dos ideais individualistas do modelo liberal, ou dos pressupostos do jusnaturalismo que surgiriam séculos mais tarde, como os elementos precursores do Estado moderno.<sup>13</sup> Pelo contrário, este domínio do direito privado sobre o público, aconteceu em

---

<sup>9</sup> LOPEZ, Luiz Roberto. História da América Latina. Porto Alegre, Mercado Aberto, 1986, série revisão, n. 21, p.10.

<sup>10</sup> Op. cit., p.11/12

<sup>11</sup> LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.p 125-126.

<sup>12</sup> SARMENTO. Daniel. Org. Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p.34.

<sup>13</sup> Idem, ibidem, p.p.34/35 A prevalência do privado sobre o público não se explicava aqui pelo individualismo, cujo florescimento dar-se-ia apenas séculos depois, com o advento do Renascimento e da ilustração. Ela devia-se antes ao sistema econômico feudal, como mencionado, e também ao exacerbado

decorrência da própria estrutura do sistema autônomo de cada feudo e, também, pela multiplicidade do poder que os permeou. Mantendo a mesma direção de idéias, constata-se que de uma maneira geral, havia no feudalismo uma pluralidade de pretensos governos, nos quais a soberania era disputada entre a igreja e os senhores feudais, nas corporações de ofício, nas cidades, etc.<sup>14-15</sup> Neste período medieval, via-se a supremacia do privado, fundado no direito natural e consuetudinário, a qual advinha certamente da influência da economia dos feudos e do pluralismo político reinante até aquele instante.

Inicia-se a partir de então os ideários de um novel modelo de governo, cujos objetivos seriam combater os grandes proprietários de terras, que eram o grande estorvo da nova estrutura política republicana e, portanto, repelir o sistema de descentralização de poder.

Entretanto, para que possamos entender a lógica do Estado liberal, não olvidados em descrever *a priori* alguns fatos históricos que contribuíram para o desenvolvimento dos direitos dos indivíduos em face do Estado.

Seguindo este rumo, breves considerações serão descritas do período medieval, enfatizando-se, sobretudo, o grande poder dos proprietários de terras e demonstrar brevemente que prevalecia na idade média a fragmentação do poder político nos feudos.

Por outro lado, ao revés, os ideários do absolutismo sondavam na derrubada desta forma descentralizada de poder, trazendo alguns pensadores da época que propugnavam por esta nova forma de poder – agora ao poder de um monarca – enfatizando-se as teorias de Maquiavel e Thomas Hobbes, sem desdouro aos demais pensadores, mas como já foi dito objetivando apenas buscar um liame tão necessário à pré-compreensão da nova visão iluminista que começa a advir na Europa.

Os fundamentos que guiavam essa visão de Estado baseavam-se no motivo

---

pluralismo político, caracterizado pela ausência de poderes soberanos e pela completa dispersão da autoridade por múltiplas instâncias como a Igreja.

<sup>14</sup> Op. cit. SARMENTO, Daniel. Org. Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público, p.34.

<sup>15</sup> Conforme Bobbio, quando da análise dos pressupostos históricos e das relações entre direito natural e direito positivo, destaca que: “Na idade Média, ao contrário, a relação entre as duas espécies de direito se inverte; o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens. Esta concepção do direito natural encontra sua consagração oficial na definição que lhe é dada no *Decretum Gratiani* (que é a primeira grande recensão de direito canônico, e que constituirá posteriormente a primeira parte do *Corpus juris*). BOBBIO, Norberto. O positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E.Rodrigues .São Paulo: Ícone,1995,p.27

segundo o qual a sociedade precisava manter sua segurança e ordem a qualquer custo. Desta forma, podia o Estado, valendo-se até da violência contra os seus governados, cobrar tributos para a manutenção dos seus sustentáculos (segurança e ordem pública). Tal conduta estatal também foi fundamentada nos ideais de Maquiavel<sup>16</sup>, o qual foi um dos grandes idealizadores desse novo viés de modelo estatal. É indubitável que Nicolau Maquiavel, teórico republicano, propugnou em suas obras que mediaram os séculos XV e XVI, várias teorias direcionadas à retomada de poder – centralização do poder –. No entanto, duas das suas teorias são fundamentais para a doutrina política, uma vez que demonstram claramente a ruptura com o sistema feudal, a saber: a teoria dos homens e a teoria do Estado, expostas a seguir.

Na concepção maquiavélica da teoria dos homens encontra-se uma das suas idéias mais conhecidas, a de que os homens são maus, por natureza, como ele próprio escreveu: “levianos, cobardes, ingratos, cruéis, negligentes, maldosos, estúpidos, invejosos. É preciso estar sempre preparado para tudo, isto é, para o pior, da parte deles.”<sup>17</sup>. Vistos desta forma, os homens, em face das características descritas por Maquiavel, necessitam de uma mão firme para guiá-los, conciliando, pois, a sua teoria pessimista da natureza humana com outra das suas teses a teoria otimista dos grandes indivíduos.<sup>18</sup>

É importante trazer a visão do teórico renascentista no que tange a teoria do Estado, o qual repele radicalmente os paradigmas das sociedades feudais baseados na descentralização de poder e no desprestígio de um poder republicano centralizado. Para ele, a única forma possível de prevalecer à ordem seria com a introdução de um governo monárquico, cujos objetivos seriam combater os grandes proprietários de terras, que eram o grande estorvo da nova estrutura política republicana por ele desenvolvida. Convém transcrever *in litteris* esta preocupação, que resume bem a reviravolta – copernicana pode-se dizer – do pensamento político proposta nos moldes defendidos pela concepção maquiavélica:

---

<sup>16</sup> Daniel. Org. Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, pp.34/35.

<sup>17</sup> MOUNIN, Georges. Maquiavel. Biblioteca Básica de Filosofia, n. 25, São Paulo: Livraria Martins Fontes. Tradutor Joaquin João Coelho Rosa, p 25.

<sup>18</sup> Ibidem, pp.25/26

O que é feudalidade? Para explicar o que entendo por cavaleiro, direi que se chamam assim todos os que vivem sem fazer nada, do produto das suas propriedades e que não se ocupam nem da agricultura nem de qualquer outro ofício ou profissão. Tais homens são perigosos em qualquer república e em qualquer Estado. Mais perigosos ainda são aqueles que, além das suas posses em terras, têm também castelos onde comandam e súbitos que lhes obedecem. O reino de Nápoles, o território de Roma, a România e a Lombardia abundam destas espécies de homens, por isso nunca se formaram nessas províncias qualquer república, qualquer estado livre, povoadas que são por esses inimigos naturais de toda a sociedade política razoável. Seria mesmo impossível estabelecer aí uma república. O único modo de fazer aí reinar qualquer ordem seria introduzir o governo monárquico. Com efeito, nos países onde a corrupção é tão forte que as leis não a podem deter, é necessário, ao mesmo tempo, instituir uma força mais forte, isto é, um rei com mão de ferro e que exerça um poder absoluto que ponha freio à ambição de uma nobreza corrompida.<sup>19</sup>

Sem prejuízo do que foi exposto, sabe-se que com a doutrina de Maquiavel inicia-se um movimento político-filosófico visando à estruturação do monopólio do poder político-econômico da sociedade, fundamentado essencialmente na figura do príncipe, o qual dispunha, nesta tese, de um poder total para intervir na esfera jurídico-patrimonial dos seus súditos, inclusive, podendo, quando houvesse necessidade, intervir plenamente no plano jurídico e revogar os preceitos legais a seu bel prazer. Aliás, Fábio Konder Comparato sintetiza bem os ideários do burocrata Florentino: “a concepção de que, na vida política, a importância dos fins a alcançar justifica o emprego de quaisquer meios, desde que eficazes”.<sup>20</sup>

Continuando na mesma ordem de idéias, é interessante destacar, outro importante pensador do absolutismo, Thomas Hobbes, que, no século XVII, publicou duas obras: O Leviatã e Sobre o Cidadão – fundantes para consolidar os ideários da teoria moderna de Estado, esta por sua vez, representada na pessoa de um soberano, bem ao estilo do Estado Absolutista.<sup>21</sup> Para esta ótica de Estado os homens não podem viver cada um por si só, até porque são mesquinhos e individualistas por natureza, o que impunha para o autor, segundo a sua concepção, que eles renunciassem as suas liberdades naturais, delegando a um soberano o poder de decidir sobre tudo que diz respeito à vida social. Este homem

---

<sup>19</sup> Op. cit. p.p 62/63

<sup>20</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.155.

<sup>21</sup> LEAL. Rogério Gesta. Teoria do Estado Cidadania e Poder Político na Modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.66.

artificial, mais forte politicamente que todos os outros e capaz de assegurar a paz necessária para todos, deveria estar munido de grandes e incontestáveis poderes, para que ele pudesse, aparelhado por uma força pública forte, manter a ordem política e a organização centralizada do Estado (em oposição a todas as características do feudalismo), sem a preocupação com a luta pela sobrevivência contra um rival com semelhante força de coerção.

De forma sucinta o que se busca no texto é bem trazer a lume o filósofo inglês Thomas Hobbes devido a sua importância nos estudos desse modelo de poder. Assim, com o intuito de síntese, a teoria hobbesiana assenta-se:

A teoria do Estado de Hobbes é a seguinte: quando os homens primitivos vivem no estado natural, como animais, eles se jogam uns contra os outros pelo desejo de poder, de riquezas, de propriedades. É o impulso a propriedade burguesa que se desenvolve na Inglaterra. “homo honini lupus”, cada homem é um lobo para o seu próximo. Mas como, dessa forma, os homens destroem-se uns aos outros, eles percebem a necessidade de estabelecer entre eles um acordo, um contrato. Um contrato para constituírem um Estado que refreie os lobos, que impeça o desencadear-se dos egoísmos e a destruição mútua. Esse contrato cria um Estado absoluto, de poder absoluto (Hobbes apresenta nuances que lembram Maquiavel).<sup>22</sup>

É bom lembrar que a teoria hobbesiana trazia no seu bojo, também, uma busca na unidade política da Europa em face das constantes guerras civis que aconteceram neste período. Tal fato – estado de guerra permanente – deu-se após a ruptura com monopólio dos ideários da cristandade em face da reforma protestante do início do século XVI. Ante tais acontecimentos era necessário buscar uma nova visão voltada agora à harmonia com o mundo ético e seus principais baluartes: a religião, a moral e o direito.

Observa-se que esta busca pelo poder estatal absoluto foi a mola propulsora para que se sucedesse uma viravolta filosófica rumo ao predomínio da autoridade pública sobre

---

<sup>22</sup> GRUPPI, Luciano. Tudo Começou com Maquiavel. Tradução de Dario Canali, 16ª edição. Porto Alegre: L&PM, 2001, p.14.

a vontade dos particulares.<sup>23</sup> Devido a isso, surge o Estado absolutista, o qual busca um novel espaço, este condizente com as necessidades de uma ordem social unitária construída por um governo central forte, o que de um modo geral, levou a autoridade pública insurgir-se contra a liberdade dos seus súditos. Esta opressão da liberdade da comunidade, com o tempo, provoca reações da mesma, na direção de conter os abusos indesejáveis do monarca exageradamente poderoso.

## 2.2 Do Modelo de Estado Liberal.

Com o transcorrer da história, surgem os ideários liberais os quais defendiam a necessidade urgente do término das benesses político-econômicas concedidas em excesso ao príncipe e a garantia dos direitos do homem em prol da segurança jurídica, tão necessária à visão econômica nos moldes capitalistas, próprios da ascensão da burguesia em substituição a nobreza, evento que começa, a partir deste marco, a aflorar. Isto se dá, principalmente, pelo motivo de que, somente assim, poderia haver para a classe burguesa em ascensão, a estabilidade compatível com a solidez de seus negócios privados, os quais não podiam ser repentinamente alterados pelo poder monárquico do rei.

Por causa do descrito supra, já a partir dos séculos XVII e XVIII, a filosofia termina por forjar, culturalmente, novos ideais de liberdade. Por isso, advêm, a partir de então, concepções universais de direitos do homem, de essência liberal. Dali em diante, o Estado passa a ser engenhado e reconhecido como coadjuvante, não mais desempenhando papel principal como na era do absolutismo, mas exercendo um poder político limitado pelos direitos individuais dos liberais. Por conseguinte, ele “não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes de sua própria existência.”<sup>24</sup> No plano histórico é inegável que essas teorias, consubstanciadas em um novel modelo estatal, foram formalizadas em documentos escritos na Declaração dos Estados Norte-americanos e, logo

---

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. (org) Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p.35.

<sup>24</sup> Op. cit. BOBBIO. Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, p. 29.

em seguida, pela Revolução Francesa de 1789.<sup>25</sup> Erguem-se os ideários do direito natural e do humanismo calcado na supressão de antigos deveres para com o Estado e no estabelecimento de direitos invioláveis em benefício do homem frente à autoridade do poder público. Percebe-se que as aspirações da classe burguesa tomam determinada forma, consolidando-se através da garantia da propriedade, nos moldes concebidos pelo direito romano, fortalecendo-se com isso o comércio, e pondo termo aos encargos exacerbados aos possuidores de título dominial<sup>26</sup> Neste contexto, justificaram-se tanto politicamente como filosoficamente, o juízo de liberdade e igualdade formal com um mínimo de intervencionismo Estatal, elementos preconizadores da consciência liberal<sup>27</sup>.

Sabe-se que dois são os fatores aos quais estão fortemente ligadas as causas dessa nova modificação do modelo político e estatal, fundada agora numa maior liberdade dos particulares, com a demarcação rígida dos poderes estatais e dos meios de a sociedade burguesa praticar os atos de comércio, na forma livre modelada pelo capitalismo.

O primeiro dos fatores, no plano político-jurígeno, vinculou-se aos direitos humanos e a doutrina da divisão dos poderes em executivo, legislativo e judiciário, para impedir as interferências políticas e jurídicas do Estado na sociedade privada<sup>28</sup>, as quais poderiam ser perigosas para a economia do livre mercado.

O segundo dos fatores foi no campo histórico-cultural, porque o mundo estava impregnado pelas características marcantes do mercado capitalista, havendo na época um endeusamento da propriedade privada e dos bens (projeto econômico). Isto se sucedeu em decorrência de estar a sociedade burguesa em plena hegemonia, o que fornecia a essência sociológica inerente ao Estado liberal e este, desenhado por aquela, propiciava condições políticas fidedignas ao perfeito desenvolvimento do liberalismo econômico, quais sejam: a formação de capital e a possibilidade de lucros.

Vê-se que ambas as searas – público/privado – trazem os seus ideários concebidos

---

<sup>25</sup> Idem, ibidem, p.29

<sup>26</sup> ARONE, Ricardo: (Org.). Estudos de Direito Civil - Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2004, p.41.

<sup>27</sup> Op. cit, ARONE, Ricardo: org. Estudos de Direito Civil - Constitucional. p.42.

<sup>28</sup> O *Bill of Rights*, na Inglaterra, um século antes, da Revolução Francesa, teve uma importância fundamental, pois, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, combateu o regime da monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Além disso, representou a institucionalização da permanente separação de poderes no Estado. Para tanto: Fábio Konder Comparato. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva 2005, p.p.90/94.

no zelo pelas liberdades privadas dos indivíduos, bem como no reconhecimento de que o Estado era o adversário destas garantias individuais. Por isso, deveria ficar proibido de praticar qualquer agressão a direito individual resguardado aos sujeitos/cidadãos.

Nota-se com isso a formalização – político-jurídica – dos direitos humanos foi sendo organizada no seio da sociedade, o que ocorreu em meados do século XV e século XVI, respectivamente. Ela foi sendo moldada simultaneamente com o desenrolar da realidade social e, em consequência disto, foi submetida a elementos políticos que concorreram para a sua inserção no Direito Positivado, enfatizando-se, neste propósito, a importância das Declarações de Direitos do Povo de Virgínia de 1776<sup>29</sup>, a da Independência dos Treze Estados Unidos da América, de 1776 e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

É inegável que, de uma maneira geral, as constituições liberais viam o Estado como o opressor dos direitos fundamentais das pessoas, ou seja, havia uma preocupação em afirmar o valor dos direitos fundamentais perante o Estado.<sup>30</sup> Constata-se no meio disto tudo a positivação jurídica do liberalismo, no fato de que as constituições deste período condensam um mínimo de intervenção nas relações econômicas, ou seja, absten-

---

<sup>29</sup> A primeira utilização consequente do conceito de povo como titular da soberania democrática, nos tempos modernos, aparece com os norte-americanos. Antes mesmo da declaração de independência que, “por respeito descente as opiniões do gênero humano” principiava dando as razões pelas quais “um povo vê-se na necessidade de romper os laços políticos que o ligaram a outro”. Thomas Jefferson atribuiu ao povo um papel preeminente na constitucionalização do país. Ao redigir o projeto de Constituição de Virgínia no primeiro semestre de 1776, propôs que essa lei suprema, após declarar caduca a realeza britânica, fosse promulgada “ela autoridade do povo”. In: Friedrich Muller. Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann e Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 15

<sup>30</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Portugal: editora Almedina, 2003, p. 109 “As constituições liberais costumam ser consideradas como «códigos individualistas» exaltantes dos direitos individuais do homem. A noção de indivíduo, elevado à posição de sujeito unificador de uma nova sociedade, manifesta-se fundamentalmente de duas maneiras: (1) a primeira acentua o desenvolvimento do sujeito moral e intelectual livre; (2) a segunda parte do desenvolvimento do sujeito económico livre no meio da livre concorrência. A consideração do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral e intelectual (essência da filosofia das luzes), justificará a exigência revolucionária da constatação ou declaração dos direitos do homem, existentes *a priori*. O sentido destas declarações não se reconduzia à reafirmação de uma *teoria da tolerância*, ou seja, de apelos morais dirigidos ao soberano, tendentes a obter garantias para os súbditos. A tolerância ficava sempre no domínio reservado do soberano e, conseqüentemente, na sua completa disponibilidade. As declarações dos direitos vão mais longe: os direitos fundamentais constituem uma esfera própria e autônoma dos cidadãos, ficam fora do alcance dos ataques legítimos do poder e contra o poder podiam ser defendidos. A segunda perspectiva do individualismo, directamente mergulhada nas doutrinas utilitaristas, conduz-nos ao *individualismo possessivo ou proprietarista* : o indivíduo é essencialmente o proprietário da sua própria pessoa, das suas capacidades e dos seus bens, e daí que a capacidade política seja considerada como uma invenção humana para protecção da propriedade do indivíduo sobre a sua pessoa e os seus bens. Conseqüentemente, para a manutenção das relações de troca, devidamente ordenadas entre indivíduos, estes eram considerados como proprietários de si mesmos. Trata-se, no fundo, do individualismo ideológico do liberalismo económico.”.

se o poder público de se ingerir nas relações de propriedade, liberdade de profissão, liberdade de indústria e comércio.<sup>31</sup>

Todavia, este enfraquecimento do poder estatal tornou-se prática exacerbada, o que acabou por transformar as relações entre os particulares. Assim, essas relações tornaram-se sustentadas nos ideais do jusnaturalismo clássico, eis que o liberalismo era avesso a regulamentações jurídicas nas quais o Estado interferia na ordem econômica. Então o direito privado ficou substancialmente restrito ao princípio *pacta sunt servanda*, o qual não oferecia defesa aos particulares quando estes eram oprimidos pelos outros particulares. Não há de se estranhar, portanto, que esta proteção não fazia parte destas cartas políticas, a não ser de forma excepcional e subsidiária. As normas constitucionais daquele período – paradigma do Estado de Direito – ocupavam-se das relações privadas apenas para tutelar a autonomia privada relativamente a possíveis interferências estatais, proclamando, por exemplo, a inviolabilidade da propriedade (art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789, arts, 1º, n. 2, e 16º, da Constituição Francesa de 1791).

Isto acabou produzindo uma situação na qual o direito civil detinha autonomia total nas relações privadas, repelindo, de regra, qualquer regulação intervencionista da constituição ou do governo nos direitos naturais de liberdade dos indivíduos. Dito de outro modo, percebe-se que, neste período, os códigos eram vistos como completamente imunes à intervenção estatal. Isto ocorreu porque o Direito Constitucional, de regra, se prestava apenas para cancelar a liberdade soberana dos pactos ajustados pelos sujeitos. Havia uma clara distinção e separação do direito público/constitucional em face do direito privado. Insira-se aqui o forte nexos existente, como veremos no próximo capítulo, deste paradigma liberal com as teorias que negam a possibilidade de ingresso da Constituição nas relações confeccionadas por particulares. Os adeptos desta concepção defendem que a incidência do direito constitucional sem a intermediação do legislador ordinário traria sérios riscos à autonomia da vontade e, por consequência, desfigurando, por completo, o direito privado.

Por estas razões, no campo privado, o código civil desempenhava o papel “de constituição da sociedade civil”,<sup>32</sup> e entendia-se que as relações entre particulares definiam-se nos ideais do jusnaturalismo clássico, este calcado na absoluta autonomia dos

---

<sup>31</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Portugal: editora Almedina, 2003, p.110.

<sup>32</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 27.

sujeitos em contratar e na imutabilidade destas avenças. Protegiam-se unicamente as propriedades privadas, contudo com absoluta despreocupação com os laços sociais ou com a personalidade humana.<sup>33</sup>

Com o passar do tempo chegou-se à conclusão filosófica consoante a qual os objetivos precípuos do liberalismo capitalista, os quais se preocupavam somente com os particulares individualmente, começam a ruir quando definidos na maioria dos Códigos da época.

Tal constatação gerou um pensamento através do qual não se buscava apenas impedir que o Estado interviesse nos negócios, mas se via que os ideários da concepção jusnaturalista tornavam-se perigosos para o capitalismo e, portanto, inúteis aos interesses de uma poderosa classe política burguesa em ascensão. Assim, o que se buscava agora era a previsibilidade do direito, a segurança jurídica das relações.<sup>34</sup>

Em decorrência deste modo de pensar, inicia-se a busca da segurança jurídica e, com isso, aparece o positivismo jurídico (escola exegetica), que se originou na França. Ele começa a obter imenso sucesso e a se expandir por vários países europeus. De toda forma, com o surgimento do positivismo, via-se nele um instrumento extremamente útil aos capitalistas, porque, como já foi demonstrado alhures, ele aliou a absoluta autonomia do direito civil em face das Constituições à previsibilidade e segurança jurídica tão necessária ao capitalismo em ascensão. O direito codificado formalmente legislado e escrito (positivado) alcança um forte prestígio mundo afora, ainda que, excepcionalmente, como faz questão de lembrar Bobbio, o Código Civil Austríaco de 1811, no seu artigo 71, previa, no caso de lacunas da lei, a possibilidade do hermenauta valer-se do direito natural para suprir as imprecisões da(s) norma(s) jurídica(s).<sup>35</sup> Então:

---

<sup>33</sup> Idem, ibidem, p. 28 “Nessa dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Como afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, “o homem civil precederia o ‘homem político’ e o burguês estaria antes do cidadão. Esta compreensão fundava-se sobre premissa antropológica clara: o indivíduo era compreendido como um átomo social, uma ‘mônada ensimesmada’ como ironizou Karl Marx, e a sociedade como o lócus da livre concorrência entre estes indivíduos, que mantinham entre si relações do tipo contratual. Os laços sociais e os vínculos comunitários eram negligenciados e considerados como elementos secundários da personalidade humana. O homem, ao qual se referiam as constituições e os códigos, era quase uma abstração metafísica, um ser desenraizado, e não a pessoa concreta, historicamente situada, portadora de anseios e necessidades reais...”.

<sup>34</sup> Nesse sentido. BOBBIO, Norberto. O positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.p 78 a 89.

<sup>35</sup> Bobbio, Norberto. O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 43/44.

Esta concepção do direito natural como instrumento para colmatar as lacunas do direito positivo sobrevive até o período das codificações, e mais, tem uma extrema propagação na própria codificação. No artigo 71 do Código Austríaco de 1811 estabelece que sempre que um caso não puder ser decidido com base numa disposição precisa de lei, nem recorrendo à aplicação analógica, dever-se-á decidir segundo os princípios do direito natural (diferentemente é, em contrapartida, como veremos, a solução do Código de Napoleão, de que teve origem o mais rigoroso positivismo jurídico.

Porém, o que terminou por triunfar foi o direito redigido de forma detalhista, praticamente exaustivo, pelo qual se pretendia valorizar o máximo possível ao princípio da certeza do direito, coisa politicamente desejável pelos capitalistas liberais. Cumpre aqui destacar, a título de amostra, algumas codificações que seguiram este viés, ou seja, da completude dos Códigos e da idéia de previsibilidade “quase absoluta” destas legislações ordinárias. Nesse sentido, eram as disposições do Código da França e o Código Civil Italiano do século XIX, os quais buscavam, também, evitar que o intérprete interferisse no direito, ou seja, este deveria fazer uma hermenêutica fundada unicamente na concepção da subsunção do direito, inspirada na idéia de exatidão destes diplomas de direito civil.

Embora não seja objeto deste texto o estudo de questões pormenorizadas de cada legislação, vale lembrar o Estatuto Civil Napoleônico – *Code Napoléon* –, que entrou em vigor na França em 1804, como importante influência no pensamento jurídico moderno e contemporâneo. A codificação napoleônica dividia-se em três partes basilares, as quais resguardavam: as pessoas; as coisas pertinentes à propriedade; e, por último, os dispositivos legais voltados à aquisição e à transferência da Propriedade. Nota-se que o direito civil, nos moldes napoleônicos, dedicava mais de 80% (oitenta por cento) de sua área de atuação a regular relações jurídicas voltadas ao direito de propriedade.<sup>36</sup>

Seguindo ainda os ideais do liberalismo da Revolução Francesa, temos o Código Civil da Itália de 1865, o qual também possuía o seu eixo no resguardo das glebas rurais e

---

<sup>36</sup> Op. cit, Bobbio, Norberto. O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito p.32.

da propriedade privada, e ocupava todo o arcabouço jurídico civil italiano velando para que o direito de propriedade se consolidasse de forma mansa, pacífica e duradoura.<sup>37</sup>

Os códigos civis deste lapso de tempo traziam como baluartes a propriedade privada e a preponderância das relações privadas em face dos interesses públicos. De qualquer maneira, isto se refletiu no Direito Constitucional, que era essencialmente formalista, despreocupado com as grandes questões que afligiam a sociedade, gize-se aqui a provinda da revolução industrial do século XVIII – classe trabalhadora – e que não dispunha de direitos sociais mínimos catalogados nas Cartas Políticas.

As Cartas Constitucionais deste período continham apenas os instrumentos estruturais do Estado e buscavam a proteção das garantias individuais<sup>38</sup>; eram, por isso mesmo, descompromissadas com quaisquer políticas públicas sociais prestacionais de serviços públicos de atuação positiva do Estado, as quais poderiam colaborar para a melhora da sociedade ou da qualidade de vida das pessoas. As leis constitucionais básicas daqueles tempos não traziam consigo quaisquer mecanismos de direito tendentes a modificar a realidade social da época, os quais eram tidos naquela quadra da história, apenas como peças de retórica, de duvidosa realização ou capacidade de efetividade, ou até mesmo porque não havia interesse em que a situação social mudasse.

Mantendo a mesma rota de pensamento, percebemos que a tese da primazia do privado sobre o público foi criada não apenas sob inspiração nos ideais da liberdade, mas também pela influência das regras do mercado capitalista, o qual politicamente hegemônico fora a pedra de toque dos ideários da classe burguesa em ascensão desde a ruptura do modelo estatal absolutista. Viu-se no século XVIII, a busca de completude normativa dos Códigos para o deslinde das controvérsias entre os particulares, e a fortificação do poder legislativo pelo intuito político de que as leis trouxessem certeza ao direito e se prolongassem por período duradouro e indeterminado.

Após todas estas considerações, de uma maneira geral, podemos dizer que este paradigma liberal individualista demonstrou-se de relevante importância para o desenvolvimento tanto teórico quanto político do direito, eis que foi e ainda é um dos

---

<sup>37</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. p. 4.

<sup>38</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. Op. cit. p.p.272/273.

fundamentos do Estado Constitucional contemporâneo. Todavia, é inegável que os seus fins doutrinários não se concretizaram efetivamente, ou seja, os direitos do homem – objetivo principal do liberalismo filosófico, oriundos de uma redescoberta do humanismo patrocinada pelo ideário iluminista/liberal –, não conseguiram implementar-se e realizar no plano fático a sua função essencial: propiciar a todo o gênero humano uma existência em que haja a completa dignidade do homem.

### **2.3 Do Modelo de Estado Social.**

Como se viu no tópico anterior, não havia por parte do direito uma preocupação maior com os direitos sociais, o que acarretou num desvirtuamento dos objetivos maiores da filosofia humanista, como, por exemplo, o preceito da igualdade de oportunidades e de acesso dos homens aos bens econômicos. A execução prática do recém criado movimento constitucionalista, ao final, se afastou dos ideários de equidade entre os homens e do resguardo da sua dignidade.

As organizações do poder balizaram-se em estruturas políticas de direitos e garantias da liberdade, segurança pessoal e propriedade privada – dimensão individual – valorizando exageradamente a livre iniciativa na ordem econômica e deixando de lado as políticas públicas para garantir a igualdade material de todos os cidadãos. Viu-se no tópico anterior que os ideários de proteção dos cidadãos em face do Estado, infelizmente, com o decurso de tempo, não saíram do discurso e resultaram, a bem da verdade, no âmbito das relações privadas, na exploração do homem por ele próprio.

A doutrina do liberal, há pouco citada, propiciou o surgimento de graves problemas sociais pertinentes a grande parte das pessoas da época. Assim, a maioria da população – a classe trabalhadora – vivia numa situação desesperadora, em condições de miserabilidade, absolutamente sem dignidade, esmagada pelo próprio sistema político-jurídico em vigor, o qual privilegiava somente o capital e baseava-se no egoísmo individualista – lógica do cada um por si. Naquele tempo o ser humano que sobrevivia unicamente de seu próprio trabalho somente poderia contar consigo mesmo, pois o Estado, na visão liberal, apenas exercia o papel de Estado de polícia, que tinha a função de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, a saber: a liberdade, a segurança e a propriedade.

Com o transcorrer do tempo, esta triste realidade de opressão à parcela majoritária dos homens da época provocou a reação deles através de Karl Marx, o precursor de um movimento filosófico que revolucionaria, de certo modo, a concepção política e jurídica a partir de então, o socialismo marxista. Mas o que vem a ser este socialismo? Na sua filosofia, Marx discursava que os laços comunitários eram negligenciados. Ou seja, afirmava que os instrumentos políticos até então utilizados pelo Estado não tinham como meta resolver os problemas das diferenças sociais, da pobreza e da realidade desumana pela qual passava a maioria das pessoas. Logo, as políticas públicas nesta direção eram ausentes; para ele, o que havia eram subterfúgios que desconsideravam o problema principal da humanidade: a desigualdade social.<sup>39</sup> Isto acontecia, talvez, porque o ser humano, incapaz de enriquecer naqueles tempos, era considerado apenas um objeto sem relevância nenhuma.

Nesse sentido, não passa incólume por Fábio Konder Comparato, a crítica de Marx aos próprios ideários da Concepção Francesa de direitos do homem, pois não passariam de barreiras ou marcos divisórios entre os indivíduos – a separação burguesa entre a sociedade civil e a sociedade política –, conforme a seguir:

Mas aí, como se vê, já se está fora do quadro dos direitos humanos, fundados no princípio da igualdade essencial entre todos, de qualquer grupo ou classe social. Desde o seu ensaio juvenil *Sobre a Questão Judaica*, publicado em 1843, Marx criticou a concepção francesa de direitos do homem, separados dos direitos do cidadão, como consagradora da grande separação burguesa entre a sociedade política e a sociedade civil, dicotomia essa fundada na propriedade privada. Os direitos do homem não passariam de barreiras ou marcos divisórios entre os indivíduos, em tudo e por tudo semelhantes aos limites da propriedade territorial. E os direitos do cidadão, sobretudo numa época de sufrágio censitário, nada mais seriam do que autênticos privilégios dos burgueses, com exclusão da classe operária. Na sociedade comunista, cujas linhas-mestras foram esboçadas no Manifesto do Partido Comunista, cinco anos mais tarde, só os trabalhadores têm direitos e só eles constituem o povo, titular da soberania política.<sup>40</sup>

Por outro lado, se as idéias de Marx não foram imediatamente aceitas pela sociedade da época, com o transcorrer da história os pensamentos e ideais do genial

---

<sup>39</sup> MARX, Karl. Para a Questão Judaica: Lisboa: Aante, 1997, p.75.

<sup>40</sup> In: A afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo:Saraiva, 2005, p.176.

alemão invadiram o mundo e terminaram por, primeiramente, rivalizar com o liberalismo e, depois, triunfar. Isso aconteceu porque anos mais tarde o socialismo viria a fazer parte do conceito do próprio liberalismo e da definição moderna de democracia. Todavia, até chegar nesta fase, o socialismo precisou amadurecer; então, não seria surpresa que igualmente ao acontecido com o liberalismo (aparecimento do liberalismo radical) surgisse um marxismo fundamentalista.

Algumas décadas mais tarde, fruto dessa visão socialista radical e diferenciada de poder é que eclodem várias revoluções políticas, mais ou menos marxistas, inicialmente na Rússia (1917) e cujo aspecto fundante foi a licitude da grande massa – a coletividade – apoderar-se dos meios de produção.<sup>41</sup> Estas revoluções, na verdade, como foram os primeiros laboratórios do socialismo moderno, resultaram num socialismo eminentemente político, no qual imperava precipuamente a disputa pelo poder e a manutenção do grupo hegemônico dos líderes daquele momento na direção do Estado comunista. A ideologia socialista acabou sendo um mero instrumento de conquista do poder estatal, o qual, embora oferecesse algumas vitórias para os trabalhadores, perdeu a prioridade dos governos, o que fez desenvolver em vários Estados comunistas terríveis regimes ditatoriais.

Entretanto, não pode ser esquecido o fato de que outros escritores deste período já propugnavam pela mudança de modelo estatal, alicerçado, agora, na justiça social e na igualdade material dos indivíduos e trazendo no seu bojo a efetiva preocupação com as classes sociais menos aquinhoadas e dando suma importância à dignidade humana. Nota-se, no entanto, neste novo paradigma estatal, um viés próprio distinto das premissas de Marx e dos primeiros Estados socialistas.

É relevante render homenagem a alguns destes doutrinadores do século XIX, os quais são justamente lembrados por Daniel Sarmiento. Dentre eles se destacam Charles Fourier, Lovis Blanc e Robert Owen, cuja convicção era a de que os indivíduos necessitavam de tratamento completamente diferenciado daquele até então dispensado pelo Estado liberal. Para essa corrente jurídico-filosófica, a grande massa – a classe proletária – necessita muito ser amparada pelo Estado, sobretudo, na defesa da dignidade humana. Como exemplos dessa proteção estatal para com a multidão de desamparados, temos o

---

41 HOBBSAWN, Eric. Era dos Extremos. O Breve Século XX, 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo Companhia das Letras, 1995, p. 61-62.

fornecimento de benefícios assistenciais, assim como o princípio de proteção do laborador nas relações de trabalho.<sup>42</sup>

Ainda mantendo idêntica direção de raciocínio, há de se ressaltar a importância de Owen para o socialismo, uma vez que implementou na Inglaterra, em suas fábricas, regras garantidoras de proteção aos trabalhadores, bem como difundiu idéias de políticas sociais tão necessárias à classe operária. Esta prática resultaria mais tarde no prenúncio da primeira legislação trabalhista da Inglaterra, o que lhe garantiu o coroamento de ser apontado por muitos como o ‘pai da legislação trabalhista’.<sup>43</sup>

A partir do sucesso do socialismo no campo filosófico (ampla divulgação) e político (início das práticas socialistas e das revoluções), alguns dogmas do modelo social de unidade burguesa começam a ruir, ou seja, alguns de seus baluartes sustentados na propriedade individual e na liberdade absoluta dos contratos privados começaram a ser contestados tanto na política quanto no direito.<sup>44</sup> Diante de tal contexto, o direito civil demonstrou-se incapaz de manter a sua preeminência sobre o direito público e sucumbiu às novas formas de ordenação jurídico-social.<sup>45</sup> Começam esforços para que o Estado possua poderes jurídicos reforçados, com o objetivo de dirigir amplamente as relações da sociedade e a conseqüente socialização do direito, por exemplo – dirigismo contratual – usado em algumas situações para gerar o equilíbrio entre os participantes das avenças particulares.<sup>46</sup>

Por meio dessa transmutação das teorias políticas foram rechaçados os antigos mecanismos jurídicos defendidos pelo liberalismo, os quais traziam no seu bojo a lei do mais forte, em que as relações econômicas travadas entre a alta burguesia e os cidadãos pobres eram desequilibradas. Isso ocorria em detrimento, obviamente, das classes sociais

---

42 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 32.

43 Conforme SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.07.

44 WIEACHER, Franz. Historia do Direito Privado Moderno. Lisboa: Fundação Colouste Guibenkien, 1993, 2ª edição, p. 628.

45 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2005, p.41 “... Neste cenário, a tradicional dicotomia, de origem romana, Direito Público/Direito Privado, sofre grande impacto, em razão da progressiva publicização do Direito Privado, e da sua ‘invasão’ pela normativa constitucional. Se no Estado liberal havia o primado do privado sobre o público, seja pelo predomínio da “liberdade dos modernos “sobre“ a liberdade dos antigos”, seja em razão do respeito não apenas ao sacrossanto espaço da autonomia individual,mas também ao livre jogo das forças do mercado, no Estado Social, invertem-se os termos desta equação. O primado do público sobre o privado no Estado Social expressa-se pelo aumento da intervenção estatal e pela regulação coativa dos comportamentos individuais e dos grupos intermediários.”

<sup>46</sup> Op, cit, STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp.67.

menos privilegiadas (proletariado), as quais, vindas do campo, não dispunham nem de educação, nem de condições, nem de instrumentos de enfrentamento para contrabalançar eqüanimente nas suas avenças de natureza privada quando do confronto com os membros do capital burguês.

Seguindo no mesmo rumo do raciocínio, há de se mencionar, que, na verdade, esta realidade dura sobreveio da instauração do processo histórico denominado revolução industrial, pelo qual se introduziu as máquinas no processo produtivo – mecanização – em decorrência do gradual desenvolvimento das atividades industriais em massa. Novos produtos são confeccionados em escala maior e em alta velocidade conforme a ótica da economia do século XIX. Ademais, nos locais onde se instalam as grandes indústrias, surgiam também outras menores, as indústrias de complemento ligadas a atividades de distribuição e de colocação de produtos, bem como as de serviços correlatos ou derivados que, de forma indireta, fomentaram o festejado desenvolvimento industrial.<sup>47</sup>

Para dar vazão ao grande volume de produção, espraia-se os negócios comerciais e, conseqüentemente, inicia-se o processo do crescimento decorrente dos investimentos de grandes concentrações de capitais, os negócios especulativos das indústrias.<sup>48</sup>

Acirra-se ferozmente a concorrência corpo a corpo destas empresas. Nessa briga por mercados de capital, é vital a conquista de preços competitivos e de novéis mercados lucrativos, além da minimização dos custos empresarias de produção.<sup>49</sup>

Tais fenômenos colaboram intensamente para a substituição do trabalho humano direto pela automação – mecanização. Iniciam-se, a partir de então, produtos desse processo, as grandes concentrações humanas, em face da omissão e do desleixo do Estado na manutenção dos postos de trabalho e na prática de políticas públicas de natureza social com intuito civilizador. É fato inegável que o Estado negligenciou no desenvolvimento de instrumentos legislativos aptos a resolver tal evento nefasto produzido pelo capital, o crescimento industrial desordenado da época e a conseqüente miserabilidade da imensa maioria da população.

---

47 BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.p.116/117.

48 Op, p. 117.

49 Idem, ibidem, p. 117.

Em consequência do descrito acima, os homens/trabalhadores passaram a necessitar de tutela específica em relação aos contratos de trabalho nas discussões que pudessem acontecer com as empresas/indústrias. Nessa senda, advêm, para piorar conjuntamente, elementos negativos de tal fenômeno progressista – Revolução Industrial –, tais qual o êxodo rural e a cultura da indiferença, resultando num atropelo brutal dos direitos humanos da nova classe social em ascensão – a operária –, que representava a expressiva maioria do povo.

Contudo, apesar dos terríveis males provocados pelo liberalismo, como foi visto anteriormente e após a primeira guerra mundial, começam a surgir as Cartas Constitucionais cujos fundamentos visam uma maior proteção para as pessoas e para as classes sociais menos aquinhoadas. Como exemplo, podemos citar a Constituição de Weimar (1919) que defendeu o pluralismo político e, conseqüentemente, impõe limites às organizações de poder de estilo liberal (direitos sociais), o que corresponde à destruição da unidade jurídica aos moldes do direito privado<sup>50</sup>.

Através desse movimento socializador, surgiu a necessidade de o Estado organizar o processo produtivo destruído com a primeira guerra mundial, o que resultou na valorização da classe operária pela sua própria importância, essencial na reconstrução da economia. Visto por outro prisma, percebe-se a abertura político-cultural dos caminhos para a implantação da experiência estatal intervencionista. Por conseguinte:

A derrocada do regime foi acelerada pela I Guerra Mundial, que transformou a face do mundo e iniciou novo capítulo nas relações econômicas. Surgiu a necessidade de o Estado atuar para organizar as necessidades produtivas, direcionando-as para o esforço de guerra, o que abriu caminho para uma experiência intervencionista concreta. A guerra provocou a destruição do mercado *natural* e ocasionou enormes perdas, requerendo a ação do Estado no sentido de evitá-las, além de provocar o aumento numérico e o surgimento de uma consciência de classe entre os operários, cuja organização se intensificou nesta época, e cujo poder político passou a ser mais respeitado, possibilitando o enfrentamento dos proprietários dos meios de produção. Em consequência disso, a concepção da separação entre o econômico e o político não tem como subsistir. Como já dito, a própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma *intervenção*: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia.<sup>51</sup>

---

50 Op. cit. 628 WIEACHER, Franz. Historia do Direito Privado Moderno. Lisboa: Fundação Colouste Guibenkien, 1993, 2ª edição.

51 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. Ciência política e teoria geral do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 66 e 67

Essa operação de criação de um novo paradigma de Estado, cuja realização se intensificou nessa época, possibilitou o enfrentamento dos proprietários dos meios de produção. Fortalece-se o poder e aumenta-se a dimensão do Estado e as Cartas políticas estabelecem, inovadoramente, um zelo maior na manutenção de garantias existenciais mínimas aos necessitados e pela primeira vez as Constituições expressamente positivaram os chamados direitos fundamentais sociais em sentido lato.

Neste mesmo diapasão, verifica-se nessa fase o surgimento do Estado de Bem Estar Social – *Welfare State*; busca-se, por intermédio dele, a garantia de um rol de direitos prestacionais, dirigido à proteção em benefício dos indivíduos, de condições mínimas para uma vida digna das classes sociais desfavorecidas. Em virtude disso, a Constituição Mexicana (1917) assim como a de Weimar (1919), já referida acima, nesse viés, foram marcos históricos importantes, em reação ao sistema capitalista e como base para uma construção epistemológica do modelo de Estado Social.

A Carta Política Mexicana teve uma importância histórica fundamental à afirmação dos direitos da classe proletária. Foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas e às liberdades políticas e individuais a qualidade de direitos fundamentais,<sup>52</sup> embora, como salienta Fábio Comparato, a sociedade mexicana do século vinte fosse, na sua grande maioria, agrícola e esses direitos interessassem apenas a uma parcela pequena da população: “[...] numa sociedade largamente agrícola, como a mexicana do início do século XX, os direitos trabalhistas interessavam a uma parcela ínfima da população, sem falar na sua inaplicabilidade para as pequenas e médias empresas urbanas.”<sup>53</sup>

Mas, de qualquer sorte, a importância histórica da Constituição Mexicana é inegável, estabelecendo-se as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito.

Referentes a estes princípios, podemos destacar do texto constitucional os seguintes dispositivos constitucionais em face da sua importância, conforme a seguir:

TITULO PRIMEIRO. Capitulo I. *Das Garantias Individuais* [...] **Art.5** [...] O contrato de trabalho só obrigará a prestar o serviço convencionado pelo tempo que a lei fixar sem poder exceder de um ano em prejuízo do trabalhador, e não poderá compreender, em caso algum, a renúncia, perda

<sup>52</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2005, p.174.

<sup>53</sup> Idem, ibidem, p.177.

ou menoscabo de qualquer dos direitos políticos ou civis. A falta de cumprimento do referido contrato, pelo trabalhador, só o obrigará à correspondente responsabilidade civil, sem que em caso algum se possa exercer coação sobre a sua pessoa. [...] **Art.15.** Não se autoriza a celebração de tratados para a extradição de réus políticos, nem para a dos delinquentes comuns que tiverem estado, no país onde houverem cometido o delito, na condição de escravos; nem de convênios ou tratados, em virtude dos quais se modifiquem as garantias e os direitos estabelecidos nesta Constituição para o homem e para o cidadão. [...] **Art. 17.** Ninguém pode ser preso por dívidas de caráter puramente civil. Ninguém poderá fazer justiça por si mesmo nem exercer violência para reclamar seu direito. Os tribunais estarão prontos para ministrar justiça nos prazos e termos que fixe a lei; seu serviço será gratuito, ficando, em consequência, proibidas as custas judiciais. [...] **Art. 27.** A propriedade das terras e águas, compreendidas dentro dos limites do território nacional, pertence originalmente à Nação, a qual teve e tem o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo assim a propriedade privada. As explorações somente poderão fazer-se por causa de utilidade pública e mediante indenização. A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade priva as determinações ditadas pelo interesse público, assim como o de regular o aproveitamento de todos os recursos naturais suscetíveis de apropriação, com o fim de realizar uma distribuição equitativa da riqueza pública e para cuidar de sua conservação. Com esse objetivo, serão ditadas as medidas necessárias para o fracionamento os latifúndios; para o desenvolvimento da pequena propriedade agrícola em exploração; para a criação de novos centros de povoamento agrícola com terras e águas que lhes sejam indispensáveis; para o fomento da agricultura e para evitar a destruição dos recursos naturais e os danos que a propriedade possa sofrer em prejuízo da sociedade. Os núcleos de população e comunidades que careçam de terras e águas, ou não as tenham em quantidade suficiente para as necessidades da população, terão o direito de recebê-las, devendo essas terras e águas ser tomadas das propriedades próximas, respeitada sempre a pequena propriedade. [...] <sup>54</sup>

Este avanço trilhado rumo à proteção humana, que resta evidenciado nos dispositivos constitucionais acima colacionados, foi a primeira Carta Constitucional a estabelecer uma desmercantilização do trabalho, com a proibição de equiparar o trabalhador à mercadoria<sup>55</sup>, a proibição da prisão por dívidas de caráter puramente civil ou de usar a violência para fazer justiça por si mesmo nem exercer violência para reclamar seu direito (art. 17) e a abolição do caráter absoluto da propriedade privada, o bem público – de interesse geral e do povo –, não poderia ser utilizado incondicionalmente pelo particular, a teor do artigo 27 da Constituição Mexicana como acima exposto.

---

<sup>54</sup> Tradução conforme a redação original, in: Op. cit, A afirmação histórica dos direitos fundamentais, p.p, 178/179.

<sup>55</sup> Idem, ibidem, p.177

A Constituição de Weimar trilhou a mesma via da Carta Mexicana, isto é, os direitos trabalhistas e previdenciários são elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais, inclusive com a preocupação de que houvesse uma regulação de padrões mínimos no âmbito das regulações internacionais do trabalho remunerado.<sup>56</sup> Vários outros prismas da vida social foram regulados pela Constituição alemã de 1919, como por exemplo no campo do direito familiar e no campo da educação, como se verá a seguir.

No primeiro deles – no âmbito familiar – a teor do artigo 119 da Constituição, a regra da igualdade jurídica entre marido e mulher, a equiparação de filhos legítimos a ilegítimos havidos durante o matrimônio (art.121) e a garantia de que as proles mais numerosas tivessem uma proteção do Estado, este se obrigando a lhes prestar assistência, fornecer auxílio à higidez e à saúde do grupo familiar.<sup>57</sup>

Além disso, a Carta alemã do século XX atribuiu ao Estado o dever da educação escolar, auxiliando decisivamente para a elevação social das classes sociais menos favorecidas. Nesse sentido:

Consagrando a evolução ocorrida durante o século XIX, e que contribuiu decisivamente para a elevação social das camadas mais pobres da população em vários países da Europa Ocidental, atribuiu-se precipuamente ao Estado o dever fundamental de educação escolar. A educação fundamental foi estabelecida com a duração de oito anos, e a educação complementar até os dezoito anos de idade do educando. Em disposição inovadora, abriu-se a possibilidade de adaptação do ensino escolar ao meio cultural e religioso das famílias (art. 146, segunda alínea). Determinou a Constituição que na escola pública, em ambos os níveis – o fundamental e o complementar –, o ensino e o material didático fossem gratuitos (art. 145. *in fine*). Ademais, previu-se a concessão de subsídios públicos aos pais de alunos considerados aptos a cursar o ensino médio e o superior (art. 146, última alínea)<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Idem, *ibidem*, p.191

<sup>57</sup> Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães. Primeira Secção - As Pessoas Individuais. Segunda Secção - A Vida Comunitária. [...] Art. 119. O matrimônio é posto sob especial proteção da Constituição, como fundamento da vida familiar, da conservação e do incremento da nação. Ele se assenta na igualdade de direitos de ambos os sexos. A higidez, saúde e o progresso social da família são tarefas do Estado (Staat) e dos Municípios. As famílias de prole numerosa têm direito a exigir amparo e auxílio do Estado (Staat). A maternidade deve ser amparada e protegida pelo Estado. [...] Art. 121. A legislação deve assegurar aos filhos ilegítimos as mesmas condições de desenvolvimento físico, espiritual e social dos filhos legítimos. Art. 122. A juventude deve ser protegida contra a exploração e o abandono moral, intelectual e físico. O Estado e os Municípios devem criar as instituições necessárias para tanto. Regras de proteção por via coativa só podem ser determinadas com base na lei.

<sup>58</sup> Op. cit. Fábio Konder Comparato, p. 191.

Transcorridos os anos, a questão dos direitos sociais abandonou o caráter de novidade para se transformar em núcleo do Estado de direito. Exatamente por isso, a Constituição Alemã de 1949 trouxe importante contribuição para impor ao Estado algumas obrigações prestacionais às pessoas carentes, ao dispor no seu artigo 20 que a República da Alemanha é também um Estado Social de Direito, embora os direitos tipicamente sociais não fossem positivados na sua grande maioria na Carta Política, excetuando-se a proteção da maternidade e dos filhos <sup>59</sup>. Determina o citado dispositivo da Lei Fundamental dos alemães uma regra geral a qual se irradia por todo o sistema jurídico e que acarreta uma forte proteção jurídica aos indivíduos menos favorecidos no sentido da igualização dos desiguais. Consoante esta noção de Estado, deve haver uma intervenção objetiva do aparato estatal na compensação das desigualdades fáticas discriminatórias, como em relação aos direitos da mulher e dos deficientes físicos, para citarmos alguns exemplos. <sup>60</sup>

Além disso, a doutrina e a jurisprudência alemãs – desde cedo após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949 – preocuparam-se bastante com as questões relacionadas ao princípio do Estado Social e com a garantia do mínimo indispensável para uma existência digna dos cidadãos. Os debates alcançaram um nível muito avançado, colocando o direito alemão na vanguarda do direito constitucional social. Só para citar um exemplo da excelência do direito tedesco nesta matéria é imprescindível aludir a Otto Bachof, um dos primeiros juristas que se destacou neste viés. Já no início dos anos cinquenta, ele considerava que o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Carta Fundamental da Alemanha – art. 1, inciso I – não apontava apenas para a garantia da liberdade individual, mas também para um mínimo de segurança social. <sup>61</sup> Para ele, tal princípio basilar do ordenamento jurídico alemão, considerado sem a abrangência de sentido na qual abarca a tutela dos recursos materiais e financeiros para uma existência digna, importaria no sacrifício da própria dignidade da pessoa humana. Por esta razão, para além do direito à vida e a integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF), <sup>62</sup> a Lei Maior da Alemanha garante um rol de direitos sociais implícitos no sistema, como o direito à previdência, à saúde e à assistência social.

---

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais “Mínimo Existencial” e Direito Privado: Breves Notas Sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre particulares. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Torres/Daniel Sarmiento, Flávio Galdino (orgs) – Rio de Janeiro:Renovar,2006. p.564

<sup>60</sup> Op.cit. p. .564.

<sup>61</sup> Idem, ibidem, p.564.

<sup>62</sup> Idem, ibidem, p.564

O Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, acatando a doutrina descrita há pouco e valendo-se da tese defendida por Bachof, no seu primeiro ano de existência, declarou que o Estado deveria fornecer gratuitamente ao indivíduo necessitado o auxílio material indispensável para uma existência decente, em exegese ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isto é, o tribunal reconheceu aos indivíduos hipossuficientes certos direitos, os quais impõem obrigações aos mais favorecidos economicamente e principalmente ao Estado, o qual deve possibilitar à população o acesso e a concretização de seus direitos constitucionalmente garantidos.<sup>63</sup>

Nessa mesma ordem de idéias, igualmente, anos mais tarde a Corte Constitucional alemã, embora na aferição de casos concretos distintos, valeu-se da fundamentação da garantia fundamental do mínimo existencial, defendida por Bachof e pelo Tribunal Federal Administrativo. Ou seja, reconheceu o *status* constitucional a um princípio jurídico assegurador das condições mínimas da existência digna do ser humano. Nesse sentido, noticia Sarlet a existência de arestos, cuja essência chancelou o reconhecimento explícito dos fundamentos jurídicos de um Estado Social<sup>64</sup> na República Federal da Alemanha. Assim, leciona Sarlet:

Por fim, embora transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida ao longo desta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social”. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu

---

<sup>63</sup> Cf. BV Verw GE,1, 159, (161 ess.), Decisão proferida, em 24-06-1954. In: nota de rodapé n. 23, Op. cit, p.565, SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais “Mínimo Existencial” e Direito Privado: Breves Notas Sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre particulares. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Torres/Daniel Sarmiento, Flávio Galdino (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>64</sup> Op. cit. p. 565. Menciona o autor na nota de rodapé n. 24 e 25 (fl.565), alguns desses arestos, CF, BVerwGE 40, 121 (133), 82, 60. Destaca, também, a de n. 87 e 153, sendo que estas decisões envolveram questões tributárias “reconhecendo-se para o indivíduo e sua família a garantia de que a tributação não poderia incidir sobre os valores mínimos indispensáveis a uma existência digna. Cuidou-se, contudo, não propriamente de um direito a prestações, mas, sim, de limitar a ingerência estatal na esfera existencial, ressaltando-se aqui também uma dimensão defensiva do direito fundamental ao mínimo para uma existência digna. Note-se que o princípio da dignidade humana passa, sob este aspecto, a constituir limite material ao poder de tributar do Estado”.

acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais<sup>65</sup>

Da mesma forma, a doutrina e a jurisprudência alemãs demonstraram que o alcance do sentido da idéia de dignidade humana, quando da análise de questões assistenciais, não apresenta uma quantificação rígida, devendo também ser este o sentido de interpretação do significado da dignidade da pessoa humana aferido pelo padrão sócio-econômico vigente daquele Estado. O Estado social, ainda que obrigado de maneira gradual a propiciar eficientemente a melhor qualidade de vida possível aos indivíduos, está, contudo, adstrito ao limite do financeiramente possível.<sup>66</sup>

Sem prejuízo do que foi dito anteriormente, é bom frisar as lições do jurista Sarlet, pelas quais à luz da interpretação dos Tribunais germânicos resta clarividente que a garantia da dignidade do homem não deve consubstanciar-se em mera garantia de existência do ser humano. Ao contrário, ela impõe ao Estado a tarefa de possibilitar para as pessoas uma existência com determinadas características (excelência na qualidade de vida) consubstanciadas em situações que permitam o exercício de todos os direitos fundamentais e o completo desenvolvimento da personalidade dos indivíduos.<sup>67</sup> Eis aí o conceito moderno de Estado social em termos de direito comparado. E no Brasil há um Estado socializador? E qual a definição brasileira de Estado social?

No Brasil houve algumas tentativas de criação de um modelo estatal de índole social, porém tal processo sempre se demonstrou remansoso e continua ainda sendo alvo de contínuos debates no dia-a-dia jurídico, consoante se demonstra os temas que se assentam no paradigma civil constitucional.<sup>68</sup> No meio disso tudo, o judiciário tem-se demonstrado, embora saibamos da sua precária situação estrutural, importante instrumento

---

<sup>65</sup> In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Torres/Daniel Sarmento, Flávio Galdino (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p 565.

<sup>66</sup> Op. cit. p.566 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais “Mínimo Existencial” e Direito Privado: Breves Notas Sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre particulares. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Torres/Daniel Sarmento, Flávio Galdino (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>67</sup> Op. cit. p.566. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais “Mínimo Existencial” e Direito Privado: Breves Notas Sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre particulares. p.566

<sup>68</sup> Conforme BITTAR, Carlos Alberto e BITTAR FILHO, Carlos Alberto, demonstrou preocupação a vários institutos do direito privado, enfatizando-se aqui o capítulo segundo, terceiro e sétimo da obra, que discorrem, respectivamente, sobre a interpretação do direito civil (pp.31/43), os direitos da personalidade (pp. 45/57) e, a teoria contratual e o dirigismo estatal (pp.115/130) In: Direito Civil Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

para solucionar o grande número de debates quando do choque entre direitos fundamentais e as relações privadas.

É imperioso mencionarmos alguns aspectos que nortearam as nossas cartas constitucionais pretéritas que, em determinados períodos, vão ao encontro dos movimentos sociais de defesa de direitos econômicos inspirados nos modelos europeus. Todavia, não raramente, estes são suplantados das Cartas Políticas por meio de aplicação jurídica voltada à ineficácia dos textos constitucionais e infraconstitucionais, afetando, com isso, a concretização da concepção defendida pelo paradigma social.

Para demonstrar isso, pode-se citar a Constituição brasileira de 1934, a qual já trazia no seu bojo um capítulo referente à Ordem Econômica e Social, donde advieram as grandes conquistas da criação da Justiça do Trabalho e do salário mínimo. Além disso, ela instituiu o mandado de segurança, por exemplo. Assim, <sup>69</sup> vê-se que na concepção desta Carta Magna, se buscou a orientação filosófica da década de trinta, impregnada de um sentimento antiliberal surgido na Europa, fortemente influenciado pela Constituição de Weimar e cujo compromisso era intensificar a renovação da ordem econômica e social.

Porém, como adverte Luís Roberto Barroso, a democracia social da Carta Constitucional brasileira de 1934 não se consumou, uma vez que se inseriram em seu texto os ideários liberais, juntamente com os princípios moralizadores da Revolução de 1930, época na qual vigia um progressivo movimento em que se combatia a favor da doutrina da livre iniciativa individual e da ausência de interferência governamental nas relações entre particulares. <sup>70</sup>

Na seqüência da trajetória da história constitucional do Brasil nota-se que a Constituição brasileira de 1946 apresentou inovações como, por exemplo, o título dos Direitos e Garantias Individuais. Além disso, ela ainda assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade (art.141), em que se destaca a isonomia entre os sujeitos (art.141, §.1); art.141§ 4º: “A primazia do poder judiciário na apreciação a qualquer lesão de direito individual.” Da mesma forma, a Lei Maior do Brasil da década de quarenta trouxe também preceitos inovadores que visavam garantir a repressão ao poder

---

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. O direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.20.

<sup>70</sup> Op. cit. p.20 “ A Constituição de 1934, em dolorosa contradição, consolidava o ideário moralizador e liberal da Revolução de 1930, numa época de crescente antiliberalismo, em que as reivindicações eram muito mais econômicas e sociais que políticas.

econômico do grande capital, medidas de caráter eminentemente sociais, nos termos, por exemplo, do artigo 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social; A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16<sup>71</sup>, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”, partição dos lucros pela empresa (art.157, IV)”.<sup>72</sup>

No entanto, a Carta Constitucional de 1946 restou carente de efetividade, pois estavam a maioria de seus dispositivos a depender de leis complementares para a sua aplicabilidade. Tal necessidade de regulamentação infraconstitucional, evidentemente, vedou que se integrasse à Constituição, na extensão desejável, precipuamente, o rol de direitos e garantias do povo brasileiro, bem como a concretização de várias outras regras programáticas nela inseridas,<sup>73</sup> embora possa ter tido alguns méritos no prisma político.<sup>74</sup>

Já a quinta Constituição da República, de 1967, no plano institucional buscou a legitimação sob o fundamento de um positivismo formalista estrito, bem ao gosto de Kelsen, fundado unicamente na força e na capacidade de coerção do poder público exercido pela ditadura militar a qual intensificou a praxis político-jurídica da superioridade do Poder Executivo em face dos demais poderes constituídos – Legislativo e Judiciário. Em face disso, a União Federal obteve um poder gigantesco, que se desenvolveu exageradamente, centralizando a maioria dos poderes instituídos ao arripio do Estado de direito e retirando várias prerrogativas de competência do Poder Legislativo, como, por exemplo, as concernentes a todas as matérias de políticas econômico-sociais de grande relevo e interesse para os cidadãos, exercidas, com exclusividade, pelo Poder Executivo via decretos-leis.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> - § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

<sup>72</sup> A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, publicado no Diário Oficial da União de 19/09/1946, biblioteca do Senado, disponível [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), 02/06/2006, vide também, Barroso. Luís Roberto. O direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. p. 20.

<sup>73</sup> Op.cit. BARROSO, Luís Roberto. O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. p. 27.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p.27 “Sob o prisma político, todavia, o período iniciado em 1946, e que resistiu a todas as turbulências até abril de 1964, foi o único até então em nossa história que permitiu certa autenticidade no processo representativo. A existência, já referida, de partidos políticos de âmbito nacional e o equilíbrio que se estabeleceu entre os Poderes do Estado asseguraram pleitos menos marcados pela fraude, Em vigência efetiva, preservou-se o texto constitucional de tutelas indevidas e de embaraços outros que não os decorrentes da própria concretização da norma, na sua transposição do plano genérico e abstrato para a realidade nacional”.

<sup>75</sup> Op. cit. BARROSO, Luís Roberto. O direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira, p.37.

Teoricamente algumas questões ligadas ao Estado Social no Brasil foram buscadas por esta Carta Política detentora de dadas características precípua, as quais propugnadas pelo legislador constituinte foram bem sintetizadas por José Afonso da Silva:

Essa Constituição, promulgada em 24.1.67, entrou em vigor em 15.3.67, quando assumia a Presidência o Marechal Arthur da Costa e Silva. Sofreu ela poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República. Reformulou, em termos mais nítidos e rigorosos, o sistema tributário nacional e a discriminação de rendas, ampliando a técnica do federalismo cooperativo, consistente na participação de uma entidade na receita de outra, com acentuada centralização. Atualizou o sistema orçamentário, propiciando a técnica do orçamento-programa e os programas plurianuais de investimento. Instituiu normas de política fiscal, tendo em vista o desenvolvimento e o combate à inflação. Reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e de garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937. Em geral, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores.<sup>76</sup>

Todavia, observou-se que os custos sociais foram dramáticos em face da existência de um poder ditatorial, o qual buscou, de qualquer forma, transformar o país num dos dez grandes produtores de riquezas do planeta. Os governantes da época unicamente buscavam índices econômicos positivos, que eram metas a serem atingidas a qualquer custo, nem que penalizasse a grande massa populacional que vivia a mingua de políticas sociais como a educação, habitação e saúde. Como resultado dessa política, em face da ausência de políticas públicas, temos o agravamento dos problemas urbanos, dentre eles os altíssimos índices de desigualdade na distribuição da riqueza auferida pelo país no período do chamado milagre econômico.

Por outro lado, ainda é bom lembrarmos que, em 30 de outubro de 1969, nova redação foi dada à Carta Constitucional brasileira, mediante emenda decretada pelos

---

<sup>76</sup> DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª edição. São Paulo: Malheiros editores. 1994. p.p 87 e 88.

Ministros militares, no exercício da Presidência da República, a qual é considerada por alguns especialistas, devido à extensão das abruptas reformas no texto Constitucional, uma nova Carta Constitucional.<sup>77</sup> Em síntese essa emenda veio conformar o que radicalmente foi imposto pelo Ato Institucional, o mais radical deles, o AI 5, de dezembro de 1968<sup>78</sup>, que rompeu efetivamente com a ordem constitucional de 1967, impedindo inclusive que o então presidente Costa e Silva continuasse governando.

Diante desse breve relato das constituições da fase republicana do Brasil, constatamos uma tumultuada forma de democracia e de defesa dos direitos sociais dos cidadãos brasileiros. Agora mister se faz um exame atento de nossa atual Carta Constitucional

De toda sorte, percebe-se incontestavelmente ter a Carta Constitucional vigente trazido a festejada clareira para a consolidação de um autêntico Estado Democrático de Direito. Desta forma, é indubitável que ela trouxe consigo um tratamento diferenciado e inédito na questão social. Por causa disso, houve no prisma civil, visando trazer o equilíbrio das relações de direito civil, a consagração expressa do princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento primordial do Estado. Portanto, vê-se que o Estado brasileiro foi inspirado nas teorias democráticas mais modernas existentes, as quais concebem o Estado voltado unicamente para o bem estar da pessoa humana e não o contrário; assim, o ser humano constitui a finalidade precípua do Estado, não mais a atividade estatal<sup>79</sup>. Por certo, é incontestável que a Constituição de 1988 trouxe derradeira reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao país durante vários anos de ditadura militar. Todavia, os anseios do povo em busca da democratização, represados e violados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada por interesses e paixões<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Nesse sentido defende José Afonso da Silva. In: Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª edição. São Paulo: Malheiros editores. 1994. p.88.

<sup>78</sup> Resumidamente podemos destacar dos aspectos nefastos do AI5, os seguintes: A possibilidade do recesso do poder legislativo, nos três níveis do governo, outorgando, neste caso, poderes ao executivo; suspensão do hábeas corpus nos casos de crimes políticos; suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos; suspender as garantias da magistratura e exclusão da apreciação judicial dos atos praticados com base no Ato Institucional que se editava.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.65.

<sup>80</sup> Op. cit. p.41 e 42. Barroso. Luís Roberto. O direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. No entanto, o próprio autor traz logo em seguida algumas considerações negativas que me parecem importantes sejam destacadas: “A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a agência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, responsáveis

Abordaram-se na Lei Maior do Brasil alguns aspectos norteadores que influenciaram a confecção inegável de um Estado social, o qual desde os primeiros movimentos europeus do século dezenove não olvidou apenas em garantir direitos individuais aos seus cidadãos, mas também se fortalecia o anseio do estabelecimento de direitos sociais mínimos e o combate dos ideários de liberdade distorcida, almejados pelas elites econômicas da época, no período do nascimento e hegemonia do Estado liberal. De qualquer forma, o tempo transcorreu e anos mais tarde ocorreram as grandes guerras mundiais, as quais produziram reflexos nos campos filosófico, político e jurídico, conseqüência da imensa tragédia que foram aqueles conflitos, que acarretaram uma busca de novos horizontes na proteção da pessoa humana, agora elevada a elemento preponderante do sistema jurígeno dos Estados mundo afora e igualmente do Brasil.

Sem prejuízo do exposto acima, viu-se mundialmente que no plano político houve tanto avanços quanto retrocessos na implementação efetiva deste paradigma de proteção dos direitos da pessoa humana. Por isso, em algumas situações, as políticas de resguardo dos direitos humanos da população mais carente não saíram do papel.

A defesa dos direitos humanos, em vários países pobres, quando positivados nas constituições (em muitas não o são), obviamente, não vingou inclusive nas relações privadas, ou ainda, demonstrou-se tímida, o que termina fortalecendo os interesses dos capitalistas na exploração dos menos aquinhoados. Tal é a realidade brasileira, em que a democracia moderna não foi jamais implementada, pois o que ocorreu e segue ocorrendo na verdade é uma total distorção da mesma, por intermédio do medo do novo, da hermenêutica dos códigos, assentada no individualismo. Assim, os principais princípios constitucionais expressamente dispostos no texto constitucional não possuem eficácia social. Ou, em outras palavras, não são <sup>81</sup>cumpridos e nem aplicados.

---

por uma das maiores vicissitudes da Constituição 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão toda ordem, geraram um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo. A crítica, cabível e necessária, não empana o seu caráter democrático, mas apenas realça a fisionomia ainda imatura de País fragilizado pelas sucessivas rupturas institucionais e pela perversidade de suas relações sociais. Como protagonista e beneficiária das disfunções atávicas da sociedade brasileira, - sobrepára uma classe dominante - a elite econômica e intelectual - que jamais se interessou ou foi capaz de elaborar um projeto generoso de país, apto a integrar à cidadania, ao consumo mínimo, enfim à vida civilizada, os enormes contingentes historicamente marginalizados”.

<sup>81</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora forense, 2004, pp. 14/16.

Em virtude do que expusemos anteriormente, percebemos que, ao longo de sua trajetória, o Estado social – demonstrou-se inconstante, apresentando uma forma historicamente variada em cada fase. Vimos, no entanto, que neste modelo estatal sempre houve um núcleo doutrinário central, ou seja, a preocupação maior por parte do Estado na proteção dos indivíduos em si mesmos, coisa inexistente no modelo estatal liberal, o qual não podia intervir no campo de atuação dos sujeitos de direito privado, porque os setores politicamente hegemônicos da humanidade naquele instante e de hoje mesmo tinham e ainda têm a conveniência de que tal situação se mantenha. Por causa disso tudo, o Estado social ficou definido, desde seu nascimento até os dias atuais, como o Estado garantidor, por meio de ação positiva, de vários direitos que assegurem em todas as circunstâncias a dignidade do homem, seja qual for sua situação pessoal.

Nada obstante, a partir da década de setenta, acelera-se e intensifica-se a fragilização deste modelo de Estado, o qual acaba ruindo efetivamente em prol de uma nova ordem internacional centrada em políticas neoliberais, dentre elas a da concentração de capitais, a despreocupação com os atores privados e o esfacelamento do Estado (Estado mínimo).

De qualquer maneira, não há como olvidar nem se espantar, por fim, que em virtude dos longos períodos ditatoriais que assolaram o nosso país, esse modelo não se implementou efetivamente no Brasil. Em suma, apesar do elevado grau de cidadania constante no texto constitucional vigente, na prática, o Estado Social ainda demonstra-se de duvidosa concretização.

As mudanças sociais, culturais, políticas ou econômicas, ocorridas no plano relacional entre os direitos civil e constitucional têm repercutido sobremaneira, em uma maior proteção, na dignidade da pessoa humana, elemento preponderante no Estado Democrático de Direito.

É inegável, por outro lado, como se verá logo em seguida, que existe hoje uma opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – entes não-públicos –, havendo movimento ao revés do Estado Social – que busca a constitucionalização do direito civil –, visando-se agora os entes particulares, em face do poder que possuem, de certa forma privatizar o direito constitucional.

Em face disso não poderíamos deixar de discorrer a respeito de algumas questões ligadas à política neoliberal, que em tempos de globalização tem atropelado os direitos fundamentais e humanos dos particulares, conforme será exposto logo em seguida:

#### **2.4 Dos efeitos da política neoliberal e da globalização no direito constitucional e no Estado-Nação.**

Como foi explanado nos itens anteriores o desenvolvimento da noção jurídica de Estado foi sendo desenvolvida aos poucos, de acordo com a própria evolução da humanidade ou da sociedade. Por isso, foram expostos anteriormente os modelos estatais de índole liberal e de essência socialista. Porém, há uma importante indagação a ser feita, isto é, qual é o estágio da sociedade atual e qual é a sua filosofia de Estado e de direito? A resposta a esta pergunta será dada por meio do desenvolvimento deste tópico.

Nota-se o fato de que a realidade do mundo todo aponta para o fenômeno denominado de globalização, no qual tanto a política, como a economia e o direito passam a se revestir de uma natureza pluricultural, em que o elemento sociológico apresenta-se de uma natureza de complexidade total, eis que a sociedade de hoje está cada vez mais mundializada. Em virtude disso, devido à expansão sem igual das relações econômico-comerciais entre as comunidades de todo o planeta, estes fatores tem ganhado maior potência política, para além do poderio político histórico dos mesmos. Assim, como o único interesse deles é o lucro, toda e qualquer ideologia contrária a ele (o lucro) é vista como sendo uma ameaça ao mercado ou um empecilho econômico aos seus propósitos.

A globalização econômico-social e a política neoliberal trazem efeitos na seara dos direitos humanos/fundamentais. O desmantelamento do Estado gera uma brecha política para que outras formas de poder simpáticas – as grandes corporações e transnacionais capitalistas – sejam hoje colaboradoras para a agressão da dignidade do ser humano e das constituições sociais que protegem efetivamente os residentes em sociedades desiguais em que a democratização não aconteceu por completo.

Em verdade, esse novo rumo dirigido ao privado demonstra-se ainda mais sinistro daquele modelado no século XVIII, pela classe burguesa. Isto é, o lucro e maior fluidez dos negócios, hoje são selvagens – visão mais radical – daqueles ideários burgueses que advieram encobertos na época com a defesa de direitos fundamentais dos cidadãos em face do Estado.

O direito civil construído ao amparo da Revolução Francesa possuía uma eliminação de particularismos locais, força crescente dos poderes nacionais, fortalecimento da autonomia da vontade, da propriedade privada e de obrigações gerais como validades universais. Já o que se vê na atualidade é um direito civil voltado à dinâmica de mercados transnacionais, privatização de serviços essenciais, concentração de capitais e efetivamente empenhado no esvaziamento da capacidade de o Estado gerenciar setores fundamentais na direção protetória de direitos sociais e humanos, o que implica uma diminuição qualitativa da própria cidadania.

Tudo isto, ainda falando-se no paradigma da globalização-, afeta diretamente os direitos humanos nos países pobres, trazendo uma reviravolta copernicana em face da brutal desigualdade social existente entre os atores privados – pessoas físicas e jurídicas. Como lembra Ingo Sarlet, o poder econômico, em tempos de globalização, tem encontrado terreno fértil para o acúmulo de riquezas das grandes corporações, internas e transnacionais, o que gera a exclusão social e o aumento nos índices da miserabilidade. Nestes termos relata o professor gaúcho:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza, igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares. No que diz com tal amplitude deste dever de proteção e respeito, convém que aqui reste consignado que tal constatação decorre do fato de que há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral. Que tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica, privatizações, incremento assustador dos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transnacionais (por vezes,

com faturamento e patrimônio – e, portanto, poder econômico- maior que o de muitos Estados), embora não se constitua em objeto desta investigação, não poderia passar despercebido e, portanto, merece ao menos este breve registro.<sup>82</sup>

Por causa do supracitado, como bem sintetiza o jurista gaúcho, os particulares, em tempos de globalização, assumem singular relevância e tornam-se os maiores inimigos das liberdades e dos direitos fundamentais em geral.

Tal dimensão – ou seja, da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – tem incrementado os níveis de exclusão social. Devido a isso, por exemplo, é penosa a discussão no direito civil, acerca, da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Desta forma, os princípios da despatrimonialização do direito, o caminho da eticidade e, principalmente, o da dignidade do homem/sujeito<sup>83</sup>, encontram uma rejeição extremamente elevada no meio empresarial, pois sua efetivação no campo fático, significaria, logicamente, uma diminuição da renda dos muitos abastados.

Por conseqüência, vê-se cada vez mais um desrespeito às pessoas naturais de direito privado, o que implica no aumento aos riscos para os direitos humanos, expondo os indivíduos a novas formas de opressão, por vezes mais difíceis de enfrentar que aquelas oriundas do próprio Estado.

Hodiernamente é notório que o desequilíbrio político na sociedade não é mais aquele existente outrora entre Estado e indivíduo, mas em face do dismantelamento do Estado nos moldes *wesphalianos*, agora se trava tal combate entre pessoas *versus* pessoas.

---

<sup>82</sup>In: SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.p 111/112 .

<sup>83</sup> Em diversos campos, mormente no direito privado há uma busca de valorização das pessoas no sentido concreto, i.é, na busca de um fundamento humanista que põe o ser humano no centro do sistema, retirando-se, de per si, o patrimônio e a propriedade que acabavam se sobrepondo ao homem – elemento preponderante da relação jurídica privada-, como frisou-se no texto, sobretudo, na visão filosófica de Estado Liberal. Existe hoje calcado nesta nova visão epistemológica humanista em busca da dignidade humana, do valor ético. No Brasil autores como Luiz Edson Fachim, para citarmos aqui um exemplo, tem se destaca em proclamar esses novos ventos que rodeiam o direito privado brasileiro. Nesse sentido salienta Fachim: “o personalismo coloca o ser humano no centro do sistema jurídico, retirando o patrimônio dessa posição de bem a ser primordialmente tutelado, ao contrário do que faz o individualismo proprietário. Propõe o autor a superação do individualismo por um solidarismo jurídico, que valorize a coexistencialidade. O ser humano não pode ser pensado nem compreendido em contraposição à sociedade, exceto na dimensão abstrata do individualismo, que deve ser afastada.” In: Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p.46.

Desta maneira, faz-se mister a partir de agora descrever algumas questões que influem sobremaneira nos direitos fundamentais e no choque havido entre o modelo do Estado de Bem-Estar Social – fortemente intervencionista – como se viu alhures nas considerações do paradigma social, com essa visão pós-moderna, influenciada pela política neoliberal, cujos baluartes implicam a reformulação das Cartas Constitucionais, inclusive a nossa<sup>84</sup>, para a adaptação do dinamismo de uma pseudo-nova-ordem internacional.

Como foi dito anteriormente, a humanidade, nos últimos séculos ao longo do percurso econômico e cultural, tem produzido para os estudiosos das ciências sociais um fenômeno político social denominado de globalização. Este evento tem esta denominação em decorrência de sua própria característica existencial e pelos efeitos que terminam por atingir o objeto das ciências humanas: a sociedade.

A globalização é em si mesma uma fase das relações entre os indivíduos do gênero humano (relação sociológica humana), em que os vários micro-sistemas sociais outrora existentes para o campo de estudo dos pesquisadores das ciências sociais estão entrando num processo de fusão, no qual aquela pluralidade imensa de sistemas sociais analisados antigamente de forma apartada misturam-se entre si, gerando um único e gigantesco elemento sistemático novo, o qual literalmente está transformando totalmente o objeto das ciências sociais – a sociedade. Assim, a cada dia, todos os setores da vida humana são obrigatoriamente levados pelo impulso inexorável da chamada aldeia global, isto é, a economia, a política, a ciência e, num vocábulo mais amplo, a própria cultura passam a ter uma feição mundializada. É a internacionalização da experiência comunitária humana na qual tudo o que o homem participa aparece contaminado pela substância multicultural do resto do planeta, inclusive, e, principalmente, o direito, porque sendo este, uma ciência social por excelência é um dos primeiros a sentir as influências da globalização.

Em decorrência da contemporaneidade da vida social, sobretudo, no conjunto de uma nova sociedade de massa, marcada pelo progresso das técnicas de informática, que produz um mundo fluido e fragmentado, requer-se ao estudioso do direito, a busca constante de maneiras ao menos mais adequadas para a proteção dos homens e a manutenção

---

<sup>84</sup>É bom lembrar como notícia Daniel Sarmiento, que advieram várias reformas a Carta Constitucional Brasileira de 1988 que seguiram o rumo do neoliberalismo, quais sejam: a flexibilização dos monopólios estatais sobre o gás canalizado, as telecomunicações e o petróleo (EC n. 5,8 e 9), alienação da Vale do Rio doce e a Telebrás. Além disso, de varias tentativas de flexibilização das relações trabalhistas previstas na Carta Constitucional e na Consolidação das Leis do Trabalho, positivados como direitos indisponíveis.

da sua dignidade, a função primordial do direito. De qualquer forma, as novéis situações conflitantes diferem-se *in totum* daquelas vivenciadas pela sociedade de outrora<sup>85</sup>. Para enfrentar esta realidade, busca-se um direito completamente distinto, capaz de regular tais acontecimentos até agora inéditos no plano fático e na experiência jurídica.

Assim, os conflitos concretos da sociedade hodierna vinculam-se também aos aspectos sociais e econômicos do mundo moderno, havendo grande necessidade de que o operador do direito interaja com estas situações, pois, com a co-relação destes, pode ele aferir com maior cautela e profundidade as interações havidas entre os sujeitos de direito nos últimos tempos e encontrar soluções mais satisfatórias. De qualquer sorte, qual a maior controvérsia jurídica existente hoje, pertinente ao fenômeno da globalização? A resposta com certeza é a discussão acerca das possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais, os quais se apresentam em estágio, de certo modo, sociologicamente mundializado. Este novo viés jurídico-sociológico, tido como pós-moderno, trouxe algumas benesses na comunicação e universalização de direitos. Mas, por outro lado, afeta o Estado, a Constituição e a soberania dos países, havendo também repercussões na seara civil e nas próprias relações jurídicas interprivadas, direito civil e direito internacional privado.

Entretanto, para o intróito deste tópico, convém trazer à baila a concepção de Pietro Perlingieri, em face da pertinência da sua exposição, o que, de certo modo, resume

---

<sup>85</sup> Bauman já traz viés mais radical em face da tamanha ruptura dos moldes do Estado Westphaliano: "DEPOIS DO ESTADO - NAÇÃO. Nos tempos modernos, a nação era a "outra face" do Estado e a arma principal em sua luta pela soberania sobre o território e sua população. Boa parte da credibilidade da nação e de seu atrativo como garantia de segurança e de durabilidade deriva de sua associação íntima com o Estado e - através dele - com as ações que buscam construir a certeza e a segurança dos cidadãos sobre um fundamento durável e confiável, porque coletivamente assegurado. Sob as novas condições, a nação tem pouco a ganhar com sua proximidade do Estado. O Estado pode não esperar muito do potencial mobilizador da nação de que ele precisa cada vez menos, à medida que os massivos exércitos de conscritos, reunidos pelo frenesi patriótico febrilmente estimulado, são substituídos pelos parceiros globais" e do "livre comércio global": têm seus empréstimos recusados e negada a redução de suas dívidas; as moedas locais são transformadas em leprosas globais, pressionadas à desvalorização e sofrem ataques especulativos; as ações locais caem nas bolsas globais; o país é isolado por sanções econômicas e passa a ser tratado por parceiros comerciais passados e futuros como um pátria global; os investidores globais cortam suas perdas antecipadas, embalam seus pertences e retiram seus ativos, deixando que as autoridades locais limpem os resíduos e resgatem as vítimas.

Ocasionalmente, no entanto, a punição não se confina a "medidas econômicas": Governos particularmente obstinados (mas não fortes o bastante para resistir por muito tempo) recebem uma lição exemplar que tem por objetivo advertir e atemorizar seus imitadores potenciais. Se a demonstração diária e rotineira da superioridade das forças globais não for suficiente para forçar o Estado a ver a razão e cooperar com a nova "ordem mundial": a força militar é exercida: a superioridade da velocidade sobre a lentidão, da capacidade de escapar sobre a necessidade de engajar-se no combate, da extraterritorialidade sobre a localidade, tudo isso se manifesta espetacularmente com a ajuda, desta vez, de forças armadas especializadas em táticas de atacar e correr e a estrita separação entre "vidas a serem salvas" e vidas que não merecem socorro. In: ZYGMUNT, Bauman. Modernidade líquida ; trad., Plínio Dentzien. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p.211.

bem uma preocupação tão necessária de inserção do jurista à realidade social. Como ele salienta, o direito não pode sucumbir às mudanças dos acontecimentos presentes na sociedade. O direito – é o dever-ser, não podendo aderir-se ao pragmatismo, mas interagir com a realidade sob pena de negar-se à força criativa do direito para fazer frente às mudanças tão controversas na sociedade global.<sup>86</sup>

Por outro lado, para desde já iniciar uma compreensão mínima da globalização, é bom lembrar que os ideais universais do neoliberalismo, engendrados na metade do século vinte, assentaram-se na concepção de Friedrich August Hayek, que defendia a supremacia das leis do mercado em face do Estado e insurgia-se contra as idéias de justiça social, preocupando-se, nitidamente, apenas com a liberdade particular. De modo geral, ele defendia de forma infeliz o Estado Mínimo, relegando os direitos fundamentais dos cidadãos ao plano secundário.<sup>87</sup> A teoria deste estudioso, obviamente, culminou por exercer uma imensa simpatia e grande fascínio sobre os grandes setores capitalistas e logo se espalhou mundo afora.

A partir da crise do petróleo da década de setenta, instaurou-se a descrença de que o Estado Social pudesse atender todas as demandas prestacionais que aconteceram com a redemocratização política, pondo-se em xeque os pressupostos basilares do dirigismo estatal da sociedade. Além disto, a crise do Estado social foi aguçada pela constatação da existência dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez maiores, tais como a garantia de direitos universais à saúde, à educação, à previdência social, à assistência aos desamparados, para citar-se algumas hipóteses que deviam ser suportadas pelo Estado. Somado ao descrito acima, os envelhecimentos populacionais, decorrentes dos avanços, das curas de doenças e das melhoras do saneamento básico ofertados à população também aumentaram as despesas públicas, alargando a crise. Exsurgia assim, uma crise para financiar a saúde e a previdência social, portanto a sustentação do *Welfare State*.<sup>88</sup>

Mantendo o raciocínio transcrito há pouco, há de se destacar que o segundo fato causador da crise do Estado do bem estar, refere-se à marcha da transnacionalização. Em virtude dela, o Estado se debilita na medida em que vai perdendo para o grande capital

---

<sup>86</sup> PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas relações privadas. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 67, 1998/1999.

<sup>87</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p.45

<sup>88</sup> Op. cit. SARMENTO, Daniel p.43

privado, setor de gigantesca potência política, o domínio sobre as variáveis que influem na economia. Isso por que, na globalização, havendo um conflito qualquer, um país tem de enfrentar politicamente quase todos os outros numa batalha econômica. Desta feita, deteriora-se a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e, com isso, o seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais num enfraquecimento da sua soberania<sup>89</sup>.

Enfim, logo se vê que a globalização tem contribuído efetivamente para a revisão das conjecturas norteadoras da soberania, sendo inconciliáveis a realidade dos Estados contemporâneos àqueles conceitos pré-determinados que vigiam outrora. Assim, muito embora a soberania permaneça adstrita à idéia de insubmissão, independência e de poder supremo juridicamente organizado, deve-se hodiernamente, atentar para as novas realidades que impõem à mesma uma série de modificações conceituais, as quais a transformam, por vezes. Nada obstante é salutar e possível haver discordância da extensão, profundidade e rapidez do fenômeno, mas não da sua existência, como preleciona Carvalho.<sup>90</sup> Desta maneira, sob o impacto da globalização, o Estado se debilita, na medida em que vem perdendo para o grande capital privado, setor de gigantesca potência política, o domínio sobre os elementos que influem no plano econômico. Com isso, deteriora-se a sua capacidade originária de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e controle de seu mercado interno, o que resulta no enfraquecimento da implementação de direitos sociais e conseqüentemente deixando lacunas ao setor privado para este desrespeitar a dignidade dos homens nos seus negócios econômicos privados. E mais: vê-se que os países pobres em face de tamanho movimento privatista do direito não conseguem intervir na busca do equilíbrio necessário dos contratos, a fim de que sejam resguardados direitos aos hipossuficientes.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Op. Cit, p. 44. “Este enfraquecimento do Estado, embora assustador para as classes desfavorecidas, é festejado por aqueles que criticavam o caráter paternalista do *Welfare State*, e que hoje pretendem, sob os aplausos da comunidade financeira internacional, ressuscitar a idéia defunta do Estado mínimo, confiando (ou simulando confiar) na mão invisível do mercado, como panacéia para todos os males econômicos e sociais. Para estes, o mercado deixou de ser meio para converter-se em fim, e no seu altar são imolados os direitos sociais, vistos como causas do déficit público, de opressão e da ineficiência dos atores econômicos. O mercado, alforriado dos mecanismos estatais regulatórios e compensatórios que o cingiam, torna-se o ambiente propício para o mais violento darwinismo social, onde o mais fraco é eliminado e excluído de todas as benesses da civilização”.

<sup>90</sup> CARVALHO. José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 13.

<sup>91</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 44.

Em consequência do descrito a supra, vários temas passaram a ser questionados, como, por exemplo, os tratados internacionais e o constitucionalismo global/humanitário. Para alguns tais instrumentos regulamentatórios genéricos não resguardariam uma proteção mínima aos direitos fundamentais dos povos residentes nos países periféricos ou semiperiféricos, como prefere José Eduardo Faria <sup>92</sup>. Porém, no direito atual, há crescente tendência do condicionamento estatal às regras do direito internacional, como lembra Vital Moreira: “o Direito Internacional ampliou-se para além das convenções internacionais, existindo agora um *jus cogens*, que vincula diretamente os Estados, independentemente da sua adesão ou consentimento”. <sup>93</sup> De outra parte, há de se salientar o fato de que o movimento em prol dos direitos fundamentais também está sendo alvo de desaprovação dos setores políticos dirigentes da economia global, situação pela qual estes lutam extraordinariamente com o intuito de concretizar o esvaziamento do papel do Estado, que passaria a ser absorvido por entidades privadas.

Desta forma, de um modo geral, a guerra existente entre a busca do resguardo dos direitos fundamentais, seja dos indivíduos frente ao Estado ou entre os homens nas suas relações de natureza privada, com a pressão do poder econômico tem trazido um prejuízo ao viés civil constitucional em face da privatização do público. Ou seja, há uma redefinição do Estado, este sofrendo uma mutação, desvinculado na defesa dos direitos fundamentais.

Isto acontece, de regra, por que os ideais neoliberais buscam a economicidade e a rigidez de procedimentos/decisões e preferem fugir ao crivo de um poder juridicamente independente, valendo-se de instrumentos alternativos para dirimir as suas controvérsias <sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Semi-periférico é o termo utilizado por FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.110.

<sup>93</sup> MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição*. In: *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, pp. 328 e segs.

<sup>94</sup> In: Arnaud-Jean Arnaud; Eliane Botelho Junqueira (organizadores). *Dicionário da Globalização. Direito. Ciência Política*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p.165 “à medida que, em resposta a uma economia mundial sempre em crescimento, se foram modernizando as regras de direito internacional privado, bem como as abordagens em relação ao mesmo, ocorreu um fenômeno que alterou os conceitos tradicionais de conflito de leis. O desejo das empresas comerciais de se libertar das restrições das freqüentemente inadequadas legislações nacionais e de seu julgamento provocou a multiplicação da arbitragem internacional. Ao submeter suas controvérsias a painéis de árbitros particulares, ao invés de encaminhar tais disputas a um tribunal nacional, as partes se torna.hábeis a desnacionalizar seus contratos e a solução da controvérsia que sua relação contratual provocava [...] Deste modo a arbitragem se tornou um fenômeno mundial que uniu empresas de nações submetidas a políticas econômicas e sociais inteiramente distintas” (JUENGER, 2000: 471-472).”

No Brasil, por amostragem, a Bolsa de Valores de São Paulo BOVESPA, vale-se de meios alternativos de jurisdição, possibilitando a seus acionistas utilizarem das Câmaras de Arbitragem, consoante lhe facultada a Lei 9.307 de 1996. O Conselho de administração da Bolsa de Valores de São Paulo criou o Regulamento da

Porém, as soluções fora dos paradigmas do Estado merecem alguns ajustes, já que os mecanismos alternativos de jurisdição, distantes do crivo do Estado, nem sempre se demonstram ágeis, racionais e imparciais.<sup>95</sup>

Isto ocorre devido à natureza das cooperações internacionais, as quais não têm qualquer conexão com os Estados ou povos. Há, por isso mesmo, evidentemente, falta de compromisso com a manutenção de direitos assecuratórios da dignidade humana, seja daqueles instituídos universalmente – Direitos Humanos – ou pela falta de implementação daqueles estatuídos nas Cartas Políticas internas de cada Estado-nação.

Assim sendo, parece-nos inevitável às nefastas repercussões quando da interação negocial entre os Estados desenvolvidos e os tidos como periféricos; os primeiros, com sofisticados instrumentos protetivos de direitos aos seus cidadãos, ao passo que, os demais, carentes de instrumentos protetores de direitos efetivos mínimos a sua população, tornando-se alvo fácil destas mega-operações transnacionais.

Como se sabe, os países integrantes da União Européia, por exemplo, possuem regras comuns altamente sofisticadas e que, efetivamente, distinguem-se de outros modelos protetivos dos direitos humanos. “Los Estados europeos cuentan con un sistema de protección de los derechos humanos fuertemente institucionalizado en el seno del Consejo de Europa”<sup>96</sup>. Portanto, a grande maioria dos países integrantes da União Européia possui, em tese, condições de dirimir situações e impor sanções a práticas que lesem os direitos humanos. Haveria no velho continente uma maior facilidade de romper com os moldes internos de organização política de cada Estado, sem implicar, contudo,

---

Câmara de Arbitragem do Mercado, aprovado em 04.11.de 2002, [www.bovespa.com.br](http://www.bovespa.com.br), acessado em 17.07.2006.

<sup>95</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 214. Desvantagens da Arbitragem: “– pode ocorrer do procedimento ser mais lento e demorado do que a via judiciária; - há a eminência de intervenção judiciária, o que constitui ameaça constante de que de um jeito ou de outro a resolução da controvérsia acabe por se dar no juízo estatal, com todos seus entraves; - na hipótese de o caso litigioso de entendimentos extensivos, sustentados por correntes jurisprudenciais e julgados, efetivamente, meio arbitral não será o mais idôneo; - a carência de procedimentos rígidos pode dar margem a atos ilegítimos, imorais, etc, ou dar lugar a disputas ainda maiores entre as partes; - ausência de neutralidade, pois, por vezes, os árbitros privados mantêm relações com um das partes; - preexistência de ressentimento entre as partes é o típico caso em que a flexibilidade do procedimento arbitral torna-se uma inconveniência, pois falta uma autoridade forte, capaz de pôr fim a combates processuais de imediato.” Todavia, o próprio autor a p. 213 elenca algumas vantagens da arbitragem descritas pela doutrina, as quais discordamos.

<sup>96</sup> BROTONS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional*. Coordenador general. Alberto Alonso Ureba, Madrid, 1997. McGraw-Hill p.1038

desprestígio, ou descompromisso com os Direitos Humanos e fundamentais dos seus povos.<sup>97-98</sup>

Por outro lado, o contexto latino-americano em geral é bem diferente, inclusive a nossa experiência brasileira. Em um primeiro momento, a dificuldade de superar os regimes militares ditatoriais, o que deflagrou o período de transição democrática, com o gradativo resgate da cidadania e das instituições de representação política. Além disso, este processo democrático de conquista de vários direitos, dantes negados ao povo, se produz de maneira gradual e desorganizada, mas com peculiar complexidade em face do impacto da globalização na abertura política, a estabilização econômica e a reforma social.<sup>99</sup>

Para cristalizar o argumento acima exposto e da dificuldade de compararmos a discutível vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, basta, por exemplo, confrontarmos o zelo destes países Europeus referente a políticas sociais e a própria implementação da cidadania com os países periféricos. Falemos da França e da Alemanha apenas para aclarar esta assertiva.

Desta maneira, fica inviável a proteção de direitos humanos sem que haja instrumentos universais eficazes para dirimir situações que possam resultar em desprestígio à dignidade humana. Estes mecanismos são absolutamente necessários em face da imutável marcha de abertura comercial determinada pela globalização, cujo foco centraliza-se na desestatização, flexibilização da legislação e a própria desconstitucionalização de direitos já consagrados aos cidadãos destes Estados-nações menos aquinhoados.<sup>100</sup>

O que se tem visto, na prática, é o poder do dinheiro, o qual, não raras vezes, tem sido o único objetivo destas grandes empresas (corporações), como aduz Santos.<sup>101</sup> Há ainda a crescente internacionalização das riquezas em que estas megafirmas valem-se das suas estruturas para a especulação e defesa das suas conveniências econômicas,

---

<sup>97</sup> CARVALHO, José Murilo de Op. Cit. p. 225

<sup>98</sup> Na União Européia, o processo de decisão associa mais especificamente a Comissão das Comunidades Europeias, cuja função é elaboração e execução das propostas. A solução entre os Estados-membros e seus particulares, dá-se por meio de dois tribunais supranacionais, O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias TJCE, e o Tribunal de Primeira Instancia, tendo suas decisões, no âmbito de Direito Comunitário, efeito direto, autonomia e primado sobre o direito interno dos Estados. In: Arnaud-Jean Arnaud; Eliane Botelho Junqueira (organizadores). Dicionário da Globalização. Direito. Ciência Política. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, pp.435-436.

<sup>99</sup> PIOVESAN, Flávia. Democracia, Direitos Humanos e Globalização Econômica: Desafios e Perspectivas Para a Construção da Cidadania no Brasil, <http://www.iedc.org.br/publica/50anos/flaviahtm>, acessado em 25 de outubro de 2005.

<sup>100</sup> FARIA, José Eduardo Faria. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.25.

<sup>101</sup> SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único á consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 10ª edição, 2003. p.43.

intrometendo-se no lugar dos poderes públicos, eis que cabe apenas aos Estados cancelar as operações econômicas internacionais.<sup>102</sup> Nota-se que sem dúvida não há uma preocupação com os seus cidadãos e com a implementação de políticas públicas que tragam o equilíbrio, a justiça social.

De outra parte Faria<sup>103</sup>, quando disserta sobre as novas propensões dos direitos contemporâneos, demonstra os aspectos negativos da política neoliberal. A tendência descrita pelo autor<sup>104</sup> assenta-se na demonstração da força dos mercados globais e no enfraquecimento do Direito Internacional Público. Ainda que convencionalmente este direito advenha dos acordos, convenções e tratados, estes, não raramente, estão desvirtuados da sua finalidade precípua, ou seja, tutelam interesses privados – das grandes empresas –, trazendo um aspecto ilusório, como se houvera uma busca de efetivação e resguardo aos interesses público-sociais.<sup>105</sup> Assim, o direito internacional público lamentavelmente influenciado pelo direito de produção *Lex Mercatoria*<sup>106</sup> tem sido coordenado pelos valores preponderantes dos detentores de capitais, os quais terminam implicitamente ditando as regras jurídicas aplicáveis neste ramo fundamental do direito.<sup>107</sup> Há com isso a gradativa substituição da proteção governamental pela vontade do misterioso mercado, cujos parâmetros assentam-se na livre negociação entre cadeias produtivas e redes empresariais. Essa nova situação política fez aparecer um novo viés civil, o qual se sustenta, infelizmente, na flexibilização e no esvaziamento da aptidão a *priori* de autodeterminação dos Estados-Nações e dos respectivos povos. Esta nova perspectiva político-jurídica embasa-se essencialmente no lucro com facilidade e no descomprometimento com políticas públicas internas garantidoras de direitos, que são o

---

<sup>102</sup> Op. cit. P.44 “Nas condições atuais de economia internacional, o financeiro ganha uma espécie de autonomia. Por isso, a relação entre a finança e a produção, entre o que agora se chama economia real e o mundo da finança, dá lugar aquilo que Marx chamava de loucura especulativa, fundada no papel do dinheiro em estado puro. Esse se torna o centro do mundo.....”.

<sup>103</sup> FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.110.

<sup>104</sup> Op. cit. Na obra de José Eduardo Faria, quando disserta sobre os nove formas e tendências do direito, que corroboram para o esfacelamento do Estado, a qual para o autor é a sétima tendência.. pp. 89 a 119.

<sup>105</sup> Op. cit, p.111 FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. Nesse sentido, também, ARNAUD-Jean ARNAUD; JUNQUEIRA Eliane Botelho (orgs). Dicionário da Globalização. Direito. Ciência Política. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p.165

<sup>106</sup> “É um direito paralelo aos Estados, de natureza mercatória [...], como decorrência da proliferação dos foros de negociações descentralizadas estabelecidos pelos grandes grupos empresariais”. In: FARIA, José Eduardo. Direito e Globalização Econômica. São Paulo: Malheiros, 2005, p.11.

<sup>107</sup> FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, op. cit, p.111.

estandarte dessa visão cosmopolita<sup>108</sup>. Em decorrência disto, inicia-se o processo de enfraquecimento das Constituições dirigentes, que tiveram o seu auge nas décadas de 60/70 como leciona José Eduardo Faria.<sup>109</sup> Este enxugamento proposital do Estado afeta a proteção efetiva dos Direitos Humanos e fragiliza a cidadania. Assim:

Na prática, em outras palavras, uma vez que o `enxugamento` do Estado-Nação e a retratação da esfera pública reduzem sua cobertura legal e judicial, o alcance jurídico-positivo dos direitos humanos acaba sendo igualmente diminuído, o que implica, por conseqüência, uma redução ou um rebaixamento qualitativo da própria cidadania.<sup>110</sup>

Ou seja,<sup>111</sup> estas mudanças têm colocado novéis situações que envolvem a cidadania plena: “até naqueles países que parecia estar razoavelmente resolvido”. Esta manobra de enxugamento do poder estatal afeta a natureza dos direitos já consagrados, especialmente os políticos e sociais, como bem aponta Faria:

Se os direitos políticos significam participação no governo, uma diminuição no poder do governo reduz a relevância do direito de participar. Por outro lado, a ampliação da competição internacional coloca pressão sobre o custo da mão-de-obra e sobre as finanças estatais, o que acaba afetando o emprego e os gastos do governo, do qual dependem os direitos sociais.<sup>112</sup>

De outra banda, é oportuno salientar que políticas humanitárias gerais demonstram-se impraticáveis quando auferidas em realidades distintas, ou seja, a ausência

---

<sup>108</sup> FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. op. cit. p. 101. “Já o direito civil deste final de século está sendo forjado na dinâmica de um processo de transnacionalização dos mercados, de transferência de riquezas, de privatização de serviços essenciais e do controle de recursos naturais estratégicos, de fragmentação das atividades produtivas, de centralização e concentração dos capitais, de maior disciplina, transparência e governança corporativa no âmbito do sistema financeiro, de esvaziamento da capacidade de auto-direção e auto-determinação política dos Estados-nação e do realinhamento entre sistema político e o sistema econômico (Held: 1997; Teubner:200; e Sand:1977 e 2001)”.

<sup>109</sup> FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf, op. cit. p. 100.

<sup>110</sup> Op. Cit. p. 113.

<sup>111</sup> Op. Cit. p. 113. .

<sup>112</sup> CARVALHO, José Murilo de. Op. Cit. p. 13.

de condições aptas à manutenção dos direitos sociais fundamentais da população daquele(s) Estado(s) impede a real proteção destes direitos universais. Portanto, contemplando as estatísticas descritas por Kliksberg<sup>113</sup>, percebe-se a total ineficácia de políticas universais devido à tamanha desigualdade social que assola os países periféricos.

Diversas mediações nacionais assinalam com as diferenças próprias de cada realidade a extensão e a profundidade da pobreza. Um informe detalhado sobre a América Central (PNUD/União Européia, 1999) indica que são pobres: 65% dos guatemaltecos, 73% dos hondurenhos, 68% dos nicaraguenses e 53% dos salvadorenhos. As cifras relativas à população indígena são ainda piores.<sup>114</sup>

De outra parte, é difícil falar em proteção de direitos, garantias de direitos humanos e fundamentais nas regiões mais frágeis economicamente do planeta, face ao cabal desrespeito aos cidadãos menos aquinhoados que nela vivem. Por causa disso é necessário impor-se uma ruptura com o atual modelo de desenvolvimento da economia capitalista.

Não há a como olvidar que se impõe a defesa da força normativa da Constituição em países latinos, mormente, no Brasil, pois estes países pobres estão marcados pela injustiça social. Além disso, fica difícil falar em vinculação dos particulares aos direitos jusfundamentais, sem que haja políticas públicas que garantam direitos mínimos para a concretização de uma cidadania plena, envolvendo, por exemplo, a educação<sup>115</sup>, a saúde e

---

<sup>113</sup> KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e Mitos do Desenvolvimento Social*. Tradutor: Sandra Trabucco Valenzuela, Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez. Brasília, DF, UNESCO, 2001. p. 16.

<sup>114</sup> Idem *Ibidem.*, p.16

<sup>115</sup>“A educação é a chave do desenvolvimento. Geralmente, os recursos naturais que um país pode possuir não são a fonte mais segura para o seu bem-estar, mas os seus recursos humanos e a formação deles. Na América Latina, salvo algumas poucas exceções, os progressos na área da educação ainda são insuficientes para atingir as chamadas "Metas do Milênio". Estas metas foram estabelecidas pelas Nações Unidas para medir progressos no desenvolvimento e estabelecem com respeito à educação a meta de que até 2015 todas as crianças devem ter a possibilidade de terminar uma formação básica com pelo menos oito anos de escolaridade. Mesmo tendo tido alguns avanços na área, vários países provavelmente não terão a capacidade de atingir esta meta - o que também significa um atraso em relação à redução da pobreza. Educação e pobreza estão estreitamente vinculadas. Infelizmente temos que constatar, no entanto, um agravamento da situação educacional quando relacionada à pobreza. Quase cem milhões de pessoas na América Latina vivem em condições de pobreza, o que representa 20% da população da região sobrevivendo de forma precária, mal tendo condições para comer, muito menos para ir à escola. Além disso, a má alimentação afeta o aprendizado do aluno e a falta de recursos o impede muitas vezes de comprar material escolar. Muitas vezes, com pais desempregados, crianças e jovens abandonam a escola para trabalhar e ajudar no orçamento familiar o que engrossa as estatísticas de evasão escolar. É como um círculo vicioso no qual a falta de educação gera pobreza e a pobreza gera falta de educação. Para agravar o quadro, em quase todos os países da região a

a previdência social. Direitos sociais básicos que se transformam em mercadoria, objeto de contratos privados de compra e venda<sup>116</sup> — em um mercado marcadamente desigual, no qual grande parcela populacional não dispõe de condições mínimas de poder de consumo e quando as possui, não raras vezes, acaba tendo os seus direitos lesados com as mudanças abruptas destas relações contratuais. Ou seja, deveras os contratantes possuem expectativas de direitos em face de proteção dos lucros das empresas privadas.<sup>117</sup>

Como dito anteriormente, as realidades político-sociais devem ser avaliadas concretamente. A generalização dos Direitos Humanos ainda demonstra-se deficitária, exigindo-se instrumentos protetórios internos a população, sob pena de haver absoluto descompasso de realidades entre países ricos e pobres, por existir, uma desarmonia no resguardo dos direitos inelutáveis ao ser humano em face da pobreza e da desigualdade comuns nos países menos privilegiados economicamente. Entretanto, como adverte Amartya Sen, a pobreza e a desigualdade social já se encontram, também, inseridas nas sociedades mais ricas, quando menciona o autor dos altos níveis de desemprego na Europa. Todos os auxílios concedidos pelo Estado, como salienta Sen além de trazer um pesado custo fiscal ao povo, não traz um equilíbrio à liberdade do indivíduo, contribui para a exclusão social a perda da autoconfiança e da saúde físico-psíquica do cidadão europeu. Nesse sentido é que nos parece importante trazermos esta perspectiva um pouco

---

desigualdade social aumenta o abismo entre os excluídos e os incluídos; entre os que têm acesso à educação e os que não têm condições de se manter na escola. No entanto, esta situação pode mudar. O investimento financeiro é necessário assim como a vontade política dos governantes para que a transformação seja bem direcionada. Para que o desenvolvimento de fato aconteça devem-se considerar as especificidades de cada país visto que os sistemas educativos dos países da região são bastante distintos. No entanto, ao se pensar em transformações nas condições sociais na América Latina, aspectos importantes como a qualidade da educação, a alfabetização, a qualificação dos professores, os currículos escolares, a evasão escolar entre outros devem ser levados em conta por todos os países...” In: HOFMEISTER. Wilhelm. Cadernos Adenauer VII (2006), n. 2. Educação e pobreza na América Latina. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junho de 2006, p.p.7e 8.

<sup>116</sup> <http://www.iedc.org.br/publica/500anos/flavia.htm>, acessado em 15 de outubro de 2005.

<sup>117</sup> Op, cit, In: <http://www.iedc.org.br/publica/500anos/flavia.htm>, acessado em 15 de outubro de 2005. “O alcance universal dos direitos humanos é mitigado pelo largo exército de excluídos, que se tornam supérfluos em face do paradigma econômico vigente, vivendo mais no "Estado da natureza" que propriamente no "Estado Democrático de Direito". Por sua vez, o caráter indivisível destes direitos é também mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de flexibilização de direitos sociais básicos, que integram o conteúdo de direitos humanos fundamentais. A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um entrave ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional. A educação, a saúde e a previdência, de direitos sociais básicos transformam-se em mercadoria, objeto de contratos privados de compra e venda — em um mercado marcadamente desigual, no qual grande parcela populacional não dispõe de poder de consumo. Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômica-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos. Acrescente-se ainda que este processo de violação dos direitos humanos alcança prioritariamente os grupos sociais vulneráveis, como as mulheres e a população negra (daí os fenômenos da "feminização" e "eticização" da pobreza)”

diferenciada e pela qual que às vezes passamos despercebidos, mesmo quando sabemos que, se comparado com os países de terceiro mundo, a situação ainda é amplamente favorável aos países europeus. Diz Amartya Sen:

A mudança de perspectiva é importante porque nos dá uma visão diferente – e mais diretamente relevante – da pobreza, não apenas nos países em desenvolvimento, mas também nas sociedades afluentes. A presença de níveis elevados de desemprego na Europa (cerca de 10% a 12% em muitos dos principais países europeus) implica privações que não são bem refletidas pelas estatísticas de distribuição de renda. Com frequência se tenta fazer com que essas privações pareçam menos graves, argumentando que o sistema europeu de seguridade social (incluindo o seguro-desemprego) tende a compensar a perda de renda dos desempregados. Mas o desemprego não é meramente uma deficiência de renda que pode ser, ele próprio, um ônus gravíssimo, é também uma fonte de efeitos debilitadores muito abrangentes sobre a liberdade, a iniciativa e as habilidades dos indivíduos. Entre os seus múltiplos efeitos, o desemprego contribui para a exclusão social de alguns grupos e acarreta a perda de autonomia, de autoconfiança e de saúde física e psicológica.

118

O Relatório sobre o Desenvolvimento Humano, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (1999), noticiado por Piovesan, demonstra que no Brasil a inexistência de fruição pelos brasileiros de direitos sociais básicos, tais como educação, saúde, saneamento básico e outros direitos essenciais à vida digna do ser humano<sup>119</sup>. Logo, diante desse contexto, fica claro que os altíssimos índices de exclusão sócio-econômica são calamitosos e vão de encontro às concepções universalistas de proteção dos direitos humanos. Esta autora, por seu turno, centrada na eficácia “in concreto” de um compromisso com os direitos universais do homem, exige uma atuação firme e urgente dos poderes públicos brasileiros no combate de tal situação desesperadora

---

<sup>118</sup> SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.p.35 e 36.

<sup>119</sup> PIOVESAN, Flávia. Democracia, Direitos Humanos e Globalização Econômica: Desafios e Perspectivas Para a Construção da Democracia no Brasil, acessado em 14/10/2005, <http://www.iedc.org.br/publica/500anos/flavia.htm>.

Op, cit. <http://www.iedc.org.br/publica/500anos/flavia.htm>. “De acordo com o relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 15,8% da população brasileira (26 milhões de pessoas) não tem acesso às condições mínimas de educação, saúde e serviços básicos, 24% da população não têm acesso à água potável e 30% estão privados de esgoto. Este relatório, que avalia o grau de desenvolvimento humano de 174 países, situa o Brasil na 79ª posição do *ranking* e atesta que o Brasil continua o primeiro país em concentração de renda — o PIB dos 20% mais ricos é 32 vezes maior que o dos 20% mais pobres.”

<sup>120</sup>. De alvitre, é inegável, seguindo-se essa linha de idéias, que vários conteúdos basilares dos direitos humanos apresentam-se tímidos à maioria dos brasileiros e ainda carecem de implementação.

Mas como fazer esta mudança no Brasil? Parece-nos que somente com a eficácia máxima da Constituição é que podemos mudar o direito privado, agora calcado nos ideários da justiça social e da isonomia dos sujeitos. Toda a reviravolta propugnada pelas Cartas Constitucionais da Alemanha e da Itália, centradas na construção teórica de um direito mais eficaz, alicerçado na Constituição, em meados do século vinte – como serão analisadas no próximo capítulo –, demonstram bem o caminho para a construção de uma sociedade mais justa e, portanto, mais preocupada com os sujeitos privados, o que requer uma maior eficácia da Constituição no direito civil.

A Constitucionalização do Direito civil demonstra-se crucial para a maior gama de oportunidades de realização e ao resguardo de todos os direitos fundamentais, enfatizando-se, sobretudo, os direitos sociais – de segunda geração-<sup>121</sup>. Demonstra-se necessária a intervenção corretiva do Estado na busca da igualdade material de direitos. Mas, ao que tudo indica o direito civil no Brasil, apesar de todas as mudanças e mesmo com a vinda de novel código civil e em face da fragilização do Estado, parece seguir o itinerário da reprivatização. Ou seja, orienta-se primordialmente por princípios e valores tradicionais próprios que norteiam o direito civil, e, portanto, normatizam a mínima interferência dos poderes públicos nas avenças de natureza privada. O direito brasileiro – falando-se aqui de um direito civil mais comprometido com o social –, fortaleceu-se com a Carta constitucional de 1988, embora tardiamente quando contrabalançamos aos movimentos constitucionalistas, no direito comparado, como veremos no próximo capítulo. A partir do final da década de quarenta, o direito europeu, em países como Alemanha e Itália, como já frisamos, trouxe consigo um direito constitucional com maior preocupação com o ser humano, com a cidadania. Além disso, como enfatizaremos no último capítulo, os direitos fundamentais no Brasil e uma maior incidência destes nas relações privadas têm-se demonstrado fundamental para a tão festejada mudança de pensar, ou seja, um direito civil voltado ao ser humano.

---

<sup>120</sup> RÚBIO, Davi Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera e CARVALHO, Salo de: *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.121.

<sup>121</sup> Entende Ingo W.Sarlet que há dimensões de Direito, nomenclatura diferenciada e fundamentada em sua obra *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Assim, os direitos sociais, econômicos e culturais são tidos como de segunda dimensão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2005, p.55.

Uma maior penetração dos direitos fundamentais sobre as relações privadas tem sido alvo de intensos debates nos Tribunais Constitucionais Europeus. Nesse sentido, temos, por exemplo, o paradigmático caso Lüth, na década de cinquenta, quando a Corte Constitucional da Alemanha entendeu que os efeitos da Constituição projetavam-se sobre o direito civil. Em razão disso, tal decisão demonstrou-se marco também de uma eficácia dos direitos fundamentais entre os atores particulares, o que será objeto de análise no próximo capítulo.

No entanto, é inegável reconhecer a importância do Código Civil Brasileiro, no qual o legislador ordinário pátrio buscou adaptar o diploma civil aos avanços iniciados pela Carta Constitucional de 1988. Aliás, o Código civil de 2002 trouxe alguns aspectos que vão ao encontro dos direitos sociais e ao um direito civil despatrimonializado. Consoante o entendimento de Miguel Reale, o novo estatuto civil teria os seguintes méritos: a sociabilidade, em contraste com o sentido individualista do Código oitocentista; o princípio da eticidade abandonando o formalismo técnico-jurídico próprio da metade do século passado e o princípio da operabilidade, tudo para evitar-se uma série de equívocos e complexidades, que segundo leciona Reale estorvavam a realização de um direito justo e voltado aos interesses da sociedade como um todo.<sup>122</sup>

Na parte geral, por amostragem, a teoria das invalidades dos atos negociais teve significativos avanços, o que observamos na incorporação do instituto do estado de perigo<sup>123</sup> e da lesão.<sup>124</sup> Pelos novos conceitos, facultou-se a uma das partes postular a anulabilidade dos negócios jurídicos quando há um desequilíbrio contratual exagerado em face do lucro da outra não prevalecendo, por si só, o contrato originalmente pactuado entre os sujeitos de direito privado. Poderíamos ainda citar a boa-fé objetiva e a função social do contrato, presentes na parte especial do Código Civil brasileiro, e que tem contribuído efetivamente para uma nova hermenêutica consubstanciada no princípio da Dignidade da pessoa Humana.

O direito privado contemporâneo, todavia, possui características diferenciadas. Voltado a um mundo onde há negociações internacionais, ele tem uma forma capaz de se adequar às redes de produção e de prestação de serviços, com contratos mais abertos e

---

<sup>122</sup> REALE, Miguel. O Projeto do Novo Código Civil; p.4/6, editora Saraiva, 2ª edição reformulada e atualizada, 1999, p.p. 7/10.

<sup>123</sup> – art. 156- "quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa".

<sup>124</sup> 157 "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obrigada a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta

funcionalmente diferenciados. Essa nova interação de ordem civil costuma ser confeccionada em forma de parcerias e alianças capazes de consolidar relações de comércio, mas resulta numa situação de dependência, de subordinação vertical de um sujeito ao outro na relação negocial, devido à qualidade assimétrica das forças econômicas envolvidas.<sup>125</sup> Desta maneira:

Ao contrário dos contratos clássicos, cuja natureza é eminentemente bilateral, comutativa e descontínua, os ‘contratos relacionais’ são mais complexos quer em sua forma quer em seu funcionamento, envolvendo amplas e intrincadas gamas de sujeitos, agentes e participantes. E a interação entre eles costuma ser marcada ora pela formação de parcerias e alianças capazes de sedimentar relações comerciais com base na cooperação, na confiança mútua, na conexão organizacional e na divisão do trabalho (o que em princípio ocorre quando as partes são economicamente equivalentes, exercem funções complementares e compartilham interesses comuns); ora por uma situação de dependência, por uma lógica de subordinação e por uma relação vertical e assimétrica de forças (o que se costuma ocorrer entre uma grande empresa e seus diversos fornecedores de insumos, bens intermediários, serviços e tecnologias).<sup>126</sup>

Como foi visto acima, esse movimento civil atual, não possui os ideais de bilateralidade, comutatividade e valoração absoluta da declaração de vontade dos contratantes em suas relações particulares, próprias dos movimentos do século XVIII que resultaram nas Declarações de Direitos do Homem. As relações privadas estão cada vez mais complexas e envolvem uma gama maior de sujeitos e situações que provocaram a superação de parte dos princípios do liberalismo clássico, eis que estes produziram um desfecho irracional e injusto perante a ótica do direito da democracia constitucionalista.

De qualquer sorte é bom lembrar – aqui neste paradigma – que o direito civil de hoje não lembra nenhum pouco àqueles ideais individualistas buscados pela Revolução Francesa descritos neste trabalho. Da mesma forma, convém ressaltar que a direção orientada por aquele movimento político-filosófico visava certos objetivos os quais, resumidamente, poderiam ser os seguintes: eliminação de particularismos locais, força crescente do poder nacional das sociedades, expansão das suas economias locais,

---

<sup>125</sup> Op. cit. p.101 FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

<sup>126</sup> Idem, ibidem, p. 101/102

valorização da autonomia da vontade, da igualdade formal entre os sujeitos e aprimoramento de instrumentos garantidores do patrimônio privado.<sup>127</sup>

Sabe-se, pois, que ao menos, teoricamente, consoante o pensamento, em ambos os movimentos do direito, seja aquele dos seus ideais originários (paradigma liberal) ou os da atualidade (pós-social), poderia haver uma proteção efetiva capaz de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos dos Estados-Nações pobres. No entanto, o atual modelo capitalista demonstra-se mais resistente e poderoso economicamente para o rompimento do Estado territorial Westfaliano, o que obviamente implica numa política de enfraquecimento da constituição, gerando uma ameaça de torná-la impotente para reger de forma satisfatória as novas situações complexas produzidas pelo mundo globalizado, política e culturalmente carregado de novas controvérsias e problemas a serem resolvidos pelo direito.

Ademais, como ficou exposto, pela prevalência do privado sobre o público é a imperiosa necessidade de se valer do direito comparado, que buscou enfrentar com maior profundidade os constantes atropelos dos próprios particulares aos direitos jusfundamentais e não apenas denunciar o intervencionismo do Estado em face do cidadão. Além disso, a expansão de normas privadas no plano infra-nacional tem gerado uma lacuna para que possam as organizações empresariais e transnacionais criar as regras de que necessitam e a jurisdicizar as áreas que mais lhe interessam, segundo suas conveniências, despreocupando-se de certo modo com os direitos sociais e com o ser humano.

Destacaremos, no próximo capítulo, em face da sua importância, o direito comparado e o debate dispensado, visando uma maior proteção dos direitos humanos/fundamentais. Pode ser uma alternativa possível, observando-se as peculiaridades de cada Estado, para uma maior incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Entretanto, nos países latino-americanos, embora as origens constitucionais baseiam-se, em grande medida, nos mesmos princípios das constituições européias e norte-americana<sup>128</sup>, os debates constitucionais são criações relativamente recentes e não atingiram um amadurecimento para contribuir efetivamente na ruptura do modelo político-

---

<sup>127</sup> FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, op. cit, p.101.

<sup>128</sup> In: JAN WOISCHNIK. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Galdes Ferreira. Prefácio: Jan Woischnik. Coletânea original: Organização e introdução Leonardo Martins; Jürgen Schwabe. Konrad Adenauer- -Stiftung- Programa Estado de Derecho para Sudamérica, p. 28

econômico mundial, que explora e nega direitos fundamentais à grande maioria da população.

### 3 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NO DIREITO COMPARADO.

Após a segunda grande guerra mundial em virtude de atrocidades que aconteceram contra o ser humano – fascismo e nazismo, por exemplo, a história demonstrou que o Estado de Direito, a égide de um sistema jurídico, poderia ser extremamente perverso em relação ao seu próprio povo. A partir de então se buscou um novo modelo constitucional – o do Estado Constitucional Democrático de Direito – que visa uma maior preocupação com as pessoas humanas e com a garantia realmente efetiva de seus direitos fundamentais. Foi o começo de uma virada no pensamento jurídico constitucional ocidental visando, agora, ao menos em tese, tutelar a pessoa humana como o maior valor do direito constitucional.

Nesse sentido pode-se dizer que a Constituição da República Federal da Alemanha promulgada em 1949 foi uma das mais preocupadas com o bem-estar do ser humano – e buscou vincular, já em seu primeiro dispositivo legal, os poderes constituídos aos direitos fundamentais.

Os Direitos Fundamentais (*Die Grundrechte*) Artigo 1º (Dignidade da pessoa humana) (1) 1A dignidade da pessoa humana é intocável. Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais. (2) O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo (3) Os direitos fundamentais a seguir vinculam, como direito imediatamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judiciário<sup>129</sup>.

De outro lado, pela transcrição do dispositivo legal acima descrito vê-se a omissão dos constituintes da Lei Fundamental da Alemanha, na época, a respeito de uma vinculação de todos – inclusive os particulares – aos direitos jusfundamentais. Logo, em

---

<sup>129</sup> Op. cit. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Gerales Ferreira. Prefácio: Jan Woischnik. Coletânea original, organização e introdução: Leonardo Martins, p, 953

seguida, em face de tal omissão literal, começou-se uma discussão hermenêutica pelos Tribunais Alemães em direção a uma construção teórica que pudesse proteger com a maior intensidade possível o ser humano, buscando-se a supremacia da Carta Constitucional sobre o direito ordinário, que procurava vincular, também, os entes particulares.

Entretanto, não se pode em face desta vinculação, renegar o direito constitucional dos agentes particulares gerirem os seus interesses consubstanciados no princípio da autonomia privada.<sup>130</sup> Mas também devemos ter presente que, na atualidade, as ameaças ao primado do direito constitucional, provocadas pelas atitudes das grandes corporações privadas, como se viu alhures no paradigma referente à globalização, trazem consigo, valendo-se de um refluxo ao direito privatista – explícita ou implicitamente – um grande risco aos baluartes do Estado Democrático de Direito, que é o que há de mais moderno na proteção dos direitos sociais e, por óbvio, na busca de uma cidadania plena.

A partir da constatação desta realidade, o mundo começou a enxergar os problemas nela existentes e a ter uma preocupação maior com o direito constitucional humanista. Este princípio da constitucionalização e da força normativa da Constituição, que veio consolidar-se efetivamente na Europa a partir da década de cinquenta, no período pós-guerra mundial e com decisões protetivas de direitos humanos/fundamentais.

Com estes impulsos relativos à eficácia ótima das constituições, buscou-se de forma mais intensa vincular a todos – poderes públicos e particulares – aos direitos jusfundamentais, o que dali em diante começa a ser reconhecido de forma mais incisiva pela doutrina e pelos tribunais constitucionais mundo afora. Todavia, embora tenhamos no direito comparado a aceitação de que os entes privados devam respeitar os direitos fundamentais, ainda há discussões teóricas intensas quanto à incidência mais incisiva ou mais branda nas relações entre os particulares.

Pode-se dizer que tal discussão é atualíssima no direito brasileiro, inclusive há entendimentos de que, ao contrário das discussões teóricas acima descritas, o direito constitucional não produz efeitos nas relações privadas, tornando-se descipiendo os direitos fundamentais. De acordo com tal idéia, os mesmos, de certa forma, não teriam nenhuma eficácia na órbita do direito privado. Tal entendimento foi recentemente defendido em nossa Corte Maior pela Eminente Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, nos autos do recurso extraordinário de n. 201.819-8, do qual foi relatora.

---

<sup>130</sup> Op cit. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p.118.

A Ministra Gracie reacendeu calorosamente o debate, uma vez que entende que as associações privadas, no caso em apreciação a União Brasileira de Compositores, têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de convívio entre os sócios, desde que observem a legislação em vigor, quando da exclusão do sócio. Da análise do acórdão nota-se que a Senhora Ministra desconsiderou, no seu entendimento, a existência do plano objetivo dos direitos fundamentais – mormente no plano de valores e fins sociais e coletivos tão proclamados pelo direito hodierno e perseguidos pela Constituição brasileira de 1988 –. Na sua concepção, seria inaplicável ao caso o princípio da ampla defesa, pois não se trata de órgão da administração pública, mas de entidade de direito privado – sociedade civil – dotada de estatutos e atos regimentais próprios, não havendo infligido à associação o Direito constitucional de ampla defesa previsto no art. 5º, inc. LV da Constituição Federal,<sup>131</sup> o que será abordado de forma mais detalhada no último capítulo da dissertação.

O entendimento da Suprema Corte demonstra o desprestígio com a Dignidade da Pessoa Humana e visualiza bem ainda a preocupação de que o Estado é o único opressor dos direitos humanos/ fundamentais (bem ao estilo do antigo Estado Liberal).

As transformações ocorridas no Estado de Direito são advindas das próprias transformações sociais rumo à democratização. Por conseguinte, o Direito Constitucional atual, em face das nuances da sociedade hodierna que apresenta por novéis estruturas políticas, culturais e sociais e do próprio refluxo do direito, agora voltado ao poder das instituições privadas e da desconstitucionalização do direito (sobretudo nos países subdesenvolvidos), não pode negar-se uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais: “são oponíveis a outros entes não estatais e não públicos, sejam indivíduos, organizações, empresas, etc.”<sup>132</sup> Isto acontece por que o Direito Constitucional Moderno, em verdade, desempenha uma dupla função. A primeira delas, na positivação das garantias da liberdade individual e defesa dos direitos sociais e coletivos e o seu lugar de destaque na Carta Constitucional. A segunda função, por seu turno, ligada ao plano objetivo, isto é: assumindo uma dimensão valorativa dos fins anunciados na Carta Constitucional

---

<sup>131</sup> Ao final a 2ª Turma do STF conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário interposto pela União Brasileira de Compositores, garantido ao associado o direito a ampla defesa. Acompanhou o entendimento da Senhora Ministra Relatora Ellen Gracie o Ministro Carlos Velloso, ou seja, pela não incidência dos direitos fundamentais nas relações. Em face disso, ficou incumbido de redigir o novo acórdão o eminente Ministro Gilmar Mendes, que por maioria de votos reconheceu ao final os efeitos da Constituição Federal nas relações entre particulares.

<sup>132</sup> VALE, André Rufino do. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p 55.

“assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados”<sup>133</sup>, razão pela qual o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal acima mencionado será referido oportunamente no terceiro capítulo da dissertação<sup>134</sup>.

Em um primeiro momento, abordaremos, neste capítulo, algumas das principais correntes doutrinárias que reconhecem – ou não – a incidência dos direitos jusfundamentais sobre o direito privado. Será dada, digamos assim, uma visão propedêutica sobre o tema, mormente no direito comparado, donde adveio na busca de uma maior proteção ao ser humano – a doutrina segundo a qual os particulares devam ter limites nos seus direitos em prol de outros sujeitos de direito –, sobretudo com as Constituições Sociais Democráticas advindas após a segunda guerra mundial.

Como se verá adiante, as posições doutrinárias modernas admitem uma incidência do direito constitucional sobre o direito civil – em maior ou menor grau de incidência, não ficando a mercê tão somente do legislador infraconstitucional para valer-se dos princípios constitucionais garantidores da dignidade humana. Na mesma quadra de pensamento, é bom lembrarmos também a concepção de Jürgen Schweibe, como será visto logo em seguida, que entende descipienda como qualquer distinção entre direito público e direito privado a fim de submissão aos direitos fundamentais, eis que esta é resultante da própria sujeição do Estado aos direitos fundamentais.

Ainda neste capítulo será exposta a visão do constitucionalista alemão Robert Alexy, pois no que tange ao tema – linha horizontal dos direitos fundamentais –, ele tem uma visão moderna dos direitos fundamentais, mais adaptada, no nosso entender, ao direito hodierno. Saliente-se que, em face da abrangência do tema, não se buscará no presente capítulo dissecar o tema, ou quiçá trazer um aprofundamento teórico dos autores que dissertam sobre o tema, mas trazer uma panorâmica de pontos da sua doutrina que são elementares para um desfecho conclusivo, tanto desta parte quanto da vindoura.

Mais à frente, em tópico específico, se abordará a primeira tese das posições jurídico-filosóficas citadas anteriormente sobre a execução dos direitos fundamentais no plano civil, que propõe o influxo reflexivo, indireto, da constituição nas relações privadas. Assim, pelo teor deste paradigma da eficácia mediata, os direitos jusfundamentais

---

<sup>133</sup> Op. cit. VALE, André Rufino do. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. p.99.

<sup>134</sup> Recorrente: União Brasileira de Compositores-UBC; Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. 08/06/2004.

penetram subsidiariamente no cenário do direito privado como direitos subjetivos nas relações travadas entre os particulares.

No entanto, urge ressaltar que as fundamentações norteadoras desta visão reflexiva indireta assentam-se, de certo modo, nos moldes principiológicos do antigo paradigma do Estado de índole liberal. Ou seja, as relações entre os sujeitos particulares devem ser reguladas unicamente pela legislação infraconstitucional positivada, pois, para este pensamento político-jurídico, o Estado deve apenas garantir a liberdade. E esta, em grande parte, é simbolizada pela autonomia da vontade do indivíduo, tal qual estabelecido nos códigos de direito civil positivados, cujo expoente maior é o código francês elaborado no governo de Napoleão. Até hoje, embora não mais com a mesma intensidade, a França possui um regime de afirmação, mas com traços de jurisdição constitucional que privilegiam os poderes legislativo e executivo, subtraindo o controle de constitucionalidade do seu titular de direito – o poder judiciário – e, com isso retirando o direito de o cidadão exercer a fiscalização de constitucionalidade das leis por intermédio de um processo judicial.

### **3.1 Visão panorâmica, no direito comparado, da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.**

Nos países europeus de tradição romano-germânica influenciados pela doutrina constitucional da França<sup>135</sup> e da Alemanha sempre houve uma discussão em torno da influência do direito constitucional por meio do controle de constitucionalidade das leis, quando da resolução de questões de legitimidade constitucional das leis de direito civil. O sistema jurídico se apresenta para esta visão constitucionalista de maneira dicotômica, ou seja, dividido de um lado em direito público constitucional – e suas ramificações: direito administrativo, direito penal, direito tributário, etc. – e, de outra parte, o direito privado.

Essa dicotomia de deixar o direito civil separado do direito público é um

---

<sup>135</sup> LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; ROCHA, Carmem Luiza Dias de Azambuja. A influência da judicial review na formação do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Anuário do Programa de Pós-graduação em direito – Mestrado e Doutorado*, 2003, fls. 7/40.

subterfúgio para ignorar a importância do Direito constitucional e de sua supremacia em face do ordenamento jurídico – mormente o do direito privado –. Assim, quaisquer interpretações contrárias à constituição devem ser repelidas<sup>136</sup>, pois é nela que está a vontade soberana e expressa do povo. É nesse sentido que discorrem Anderson Orestes Cavalcante Lobato e Carmem Luiza Dias de Azambuja, ainda quando comentam da importância da *judicial review* e do controle da constitucionalidade do sistema americano:

[...] O raciocínio é simples, lógico e firme: o poder originário do povo que criou a Constituição é superior à vontade dos governantes (executivo e legislativo) expressa nas leis; e quando o juiz, diante de um caso concreto, percebe que a vontade da lei está em contradição à vontade do povo expressa na Constituição, seu dever será de fazer prevalecer a vontade da Constituição. A Constituição transforma-se em um elemento vivo e presente de efetividade dos direitos dos cidadãos, com aplicação concreta por meio da prestação jurisdicional, em cada caso [...].<sup>137</sup>

A valoração maior dos princípios constitucionais em face da legislação ordinária não foi invenção do constitucionalismo europeu do segundo pós-guerra. Podemos dizer

---

<sup>136</sup> A interpretação dada à solução dos casos concretos, tem sido alvo de discussões e de constante debate. De alvitre há que se destacar inicialmente o despreparo dos operadores do direito em face das modernas relações sociais as quais se apresentam fluídas e instantâneas, razão pela qual a forma tradicional de solucionar pretensões, não mais pode ser utilizada de per si. Alguns autores, como por exemplo a doutrinadora Maria Helena Diniz leciona a existência de regras/fórmulas que remetem o hermenêuta à “via crucis” de procedimentos, o que demonstra sem embargo o apego ao direito civil clássico, ou seja, nos moldes da escola Romano-germânica, que a hermenêutica apresenta-se de forma fracionária, ou seja, cada qual com pressupostos distintos. Os conceitos que envolvem a hermenêutica de um modo geral trazem apego à certeza a previsibilidade, o que acaba repercutindo nas decisões judiciais. Diz ainda Maria Helena Diniz: “interpretar é explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado ao vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão”. A utilização desses moldes (interpretativos/antecipatórios) de um modo geral é ainda são utilizados quando da apreciação de demandas judiciais, valendo-se de modelos ultrapassados na nossa atual sociedade em que vivemos. Além disto, a linguagem ao arpejo da concepção de Gadamer, não deve ser utilizada como mera ferramenta subsidiária e sim a sujeição completa do intérprete. Para tanto: COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Civil*, v 1. São Paulo: Saraiva 2003. p. 91 e 99.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, p. 39/41.

DAVID, Sánchez Rúbio; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo (Org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2004, p. 338 e 339.

<sup>137</sup> A Influência da judicial review na formação do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo Rocha; STRECK, Lenio Luiz (orgs) A influência da judicial review na formação do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro. In: Anuário do Programa de Pós-graduação em direito – Mestrado e Doutorado, 2003, fl.12.

que o nascedouro dessa afirmação do princípio da supremacia da constituição deu-se no direito norte-americano no início do século XIX (1803), quando da decisão do festejado caso *Marbury versus Madison*<sup>138</sup>, que fortalece o poder judiciário, tornando-o fator fundamental para a defesa da Constituição e dos direitos do cidadão, inclusive de torná-las – os textos legais – sem efeitos quando contrários à Constituição. Esse vigor do poder judiciário demonstraria que a Constituição irradia efeitos na totalidade do ordenamento jurídico, inclusive sobre leis que colidissem com seus preceitos. Todavia, com o decurso de tempo, essa teoria de Marshall não vingou efetivamente no país precursor desta concepção, como leciona Lenio Streck. Em verdade, como salienta o autor, ela demorou muito tempo para se firmar. Julgamentos pelo Egrégio Tribunal Supremo Americano, com fundamentos semelhantes, de uma maior ingerência da Constituição sobre o Direito, somente vieram décadas mais tarde.<sup>139</sup> Pelo fato de ter havido decisões esporádicas, preocupadas com uma maior incidência do direito constitucional nas leis, a tese americana da supremacia da constituição não será objeto de estudo deste capítulo, mas não poderíamos deixar de fazer alusão à tamanha ruptura do direito pela decisão do Juiz Marshall que demonstra que a Constituição irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico.

A supremacia da Constituição é contrária ao constitucionalismo francês – inspirada na visão de Montesquieu – cujos fundamentos seriam a neutralidade política do poder judicial em relação aos demais poderes do Estado: o poder legislativo e o executivo. O constitucionalismo norte-americano, neste viés, propugna por uma autonomia maior para o poder judiciário, cujo fundamento seja realmente controlar a atuação dos demais poderes na defesa da supremacia da Constituição Federal. Essa alteração na compreensão do Estado valoriza o poder judiciário e torna-o o grande responsável para a validade de leis e

---

<sup>138</sup> “Em 1803, Marshall toma como suporte essa idéia de supremacia da Constituição. Como já explicitado, muito embora haja notícias de decisões de Cortes Estaduais ressaltando essa tese, historicamente tem-se como paradigmática a decisão da Suprema Corte Norte-Americana no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, ocorrido em 1803, quando o Juiz John Marshall declarou a supremacia da Constituição, que não poderia ser afrontada por um mero ato legislativo de cunho ordinário. O caso surgiu quando o cidadão Marbury ingressou com uma ação originária (*writ*) na *Supreme Court*, pleiteando que esta compelissem o Secretário da Justiça Madison a lhe entregar o título de nomeação de juiz de paz do Distrito de Columbia (a nomeação ocorreu em 2 de março de 1802, sendo imediatamente ratificada pelo Senado). É que o Presidente Adams, nos últimos 16 dias de seu governo, queria preencher 67 vagas de juiz, recentemente criadas pelos federalistas, mas exatamente antes da posse do Presidente Jefferson que, como republicano, não tinha qualquer interesse na nomeação” In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Op. cit. p. 333.

<sup>139</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Op. cit. p. 335.

garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos.<sup>140</sup>

Viu-se, também que em sistemas jurídicos como o dos Estados Unidos, a jurisprudência construiu a doutrina da *state action*, segundo a qual a Constituição e os direitos nela consagrados só vinculam, em princípio, os poderes públicos. Só haveria incidência dos direitos constitucionais no espaço privado quando o particular desempenhasse alguma função típica do poder público (*public function theory*), ou quando fosse possível vislumbrar, na sua conduta, uma substancial implicação do Estado<sup>141</sup>.

De qualquer sorte com o passar do tempo a Suprema Corte Americana em face da dificuldade de diferenciar as funções essencialmente públicas daquelas tidas como privadas dando uma interpretação mais elástica em seus julgados, quando da análise de casos concretos relacionados à doutrina da *state action* e, conseqüentemente, uma maior ingerência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para citarmos um exemplo, temos a decisão do caso *Marsh versus Alabama* (1946), onde uma testemunha de Jeová (G. Marsh) foi impedida de distribuir panfletos religiosos em cidade construída pela iniciativa privada e administrada pelos empregados de uma grande empresa, a Gulf Ship Co. A Suprema Corte entendeu que o Sr. Marsh teve violado os seus direitos constitucionais – *freedom of speech* – contido na emenda I, trazendo na sua fundamentação que a companhia privada possuía as características de uma cidade americana, como um verdadeiro município para todos os efeitos o que lhe impunha respeitar os direitos constitucionais com se autoridade pública fossem.<sup>142</sup>

Da mesma forma, a interpretação da Constituição e seus efeitos sobre o direito privado não passou incólume na Alemanha, como ficou exposto no segundo capítulo, advindo da discussão sobre ela duas correntes teóricas que vinculavam os particulares aos direitos fundamentais. A primeira delas independentemente da mediação do legislador ordinário – aplicabilidade direta da Constituição sobre o direito privado e, de outra parte, há a tese da teoria da vinculação mediata, isto é, o direito civil deve resolver-se por ele próprio e apenas subsidiariamente pode valer-se o intérprete do Direito Constitucional.

---

<sup>140</sup> Op. cit, LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante e AZAMBUJA, Carmem Luiza Dias de. Anuário da UNISINOS, p.11.

<sup>141</sup> Op. cit. SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. p.373.

<sup>142</sup> VALE André Rufino do. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas, p.p. 125 e 126..

A Carta Constitucional Alemã trouxe uma visão de que a Dignidade da Pessoa Humana deve ser respeitada diretamente por todos – os setores sociais e estatais.<sup>143</sup> Os adeptos desta teoria reconhecem que, para estabelecer os termos e limites desta vinculação torna-se necessário empreender uma ponderação de interesses entre o direito fundamental em jogo e a autonomia privada do particular.<sup>144</sup>

Não obstante, a teorização da aplicação mediata da constituição ao direito privado tem prevalecido por que a cidadania plena ainda está longe de acontecer mesmo em países desenvolvidos e por isso é o Estado quem tem de resolver as controvérsias entre os particulares. No entanto, não é admissível pensar que possa o direito civil, por si só, intermediar a Constituição e o cidadão tentando por termo as questões advindas entre privados, pois, o princípio da supremacia da constituição deve prosperar em todas as circunstâncias. –.

Através da utilização desta teoria – força normativa da constituição - que apareceu um dos grandes exemplos para o mundo de proteção da dignidade da pessoa humana, onde o Tribunal Constitucional Alemão no caso *Vollstreckungsschutz, Verfg 214*, referente à reclamação constitucional julgada em 03 de outubro de 1979, decidiu que prepondera os direitos a vida e a incolumidade física do reclamante devedor, acometido por doença grave, sobre o interesse do credor em garantir a prevalência de execução forçada de despejo do credor mesmo que seu crédito fosse legítimo.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup>Como destaca Fábio Konder Comparato, a Constituição da Alemanha, foi uma das melhores constituições já elaboradas na Europa, em todos os tempos In: COMPARATO, Fábio Konder. *Friedrich Müller: o autor e sua obra*. In: Prefácio da Obra. *Quem é o Povo? A questão Fundamental da Democracia*. Trad. Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. São Paulo Max Limonad, 1998, p.10.

<sup>144</sup>Há ainda, na doutrina germânica, um segmento expressivo que sustenta que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teria sido absorvida pela teoria dos deveres de proteção. Segundo esta ótica, a extensão dos direitos fundamentais ao campo das relações entre particulares deriva tão-somente da obrigação do Estado de proteger as pessoas de lesões e ameaças aos seus direitos provenientes de outros atores privados. Esta obrigação pesaria também sobre todas as autoridades estatais, inclusive os juízes, que, ao resolverem litígios entre particulares, teriam de dar a devida importância aos direitos fundamentais, sob pena de descumprimento dos deveres de proteção a que estão adstritos. Nesse sentido Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p.374, op. cit.

<sup>145</sup>“O reclamante figurava no pólo passivo de um processo de execução de uma decisão de despejo. Com sua Reclamação Constitucional, atacou a constitucionalidade do procedimento de execução movido junto ao juízo de primeira instância e depois prosseguido junto ao Tribunal Estadual de *Köln* [Colônia] em face de seus direitos fundamentais à vida e à incolumidade física. Como fundamento de sua pretensão, o reclamante alegou uma doença psíquica que o levara algumas vezes a tentar o suicídio. A execução forçada do despejo naquele momento significaria, portanto, uma grave ameaça dos seus direitos fundamentais mencionados. O TCF vislumbrou no caso o efeito horizontal do direito fundamental à vida e à incolumidade física do executado, então reclamante, na conformação do direito processual, sobretudo junto à interpretação e aplicação do § 765a ZPO. Na ponderação entre os bens jurídicos da **proteção ou garantia da execução** (*Vollstreckungsschutz*) e dos direitos fundamentais do reclamante, o TCF reconheceu a primazia destes últimos, julgando admitida e procedente a presente Reclamação Constitucional. Do efeito dos direitos

Como se viu a aplicação direta da Constituição Federal se impõe nas relações privadas. Todavia, a vinculação direta dos direitos fundamentais atinge os particulares, independentemente da condição econômica dos agentes particulares e tem prevalecido na doutrina do direito hodierno, mormente para a garantia da dignidade da Pessoa Humana.

Contudo, toda a teorização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – que abarca o maior ingresso dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e de sua própria efetividade-, deve ser recepcionada cuidadosamente, no caso concreto, pois, como defende Robert Alexy não há fórmula referente a toda a problematização surgida entre os direitos fundamentais e as relações travadas entre os cidadãos, é um problema em construção como assevera o jurista Alemão.<sup>146\_147</sup>

---

fundamentais (no presente caso: do art. 2 GG) sobre o processo de proteção à execução segundo o § 765a ZPO”. Para tanto: SCHWABE, Leonardo Martins Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, op cit, p.p 296/297.

<sup>146</sup>ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p.511.

<sup>147</sup> Alguns autores, quando discorrem sobre o tema direitos fundamentais e sua maior eficácia, trazem vieses distintos, mas que buscam uma maior conscientização da necessidade de se repensar as próprias garantias dos direitos humanos, de um modo geral. O primeiro deles é de como romper com o racionalismo que tem se demonstrado realizador de interesses pessoais e de direitos. Falar-se em deveres? Falar-se em ética? Para Gregório Robles, por exemplo, tal virada rumo a uma maior efetividade dos direitos humanos/fundamentais somente dar-se-á com uma responsabilidade solidária e universal entre os próprios seres humanos, esta é a verdadeira mudança para o jurista. Ou seja: somente com a mudança da forma de pensar e com o uso de ferramentas como a ética e a moral e que se dará uma real mudança rumo à implementação das garantias e a própria proteção do ser humano. Não obstante, o filósofo espanhol não descarta a importância da Constituição de cada Estado a qual conserva no seu bojo, como ele próprio assegura a estabilidade do sistema jurídico e que, por óbvio, em face da sua efetividade, não se compromete em agradar ou tornar felizes os seus cidadãos, mas alcançar a paz e a liberdade entre todos. “A Constituição é um documento jurídico, não um discurso moral. Sua principal missão é encarnar o consenso político alcançado e, por isso, constituir uma garantia de paz e de liberdade. A Constituição não pode assumir, pelo menos diretamente, o compromisso de fazer felizes ou de tornar bons os seres humanos. A Constituição não é uma encíclica pastoral. É uma fonte de direito, a de maior grau hierárquico, que, como o Sol, ilumina os bons e os maus, os felizes e os desgraçados. Seu papel consiste em *integrar* todos em convivência, permitindo a estabilidade do sistema político e, conseqüentemente, também do sistema global da sociedade” A teoria roblesiana, podemos assim dizer, quando do enfrentamento dos “referido(s) por quê(s)” de tamanha injustiça social e desrespeito aos direitos humanos. Como leciona, se o problema existe, não faz sentido negá-lo simplesmente. O próprio homem deve construir uma nova forma de raciocinar e, através dela, idealizar um direito voltado aos deveres e não apenas na idéia de que os homens são possuidores de direitos, Como relata Robles apesar da reviravolta propugnada com os ideários de humanismo advindos com o Estado moderno continuamos ainda convictamente a dizer que: o sol sobe pela manhã e desce ao entardecer.

De certa forma, na obra - Os Direitos Fundamentais e a ética na sociedade atual- Robles não traz nenhum compromisso específico com as formas de Estado e as Cartas Constitucionais, discorridas até então no texto e o constante conflito ao longo da história entre o público e do privado, i.e de maior o menor proteção aos direitos fundamentais. Assim o super fundamento é a moral como assevera convictamente o filósofo: “A moral é o que torna bons os homens, tanto em sua vida solitária quanto em sua vida em sociedade. Mesmo que Kant tenha razão ao considerar que o caráter nitidamente moral só pode emanar da intenção e da consciência individual, nem por isso se pode abandonar o aspecto coletivo do fenômeno moral, isto é, a necessidade de dar uma resposta moral aos problemas sociais, ou melhor, ao homem como ser convivente” Ninguém pode proclamar como critérios de justiça idéias ou lemas que não sejam justificativas com base em tal fundamento. Quando determinada coletividade exige como direitos humanos aspirações ou desejos não justificáveis do ponto de vista moral, está utilizando palavras dotadas de prestígio simbólico para

Nesse mesmo sentido Ingo Sarlet, com a clareza de idéias que lhe é peculiar, inquieto com o problema levantado pelo jurista alemão Alexy - no sentido de que o reconhecimento da vinculação entre as avenças dos particulares não nos permite idealizar a inexistência de discussão em torno da forma pela qual se implemente os efeitos práticos e o grau desta incidência dos direitos fundamentais entre os particulares. Ou seja, de “como” se dá esta vinculação é “até onde” se dá o alcance dos direitos fundamentais nas relações privadas-.

Ainda leciona Sarlet da importância de toda a construção teórica que envolve a celeuma da eficácia dos direitos fundamentais em face de ameaças pelos grupos e poderes não-públicos, pois, é nela que é tratada especificamente a delimitação do poder entre o legislativo, o poder executivo e com a maior intensidade do judiciário na análise de situações concretas que possam atingir os direitos fundamentais <sup>148</sup>. Este entendimento fica reforçado pelo autor na sua obra: A eficácia dos direitos fundamentais, onde dedica um tópico específico ao tormentoso tema do ingresso direto e efetivo dos direitos fundamentais nas relações privadas. De qualquer forma, Sarlet não deixa dúvida de que deva haver uma supremacia total e incontestável desta vinculação aos direitos fundamentais, inclusive no *habitat* do direito privado prestigiando-se sobremaneira a Dignidade da Pessoa Humana.

---

defender aqueles que são seus meros interesses. Para Robles, portanto, a importância dessa visão epistemológica deve ser impulsionada pela forma de pensar. Este é o ponto crucial, segundo leciona o filósofo, isto é, exigir-se de si mesmo é a verdadeira mudança a fim de tornarmos a nossa sociedade mais justa e humana. A Dignidade da Pessoa humana, como ficou exposto, na visão do filósofo espanhol, não consiste necessariamente em cada um exigir os seus direitos, mas, sobretudo, requerer de si mesmo um compromisso permanente com o dever, com a responsabilidade de ser pessoa, de ser cidadão. No entanto, os principais argumentos acima descritos que é prestigiado pelo autor espanhol – mormente o da ética-, em nossa opinião, devem ser recepcionadas com um certo tempero, mormente quando da análise de situações de países onde a cidadania e o Estado social democrático não se implementaram efetivamente. Para tanto ver ROBLES. Gregório. Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual. Trad. De Roberto Barbosa Alves, Barueri, SP: editora Manole, 2005. Nessa linha de raciocínio Ernildo Stein, quando problematiza os fundamentos da crise da modernidade, traz à baila a limitação da filosofia para enfrentar as situações incertas da sociedade moderna. Destarte, no mesmo rumo, destaca o autor o descrédito da ciência e da tecnologia como possibilidade “de uma verdade a ser buscada, também se esvaziou” STEIN, Ernildo. Epistemologia e Crítica da Modernidade. Coleção Ensaios. Política e Filosofia. Ijuí,RS: editora Unijui,1997, p.22 Nessa linha de raciocínio Ernildo Stein, quando problematiza os fundamentos da crise da modernidade, traz à baila a limitação da filosofia para enfrentar as situações incertas da sociedade moderna. Destarte, no mesmo rumo, destaca o autor que os processos cognitivos são uma maneira de pensar do ser humano, percebendo mais a finitude da razão humana, procura compensar a biografia muito reduzida de uma razão. São tipos de organização em nossa mente que nós imaginamos. Enfatiza o autor, que tal sistema de “construções cognitivas” é inerente a todos os seres humanos “desde o primeiro até o último homem”. Op. cit. p.22 e 23.

<sup>148</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.. In: Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.118.

... dentre outras razões que aqui não iremos desenvolver, justifica-se especialmente entre nós, pela previsão expressa da aplicabilidade direta (imediate) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, por sua vez, não se contrapõe ao fato de que, no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, caxada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipótese de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta....<sup>149</sup>

Duas concepções de incidência dos direitos fundamentais têm sido discutidas no plano dogmático. O Tribunal Constitucional Alemão ainda nos anos cinqüenta começou a controlar não apenas o ingresso de leis inconstitucionais, mas também averiguar com maior cautela as decisões dos juízos civis e as relações privadas quando estas colidissem com os direitos fundamentais dos seus cidadãos estabelecidos na Lei de Bonn.

A concepção da aplicabilidade indireta dos preceitos jusfundamentais nas relações privadas possui algumas características peculiares, as quais levam os seus afiliados a propugnar a idéia jurídica consoante a qual, para haver o deslinde da controvérsia de natureza privada, devem valer-se os operadores do direito da primazia dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais do direito privado, utilizando-se do direito constitucional de forma subsidiária para equilibrar as avenças, ou pô-las termo, conforme o caso. Nada obstante, nota-se que dita doutrina acaba por resultar numa estranha interpretação da Constituição conforme o direito infraconstitucional em que o direito privado permanece “autônomo” relativamente à Constituição e o princípio da validade superior da mesma perde importância.

De outra parte, há outro aspecto advogado pelos defensores da aplicabilidade mediata do direito constitucionalizado ao direito privado: a de que, afinal, esta intermediação da constituição ao direito privado deve ser feita pelo Legislativo – através da confecção de leis – ou pelo Poder Judiciário – por meio dos processos integrativos.

---

<sup>149</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 379.

Essa preocupação é bem sintetizada por Juan Maria Bilbao Ubillos: “Se requiere concretamente la intervención del legislador o la recepción a través del juez es justamente cuál de las dos vías, la legislativa o la jurisdiccional, tiene carácter preferente.”<sup>150</sup>

Pela citação do jurista Ubillos acima exposta, talvez fique clarividente que a aplicabilidade indireta da Constituição Federal seja um resquício dos ideários do Estado liberal, onde não era permitido ao Estado intervir em praticamente nenhuma hipótese nas relações de natureza privada, bem como para o deslinde das controvérsias sociais impunha-se uma atuação do poder legislativo.

Por outro lado e em contraponto, existe a teoria da aplicabilidade direta dos preceitos jusfundamentais nas relações privadas que, por seu turno, defende a interferência imediata dos direitos fundamentais nas relações negociais privadas quando haja violações aos direitos dos agentes particulares. Para esta parte de estudiosos do direito, é racional e justo a necessidade de certa restrição ao primado da liberdade da vontade, um dos pilares sustentadores do mundo jurídico privatístico. Propugnam, também, os seus defensores, que as regras previstas nas cartas constitucionais em face do seu maior grau hierárquico sobreponem-se, obviamente, às normas do direito privado.

Aliás, é bom lembrar que a Constituição Federal Brasileira infere-se em todo ordenamento infraconstitucional e que devido a sua força normativa produz efeitos em todos os ramos jurídicos. De modo que ignorar os princípios constitucionais ou interpretá-los à luz do código civil denota o apego do operador do direito à força da tradição do Direito privado em desrespeito aos próprios fundamentos da democracia constitucional moderna.

De qualquer forma, faz-se mister lembrar que esta concepção não difere *in totum* do outro modelo mencionado anteriormente, pois ambos possuem elementos convergentes, razão pela qual uma das teses não exclui, por si só, a outra formulação teórica. As duas propugnam pela aplicabilidade da constituição nas relações particulares, porém, de forma mais rigorosa aqui ou, ao revés, de maneira mais branda acolá. Aliás, sempre ocorreu no mundo acadêmico certo mal entendido acerca do alcance, precipuamente, da teoria da aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais ao direito dos particulares. Tal

---

<sup>150</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 309.

preocupação, pela freqüente confusão feita pela doutrina no que tange ao tema, é bem lembrada por Ubillos:

Dada la confusión que reina en torno a este tema, conviene aclarar algunas ideas para ayudar a deshacer un malentendido perturbador, que es el que resulta de la habitual contraposición entre eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos excluyentes. Es una falsa disyuntiva: admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* en determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradiación de esos derechos a través de la ley. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente. Frente a esta postura, está la de quienes excluyen, de entrada, cualquier posibilidad de eficacia inmediata <sup>151</sup>.

Diante desta constatação, faz-se necessário, ao menos de forma objetiva, destacar os principais fundamentos teóricos referentes às teses conflitantes sobre a exegese dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Em decorrência disto, é importante salientar que, de um lado, alguns juristas defendem a incidência de forma reflexiva dos direitos fundamentais no direito privado, por outro, determinados setores acadêmicos advogam pela aplicação de forma direta dos mesmos no plano do direito dos particulares.

Sem negar o que foi dito há pouco e mantendo a mesma direção de pensamento, a doutrina e a jurisprudência estrangeira em concórdia partem da premissa de que os direitos fundamentais demonstram papel estruturante nas relações jurígenas, inclusive nos negócios entre os particulares, para que haja um efetivo equilíbrio entre os sujeitos deste direito.

Após a exposição sucinta das teses da discussão aqui posta, serão abordados no corpo do texto os elementos de cada concepção, cada uma delas assentadas nas suas características próprias. No entanto, não há de se olvidar que, em algumas oportunidades, exista ponto de convergência entre as correntes doutrinárias em debate, havendo, por isso,

---

<sup>151</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, p.317.

dificuldade de se aferir de forma dicotômica cada paradigma, nos moldes defendidos por seus idealizadores.

Em conseqüência do que foi há pouco citado, é preciso destacar a imprescindibilidade da análise do direito comparado para melhor conhecer o problema em discussão, isto é, a relevância dos princípios constitucionais em face da unidade do ordenamento jurídico se sobrepõem a todo o restante do ordenamento jurídico, o que implica, também, a sua incidência no direito privado.

Assim, há de se destacar que foi no sistema jurídico alemão, o qual apresenta algumas especificidades próprias, que surgiu a *quaestio juris* da aplicabilidade imediata ou mediata dos direitos fundamentais no direito privado. Pode-se dizer que o direito tedesco preocupou-se não apenas como um direito de defesa subjetivo em face do poder público, mas também como uma ordem objetiva de valores, visando uma gama maior de garantias e proteção constitucional dos cidadãos.<sup>152</sup> O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como lembra Jan Woischnik, Diretor do Programa Estado de Direito para a América do Sul – Fundação Konrad Adenauer –, tem entendido ser fundamental a interpretação da Carta Constitucional de Bonn, na busca de uma maior proteção das liberdades do cidadão e da Dignidade da Pessoa Humana, conforme a seguir:

O Tribunal Constitucional Federal tem entendido e estruturado os direitos fundamentais, não apenas como um direito de defesa subjetivo determinado do cidadão perante o poder público, mas também como uma ordem objetiva de valores. Esta ordem reconhece a proteção da liberdade e da dignidade humanas como o fim supremo do direito, e permeia jurídica e objetivamente a totalidade do ordenamento legal. Daí que o Tribunal Constitucional Federal não somente tenha interpretado, estruturado e ocasionalmente ampliado os direitos fundamentais em sua forma individual, mas também estruturado a totalidade do sistema de direitos fundamentais em um complexo fechado de valores e garantias. Todas as instituições estatais estão obrigadas a respeitar a Lei Fundamental alemã. Em caso de controvérsia, pode-se recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Cabe a este, juntamente com a solução das controvérsias de caráter legal e organizacional, sobretudo a proteção constitucional do cidadão<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> In: Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Galdes Ferreira. Prefácio: Jan Woischnik. Coletânea original: Organização e introdução Leonardo Martins; Jürgen Schwabe. Konrad Adenauer- -Stiftung- Programa Estado de Derecho para Sudamérica, p.29.

<sup>153</sup> Idem, ibidem, p.30

Tal debate – acerca de uma maior incidência dos direitos fundamentais – acabou se estendendo ao redor do orbe terrestre, não apenas no aspecto da sua compreensão filosófica, mas também na problematização prática<sup>154</sup>, do relacionamento entre os direitos fundamentais e o direito privado, o que provocou altos graus de complexidade por ocasião da análise do caso concreto<sup>155</sup>. Todavia, há de se mencionar que este desafio teórico ocorreu devido ao fato de que a Carta Constitucional Alemã faculta a cada pessoa – via recurso constitucional – requerer proteção do Tribunal Federal Constitucional no controle de constitucionalidade contra os atos dos órgãos públicos, inclusive do Poder Judiciário, por ter havido a violação de um dos seus direitos fundamentais, a teor do artigo 93, I a IV, da Lei Fundamental Alemã.<sup>156</sup> Isso significa que há, naquele país, segundo o raciocínio de

---

<sup>154</sup> Contudo, toda a teorização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – que envolve o maior ingresso dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, deve ser recepcionada com cautela, cotejada no caso concreto, pois como defende Robert Alexy não há fórmulas referentes a toda a sua problematização, é, sem dúvida, como assegura, um problema em construção. “Actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto em teceiros o un efecto horizontal. Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia. En la cuestión acerca de *cómo* las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un *problema de construcción*. La cuestión acerca de *en qué medida lo* hacen formula un problema material, es decir, un *problema de colisión*. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. Em cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales” ALEXY, Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002 p.p.510/511.

<sup>155</sup> 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. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.226

<sup>156</sup> Ibidem, p.226, Das atribuições do Tribunal Constitucional prevista no artigo 93 da Lei Fundamental da Alemanha, podemos enumerar as seguintes que precipuamente deve decidir: a) sobre a interpretação desta Lei Fundamental quando ocorrer conflito acerca da extensão dos direitos e obrigações de um órgão federal superior ou de outras partes investidas de direitos próprios por força desta Lei Fundamental ou do regimento interno de um órgão federal superior; b) sobre divergências de opinião ou dúvidas acerca da compatibilidade formal e substantiva de lei federal ou lei estadual com esta Lei Fundamental, ou da compatibilidade de lei estadual com outra lei federal, a requerimento do Governo Federal, de governo estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal; c) sobre divergências de opinião quanto à conformidade de uma lei aos termos do § 2 do artigo 72, a requerimento do Conselho Federal, de governo estadual ou de Parlamento estadual; d) sobre divergências de opinião acerca de direitos e obrigações da Federação e dos Estados, especialmente no que concerne à execução de lei federal pelos Estados e ao exercício da fiscalização federal; e) sobre outros conflitos de direito público entre a Federação e os Estados, entre os vários Estados e dentro de um Estado, na impossibilidade do recurso a outra via judicial; f) sobre reclamações constitucionais que podem ser interpostas por qualquer pessoa sob a alegação de ter sido lesada, por autoridade pública, em seus direitos fundamentais ou nos direitos consagrados no § 4 do artigo 20 ou nos artigos 33, 38, 101, 103 e 104; g) sobre reclamações constitucionais que podem ser interpostas por municípios e associações de municípios contra lei que viole o direito da autonomia administrativa assegurado pelo artigo 28; tratando-se, porém, de leis estaduais, apenas quando não for possível interpor tal reclamação perante o Tribunal Constitucional do respectivo Estado. ( Trad. Livre).

*Canaris*, um controle indireto da constitucionalidade do direito civil. A Corte Constitucional Germânica somente pode exercer a fiscalização da constitucionalidade sobre os atos dos poderes públicos, nunca dos atos dos particulares, o que poderia inclusive resultar segundo a concepção do autor, nesse desvirtuamento de sua competência, em assumir o Tribunal Constitucional Federal papéis de uma segunda instancia revisora de temas imbricados a competência dos Tribunais Cíveis, como leciona o próprio Claus-Whelm Canaris<sup>157</sup>.

A posição defendida por Canaris demonstra-se excessivamente liberal, em nossa opinião, pois se de um lado não podemos atropelar o princípio da autonomia privada garantido aos cidadãos em suas relações privadas, de outra face não se pode admitir que a ingerência do direito constitucional sobre o direito seja mais branda e não possa revisar julgados de competência dos tribunais cíveis, falando-se aqui do direito tedesco.

Na mesma quadra de pensamento, mas valendo-se de outro ponto de vista, e lembrando também a concepção de Jürgen Schweibe, o qual sustenta uma visão pela qual o Estado deveria ser responsabilizado quando houvesse, por atos de entes privados, prejuízos aos direitos fundamentais de uma das partes. Podemos dizer que é uma visão mais extrema dos efeitos de irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>158</sup>, cujos fundamentos assentam-se, como foi dito, na idéia de que sempre haverá uma responsabilização do Estado, resultante da própria sujeição aos direitos fundamentais, quando nas relações travadas entre cidadãos houver um prejuízo aos direitos fundamentais.

Isto se daria, segundo Schweibe, por que o Estado também teria uma parcela de culpa do ocorrido em face de não ter impedido a concretização do ato na via administrativa, legislativa ou jurisdicional, sendo porquanto descipienda qualquer distinção entre direito público e direito privado, a fim de submissão aos direitos fundamentais.

---

<sup>157</sup> 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. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.p 226/227

<sup>158</sup> Para Robert Alexy a visão de Scweibe é uma terceira teoria que envolve a celeuma da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre cidadãos, visão está que para o jurista Alexy é uma versão extrema desta teoria. “De acuerdo con la tercera teoría, los efectos en la relación ciudadano/ ciudadano son consecuencias de la sujeción del Estado a los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos públicos. Schwabe há propuesto una versión extrema de esta teoría. Como ya se expusiera más arriba, considera que el Estado, al facilitar e imponer un sistema de derecho privado, participa en las afectaciones, posibles en este sistema, de los bienes iusfundamentales de un ciudadano por parte de otro ciudadano. Por ello, estas afectaciones, en tanto intervenciones estatales, aunque provocadas privadamente, pueden serle imputadas al Estado. Por ello, para la solución del problema del efecto en terceros habrían de bastar los derechos fundamentales en tanto derechos del status negativo frente al Estado” ALEXY, Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. p.513.

Segundo a visão do constitucionalista da universidade de Coimbra, Jose Carlos Vieira Andrade, a qual nos filiamos, a concepção de Schweibe é excessivamente exagerada, pois o Estado somente deve ser responsabilizado quando houvesse a omissão do legislador ou houvesse o descumprimento da lei pelo poder judiciário ou administrativo Nesse sentido:

Há, no entanto, alguns autores que vão mais longe, ultrapassam ideia do mero dever de protecção e tiram do monopólio estadual da autoridade a ideia da *responsabilidade pública* por qualquer agressão, por privados, dos direitos fundamentais de uma pessoa, afirmando que essa ofensa é sempre *imputável* ao Estado, pois que, ou foi permitida por uma lei, ou *pela ausência de uma lei*, quando não resultou da falta de prevenção ou de repressão do incumprimento da lei em vigor. Não nos parece, porém, que esta concepção seja defensável no âmbito de uma ordem jurídica baseada no princípio da liberdade, em que os indivíduos não actuam por delegação estadual e são responsáveis pelos seus actos, de modo que a ausência de intervenção pública, designadamente normativa, não torna lícita nem autoriza necessariamente a actuação privada. A ideia de liberdade e de responsabilidade individual pela ofensa de direitos fundamentais de outrem vale, quer no âmbito contratual (em que haverá uma autolimitação), quer nas relações extracontratuais (em que a ofensa é directamente imputável ao particular), de modo que o Estado só pode ser corresponsabilizado na medida em que haja incumprimento de um dever específico, seja de um dever específico de protecção do legislador, seja de um dever específico de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial<sup>159</sup>.

De modo que no entendimento do constitucionalista português, como se viu pela citação acima, poderia o Estado ser responsabilizado, desde que houvesse uma omissão do poder legiferante ou de contrariedade à lei pelo poder administrativo ou judicial.

Sem prejuízo daquilo dito supra, há de se destacar ainda a importância da concepção de Alexy acerca da *quaestio juris*. Este autor entende que há elos efetivos entre as concepções de aplicabilidade direta e indireta, podendo, para ele, de certa forma, as duas teses atingirem os mesmos resultados no deslinde dos casos.

Para corroborar a correção da teoria da vinculação dos particulares ao direito constitucional é importante citar o argumento consoante o qual é certo não se encontra no sistema jurídico romano-germânico uma resposta simplista no sentido de que houvesse uma vinculação dos direitos fundamentais apenas na forma de Estado-cidadão. Como assevera Alexy, essa noção jurígena a qual estabelece que os direitos fundamentais sejam

---

<sup>159</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações particulares. Op. cit. Constituição Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, p.p. 280/281.

direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao legislativo, judiciário e executivo é manifestamente incompleta. Para ele as normas jusfundamentais também influem nas relações cidadão/cidadão.<sup>160</sup> Contudo, não esconde Alexy a dificuldade de colocar-se em prática tais preceitos ou de como devam ser estendidos – em que medida dá-se tal influencia na defesa de direitos e dos cidadãos e na defesa de seus próprios direitos fundamentais.<sup>161</sup>

A tese de Alexy visa construir uma nova teoria sustentada em três níveis: os deveres do Estado, os direitos frente ao Estado e as relações jurídicas entre sujeitos de direito privado, mas para que obtenham o maior êxito possível devem interagir reciprocamente.<sup>162</sup>

O nível dos deveres do Estado equivaleria à teoria do efeito mediato, pois estariam os juízes, como órgão estatal, sujeitos a considerar questões jusfundamentais como valores objetivos na interpretação da norma ou da avença de natureza particular. O segundo nível consubstanciado no dever de proteção do judiciário se dá para o constitucionalista Alexy, quando silencia o poder judiciário na efetiva proteção dos direitos fundamentais nos conflitos interprivados, o que violaria um direito fundamental na linha vertical, isto é, do cidadão ante ao Estado. Nas relações entre particulares – terceiro nível da concepção de Alexy –, devem incidir os preceitos constitucionais entre os seus destinatários de forma direta, projetando-se, portanto, os direitos fundamentais sobre as relações privadas.<sup>163</sup>

Do que ficou sucintamente exposto da concepção de Alexy, a qual inclusive, de certa forma, critica as teorias da eficácia direta e indireta do direito constitucional ao direito civil e da própria visão weberiana acima exposta, referente aos efeitos objetivos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Para o jurista alemão as relações travadas entre cidadãos o importante é de como se dá esse ingresso dos direitos constitucionais ao direito privado e de que forma isto deverá ser feito. Ainda relata que em face de ambos serem detentores de direitos fundamentais deve ser sempre aferido, no caso concreto, em última instância, uma questão de ponderação.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. p.507

<sup>161</sup> Op. cit. 508

<sup>162</sup> Op. cit. 516

<sup>163</sup> ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. p.519 e ss.

<sup>164</sup> Op. cit. -514.

De qualquer forma, em face da importância do direito tedesco, mormente pela proteção da dignidade humana é que se optou em trazer de forma separada dois tópicos, os quais se referem à aplicabilidade mediata e imediata dos preceitos jusfundamentais nas relações entre os particulares. Entretanto, o que se propugna no presente, convém frisar, é que os direitos fundamentais devam incidir completamente no direito civil.

### **3.2 A eficácia dos direitos fundamentais e a sua incidência de forma mediata nas relações jurídicas de natureza privada.**

Antes de qualquer coisa, como informação propedêutica, deve-se mencionar que a constituição, segundo este modelo doutrinário, não se apresenta como sustentáculo apto a ajustar situações entre particulares e pessoas jurídicas de direito privado. Ao contrário, para ela o direito privado ordinário é quem detêm especificidades próprias e mecanismos capazes para, de modo imediato, dirimir tais controvérsias. Assim, pode-se dizer, sob outro prisma, que este paradigma se assenta na posição que nega a ingerência dos direitos fundamentais na seara privada sem a interferência direta do poder público, nem interposição legislativa do direito civil. Não obstante, há de se destacar que um dos propulsores desta visão foi o jurista alemão Günther Dürig,<sup>165</sup> o qual tem a posição a respeito deste tema baseada no entendimento de que a proteção constitucional da autonomia privada possibilita aos indivíduos, por ocasião dos seus negócios particulares, desistirem dos direitos fundamentais – nas avenças entre pessoas naturais ou jurídicas de direito privado. No entanto, ele frisa a impossibilidade de tal renúncia em face de relações jurídicas desenvolvidas com o poder público.<sup>166</sup> Entretanto, o próprio Dürig admite a necessidade de construir certas pontes de contato entre os direitos jusfundamentais e os direitos essencialmente privados, guiando-se o poder judiciário para este desiderato à luz

---

<sup>165</sup> SARMENTO. Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 238.

<sup>166</sup> Op. cit. p.238

dos conceitos jurídicos indeterminados, e das cláusulas gerais estipuladas pelo próprio legislador ordinário.<sup>167</sup>

Para se justificarem, defendem os adeptos desta compreensão jurídica<sup>168</sup>, ao contrário de seus opositores, que a aplicabilidade direta dos princípios constitucionais no direito civil resultaria num comprometimento da liberdade individual e, por seu turno, na relativização das cláusulas pactuadas, o que geraria grande prejuízo à segurança dos interesses privados dos agentes envolvidos<sup>169</sup>. Além disso, advoga este setor doutrinário que o caminho oblíquo propugnado pelos seus adversários – aplicabilidade imediata –, fortaleceria de forma desmesurada a força política do poder judiciário, em face do elevado grau de plasticidade inerente aos direitos fundamentais, por ocasião de sua hermenêutica à luz do caso concreto. É o medo do governo dos juízes, resquício do pensamento francês sobre a teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu. Parece claro que esta opinião filosófica é oriunda da grande influência do direito constitucional francês sobre o mundo inteiro, o qual desde seu nascimento foi arredo ao controle de constitucionalidade dos atos normativos emanados do poder legislativo, numa concepção de índole liberal de certo modo sectária.

Isto acontece porque no sistema francês há uma rígida divisão de poderes, nos moldes da concepção de Montesquieu que dá primazia à vontade do legislador expressa na lei, em que o poder judiciário apresenta-se com uma competência tímida no processo de exegese político-jurídica e de ampliação de horizontes imbricadas no binômio Direitos Fundamentais Constitucionais *versus* a autonomia da vontade dos sujeitos partícipes da relação jurídica contratual.

No entanto, parece que até mesmo neste país os ventos trazem um novo viés de preocupação com a Dignidade Humana e, por conseguinte, uma intensidade maior da jurisdição constitucional sobre a justiça administrativa francesa. Exemplo disto é a célebre

---

<sup>167</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 238.

<sup>168</sup> Outros autores contemporâneos propugnam por esta concepção, tais como: Ana Prata, Juan Maria Bilbao Ubillos, exemplificativamente.

<sup>169</sup> Não há como olvidar das lições do professor José Carlos Vieira Andrade, quando se reportando a este paradigma – aplicabilidade mediata da Constituição nas relações civis –, ressalta que seus pressupostos foram mal defendidos por seus partidários, pois não se libertaram do peso das concepções liberais – individuais. Leciona ainda o mestre português que a compreensão de mediação na aplicabilidade prima pela liberdade negocial, mas não implica desprestígio a proteção do menos favorecido e na manutenção de sua dignidade humana pelo Estado. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre os particulares. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Ingo Wolfgang Sarlet (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.p.289 ‘in fine’ e 290.

decisão do Conselho de Estado da França que proibiu o lançamento de anões em uma casa de espetáculo, o que demonstra bem esta inquietude do direito francês no sentido de garantir a irrenunciabilidade à personalidade civil, bem como da vinculação da comunidade e dos particulares aos direitos fundamentais.<sup>170</sup>

Sem perder o rumo do raciocínio lógico, urge destacar, por outro lado, o papel do Conselho Constitucional Francês para ver o quanto os franceses são arredios ao controle de constitucionalidade efetuado pelo Poder Judiciário da França. Este órgão, que faz parte do Poder Executivo francês, faz uma triagem de possíveis ingerências de leis civis inconstitucionais no campo do direito privado, impedindo que as mesmas ingressem no ordenamento jurídico quando haja colisão com a Constituição Republicana.<sup>171</sup>

Note-se que o Poder Judiciário não detém competência para o controle de constitucionalidade das leis, sendo simplesmente um órgão aplicador da lei pura emanada da vontade geral. Pelo sistema francês o controle da constitucionalidade de uma lei é facultativo (salvo as leis orgânicas e os regulamentos das câmaras parlamentares), dependendo da iniciativa dos parlamentares (60 no mínimo) ou do Presidente da República, únicos legitimados para requerê-lo.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.108. Decisão do Conselho de Estado, de 27.10.95, que considerou acertada a decisão do prefeito da comuna de Morsang-sur-Orge, quando determinou o fechamento de casa de espetáculo que possibilitava aos seus clientes lançar um anão ou mais longe possível. A decisão entendeu, sobretudo, que estes “campeonatos de anões” não poderiam ser tolerados porque atingiam em cheio a dignidade da pessoa humana. “Registre-se, por oportuno, que a decisão do Conselho de Estado da França foi objeto de impugnação pelo próprio destinatário da proteção (no caso, o anão, que desde o início havia se insurgido contra a interdição da atividade) perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que, em decisão proferida em 26.07.02 (cerca de dez anos após o fato que originou a controvérsia) acabou rechaçando, mais uma vez, a afirmação do impugnante, que não vislumbra na atividade qualquer ofensa à sua dignidade, de tal sorte que restou confirmado o julgamento do Tribunal nacional. Na sua decisão, além de ratificar o argumento da violação da ordem pública pela afetação da dignidade pessoal do anão, o Comitê das Nações Unidas agregou que nada havia de abusivo na interdição e que o simples fato de existirem atividades outras, igualmente suscetíveis de interdição, não é suficiente para outorgar um caráter discriminatório à interdição relativa ao jogo dos anões”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.108, nota de rodapé.

<sup>171</sup> SARMENTO. Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 243. Nota de rodapé. n. 620., op.cit..

<sup>172</sup> Artigo 61, alínea 2, da Constituição Francesa, de 04 de outubro de 1958. In: Assembléia Nacional da França, <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>: - versão em [Espanhol](#) “Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.”

Em virtude do peculiar método francês “preventivo”, exercido pelo Conselho Constitucional, os juízes franceses, de um modo geral, valem-se da eficácia mediata<sup>173</sup> de proteção dos direitos fundamentais, utilizando-se nos seus julgados de princípios previstos na própria legislação ordinária, porque estes não podem exercer o controle de constitucionalidade das leis, nem podem provocar o órgão competente para tal.

Assim, nota-se que, pelo sistema francês, o controle de constitucionalidade é preventivo e concentrado, ou seja, é desenvolvido antes da promulgação das leis, exclusivamente pelo Conselho Constitucional<sup>174</sup>. Desta maneira, este, valendo-se de tal prerrogativa, impede o ingresso de leis tidas como inconstitucionais no direito positivo francês. A propósito, o Conselho, em algumas situações, orienta para que certas leis civis sejam interpretadas de acordo com a Constituição, mormente, à luz dos direitos fundamentais. Desta feita, ensina Sarmento:

¶ Na França ainda não é frequente a utilização da Constituição e dos direitos fundamentais na resolução de conflitos privados, o que talvez possa ser explicado pela tradição de vinculação estrita à legalidade cultivada pelo Judiciário francês, que tem suas origens numa visão rígida do princípio da separação de poderes, e num respeito sacrossanto à lei, considerada, na linha da filosofia de Rousseau, como expressão da vontade geral do povo. Neste quadro, a influência dos direitos fundamentais e da Constituição (618) sobre o campo do Direito Privado dá-se, sobretudo através do controle preventivo de constitucionalidade das leis, exercido pelo Conselho Constitucional (619), pois não apenas impede o ingresso no ordenamento de normas privadas contrárias aos valores constitucionais, como também, em certos casos, estabelece, na fundamentação dos seus julgados, orientações sobre como devem ser interpretadas certas leis privadas, para se conformarem à ordem constitucional .....

Por outro lado, e continuando a desenvolver o mesmo debate, na Alemanha, Konrad Hesse dá notícia da resistência doutrinária e jurisprudencial à aplicabilidade direta dos direitos positivados na Constituição em relação ao direito privado, porque, no geral, entende-se, naquele país, que os direitos fundamentais não vinculam diretamente aos particulares cabendo, em decorrência disto, ao legislador do direito privado concretizá-los. De qualquer maneira, ainda na Alemanha, é notório o fato de que se travou grande discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre terceiros

---

<sup>173</sup> Ibidem, SARMENTO. Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 243. .

<sup>174</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.351.

que não o Estado. Hesse parece seguir tal caminho, fundamentando as suas idéias na insurgência de forma indireta dos preceitos constitucionais jusfundamentais no direito particular. Em virtude disto, sem prejuízo do que foi dito anteriormente, e seguindo no mesmo raciocínio, para tal idéia jurígena, o direito civil somente pode ser contestado diante da Lei Fundamental, conforme preleciona o próprio legislador em suas regulações ordinárias, quando este traz à baila conceitos legais indeterminados, ou cláusulas gerais, possibilitando aos particulares uma hermenêutica que traz no seu bojo a primazia de uma liberdade mínima aos sujeitos perante os direitos fundamentais.

Então, nesta mesma ordem de argumentos filosóficos, segue o mestre tedesco salientando que a possibilidade de intervenção imediata do Poder Público no direito dos particulares geraria uma mácula grave no princípio da autonomia privada, fundamento basilar do Direito Privado e acarretando em vários inconvenientes. Devido a isto:

A relação de privados entre si é caracterizada por todos os participantes em forma igual terem parte na proteção dos direitos fundamentais, enquanto aos poderes públicos, em sua relação para com o cidadão, tal proteção não cabe. Se aqui, por isso, um conflito não pode nascer, então, pode lá, significar um prejuízo à liberdade jurídico-fundamental de um participante se o outro, diante dele, é protegido em um direito fundamental. Sem dúvida, uma vinculação aos direitos fundamentais geral direta de privados não iria estender-se tão longe como aquela dos poderes estatais porque, de outra forma como na relação-Estado-cidadão, direitos fundamentais iriam produzir efeitos regularmente a favor e a custa de *ambos* os participantes de uma relação jurídica, de modo que uma "vinculação aos direitos fundamentais" somente se deixa fundamentar sobre a base de direitos fundamentais que se limitam mutuamente e a aceitação que uma vinculação somente existe aos direitos fundamentais limitados nesta forma. Mas também tal vinculação aos direitos fundamentais limitada iria conduzir a uma restrição considerável da autonomia privada, portanto, a uma limitação não insignificante de liberdade auto-responsável e, com isso, já nesse ponto, alterar fundamentalmente peculiaridade e significado do direito privado. Ela iria, além disso, colocar o juiz, em cada caso particular, diante da necessidade da determinação extremamente difícil daqueles limites e, por isso, cair em conflito com a tarefa de um direito privado suficiente às exigências estatal jurídicas, ou seja, aquela de possibilitar a configuração de relações jurídicas e solução do problema judicial, fundamentalmente, com auxílio de regulações.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> HESSE, Konrad. Elementos de Direito constitucional da Republica Federal da Alemanha. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998, pp.. 284,285

Todavia, o jurista alemão não olvida em ponderar cautelosamente tal postura. Ele admite que é forte atualmente a tendência da vinculação direta dos particulares aos direitos positivados do homem, quando se trata de proteção da liberdade pessoal do indivíduo contra o exercício de poder econômico e social por sujeitos não estatais, em abuso de direito. Entende o jurista germânico que, havendo proteção ineficaz da liberdade pessoal dos indivíduos pelas prescrições jurídicas de direito privado, em face do exercício de poder econômico ou social por entes não pertencentes ao Estado, devem os tribunais proteger imediatamente estes direitos, por acreditar que: “Se a legislação não, ou só incompletamente, tem em conta essa situação, então as regulações correspondentes devem ser interpretadas ‘a luz dos direitos fundamentais’ ”<sup>176</sup>.

Assim, nesta senda argumentativa, vê-se que há situações peculiares pertinentes ao assunto em questão, as quais mesmo Hesse, porventura, adepto da teoria da aplicação subsidiária da Constituição nas relações interprivadas, admite uma flexibilidade maior na interpretação da lei civil nos casos concretos, esta ao fulgor do Direito Constitucional.

Por outro, há de se destacar ainda no âmbito desta discussão do direito alemão, agora no que concerne à parte pragmática, o célebre caso Lüth, julgado em 1958 na Alemanha, o qual foi à ponte para um novo viés do Direito – alicerçado na Constituição e na defesa dos direitos fundamentais do cidadão. O movimento da constitucionalização do direito privado, como lembra Ingo W. Sarlet<sup>177</sup>, assinalou um novel significado jurídico e ao mesmo tempo uma vitória expressiva para os direitos fundamentais no que respeita ao seu efeito irradiador sobre o direito civil, gerando, com isso, um exemplo prático acerca da necessidade do respeito dos direitos fundamentais dos indivíduos, pela legislação civil e pelos próprios sujeitos da relação jurídica do direito privado.

Naquele *decisum*, entendeu-se na análise do caso concreto que os magistrados ao interpretarem as cláusulas gerais do direito civil ordinário e ao concretizarem conceitos legais indeterminados do direito particular<sup>178</sup>, forçosamente, devem levar em consideração,

---

<sup>176</sup> Op. cit. HESSE, Konrad. Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998, pp 286.

<sup>177</sup> "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", in: Ingo Wolfgang Sarlet (org.): *A Constituição Concretizada Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 124s, *apud* op cit. NETO, Eugênio Facchini. p.44 Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados. Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado, 2003.

<sup>178</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 314 “Esta tesis de la eficacia mediata de los derechos fundamentales a través del juez, formulada originariamente por G. Dürig, fue acogida por el Tribunal Constitucional alemán en la

como linhas diretivas, os direitos fundamentais consagrados na Constituição, sem, contudo, perder o litígio intersubjetivo, o caráter de lide de natureza privada, embora, influenciado pelo direito constitucional. Desta forma, igualmente, Sarlet, leciona:

[...] Na Alemanha, com o Acórdão Lüth, dá-se início a uma teoria da constituição como compreendendo uma “ordem” ou “sistema de valores”. A Constituição é desde então percebida não apenas como “ordem quadro” para a ação, mas ainda como base e fundamento de toda a ordem social. Um “sistema de valores” constituído não apenas com base nos “direitos fundamentais”, mas ainda noutros princípios constitucionais como o princípio do “Estado de Direito” e o princípio do “Estado Social”. [...]<sup>179</sup>

É oportuno, entretanto, descrever detalhadamente o famoso julgado referido por Sarlet, para maior esclarecimento do tema<sup>180</sup>. Naquela ocasião, discutia-se no feito a possibilidade de Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, conduzir manifestação pública – boicote público – contra a volta ao mercado do cineasta Veit Harlan, conclamando todos os distribuidores de filmes cinematográficos e ao público em geral. Harlan teria sido co-responsável pelo incitamento a violência contra o povo judeu, difundiu uma visão de perversidade contra o povo judeu – visão anti-semita – bem ao gosto da ditadura nazista, como demonstrou o filme produzido na época por ele “Jud Süft”, como defendia Lüth.<sup>181</sup>

---

célebre sentencia *Lüth* (1958). Después de subrayar la posición central de los derechos fundamentales dentro del sistema constitucional, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) anuló en este caso la resolución de un tribunal civil por haber prescindido de la influencia de los valores que subyacen a los derechos fundamentales en el Derecho privado. Al enjuiciar la conducta del recurrente, el tribunal de instancia ignoró, en concreto, el efecto de irradiación del derecho a la libertad de expresión en la interpretación del concepto "contrario a las buenas costumbres" del art. 826 del B.G.B”.

<sup>179</sup> Op. cit., p. 175 e 176.

<sup>180</sup> Por causa disso, é que a própria coletânea dos julgados referente aos cinquenta anos do Tribunal Constitucional Federal Alemão dá relevância ao caso, quando da análise do artigo 5,I, da Lei Federal, que dispõe sobre a Liberdade de expressão de pensamento. BVERFG 7, 198 (LÜTH-URTEIL). Reclamação Constitucional Contra Decisão Judicial, decisão do primeiro senado, em 15/01/1958. In: Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tradução: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Galdes Ferreira. Prefácio: Jan Woischnik; Org. e introd. Leonardo Martins, Jürgen Schwabe. . Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p.381.

<sup>181</sup> JAN WOISCHNIK. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Galdes Ferreira. Prefácio: Jan Woischnik. Coletânea original: Organização e introdução Leonardo Martins; Jürgen Schwabe. Konrad Adenauer- -Stiftung- Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 381/394

De toda sorte, por causa do ato de Lüth, o cineasta fundamentou a sua pretensão em face do que dispunha o artigo 826 do BGB (Código Civil Alemão): “aquele que causa dano a outro, de maneira ofensiva aos bons costumes, está obrigado a repará-lo”, requerendo ao final que o Poder Judiciário decretasse a ilegalidade do boicote promovido por Lüth<sup>182</sup>.

Com o desenrolar dos acontecimentos, a ação foi julgada procedente e, após, a decisão de primeiro grau foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de Hamburgo, tendo com isso obtido êxito o produtor cinematográfico com a exibição da película, havendo, inclusive, na sentença a seu favor a determinação de que Lüth se abstinhasse de criar embaraços à apresentação da produção cinematográfica, sob pena de ser responsabilizado pelos prejuízos do produtor, pois tais atos seriam atentatórios aos bons costumes, a teor do que dispunha o Código Civil alemão (art. 826). Por sua vez, o diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, entendendo ser legal seu boicote e inconformado com a decisão, ingressou com reclamação perante a Corte Constitucional, aduzindo que a decisão do Tribunal atingiu o seu direito fundamental à liberdade de expressão, “que, segundo Lüth, protege também a possibilidade de influir sobre outros mediante o uso da palavra”. No julgamento do recurso a Corte Constitucional Maior Alemã ponderou que no caso concreto, o art. 826 do BGB, o qual veda os boicotes contrários à moral, constitui uma lei geral, que poderia eventualmente em situações munidas de razoabilidade, limitar o exercício de direitos fundamentais, tais como o direito de liberdade de expressão<sup>183</sup>. Assim, consoante ao Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, o boicote deveria prevalecer, pois trazia no seu bojo uma manifestação justa e proporcional de acordo com o sistema de direito democrático germânico, que como já se viu alhures buscava sempre um maior equilíbrio nas relações privadas.

---

<sup>182</sup> Op. cit, p. 381.

<sup>183</sup> O Art. 5, I, da GG – Grundgesetz – Lei Fundamental – Constituição da República da Alemanha, possui cinco direitos que compõem a liberdade de comunicação. “Mas essa tem o condão de designar tão somente o âmbito da vida (opinião dominante e do TCF), onde se encontram as 5 seguintes “liberdades” de comunicação (individual e social), quais sejam: • liberdade de expressão ou de opinião (Art. 5 I 1, 1º sub-período GG), como o direito de livremente expressar e divulgar a opinião por palavra escrita e imagem; • liberdade de informação (Art. 5 I 1, 2º sub-período GG), como direito de se informar livremente a partir de fontes a todos acessíveis (não engloba direito à prestação da informação pelo Estado – liberdade do chamado *status negativus*); • liberdade de imprensa (Art. 5 I 2, 1ª variante GG); • liberdade de noticiar por radiodifusão, ou simplesmente liberdade de radiodifusão (Art. 5 I 2, 2ª variante GG); • liberdade de noticiar por cinematografia, ou simplesmente liberdade de cinematografia (Art. 5 I 2, 3ª variante GG)”. In: Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, op. cit, p.p.379/380.

De outra parte, vale lembrar novamente a importância do direito comparado e citar o Habeas Corpus n. 82.424/RS –, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, que teve como relator o Ministro Moreira Alves, julgado em 17/09/2003 no qual vieram à tona questões ligadas à colisão entre direitos, mais especificamente entre direitos fundamentais. Surge o debate entre liberdade de expressão *versus* o direito fundamental de honra/imagem, dignidade da pessoa humana e o crime de racismo. De certa forma, respeitado as especificidades do caso, o *decisum*, no Brasil, prolatado pela Suprema Corte, vem ao encontro da discussão travada no caso Lüth, travado na década de cinquenta, no Tribunal Constitucional na Alemanha. Em face de toda a discussão travada no julgado possuir 488 páginas, segue a seguir a transcrição da ementa, a qual dispõe:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente

repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo

justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada<sup>184</sup>.

No caso, o princípio de liberdade de expressão (artigo IV e X), bem como artigo 220 da Carta Constitucional, como decidiu o excelso pretório, não são absolutas em determinadas situações como foi do caso em apreciação, devendo ser utilizadas de maneira harmônica com a própria Carta Constitucional que não dá guarida a pretensões imorais e que implicam ilicitude penal.

Tantos outros casos interessantes e que vão ao encontro do tema de uma maior incidência dos direitos fundamentais poderiam ser trazidos no direito brasileiro.

Outra decisão que envolveu grande discussão pelo Tribunal Constitucional Alemão foi a decisão do caso *Blinkfuer*, no qual novamente veio à tona a liberdade de expressão de empresa jornalística, consoante o entendimento do primeiro Senado da Suprema Corte Constitucional.<sup>185</sup>

No caso, acima exposto, discutiam-se os efeitos da determinação da Axel Springer e Die Welt a seus parceiros comerciais de não publicarem, em seus produtos, a programação televisiva e a radiofônica oriunda da Alemanha oriental, no auge da Guerra Fria. No entender do conglomerado Axel Springer e Die Welt, as transmissões via televisão e rádio divulgavam propaganda injuriosa do governo da extinta República Democrática Alemã contra os alemães ocidentais e seu Estado livre e democrático<sup>186</sup>. O jornal *Blinkfuer*, pequeno semanário, distribuído, sobretudo na região de Hamburgo, entendeu que o manifesto ao boicote das empresas feria o direito de liberdade de expressão ingressando com pretensão visando o reconhecimento da ilegalidade do manifesto, bem como requereu fosse condenado a Axel Springer e Die Welt a perdas e danos em face da ilegalidade do boicote. O Tribunal Federal (BGH), como órgão jurisdicional ordinário de última instância, entendeu que o chamamento ao boicote foi legal - um legítimo exercício da liberdade de imprensa - e, por isso, para não violá-la, julgou as pretensões de *Blinkfuer* improcedentes. Inconformado, *Blinkfuer* interpôs reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal alegando a violação dos seus direitos fundamentais, mormente o

---

<sup>184</sup> In: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>185</sup> Op. cit. In: Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão p.401.

<sup>186</sup> Idem, ibidem, p.402

direito fundamental da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.<sup>187</sup> A Suprema Corte Alemã deu guarida ao recurso de Blinkfüer, pois entendeu que a convocação ao boicote deu-se por motivos políticos e principalmente por valer-se do grande conglomerado do poder econômico.

Outro caso julgado em 09/02/94 pelo Tribunal Constitucional Alemão trouxe novamente a discussão – uma maior incidência do direito constitucional sobre o direito civil- e a preservação dos direitos fundamentais do cidadão.

No caso, não foi aceito pelo proprietário de prédio que locatário instalasse antena parabólica. Na verdade, o edifício possuía uma antena coletiva, pela qual podiam ser recebidos cinco canais de televisão alemães. No início de 1992, o reclamante - inquilino do prédio- requereu à locadora a sua anuência para a instalação de um equipamento de recepção por satélite para que ele pudesse receber sinais também de canais turcos de televisão, já que era o requerente cidadão turco<sup>188</sup>.

O pedido foi denegado, pois, dentre outros motivos à instalação da parabólica afetaria a fachada do prédio.

Inconformado, o reclamante entrou em juízo com uma ação cominatória, mas sua ação foi julgada improcedente e seu recurso de apelação não foi provido. Os tribunais consideraram, seguindo uma jurisprudência consolidada na área do direito condominial e locatício, que a instalação de uma antena parabólica não fazia parte do uso ordinário do imóvel e, como uso extraordinário, necessitava da anuência da locadora.

Em sua Reclamação Constitucional, o reclamante alegou que as decisões violaram seu direito fundamental à liberdade de informação. O Tribunal Constitucional Federal julgou a Reclamação Constitucional procedente, pois verificou a alegada violação, principalmente porque os tribunais ordinários ignoraram a eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) do direito fundamental à liberdade de informação, errando na ponderação entre o direito de propriedade da locadora e os interesses do locatário. Além disso, consoante dispõe o Art. 5º, I da Lei de Bonn, porque protege a liberdade de

---

<sup>187</sup> (Art. 2, I) Direto à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa (Art. 2, II) Mandamento de igualdade: igualdade de aplicação da lei e por intermédio da lei. Liberdade de expressão do pensamento, de informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia (Art. 5, I); Livre desenvolvimento da personalidade, todos da Constituição Alemã. Op. cit. In: Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, p.p. 400 a 408.

<sup>188</sup> Op. cit. In: Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão p.401.

<sup>188</sup> Idem, ibidem, p.427 e s.s

informação de forma abrangente, dando a todos o direito de decidir a partir de que fontes universalmente acessíveis pretendem informar-se. Como p. ex., os canais de televisão recebidos por intermédio de parabólicas<sup>189</sup>.

Entretanto, é bom destacarmos, em relação ao modelo jurígeno alemão, que a Carta Constitucional de 1949 consagra expressamente a vinculação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário à defesa dos direitos fundamentais, mas não consagra expressamente os fundamentos e delimitações referentes aos atores privados, salvo o direito à liberdade sindical dos trabalhadores – art. 9 III, da Carta Constitucional de Bonn<sup>190</sup>, o que, de certo modo, explica por que a teoria da eficácia externa imediata, embora tenha os seus seguidores, ainda não triunfou completamente naquela nação.<sup>191</sup>

Neste mesmo diapasão, talvez seja por causa dessa omissão da Carta Constitucional Germânica que tenha surgido tanta discussão doutrinária no direito constitucional alemão no que tange à eficácia dos direitos jusfundamentais nas relações horizontais particulares. No entanto, é dado certo que, na atualidade, mesmo no cenário alemão, parece-nos ser extremamente discutível a tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, eis que, para a maioria dos estudiosos do direito tedesco de hoje, há o entendimento no sentido da integral vinculação dos sujeitos particulares ao preceito da dignidade da pessoa humana, como assevera Jörg Neuner:

[...] De acordo com a doutrina dominante e, no nosso sentir, correta, o artigo 1º da LF produz uma eficácia externa imediata. Para além da intenção reguladora do Constituinte, essa tese encontra respaldo na expressão literal do artigo 1º, incisos I e II, da LF, assim como no fato de ter sido incluída no elenco das cláusulas de imutabilidade previstas no artigo 79, inciso III, da LF. Além disso, também é possível argumentar com base numa leitura *a contrario sensu* do artigo 1, inciso III, da Lei

<sup>189</sup> In: Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão p.401. Idem, ibidem, p.427 e s.s

<sup>190</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2004.p.280. Dispõe o artigo 9. da Constituição da Alemanha- “Liberdade de associação ... 3- A todas as pessoas e em todas as profissões ou ocupações será garantido o direito de formar associações para defender e melhorar as condições econômicas e de trabalho. Serão nulos os acordos que restrinjam ou tendam a impedir o exercício desse direito, e ilegais as medidas tomadas nesse sentido. As medidas tomadas no âmbito dos artigos 12a; 35, §§ 2 e 3; 87a, § 4; e 91 não poderão contrariar convenções trabalhistas firmadas por associações, no exercício do direito previsto na primeira frase deste parágrafo, para salvaguardar e melhorar as condições econômicas e de trabalho. (trad. Livre).

<sup>191</sup> Destarte para o jurista Jörg Neuner, a doutrina dominante na Alemanha é no sentido de que a eficácia externa é imediata. Para o jurista a hermenêutica do artigo 1, I, II, da Lei Fundamental alemã refere-se a uma perspectiva na qual os sujeitos privados podem ser atingidos na sua dignidade humana, merecendo igualmente proteção direta da Constituição Federal. Assim, se refere o jurista: In: Ingo Wolfgang Sarlet (org). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 252.

Fundamental, de acordo com o qual as normas de direitos fundamentais (e a própria dignidade da pessoa) vinculam todos os órgãos estatais. Em se considerando uma perspectiva teleológica igualmente patente que a dignidade da pessoa não pode ser violada apenas por medidas do Estado, mas também por desmandos de sujeitos privados, sendo, neste contexto, igualmente carente de tutela. [...] <sup>192</sup>

Como se percebe da leitura da lição de Neuner, a eficácia externa imediata consubstancia-se no fato de que os sujeitos privados devem também ater-se aos princípios da Dignidade humana, valendo-se do rumo seguido pelo direito comparado é que a equação jurídica no caso é o da liberdade versus igualdade, mas que dependem de condições fidedignas para vincular também as entidades privadas ao respeito dos direitos inalienáveis do homem.

### **3.3 Da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas**

Para começar este tópico, há de se destacar que a teoria da aplicação imediata dos direitos do homem dispostos nas Cartas Magnas nas relações jurídicas do direito dos particulares foi desenvolvida especialmente por Hans Carl Nipperdey, na Alemanha, nos anos cinquenta, embora, como foi descrito no item anterior, esta concepção tenha sido alvo de várias discussões e controvérsias no país precursor de tal viés. <sup>193</sup> De qualquer maneira, leciona o jurista supracitado que os direitos fundamentais possuem validade absoluta e irrestrita nas relações privadas, até mesmo porque eles são normas de valor constitucional, as quais devem influir no ordenamento jurídico como um todo, isto é, os direitos fundamentais em sua dupla dimensão – como direitos subjetivos em face do Estado, mas também frente aos poderes sociais, grupos e organizações privadas –, garantindo a eficácia dos direitos jusfundamentais a todos os cidadãos –, sem exclusão do direito privado. Como afirma Nipperdey, a sociedade do século XX apresentava facetas diferenciadas em relação

---

<sup>192</sup> NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a lei Fundamental. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 252.

<sup>193</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e Relações Privadas, p.p.245-247.

a outras eras, isto é, hoje em dia o poder econômico impõe aos indivíduos medidas capazes de afetar profundamente sua vida e a sua personalidade, o que atinge em cheio a dignidade da pessoa humana<sup>194</sup>.

Por causa deste fato o autor conclui que não basta a existência de cláusulas gerais e dos preceitos de bons costumes insertos na legislação ordinária para haver o equilíbrio jurídico e econômico entre os grupos sociais desiguais e proteger os direitos jusfundamentais de ambos.<sup>195</sup>

Essa teorização presente no direito comparado referente à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, demonstra bem a importância da educação e da cidadania para que haja respeito às liberdades e direitos decorrentes da própria condição humana. No Brasil, uma das causas fundamentais – causas profundas, podemos assim dizer – é que um terço da população é totalmente destituída de educação e se encontra, assim, em condições de baixa escolaridade, ao passo que, de outro lado, um terço da população possui um nível educacional comparável aos países do sul da Europa, conforme a seguir:

O problema fundamental do Brasil é a ignorância. O país é mais ignorante do que pobre e é pobre por ignorância. Um terço da população brasileira é totalmente destituída de educação e se encontra, assim, em condições semelhantes, aos miseráveis de Calcutá. Um outro terço tem um padrão educacional extremamente modesto, inapto para atividades que requeiram escolaridade de nível médio, não dispondo, assim, de condições para se dar conta dos problemas com que se defronta o país. Fica o Brasil, assim, integralmente dependente do outro terço de sua população, desfrutando de níveis de educação e de vida comparáveis aos dos povos do sul da Europa. Este terço "ocidental", graça à amplitude da população brasileira, é constituído por mais de cinquenta milhões de pessoas. É porque esse terço superior do Brasil tem massa crítica, com uma população superior à dos demais países da América do Sul, que o Brasil se sustenta e logrou uma apreciável base industrial e tecnológica. Esse mesmo terço da população, todavia, embora economicamente suficiente, não o é politicamente. A extrema ignorância da grande maioria

---

<sup>194</sup> Nipperdey exerceu a presidência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, o qual, através de seus julgados, deu tratamento especial aos direitos fundamentais e para que os mesmos tivessem um tráfico jurídico que surtisse efeitos diretos nas relações entre os cidadãos. Os direitos fundamentais para ele não eram concebidos na defesa apenas frente ao Estado, mas regras de ordenação da vida social, vinculando a todos entes públicos e privados. Em caso concreto, o Tribunal Federal do Trabalho Alemão, em 5 de maio de 1957, ao apreciar demanda justabalhista reconheceu a nulidade de cláusulas contratuais que contrariassem e ferissem o desenvolvimento da personalidade do trabalhador e o princípio da dignidade da pessoa humana. No caso, uma trabalhadora que fora demitida por ter contraído matrimônio, o que era proibido por cláusula expressa do contrato de emprego. Para tanto: André Rufino do Vale. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. Sérgio Antonio Fabris editor. Porto Alegre, 2004, p.p.105 a 107.

<sup>195</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre os particulares. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Ingo Wolfgang Sarlet (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.p.274/275

de eleitorado conduz à formação de uma das piores classes políticas do mundo<sup>196</sup>.

De outra parte, e mantendo a direção do pensamento, é oportuno salientar que a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a doutrina de vários países, como exemplo Portugal e Espanha, são adeptas a esta concepção. Isto se deve, sobretudo, ao fortíssimo movimento de desenvolvimento do direito constitucional ocorrido na Itália e na Alemanha com a promulgação das suas Cartas Constitucionais de 1947 e 1949, que consolidaram os baluartes do Estado Social Democrático, preocupado em valores ligados ao ser humano. *A posteriori*, mas seguindo o mesmo rumo de um novo Direito Constitucional Democrático, advieram a Constituição Portuguesa de 1976 e a da Espanha de 1978, que orientou em maior parte a pesquisa relacionada à supremacia da Constituição ante o Direito civil<sup>197</sup>.

Sem prejuízo daquilo dito anteriormente, conforme se denota da própria denominação desta tese, os partidários de tal corrente teórica sustentam que os direitos fundamentais incidem diretamente no âmbito jurídico privado, sem a exigência de intermediação por parte do legislador, por que aqueles, para esta ótica filosófica, são invocados de forma direta pelos particulares nas suas relações jurídicas privadas, projetando-se os seus efeitos de maneira *erga omnes*. Deste modo, no entendimento de J.J. Gomes Canotilho:

A teoria da eficácia directa – os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais e coletivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias.<sup>198</sup>

---

<sup>196</sup> JAGUARIBE. Hélio. Brasil: o que resta fazer? *Idem*, *ibidem*, p.p. 17e 18.

<sup>197</sup> Apenas por amostragem, no direito português, o constitucionalista José Carlos Vieira Andrade, antes de enfrentar algumas questões relacionadas entre os direitos fundamentais e as relações privadas na Constituição Portuguesa de 1976, não descarta da importância do direito alemão, referente ao tema, destacando-as como “1.1. Posições tradicionais”. No mesmo sentido, no direito espanhol, por seu turno, temos Juan Maria Bilbao Ubillos, que destaca as concepções advindas do direito alemão referente a eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit. p. 275 e 308/317, respectivamente.

<sup>198</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Portugal: editora Almedina, 2003, p.p 286/1287.

De qualquer sorte, esta doutrina da vinculação direta dos poderes estatais aos direitos fundamentais, busca uma igualdade material justa nos direitos e obrigações assumidos pelos sujeitos particulares. Ela é o caminho necessário para averiguarmos se, de fato, há, nestas relações, o zelo tão necessário e indispensável às liberdades e garantias dos mesmos sujeitos, e igualmente para com princípios basilares do ordenamento jurídico, sobretudo, o preceito da Dignidade da Pessoa Humana.

Segundo preleciona Canotilho, a eficácia direta das normas constitucionais nas relações privadas no direito português não encontra empecilhos ao seu reconhecimento, pois a própria Carta Política de Portugal *in literis* reconhece os efeitos dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas<sup>199</sup>, a teor do que dispõe o artigo 18 da Lei Constitucional Portuguesa de 1976, como assegura o autor lusitano: “(Força jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”<sup>200</sup>.

Porém, isto não é o que sucedeu na Carta Política da Alemanha, como assevera o mesmo constitucionalista: “ao contrário, do disposto no art. 1º/3 da *Grundgesetz* alemã, onde apenas se diz que os direitos vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial a título de direitos directamente aplicável.”, não faz menção de como se daria essa vinculação, aliás o que é um problema em construção e tem sido alvo de perquirição em nosso trabalho monográfico.<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> Ibidem, p. 1288.

<sup>200</sup> <http://www.parlamento.pt/constleg/crpport/>, acessado em 16 de setembro de 2006.

<sup>201</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Portugal: editora Almedina, 2003, p.1288. É de mencionar, destarte, que embora a Carta Constitucional de Portugal tenha declarado a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, esta eficácia imediata da Carta Constitucional não menciona como se dá esta vinculação. A palavra entidade descrita no artigo 18, I, da Constituição portuguesa refere-se a final a quaisquer indivíduos, ou a pessoas coletivas e individuais poderosas. Nesse sentido, pois, posiciona-se o Jurista português José Carlos Viera de Andrade, que destaca o papel preponderante da doutrina no desvelamento dos limites da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, conforme a seguir: “2. O problema na Constituição portuguesa. No que respeita à nossa Constituição, devemos começar por negar que o preceituado no n° 1 do artigo 18° possa ser considerado suficiente para a resolução do problema. Se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz *em que termos se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece* que a vinculação seja idêntica àquela que obriga as entidades públicas. Além de que ainda resta averiguar o sentido a dar à palavra -entidades»: se ela se refere a todos e quaisquer indivíduos ou apenas a pessoas colectivas ou individuais «poderosas». Também a solução não pode ser deduzida simplesmente do conceito de liberdade definido pela Constituição. A nossa lei fundamental não crisma uma opção liberal-individualista, nem uma opção colectivista-totalitária-. – Por um lado, revela um forte pendor socializante e não pode, por isso, abandonar aos jogos de forças e interesses a vida de uma sociedade que já não está separada do Estado. Este deve assegurar a justiça social, tem de intervir e organizar, estabelecer imperativos, disciplinar e proibir. Na nossa lei fundamental, são visíveis, designadamente no que diz respeito às relações de trabalho e de consumo, essa preocupação e essa intenção de conformar as relações sociais. Mas, por outro lado, recebe, como princípio de valor, a *autonomia privada*,

Já o direito italiano, por sua vez, vai ao encontro do viés propugnado pela Constituição lusitana, isto é, o da aplicabilidade imediata nas relações privatistas. Porém, como leciona Perlingieri, esta idéia apresenta-se embaçada na doutrina italiana, tanto que, para alguns autores, há o entendimento de que o direito constitucional precise ser aferido apenas como limite às regras jurídicas infraconstitucionais. Assim, como salientam tais autores italianos, a norma constitucional – nesse viés – teria aporte subsidiário e não o de função precípua para o papel global da hermenêutica.<sup>202</sup> Esta tese, contudo, é rechaçada por Pietro Perlingieri:

A essa afirmação replica-se o seguinte. Não se pode negar que existem normas constitucionais que se propõem a estabelecer limites às ordinárias; mas que essa seja, por definição, a única função da norma fundamental, pode-se certamente refutar. O recurso à noção de limite impede, outrossim, que a norma constitucional possa ser utilmente reconhecida como verdadeira norma por parte dos operadores jurídicos. Seria consentido a estes tão-somente interpretar e aplicar a norma ordinária, mediante o esquema lógico da subsunção.<sup>203</sup>

Além disso, como assegura o mestre italiano, preocupado com a renovação dos estudos privatísticos, as regras constitucionais a respeito dos direitos fundamentais aplicam-se de *per si*, havendo ou não normas ordinárias que disciplinem a matéria. Para ele em verdade as normas constitucionais são a fonte basilar do direito civil, bem como aponta a única solução possível para a questão, reconhecendo a incontestável superioridade das

---

*não deixando dúvidas de que não quer destruir nem apoucar o livre desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa econômica, a liberdade negocial, a propriedade privada, a família ou o fenômeno sucessório. Afinal, estamos perante um conflito entre duas dimensões da liberdade, ou da liberdade com a igualdade. A liberdade que os direitos fundamentais pretendem garantir não é apenas um abstracto valor social, mas sobretudo o poder de disposição ou a auto-determinação dos indivíduos concretos, e é, por sua vez, em nome da liberdade geral ou da liberdade negocial que podem defender-se certas compressões à aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares. Portanto, para além dos casos em que a Constituição regula os direitos fundamentais de tal maneira que só podem valer perante o Estado e daqueles outros que são desde logo pensados na sua eficácia perante sujeitos privados, o problema está em aberto e terá, por isso, de ser objecto de discussão doutrinária.”*

<sup>202</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.10

<sup>203</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª Edição p.10

normas e conteúdos valorativos expressos pelas mesmas.<sup>204</sup> Nesse sentido, novamente convém trazer aqui as lições de Pietro Perlingieri:

A norma Constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e, todavia, não a única, se for individualizada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando - as aos novos valores<sup>205</sup>.

A tutela da pessoa humana, para o autor italiano, deve cada vez mais ser aprimorada à nova realidade na qual se insere o direito civil. É, portanto, um valor fundamental e não se deve perder de vista a unidade do valor envolvido. Assim, na interpretação à luz da Carta Constitucional, torna-se necessário subordinar as normas ordinárias de direito civil, de uma forma nunca antes vista, ao princípio supremo da dignidade humana para realizar formas de proteção, também atípicas, aos indivíduos.<sup>206</sup>

Do que foi exposto acima, constata-se que a busca de soluções equânimes das controvérsias sociais modernas, como esta aqui em análise, requer um novo embasamento axiológico do jurista, e a compreensão deste precisa de novas formas de racionalidade, distantes daquela constante nos antigos manuais de direito, típica do direito civil do Estado Liberal. De toda sorte, mas sem perder idêntico rumo de idéias, deve ser notado que esse viés traz no seu bojo manifesta mudança interna do pensar do hermeneuta, sem descuidar do rumo das repentinas evoluções sociais e da prevalência da constituição sobre o direito civil.

É sem dúvida a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, como assevera Robert Alexy,<sup>207</sup> um problema em construção, pois, de tudo que se viu até então, o problema jurídico funda-se numa questão de ponderar nas relações entre os cidadãos a proteção dos direitos jusfundamentais e, também, de outro prisma, não tornar descipienda

---

<sup>204</sup> Op. cit. p.11.

<sup>205</sup> Idem, ibidem.

<sup>206</sup> Idem, ibidem, p.p.155/156

<sup>207</sup> Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. p.507.

toda a teoria que garante a autonomia privada e, conseqüentemente, a autonomia do Direito Privado.

No Direito brasileiro podemos dizer que esta preocupação não passou incólume ao Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes ainda quando tecia suas considerações preliminares de uma eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas, mormente trazendo à baila a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã<sup>208</sup>. Da mesma forma da vinculação do poder público – poder legislativo, executivo e da própria jurisdição – a fim de concretizar a igualdade dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito. Vejam as indagações trazidas pelo autor em algumas situações fáticas que podem gerar muitíssima polêmica e demonstram bem a variedades de situações que podem surgir no convívio social, conforme a seguir:

Nesse contexto, assume relevo questão relativa ao grau dessa vinculação, especialmente à aplicação desses direitos e garantias fundamentais nas relações privadas. Se o Estado não pode estabelecer qualquer discriminação ou restrição em razão de sexo, idade, raça, concepção religiosa ou filosófica, é lícito indagar em que medida podem as entidades privadas deixar-se influenciar, nas suas relações jurídicas, por esses elementos de distinção ou de discriminação. Em outras palavras, seria legítimo que uma escola religiosa desse preferência, na contratação, a professores que adotassem aquela religião? Ou, poderia uma dada instituição religiosa de ensino rescindir o contrato de um casal de professores sob a alegação de que eles estão vivendo maritalmente sem a celebração do matrimônio? Outras indagações são igualmente concebíveis: (1) em que medida, por exemplo, a liberdade de expressão autorizaria alguém a conclamar o público a um boicote contra uma dada publicação ou contra uma dada produção artística (v.g., um livro ou filme)?; (2) o princípio da igualdade impediria que, na adoção de critérios para contratação, uma empresa privilegiasse determinada categoria de pessoas, V.g., as adeptas de uma dada concepção filosófico-social?; (3) a administração de uma "cidade privada" (*company-town*) poderia impedir que adeptos dos testemunhas de Jeová distribuam panfletos nas suas ruas e praças?; (4) os proprietários ou administradores de "shopping centers" poderiam impedir a distribuição de informações sobre temas de interesse público no seu interior sob a alegação de que se cuida de um espaço submetido exclusivamente ao regime de propriedade privada?<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> Refere-se aqui ao oitavo capítulo da obra *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: editora Celso Bastos, p.207/225.

<sup>209</sup> Op. cit. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, p.p.208.

Como descrito acima, várias situações são apresentadas por Gilmar Mendes, trazendo indagações que poderiam ser aplicáveis aos direitos fundamentais nas relações privadas, demonstrando bem a imensidão do tema e as múltiplas e variadas situações que podem ocorrer da aplicabilidade direta dos princípios constitucionais nas relações privadas.

De qualquer maneira, após todas as considerações feitas anteriormente neste item, vê-se claramente, ao se examinar com atenção o problema da eficácia da lei fundamental no direito privado, a verdade: nenhuma teoria, por si só, impera de forma absoluta no direito comparado, nem de ser a melhor solução possível para os conflitos advindos do embate da defesa de direitos fundamentais em oposição ao resguardo da autonomia privada dos sujeitos de forma absoluta. Mas, a teoria da eficácia direta da Constituição sobre o direito privado, poderia encontrar uma solução razoável para o deslinde de todos os problemas pragmáticos a serem enfrentados pelo julgador, decorrentes desta discussão doutrinal.

Do que se viu até aqui fica clarividente que as relações privadas devem estar pautadas pelo respeito à pessoa humana – um ser situado, concreto, que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes – e isto deve se dar com a vinculação direta e irrestrita do direito a Constituição Federal.

#### **4 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO.**

No decorrer deste trabalho, o que se tentou demonstrar – já no primeiro capítulo-, é que dependendo do modelo de Estado, como se viu ao longo da história, haverá um maior ou menor ingresso do direito constitucional no mundo do direito privado.

Já numa história recente – mais especificamente nas últimas três décadas do século passado –, observou-se que a globalização e a política neoliberal semearam ideários de acumulação de riquezas, despreocupados com uma sociedade mais justa e, igualando os Estados ricos e pobres, gerando com isso o agravamento da miséria de milhões e milhões de pessoas residentes nos países pobres. Essa visão neoliberal tem desprestigiado a formação ética dos indivíduos e contribuído para que o Estado intervenha cada vez menos para coibir os abusos dos atores privados no atropelo dos direitos jusfundamentais do povo. Todo o contexto descrito nos capítulos anteriores deságua na construção teórica que traz no seu bojo a confecção de um direito constitucional, cuja força normativa redunde na defesa dos valores democráticos, da cidadania e dos direitos inerentes a pessoa humana.

A discussão que se travou no direito comparado<sup>210</sup> – a respeito do ingresso dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas – demonstra bem a preocupação que devemos ter sobre o significado da Carta Constitucional e da necessidade de conservar – e até mesmo ampliar- os efeitos da sua força normativa na proteção dos direitos do homem.

Como se buscará sustentar, no Brasil, as relações jurídico privadas, de regra, são assimétricas e necessitam sim de um maior influência dos preceitos constitucionais a fim de garantir uma justiça material nestas relações. No entanto, longe está de ocorrer a aplicação imediata dos preceitos constitucionais nas relações privadas<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup>Primou-se no capítulo anterior valer-se pelo método comparativo, pois como assevera José Afonso da Silva “cotejar instituições políticas e jurídicas para, através do cotejo, extrair a evidencia de semelhanças entre elas.” Mas, que isto possa contribuir para análise e, sobretudo, para que haja o aprimoramento do Direito Constitucional interno do Estado em particular. In: Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros editores, 1994, p.39.

<sup>211</sup> Como assevera Tereza Negreiros, valendo-se de Pietro Perlingieri (Perfis do Direito Civil), p.p.298/299) não se trata obviamente de conservar o acervo histórico-ideológico do direito civil oitocentista, mas preservar a pessoa no respeito a si mesma. Trata-se, pois, como assegura a autora de reconhecer o desenho social e ético previsto na Constituição Federal brasileira, cujos princípios fundantes tutelam os valores existenciais do homem ameaçados pelo desequilíbrio advindo da desigualdade social. Para tanto, a Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

Os operadores do direito trabalham em uma instância de julgamento e censura que longe estão de serem mediadores de conflitos sociais – “entre excluídos e incluídos (socialmente)” – repletos de conflitos e contradições. Não consegue o jurista tradicional se dar conta de que a problemática está em buscar um viés inovatório livrando-se do *habitus* para interpretar a Lei, a sentença, em fim o discurso jurídico, acabam sendo diluídos pelo senso comum teórico.<sup>212</sup> Mas será que tal mudança na forma de pensar é possível? O jurista Konrad Hesse parece ter uma resposta adequada, para ele somente quando os juristas interpretarem a Constituição como uma ordem objetiva de valores e de uma forma que efetivamente tenha a Carta Constitucional força normativa<sup>213</sup> é que a Lei Fundamental será realmente a regra reguladora da sociedade. Isto só vai ocorrer se os juristas tiverem uma noção sociológica a respeito do direito constitucional.

Trar-se-á neste capítulo a colação algumas decisões que acabam aguçando os operadores do direito, especialmente quando aferidas ao direito comparado e com os próprios instrumentos disponíveis ao hermeneuta na moderna Carta Política brasileiro de 1988. É pertinente lembrar que o artigo 5, parágrafo primeiro, da Magna Carta brasileira, determina que os direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata por parte dos poderes públicos.

É fácil constatar que no Brasil, conforme se verá com as decisões judiciais trazidas ao longo deste capítulo, salvo algumas exceções, que há um fortíssimo movimento ligado ao direito tradicional – num prisma positivista e dogmático – distante da realidade social atual. Falando-se dos negócios privados econômicos no instituto da *pacta sunt servanda* e pretendendo igualar nestes contratos pessoas miseráveis com os grandes banqueiros. Veja-se, por exemplo, quando o Poder Judiciário determina a prisão, nos contratos que haja fidúcia, determinado que miseráveis paguem as suas dívidas coercitivamente mesmo que estes últimos não tenham condição alguma de pagar.

Diante de tal realidade ainda são comuns decisões judiciais, inclusive da Egrégia Corte Constitucional no sentido de que as relações privadas devem ser geridas pelos próprios particulares, desconsiderando a cabal desigualdade entre os tidos sujeitos particulares e sonogando os direitos fundamentais as pessoas. Veja-se, por exemplo, o

---

<sup>212</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2004, p.71.

<sup>213</sup> Para tanto Hesse, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p.p.18 e 19

direito fundamental de ampla defesa quando da retirada de sócios ou cooperados destas entidades privadas que de regra não são respeitados.

Entretanto, no direito brasileiro a problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais<sup>214</sup> acaba sendo terreno fecundo pela própria diversidade de tomadas de posição que suscita, nos vários sistemas (microsistemas) e especificidades do próprio direito. Assim, descreveremos temas de relevância sobre o ponto de vista de um maior ingresso ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas, saliente-se sem um compromisso com as divisões – subdivisões- de dimensões de direitos fundamentais, mas especialmente com um maior zelo com os direitos jusfundamentais e um maior apego a dignidade da pessoa humana.

Em virtude disto, duas abordagens serão feitas. A primeira delas de um direito constitucional - ligado à realidade social – e da necessidade imperiosa de que a Carta Constitucional incida efetivamente na proteção de direitos. De tal sorte, é possível que haja algumas repetições de alguns temas, mas nos parece ser indispensável para uma leitura corrida, sem ter que o leitor, a todo o momento reportar-se aos capítulos iniciais do presente texto monográfico.

Inicialmente neste capítulo será visto a importância da força normativa da Carta Constitucional. Buscar-se-á, também, demonstrar que em face de tamanhas desigualdades sociais e violência aos direitos fundamentais existentes nos países pobres há a necessidade de uma constituição dirigente que vise à cidadania a fim de que haja uma vinculação maior dos particulares aos direitos fundamentais.

Faz-se necessário trazer igualmente ao texto algumas questões ligadas ao tema nos tribunais brasileiros, onde existe certa relutância em se aplicarem os direitos fundamentais catalogados em nossa Carta Política de forma direta nas relações privadas. Neste sentido, podemos destacar questões ligadas à prisão do devedor por dívida de natureza civil (especialmente as conexões havidas com a alienação fiduciária), cuja mora do devedor no cumprimento dos contratos – pode resultar em sua prisão, para citar-se aqui apenas uma das tantas questões controvertidas que envolvem uma influência do direito público sobre o privado, ao menos na Suprema Corte Constitucional brasileira.

---

<sup>214</sup> Várias nomenclaturas acabam sendo usadas para discorrer sobre o tema: direitos fundamentais no direito civil e ou relações privadas. Daniel Sarmento, apenas exemplificando, prefere valer-se de Direitos Fundamentais e Relações Privadas. In: Editora Lumem Juris. Para outros, dentre eles Ingo Wolfgang Sarlet – a vinculação dos direitos fundamentais. In: A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Livraria do Advogado, 2005, p. 360 e ss, o que podem de qualquer forma serem tidas como sinônimos no estudo do tema.

Será analisado no presente capítulo a jurisdição brasileira e constatar se houve nela uma evolução em prol da proteção dos direitos fundamentais e uma conseqüente maior influência do direito constitucional acerca do direito privado.

#### **4.1 O Estado Social nos países de modernidade tardia e a necessidade de uma Carta Constitucional Dirigente.**

Do exposto no primeiro capítulo, constata-se que o surgimento do Estado Social Democrático buscou cartas constitucionais mais comprometidas com o ser humano, com os direitos sociais e com a cidadania. Com ele se iniciou a busca de uma maior intensidade no controle de constitucionalidade das leis e do próprio ingresso dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que foi alvo de intensa discussão no direito comparado.

Entretanto, sem embargo, hoje cada vez mais nos damos conta de que os ideários humanistas advindos pela Declaração de Direitos Humanos não ressoaram com a mesma intensidade por todo o orbe terrestre<sup>215</sup>. Ademais, o direito tem se demonstrado incapaz de defender a dignidade do ser humano e contribuir, ao menos, na implementação efetiva da cidadania. Ainda em face de toda a desarmonia que gira em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, trouxemos no segundo capítulo algumas pré-compreensões constitucionais e até fundamentos desta justificação – prevalência do direito, mormente, quando os seus fundamentos devam ser sopesados pelo próprio homem. Mas de que forma implementar essa visão mais humanitária na sociedade? Em países pobres, não temos dúvida com os fundamentos de uma Carta Política forte, dirigente, que garanta a democracia e a cidadania a todos, indistintamente.

Ao longo dos séculos, como tem demonstrado a história e, sobretudo, como se enfatizou neste trabalho os homens sempre idealizaram o sistema jurídico calcado na idéia

---

<sup>215</sup> O poder cada vez mais está concentrado nas mãos da iniciativa da privada, se espraiado na forma de contratos relacionais, da arbitragem e outros meios - preferencialmente longe do alcance do poder estatal- O que tem se visto é o aumento de miseráveis, vivendo de favores, sem acesso a saúde, emprego e condições básicas de vida, sem que estas grandes corporações privadas tenham contribuído no resguardo dos direitos fundamentais destas pessoas.

de que todos são possuidores de direitos. Todavia, os sentidos da individualidade não se transformaram totalmente, como demonstrou a história – v.g primeiro capítulo- e esse novo viés epistemológico não parece ter mudado por completo, apenas ficando a cargo do Estado o dever de uma maior proteção dos direitos humanos.

Mas de qualquer forma o direito está tomando outro rumo, o que se percebe através das Constituições Democráticas surgidas na Europa, com atenção maior à cidadania e à valorização da pessoa. No Brasil, em face de todo o período ditatorial que perdurou até a década de oitenta e da pobreza de grande parte da população, estas transformações demonstram-se mais lentas, o que será facilmente constatado pelas decisões judiciais colacionadas ao texto. O movimento de constitucionalização do direito privado longe está de atingir um patamar razoável de justiça social e de isonomia efetiva de todos os sujeitos, como garante a Constituição Federal Brasileira.

E tal renovação jurídica caminha aqui no Brasil, ao menos no plano teórico, a passos cada vez mais rápidos. Para citarmos alguns autores brasileiros que tem buscado trazer essa nova ponderação na relação direito privado *versus* direitos fundamentais acima mencionadas, enfatizaremos a partir de agora algumas considerações feitas por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e de Lenio Luiz Streck a fim de concretizarmos um Estado Social Democrático no Brasil.

Como sabemos a nossa experiência brasileira é bem diferente de grande parte dos países europeus. Aqui o processo democrático de conquista de vários direitos, dantes negados ao povo, se produz de maneira gradual e desorganizada, ainda mais agora com peculiar complexidade, em face do impacto da globalização na abertura política, a estabilização econômica e a reforma social, como ficou exposto no paradigma da globalização, no primeiro capítulo.

Assim, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, de forma incisiva, aduz que toda a revolução propugnada pelo direito europeu não chegou por aqui e mais, não há que se falar em Estado Social nas terras brasileiras, já que “não fizemos a nossa Revolução Francesa”, isto é, os ideários da revolução de 1789 não repercutiram de forma equânime entre todos os povos, inclusive em nosso país.<sup>216</sup> Deste modo o pensamento neoliberal se impôs e às vezes nem percebemos isso, como assevera Coutinho.

---

<sup>216</sup> Jacinto Nelson de Miranda Coutinho A Transcrição da conferencia proferida no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba 16 de outubro de 2002. Publicado na Revista de Estudos Criminais, n. 10.

O Brasil nunca teve um Estado Social, muito menos o Supremo Tribunal Federal fez força para isso. Basta, para isso ver, uma verificação nas decisões ligadas ao tema. Mas é preciso compreender, que em larga, larguíssima escala nós não fizemos a nossa Revolução Francesa. Nós não conseguimos fazer prosperar, enfim, a idéia de que há de ter uma principiologia democrática regente no país. Trata-se de um problema seriíssimo. Quando digo aos meus alunos na faculdade: não me venha falar de pós-modernidade, porque num país que *morre* de fome, a discussão se há crise de Estado ou crise da teoria não cabe aqui; só cabe para alemão, quiçá. Para nós que temos que discutir se tem comida ou não para todos comerem, há algo anterior para ser resolvido, a não ser que não se preocupe com isso. Claro, é preciso imaginar que hoje se vive a suprema Lei de Gerson, a lei de levar vantagem em tudo, certo. Esta lei vige quase no seu *extremo* hoje em dia, porque não fizemos a Revolução Francesa e que temos que conviver com a diferença; temos que conviver com o outro, não poucas vezes medieval ou pré-medieval. Não conseguimos, evidentemente, conviver com uma crise de 3ª idade, quando mal saímos dos cueiros. Não podemos conviver com uma crise de 3ª idade, de governabilidade de um Estado moderno - muito menos de um Estado Social - se não chegamos sequer na modernidade! Daí ser incompreensível e inaceitável a posição de alguns dos nossos teóricos, mordidos pela mosca azul da nobreza do pensamento europeu e europeizante. Por isso que cansa o discurso, por isso que cansa o guerigueri, cansa o blá-blá-blá. É como se ressoasse pelo país: e daí, meu amigo, eu quero comer! Claro, o que nós temos hoje é um grande nevoado, um grande velamento e distorção, marcada lá no ponto central da coisa pelo pensamento economicista, o qual é dominado pelo pensamento neoliberal. Mas, o mais importante é que há um pensamento neoliberal imposto; é que o pensamento neoliberal se impôs ao mundo, estruturando uma nova ordem, como disse o CAETANO VELOSO, como sempre lembra AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO: Algo está fora da ordem, algo está fora da ordem mundial. É isso aí, Por quê? Porque o pensamento neoliberal impôs um câmbio epistemológico, embora as pessoas, com muita freqüência, não se dêem conta disso<sup>217</sup>.

Sempre enfático o autor, pelo teor do acima transcrito, demonstra a realidade crua dos países pobres e a necessidade de se impor à vinculação da Constituição para dar um basta a teorias neoliberais, para que consigamos efetivamente termos um estado social de fato e não apenas formal no Brasil.

No mesmo sentido, Lenio Luiz Streck destaca a dificuldade de implemento da democracia e, por conseguinte, de certa forma da vinculação dos particulares aos direitos

---

<sup>217</sup> Idem, *ibidem*.

fundamentais. Relata ainda, como bem destacou o professor Jacinto, que as políticas neoliberais são descompromissadas com os direitos humanos surgidos com o Estado Moderno e de outra face demonstram interesses no desmanche do Estado. É fácil constatar, como destaca Lenio, que as promessas da modernidade não ressoaram para todos, indistintamente.<sup>218</sup> Assegura ainda o constitucionalista que o término da modernidade ocorreu para as elites brasileiras que tiveram bem definidas todos os movimentos pré-modernos, mas jamais para a população como um todo.<sup>219</sup>

O pensamento neoliberal, como restou clarividente na visão dos autores supracitados – Lenio Luiz Streck e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho –, mostra-se despreocupado com os excluídos – pobres e miseráveis – que ainda vivem em um sistema neo-feudal – com uma primazia exagerada do privado sobre o público –, frutos dos ideários tão propugnados pelo capitalismo.

Este estado de coisas parece de difícil solução, mas para tentar resolver o problema parece-nos indispensável a visão do Constitucionalista alemão Konrad Hesse, que sempre defendeu o binômio – Realidade social e Constituição Jurídica –, ou seja, a Carta Constitucional deve ser vinculante, mas para isto deve inserir-se na realidade social do seu povo, justamente vindo ao encontro da necessidade brasileira de garantir uma maior proteção aos sujeitos e da cidadania plena.<sup>220</sup> Seguindo o mesmo rumo de idéias do constitucionalista tedesco, José Afonso da Silva, também defende que a Carta Constitucional deve trazer no seu âmago uma conexão com a realidade social – conteúdo fático –, bem como um sentido de valores da sociedade da época em que vige. Assim preleciona o autor:

Busca-se, assim, formular uma concepção estrutural de constituição, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de pares que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a

---

<sup>218</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 p.21.

<sup>219</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>220</sup> HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p.p. 11/12.

apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição.<sup>221</sup>

Da análise do exposto, percebe-se que existe, nos campos doutrinários, estrangeiro, como se viu em Hesse, e no Brasil, na visão do constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva, uma preocupação internacional de exegese do direito constitucionalizado mais humanitário, decorrentes da teoria dos princípios norteadores do Estado Social Democrático.

Fica claro, portanto, que apesar da relativa cautela dos doutrinadores no pertinente ao assunto da aplicabilidade dos direitos jusfundamentais ao direito particular, há um consenso no qual, como ficou exposto no segundo capítulo, mesmo no direito comparado em que os sujeitos privados detentores de grande poder econômico não podem ser tratados igualmente tal qual os indivíduos comuns – de regra, hipossuficientes –. Impõe-se, com isso, a necessidade de restrições ao princípio da autonomia da vontade, buscando o equilíbrio das avenças entre os particulares desiguais, mesmo quando admitam a aplicabilidade indireta da Constituição Federal ao direito civil.<sup>222</sup>

Da constatação de tal realidade, chega-se a conclusão de que a salvaguarda das Constituições dirigentes se impõe, porque nelas há proteção aos direitos humanos/fundamentais para que estes sejam protegidos e resguardados efetivamente, para executar de fato as promessas da modernidade as quais não se implementaram por completo nos países subdesenvolvidos. Vale a pena nesse sentido transcrever e novamente trazer à baila a visão do jurista gaúcho Lenio Luiz Streck, que defende a idéia de que a Constituição adequada aos países de modernidade tardia deve sim ser dirigente com o intuito maior de garantir ao menos uma dignidade mínima aos seus povos.

---

<sup>221</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros editores, 1994, p.43.

<sup>222</sup> Nesse sentido. HESSE, Konrad. Elementos de Direito constitucional da Republica Federal da Alemanha. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998, pp.. 284,285

Dito de outro modo, afora o núcleo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para Estado. Refiro-me ao que se pode denominar de núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas da modernidade. O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada (38) a países periféricos ou, mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.<sup>223</sup>

Esta direção filosófica do direito arquiteta-se na valoração irrestrita da Constituição, sobretudo dos direitos fundamentais e humanos, os quais não são mais considerados secundários como eram outrora, mas sim como sendo as normas mais importantes do sistema jurídico. Isto se dá, porque os tempos são outros e hoje parece que o ser humano possui alguma relevância para o Direito Constitucional. Por isso, Sarlet, quando disserta sobre o tema Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, expõe a necessidade da supremacia integral deste princípio, inclusive projetando-se os seus efeitos nas obrigações pactuadas por particulares, estendendo sua aplicação bem além das fronteiras da mera vinculação estatal.<sup>224</sup>

Contudo, no momento político atual a Constituição de cada Estado tem sido colocado à prova em face do fortíssimo movimento global de valoração do direito civil e do combate as Cartas Políticas dirigentes. Este embate é mais perceptível quando vêm à tona questões comuns ligadas à desigualdade social dos países pobres.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova criticado direito. Rio de Janeiro:Forense,2004. p.p 134 e 135..

<sup>224</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.111

<sup>225</sup> Nesse sentido José Eduardo Faria leciona: "Após a extraordinária expansão do direito público e de suas normas controladoras, reguladoras e diretivas, culminando nas "constituições-dirigentes" tão em voga nas décadas de 60 e 70, o que agora se vê com os processos de descentralização, desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização é um movimento de retorno aos valores, princípios gerais e categorias do direito civil. Mas, como já foi entreaberto tanto na primeira quanto na segunda tendência, e a par dos inevitáveis desafios de ter de oferecer respostas normativas plausíveis aos novos tipos de família e às novas formas de paternidade/maternidade monoparental resultantes dos novos padrões de convivência e do aumento das taxas de divórcio, com uma diferença significativa. Dada a substituição da tutela governamental pela livre negociação e subsequente expansão das relações contratuais

Como se percebe com as considerações anteriores, hoje em dia a busca da realização da Constituição como norma imperativa é discussão teórica em evidência, porém, o que parece uma questão tão óbvia na atualidade, nem sempre trilhou esse viés no sentido de que ela é elemento norteador dos poderes constituídos e, também, do cidadão, exercendo papel, portanto, vinculativo na proteção de direitos e impondo deveres.

Por outro lado, mas sem prejuízo do raciocínio anterior, foi no direito alemão, com Ferdinand Lassale que o debate da concretização do direito constitucional positivo apareceu com grande repercussão. O grande professor tedesco, em suas especulações, demonstrava-se descrente com o fato de que as normas constitucionais contrárias à natureza das coisas trouxessem no seu bojo alguma eficácia jurídica. Afirmava inclusive que uma constituição com tais atributos por ele descritos era um “pedaço de papel”, sem qualquer valor normativo.<sup>226</sup> Para ele as questões constitucionais não são apenas questões jurídicas, mas questões de poder, como leciona o constitucionalista germânico. A constituição formal fatalmente é subordinada aos denominados fatores reais do poder que, segundo ele, acabavam formando a constituição real do país a qual determina compulsoriamente a existência da constituição escrita positivada.

É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capita, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas conjugadas desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem tão somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real dos pais.<sup>227</sup>

---

entre as redes de empresa e cadeias produtivas, esse ressurgimento tem ocorrido, basicamente, à margem do Estado. : FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, op. cit, p.101.

<sup>226</sup> LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Trad. Walter Stönnnes. Rio de Janeiro: Líber juris, 1985.

<sup>227</sup> HESSE, Konrad. A força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p.9.

Todavia, embora entendamos que os fatores sociais e os elementos reais do dia-a-dia são fundamentais para o direito constitucional, não nos parece que eles por si só possam informar de forma segura que a carta constitucional não seja eficaz. Existem medidas as quais tomando em considerações a realidade política podem fazer a constituição formal ganhar força viva e se realizar. Um dos principais é dar preventivamente a máxima eficácia possível ao texto constitucional aproveitando as situações convenientes surgidas diante dos aplicadores da Lei Maior. Assim, todo o avanço do direito e a festejada humanização da sociedade tão presente no texto da nossa Lei Fundamental, caminham no sentido de que a Constituição como ciência jurídica geral e objetiva, possa por meio da cidadania ser o conjunto de regras regulador de todas as relações da vida da nação.

Entretanto é forçoso reconhecer que a doutrina de Lassale, gize-se defendida em meados do século XIX, parece ter previsto que os fatores do poder, agora o dos grupos particulares com gigantesca potência econômica, em face do abrupto e nefasto processo da globalização da economia, têm influências extraordinárias, nunca antes vistas sobre o direito. Valendo-se de políticas altamente sofisticadas, enfrentam as Constituições formais e buscam de toda maneira desprestigiar a necessária prevalência de uma Carta Constitucional normativa que venha ao encontro aos anseios do povo e à garantia de direitos sociais mínimos. Por isto, a globalização não pode, de maneira alguma, ser ignorada na interpretação da constituição, sendo necessário implementar no plano fático reformas visando à educação do povo brasileiro, para que este possa enfrentar e não aceitar as imposições dos setores capitalistas dominantes.

Contudo, para que possamos valorizar a importância de uma Carta Constitucional e o zelo aos direitos fundamentais de seus cidadãos, faz-se mister inicialmente destacar que a tarefa não é nada fácil devido a sua abrangência. Desta forma, é inevitável reconhecer que as decisões político-econômicas estão cada vez mais concentradas por oligopólios e grandes instituições financeiras e por poucos Estados desenvolvidos economicamente.<sup>228</sup> Estes anseios acabam repercutindo no enfraquecimento das Cartas Políticas dos Estados e trazendo um novo direito civil, fragmentado e longe do crivo estatal. Contudo, a Constituição, ao contrário do que propugnam os defensores de tal viés – de um Estado Mínimo – , não pode ser destinada a ser um mero instrumento procedimental, mas sim, dedicada ao funcionamento e comprometida efetivamente na implementação de direitos

---

<sup>228</sup> FIORI, José Luis. Os Moedeiros Falsos. Petrópolis: Editora Vozes, 1998, p.26.

sociais civilizadores e de qualidade vida de toda a população mundial. Aliás, a Constituição dirigente, tem se demonstrado eficiente quando haja ameaça ou desequilíbrio resultado da desigualdade social, bem como na imposição de valores humanitários nas relações interprivadas <sup>229</sup>.

De outra parte, é bom destacar que, durante longo período na Europa, apesar da revolução copernicana advinda pela era das Declarações de Direitos dos séculos XVIII/XIX, como já expusemos, as Constituições trouxeram consigo apenas a defesa da propriedade privada, relegando-se o público em face do privado o qual detinha – fruto do sistema codificado – um poder extraordinário para os setores poderosos da sociedade. Por outro lado, os princípios políticos descritos e constantes nestes textos constitucionais deste período histórico liberal fortaleceram os poderes executivo e legislativo em detrimento do pouco prestígio dado ao poder judiciário, como leciona Fábio Konder Comparato. <sup>230</sup>

Isto se deu como demonstrou a história, pelo excessivo apego aos Códigos Privados, o que propiciava um grande espaço para que a liberdade econômica se sobrepusesse aos direitos sociais do povo e houvesse uma preocupação maior com as riquezas e com o acúmulo de propriedades e, o direito constitucional, neste período, como instrumento regulatório de atribuições do Estado.

Entretanto, como ensina Hesse<sup>231</sup>, não reside apenas na adaptação da mesma a realidade, mas quando esta se converte em uma força ativa e se vincule a realidade do seu povo e trace uma consciência geral naqueles detentores do poder. Dito de outro modo, segundo a lição de Hesse, mesmo sendo a Constituição formal apenas um documento escrito em papel, não podendo ela própria sozinha fazer nada, ela pode impor missões aos executores das suas ordens, as quais se forem cumpridas pelos detentores do poder público, se transformarão em força viva e passarão a ser o mais poderoso de todos os fatores reais de poder, o qual será baseado no processo contínuo do acontecimento do consenso racional democrático.

Como foi visto no tópico anterior, existe um grande problema relativo à eficácia da constituição no direito privado aqui no direito brasileiro onde há ainda fortes resquícios

---

<sup>229</sup> Como se abordou alhures, no segundo capítulo, viu-se da preocupação do Direito Constitucional Alemão - após a segunda guerra mundial- na preservação dos direitos do homem.

<sup>230</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Friedrich Müller: o autor e sua obra. In: Prefácio da Obra. Quem é o Povo? A questão Fundamental da Democracia. Trad. Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. São Paulo Max Limonad, 1998, p.9.

<sup>231</sup> HESSE, Konrad. A força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p.19.

da ideologia liberal econômica o que tem contribuído para o esquecimento da existência da constituição e a idolatria dos códigos de direito ordinário especificamente do Código Civil e cada vez mais oprimindo os mais pobres os quais estão numa situação de calamidade social. Mas como resolver esta problemática? A saída para nos operadores do direito só pode ser uma por meio da interpretação.

Por isto, há hoje a necessidade de uma nova hermenêutica visando à eficácia do direito constitucional em face do direito civil<sup>232</sup>. Tal tarefa não será fácil, pois no direito brasileiro a elite e o grande capital global demonstram-se resistentes a um fortalecimento do Poder Judiciário, tendo na prática, inclusive, adotado uma tática de enfraquecimento do mesmo, o qual é, teoricamente, o grande guardião da Constituição Federal e protetor da grande massa de miseráveis (des)assistidos. De outra parte, os próprios membros do Poder Judicial ainda não têm absorvido a evolução jurídica rumo à democratização do direito que atualmente ocorre em muitos países. Esta transformação jurídica mais adiantada é mais adequada a enfrentar as controvérsias jurídicas modernas.

Em verdade, os conflitos atuais possuem respostas indeterminadas, não podendo valer-se os operadores do direito de paradigmas pré-concebidos – típicos do Estado liberal –, como seu viúvo alhures no primeiro capítulo, que propugnavam uma segurança jurídica à luz do direito privado e de um modelo que permitia uma interpretação apenas literal do direito civil. Nesta senda, enfim, em face de tamanha mudança social ao operador jurídico aventurar-se nela, mister deve ele valer-se de uma nova caminhada empreendedora, cujo

---

<sup>232</sup> Para que a descrença com a justiça e com a necessidade de uma reviravolta no direito civil, ressoa por todo o planeta, veja-se o que diz o jurista italiano Pietro Perlingieri a este respeito: “ A justiça derrotada- É impossível verificar o que de relevante aconteceu nestes últimos anos na justiça civil e na cultura jurídica, tão condicionadas no nosso país por um desenvolvimento econômico nem sempre apreciável pela qualidade e assim (tão) profundamente diversificado e desequilibrado. Não é suficiente evidenciar a grave diferença entre as garantias formais e potenciais e aquelas que concretamente encontram atuação na jurisprudência vivente, na história de todos os dias, que é, sim, história da empresa, dos problemas produtivos, distributivos e financeiros, mas é também história dos desfavorecidos, dos tantos marginalizados, por escolha ou por necessidade, do ciclo produtivo. Patologias velhas e novas têm raízes sempre e apenas na desatenção para com os marginalizados e, por outro aspecto, para com aqueles que tendem a monopolizar informação e produção - e agora também a formação - para governar não somente o mercado. E necessário que, com força, a questão moral, entendida como efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor em relação a qualquer razão política da organização da vida em comum, seja reposta ao centro do debate na doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça. A Justiça está derrotada quando a sociedade tende a se consolidar no desvalor dos particularismos individuais ou dos grupos, na recomendação desvirtuada, no interesse a lucrar sempre, mesmo que seja sob forma de propina; quando tende a extorquir ou, o que é ainda pior, quando é obrigada a utilizar formas ilícitas para obter o que lhe compete; quando tende a se consolidar no sistema de repartição e do loteamento entre grupos, dos empregos nos bancos às cátedras universitárias, sem nenhum respeito pelo mérito e pelas competências de cada um. As épocas de decadência moral e civil são aquelas nas quais a justiça civil é a grande derrotada. In: Perfis do Direito Civil. Trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.23..

valor fundante seja a consideração do sujeito de direitos como o centro do direito, isto é, garantindo-o uma maior proteção ao homem e fazer a sociedade progredir.

A construção de uma hermenêutica mais compromissada com o ser humano, como frisado acima, não é apenas na proteção dos direitos jusfundamentais em face do Estado<sup>233</sup>, mas no direito hodierno de toda a comunidade<sup>234</sup> – , repelindo-se qualquer ato de cunho degradante e desumano, não lhe garantindo as condições existenciais mínimas com enfatiza Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>235</sup>

Parece-nos que seguindo o rumo de Sarlet, o caminho inverso – despreocupação da comunidade com os direitos indelévels do ser humano – remeteria o operador do direito de encontro a tudo que se buscou descrever até aqui, isto é, a autonomia da vontade – falando-se dos negócios privados – e a autonomia privada – do direito civil – seriam despreocupadas com a vinculação dos particulares ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Caso não haja uma mudança radical preocupada com a desigualdade social vai-se chegar a um patamar que o convívio social será praticamente impossível, sendo ambiente para uma revolução social violenta e perigosa principalmente para os setores da elite brasileira, pois serão eles os grandes perdedores caso isto se concretize.

---

<sup>233</sup> Os direitos fundamentais como direito de defesa – em um plano subjetivo- consistia na abstinência estatal de intrometer na vida dos particulares.

<sup>234</sup> Refiro-me aqui a uma missão objetiva do Estado, de hodiernamente intervir digamos a fim de evitar que outros indivíduos atinjam os direitos fundamentais de outrem e atropelem a Carta Constitucional.

<sup>235</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.62.

Por sorte adveio a Constituição brasileira de 1988, a qual se mostra numa reação democrática a um regime autoritário e fechado. Agora dirigida ao cidadão e colocando todo o aparato estatal, em todos os níveis e poderes, a serviço do homem, ela consubstancia-se em exigência que o poder estatal seja exercido de maneira permeável às aspirações de todos. Na verdade, nossa Lei Maior efetuou um rompimento com o pensamento jurídico liberal individualista distorcido em plena aplicação no país desde há muito tempo. Este raciocínio liberal deformado teve a conseqüência do apego dos juristas aos códigos de direito ordinário em detrimento da validade da Constituição Federal. Isto ocorreu precipuamente com os códigos civis, valendo-se de uma pretensa liberdade da vontade absoluta, típica ainda de uma concepção liberal arcaica, que continuava a tutelar o patrimônio como elemento central do ordenamento jurídico brasileiro.

Nada obstante, atualmente as relações privadas não podem basear-se unicamente no direito civil, sob pena de haver um esvaziamento da personalização da relação jurídica e um completo desrespeito ao (homem/sujeito). “o ser humano um valor em si mesmo, axiologicamente superior ao Estado e a qualquer coletividade à qual se integre, mas que vê na pessoa humana um ser situado, concreto, que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes”.<sup>236</sup>

Do que se viu até aqui, é clarividente a impossibilidade existencial, por si só, da prevalência das formas e do próprio positivismo estrito – comum no direito civil - a fim de ver - se o direito privado como um sistema soberano imune ao controle de constitucionalidade. Para nos libertarmos desta mentalidade. Existe um caminho fundado numa nova silhueta que se impõe esta de vocação constitucional, remetendo o hermeneuta na busca do equilíbrio do direito privado, demonstrando ser insuficiente à interpretação geral e positivista dos casos concretos, como defende Nalin<sup>237</sup>.

Essa nova realidade, sustentada pelo autor, destoa do simples adimplemento da obrigação em prol do sujeito ativo da situação. Ao contrário, estão presentes todos os elementos do complexo interativo pactuado entre as partes, havendo reciprocidade e possibilidades de desdobramentos, voltados à manutenção do equilíbrio e da boa-fé dos atores privados.<sup>238</sup>

---

<sup>236</sup> Op. cit. p. SARMENTO. Daniel, apud, PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil p.38-39

<sup>237</sup> Nalin, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional. Op.cit. p.213.

<sup>238</sup> NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-Constitucional. Op.cit. p.213. “O enredo constitucional da segurança jurídica não está mais no fim do

No meio disto tudo, como leciona Luiz Edson Fachin, o pórtico de ingresso ao novo Código Civil (parte geral), por exemplo, traz roupagem diferencial ao instituto dos atos negociais<sup>239</sup>. Assim, há cláusulas gerais que submetem o intérprete à averiguação investigativa e abrangente do caso concreto, as quais podem resultar na manutenção da equidade e de respeito ao contratante menos aquinhado. “Sabe-se que quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata, e que quem contrata não contrata mais apenas o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos<sup>240</sup>”. Mas será que tais cláusulas gerais, como por exemplo, o princípio da boa-fé de probidade e função social do contrato, dispostas pelo legislador ordinário deixarão de ser meramente um discurso de boas intenções?

A resposta para Luiz Edson Fachin é negativa. As desigualdades sociais – materiais e concretas – são tamanhas nas relações privadas e qualquer intenção legislativa de mudança, por si só, não logrará êxito<sup>241</sup>.

O grande desafio é superar um velho problema: a clivagem abissal entre a proclamação discursiva das boas intenções e efetivação das experiências. Esse dilema, simploriamente reduzido ao fosso entre a teoria e a prática, convive diuturnamente na educação jurídica. Compreendê-lo corresponde a fazer de uma lei instrumento de cidadania na formação para o Direito, nas salas de aulas e de audiências, no acesso democrático ao Judiciário, e nos espaços públicos e privados que reclamam por justiça, igualdade e solidariedade. Naquilo que apresenta de positivo, ainda que não seja tudo o que se almejava para a nova lei, queira a hermenêutica construtiva do novo Código Civil contribuir para que o Brasil não chegue ao final do século XXI com os pés atolados na baixa Idade Média. Um desafio que não espera, convoca.<sup>242</sup>

---

contrato (adimplemento), posta, exclusivamente, em favor do credor (titular ativo da situação). Ela está em todos os momentos da complexidade obrigacional em vista de ambos os titulares. Tratar, pois, atualmente, de segurança jurídica contratual, significa encarar o contrato como um todo jurídico, nos seus plúrimos desdobramentos objetivos e subjetivos, focando, especialmente o seu contínuo equilíbrio.”

<sup>239</sup> Podemos dizer que a lesão e o estado de perigo demonstram bem esta tentativa do legislador civil de buscar um equilíbrio maior nas relações privadas. Art. 156 e 157 do Código Civil Brasileiro.

<sup>240</sup> FACHIM, Luis Edson. Teoria crítica do direito Civil. p. 331.

<sup>241</sup> Op. cit, p.332.

<sup>242</sup> FACHIM, Luis Edson. Teoria crítica do direito Civil. p. 332 e 333.

A preocupação do autor procede, pois, ainda se vêem decisões judiciais que se fundamentam na noção clássica do direito civil e continuam dando grande ênfase ao plano existencial de alguns vícios de vontade, afastando-se do liame elástico/ protecionista estatuído no direito constitucional. A relação jurídica, nestas hipóteses, em que não há um maior ingresso do direito constitucional, somente pode ser resolvida pela vontade das partes ou dirimida à luz do direito civil.

Por sua vez, Teresa Negreiros lembra que a estabilidade ou a mudança consolidam-se em face do ponto de vista (pré-compreensão) do hermenauta. Valer-se, portanto da perspectiva civil-constitucional, não implica em imparcialidade, mas sim em uma opção ideológica que traz no seu cerne, consoante a Constituição de 1988, a primazia da dignidade humana.<sup>243</sup> Desse modo, a atual Constituição brasileira, pela moldura axiológica, de índole eminentemente intervencionista e social, admite a ampla vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nela erigidos, de modo que não só o Estado como toda sociedade podem ser sujeitos passivos desses direitos. Como o direito positivo se modificou, devem os operadores de direito mudar sua concepção jurídica sua mentalidade a respeito do direito.

Entrementes, no direito brasileiro, com bem lembra Steinmetz, o movimento do direito civil-constitucional fortaleceu-se com os estudos dos temas que giravam em torno dos programas de Pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Paraná, a partir década de oitenta. Como assegura Steinmetz, este viés agora mais centrado na pessoa humana teve uma grande influência do direito europeu, sobretudo dos italianos, como por exemplo, Pietro Perlingieri que busca um direito civil mais humano e imbricado a realidade<sup>244</sup>

De acordo com esta parcela da doutrina, a vinculação dos direitos fundamentais da avenças privadas deve ser respeitada, devendo o juiz atuar na busca de provimentos urgentes, na garantia de direitos que requerem a urgência na apreciação da pretensão. É o caso típico de situações que envolvam a restrição ao crédito, inserido o devedor ou – suposto devedor –, no rol de inadimplentes, caso típico do Serviço de Proteção ao Crédito e SERASA, exemplo corriqueiro na labuta forense<sup>245</sup>. Nestas situações, quando haja prova

---

<sup>243</sup> NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: renovar, 2006, p. 91.

<sup>244</sup> STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais, São Paulo: editora Malheiros, 2004, p.184.

<sup>245</sup> Aliás, nesse tipo de discussão jurídica a proteção estatal nestes casos visa dar agilidade a necessária da prestação jurisdicional, bem como restabelecer um equilíbrio jurídico, visto que o cadastro negativo,

inequívoca da verossimilhança da alegação ou dano irreparável ou de difícil reparação, poderá haver provimento antecipatório, determinando-se a suspensão de qualquer restrição ao crédito ao devedor, o que vêm sendo decidido de forma pacífica por alguns tribunais brasileiros.<sup>246\_247</sup>

Alguns setores do poder judiciário já vêm absorvendo o direito constitucional moderno, preocupado com o ser humano, contando com a adaptação do julgador à realidade social brasileira.

---

proporciona um caráter depreciativo ao devedor hipossuficiente na relação jurídica. O devedor (ou suposto devedor) estará amparado legalmente para a não inscrição de seu nome no registro dos inadimplentes, evitando assim, constrangimentos desnecessários aos direitos personalíssimos até decisão de mérito definitiva.

Tribunal de Justiça do RGS, Agravo de Instrumento, n. 70014919807 Relator Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgamento: 12/07/2006, 11ª Câmara Cível. “Trata-se de agravo de instrumento interposto por Ricardo Pereira da Silva, contra a decisão que, nos autos da ação negatória de débito c/c indenizatória proposta contra o HSBC Banki Brasil S/A Banco Múltiplo, indeferiu a abstenção de sua inscrição nos órgãos de restrição ao crédito. O agravante afirma a ausência de qualquer contrato de financiamento entabulado entre as partes, salientando que o cunho da demanda tem como objeto a inexistência de débito e, ao fim, a ilegitimidade de sua inscrição em órgãos de inadimplentes. Publicada a nota de expediente, dando conta do deferimento da tutela para determinar a exclusão do débito em tela dos cadastros referidos, retornaram os autos. É o relatório. Voto – Dês. Bayard Ney de Freitas Barcellos (Relator) O art. 273 do CPC, autoriza ao Juiz a antecipação de tutela desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação. No caso, há prova inequívoca que gera verossimilhança do alegado, além do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. O recorrente nega ter efetuado qualquer contrato de financiamento com o Banco. É caso para conceder a medida antecipativa no sentido de impedir o agravado de registrar o nome do postulante nos órgãos de restrição ao crédito (SPC e SERASA), ou de cancelar se já existente, enquanto *sub judice* a questão. Pelo exposto, provejo o agravo.”

<sup>247</sup> Varias outras decisões do Tribunal de Justiça Gaúcho orienta-se nesse sentido. Por amostragem: Agravo n. 70015884380, Relator, Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgamento – 10/07/2006; A gravo n. 70015726128, Relator Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgamento 06/07/2006; Agravo n. 70015626161, Relator Dálvio Leite Dias Teixeira, julgamento n. 29/06/2006

#### **4.2. A incidência do Direito Constitucional no direito privado na jurisprudência brasileira.**

Como se viu no segundo capítulo mediante a exposição de alguns doutrinadores do direito comparado, tais como: alemães, italianos e portugueses, observa-se que a preocupação com o ser humano já está mais amadurecida, embora sempre deva haver uma melhora e aperfeiçoamento na defesa do ser humano. Ainda considerando as sentenças do Tribunal Constitucional da Alemanha, com se viu no segundo capítulo, é indiscutível que no Brasil temos muito a progredir, falta muita coisa a ser construída para chegarmos ao nível da Alemanha, por exemplo, referente à proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para dissertarmos, no entanto, a respeito dos negócios privados hodiernos faz-se necessário, investigar, ao menos de forma sucinta, as decisões judiciais que envolvem a proteção dos direitos fundamentais e, por consequência, a sua proteção nesta linha horizontal que se consubstancia nos pactos privados. Comumente observamos que o Poder Judiciário tem sido erigido nos sistemas jurídicos mundo afora como o guardião dos direitos e garantias individuais e em muitos países tem contribuído para que haja um equilíbrio real nas relações privadas e se posicionado adequadamente acerca da celeuma atinente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Contudo, como passaremos a ver a partir de agora, mediante algumas decisões judiciais, observamos que nem sempre isto acontece como aqui no Brasil. Assim, estaria o Poder Judiciário brasileiro está apto a salvaguardar a Dignidade da Pessoa Humana? Para responder a esta questão e chegar a alguma conclusão a respeito será exposto a seguir alguns casos concretos enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro, juntamente com uma análise doutrinal dos mesmos para verificarmos o grau de constitucionalização das sentenças brasileiras.

Comumente observamos que o Poder Judiciário tem sido erigido nos sistemas jurídicos mundo afora como o guardião dos direitos e garantias individuais e em muitos países tem contribuído para que haja um equilíbrio real nas relações privadas e se posicionado adequadamente acerca da celeuma atinente à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Contudo, como passaremos a ver a partir de agora, mediante algumas decisões judiciais, observamos que nem sempre isto acontece como aqui no

Brasil. Assim, o Poder Judiciário brasileiro está apto a salvaguardar a Dignidade da Pessoa Humana? Para responder a esta questão e chegar a alguma conclusão a respeito será exposto a seguir alguns casos concretos enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro, juntamente com uma análise doutrinal dos mesmos para verificarmos o grau de constitucionalização do direito privado posto nas sentenças brasileiras. Será que os juizes brasileiros já adotam as teorias modernas acerca da influencia dos direitos fundamentais no direito privado?

Infelizmente, parece que esse novo paradigma positivado na textura aberta dos princípios constitucionais não se implementou efetivamente no Brasil, pois o que tem se visto quando da intervenção do Poder Judiciário são decisões conflitantes e, de regra, suas fundamentações apóiam-se no direito civil<sup>248</sup>. Nesse sentido, também tem se posicionado Daniel Sarmiento, razão pela qual se buscará do presente capítulo explorar um pouco mais a tormentosa questão da eficácia direta ou não dos direitos fundamentais as relações privadas. Assim leciona:

Na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando-se diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raríssimas exceções, estes julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, ainda não encontrou eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre os condicionamentos e limites para aplicação dos direitos humanos na esfera privada<sup>249</sup>.

A aferição sustentada por Sarmiento no trato de questões de natureza civil demonstra a preocupação e, com comedimento, salienta que as mesmas necessitam efetivamente estar interligadas às questões da sociedade contemporânea. Ainda leciona, do necessário zelo ao caso concreto, por ocasião do termo à lide, pelos juízes.

---

<sup>248</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexos histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/Adalcy Rachid Coutinho. Org Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.53

<sup>249</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Juris,, 2004, p.293/294.

A guisa de exemplo, é o caso típico e ao mesmo tempo paradigmático da prisão do infiel do depositário em contratos de alienação fiduciária. Nessa linha de intelecção, Gagliano Pamplona Filho entende pela ilegalidade da prisão do devedor.<sup>250</sup> Para tal, salienta a desigualdade de prerrogativas deste contrato com as demais formas de contratação, inclusive ressaltam da fereza desta (satisfação/coerção) que faculta as instituições financeiras requererem a prisão civil do (devedor/fiduciante) quando traz à discussão a cobrança de dívida à luz do instituto da alienação fiduciária. E mais, advoga o autor a idéia de discricionariedade do contrato de fidúcia, eis que a legislação brasileira não disponibiliza aos demais sujeitos de direito, a possibilidade coercitiva como ocorre com este instituto, para o recebimento de seus créditos.

Consideramos absurda a possibilidade de o credor (instituição financeira), em um contrato de alienação fiduciária em garantia, e visando a satisfazer o seu crédito, poder pleitear a prisão civil do devedor/fiduciante, uma vez que tal prerrogativa contraria em cheio um dos baluartes do Estado Democrático de Direito que é a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1, III, da C.F), equivocando-se a o Egrégio Supremo Tribunal Federal em decretar a prisão do devedor.

De sua parte, o Supremo Tribunal, como dito acima, no caso de alienação fiduciária regulada pelo Decreto 911/69, chancelou a discussão em plano absolutamente dogmático, ou seja, o que regula o alienação fiduciária, considerando-a constitucional e, porquanto, é equiparado às demais formas de prisão civil previstas no direito constitucional brasileiro as quais estão elencados taxativamente no artigo 5.º da Lei Maior brasileira. Em face de tal entendimento, percebe-se que nossa Corte Maior ainda demonstra-se insensível com a inconstitucionalidade da prisão do contratante inadimplente, conforme demonstra-se com o julgado a seguir colacionado:

HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO, QUE, PROFERIDA POR MINISTRO-RELATOR, NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIÇÃO DE ÓRGÃO COLEGIADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADMISSIBILIDADE - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS

---

<sup>250</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONO FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil.Vol., IV, São Paulo: Saraiva, 2005. p.37 e 38.

HUMANOS) - CONCESSÃO DE "HABEAS CORPUS" DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, AFASTADA A PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO-LEI Nº 911/69, ANALISE AS DEMAIS ALEGAÇÕES DE DEFESA SUSCITADAS PELO PACIENTE. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE. - A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgredir o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Precedentes. OS TRATADOS INTERNACIONAIS, NECESSARIAMENTE SUBORDINADOS À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODEM LEGITIMAR INTERPRETAÇÕES QUE RESTRINJAM A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. - A possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (art. 5º, LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. A ESTATURA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA DESEJÁVEL QUALIFICAÇÃO JURÍDICA A SER ATRIBUÍDA, "DE JURE CONSTITUENDO", A TAIS CONVENÇÕES CELEBRADAS PELO BRASIL. - É irrecusável que os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (ADI 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). - Revela-se altamente desejável, no entanto, "de jure constituendo", que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro. Considerações em torno desse tema. CONCESSÃO "EX OFFICIO" DA ORDEM DE "HABEAS CORPUS". - Afastada a questão prejudicial concernente à inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, cuja validade jurídico-constitucional foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, é concedida, "ex officio", ordem de "habeas corpus", para determinar, ao Tribunal de Justiça local, que prossiga no julgamento do "writ" constitucional que perante ele foi impetrado, examinando, em

consequência, os demais fundamentos de defesa suscitados pelo réu, ora paciente.<sup>251</sup>

Todavia é bom lembrar o voto do Ministro Carlos Veloso, que embora seja voto vencido, faz questão de frisar a sua inconformidade com a decretação da prisão, nos casos concernentes ao instituto da fidúcia. Para ele, a prisão de natureza civil do fiduciante a teor do 4º do Decreto-Lei, 911/69, cuja validade jurídico-constitucional foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, é ofensiva à Carta Magna de 1988 e ao Pacto de São José da Costa Rica. Artigo 7º, item 7, o qual determina que ninguém deva ser preso por dívida, exceto aquelas de natureza essencialmente alimentar.

Sr. Presidente, peço licença aos que pensam de forma diferente, para deferir o hábeas corpus, integralmente, nos termos do voto que proferi por ocasião do julgamento do HC 77.527-MG. Na Turma, quando a questão vai a julgamento, limito-me a ressaltar o meu ponto de vista pessoal e curvar-me ao entendimento do Plenário. Todavia, quando a matéria é submetida a apreciação e julgamento do Plenário, manifesto a minha divergência e voto pelo deferimento do writ. Assim o voto que proferi no citado HC 77.527-MG, ao qual me reporto: ‘Sr. Presidente, no julgamento dos Hábeas Corpus n-ºs 72.131 e 76.561, e do RE n9 206.482, sustentei a tese no sentido de que a prisão civil do devedor fiduciante é ofensiva à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica. Fui vencido na companhia dos Srs. Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. No Hábeas Corpus n-º 72.131, do Rio de Janeiro, também ficou vencido o Sr. Ministro Francisco Rezek. Na Turma, tenho, apenas, ressaltado o meu ponto de vista no sentido da ilegitimidade constitucional dessa prisão, em homenagem ao entendimento do Plenário. Mas tenho dito que, toda vez em que a questão voltar ao Plenário, vou reiterar o meu entendimento, porque não estou convencido do seu desacerto. Ao contrário, hoje, mais do que ontem, entendo que essa prisão violenta a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica....’<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> HC 81319 / GO – Hábeas Corpus, Relator(a): Min. Celso de Mello, Rel. Acórdão Julgamento: 24/04/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: Dj 19-08-2005, pp. 00005 Ementário, vol, 02201-02, pp. 00186 RJSP v. 53, n. 335, 2005, p. 136-137

<sup>252</sup> Mesmo acórdão mencionado, HC 81319 / GO.

Desta forma, segundo o Ministro Veloso hoje em dia aproximar e resguardar os direitos a ambos os contratantes ou à parte frágil do pacto faz-se mister e é uma necessária reflexão do operador do direito. Afinal o que são a equidade e a segurança jurídica nas relações jurídicas contemporâneas? É justificável que a permanência de exegese radical de institutos como o do “*pacta sunt servanda*” e outros meios de o operador do direito valer-se apenas do direito civil? Claro que não, o interesse social deve prevalecer sendo permitido ao Estado intervir para a manutenção do equilíbrio contratual, aplicando-se de forma direta e imediata os preceitos Constitucionais na busca da isonomia entre os sujeitos privados, no caso decretando a inconstitucionalidade do Decreto-lei sessentista acima descrito que determina a prisão do suposto devedor e que detêm posse direta do bem.

No cotejo da decisão denegatória do Habeas Corpus, acima descrita, da lavra do Supremo Tribunal Federal vê-se bem quão apegado está a Corte Constitucional brasileira a um modelo liberal-individualista, pois, podemos assim dizer, como leciona Lenio Luiz Streck, os juristas ainda – na sua grande maioria – estão mergulhados no sentido comum teórico de que o direito é “lidar com um emaranhado de textos jurídicos infraconstitucionais, em vigor há muitas décadas”<sup>253</sup>, descompromissados com os valores substantivos da Constituição que apontam em sentido contrário, ou seja, a justiça social, a cidadania e a efetivação dos direitos fundamentais.

Contudo, no meio da tal discussão jurígena não podemos deixar de descrever com felicidade as reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que ao contrário da Egrégia Corte Constitucional brasileira, posiciona-se contrária à prisão do devedor em contratos tipificados como de *leasing*, o que parece mais adequado com a sociedade moderna e os novos rumos instituídos pela Carta Constitucional de 1988, conforme a seguir:

Habeas corpus. Penhor Mercantil. Bem infungível. Prisão civil.1. Segundo entendimento firmado na Terceira Turma, "o cabimento de prisão civil, nos casos de penhor mercantil, deve submeter-se à mesma orientação aplicada aos casos de alienação fiduciária, por cuidarem, ambos, de depósito atípico" e que, "considerando a Corte Especial ser ilegítima a prisão de devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária, ilegal é também a prisão decretada nos casos de penhor mercantil". Ordem de hábeas corpus deferida.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro:Forense, 2004. p.26.

<sup>254</sup> Habeas Corpus n. 24.931/SP, Relator o Ministro Pádua Ribeiro, DJ de 12/8/03). In: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

[...]

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPÓSITO ACESSÓRIO À ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE CONTRATO DE MÚTUO. ORIENTAÇÃO DA CORTE ESPECIAL. Incabível a prisão civil atrelada aos depósitos acessórios às garantias de alienação fiduciária prestadas em contrato de mútuo (Corte Especial: Embargos de Divergência em Recurso Especial,. Ordem concedida.<sup>255</sup>

Pelos julgados acima se vê que a interpretação feita pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso específico de prisão por dívida de natureza civil demonstrou-se mais flexível ao ingresso dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isso demonstra que a coerção deferida pelo legislador aos grandes banqueiros demonstra-se mais gravosa à parte hipossuficiente desta relação contratual. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, por decisão de sua Corte Especial<sup>256</sup>, já sedimentou o entendimento de que, no caso dos contratos assegurados por alienação fiduciária, a decretação da prisão do devedor que descumprir o contrato é, sem embargo, manifestamente ilegal, o que demonstra o envolvimento deste Tribunal de acompanhar a evolução social e dar ao direito constitucional um sentido material e protetório do que dispõe o seu artigo primeiro, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira.

Seguindo no mesmo rumo, é a decisão do habeas corpus concedido pelo Superior Tribunal de Justiça, através da quarta Turma, que teve como relator o eminente Ministro Rui Rosado de Aguiar. Neste caso em face da impossibilidade de pagar a dívida – tratando-se de contratos de arrendamento mercantil- o juízo de primeiro grau determinou a prisão do devedor porque estava inadimplente. No entanto, a obrigação originária, conforme relata a decisão era de R\$ 18.700,00 (dezoito mil e setecentos reais) e em um período de vinte e quatro meses, porém atingiu o absurdo de R\$ 86.858,24 (oitenta e seis mil oitocentos e cinquenta e oito reais, com vinte centavos). O Superior Tribunal de Justiça deu guarida a pretensão do paciente e deferiu o alvará de soltura, valendo-se do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual bem como dos fins sociais e dos bons costumes descritos na Lei de Introdução ao Código Civil. A ementa teve o seguinte teor:

---

<sup>255</sup>Habeas Corpus n. 149.518-GO, orientação da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.In: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

<sup>256</sup> EREsp n. 149.518/GO, Diário da Justiça da União, em 28.02.2000, Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar. In: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br).

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

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder o ordem. Votaram com o Relator os Srs Ministros BARROS MONTEIRO e CESAR ASFOR ROCHA. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros ALDIR PASSARINHO JUNIOR e SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Ministro Ruy de Aguiar, Presidente e Relator, 21 de fevereiro de 2001.<sup>257</sup>

Observou-se louvável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça valendo-se, como seu viú pelo ementário, de uma interpretação compromissada com a supremacia da Constituição Federal. De qualquer sorte, há de se indagar, em face do controle de constitucionalidade previsto em nossa Carta Constitucional. Haveria a necessidade de chegar ao Superior Tribunal tal controvérsia jurídica? A dívida era impagável!

As decisões do Superior de Justiça que repele a validade do Decreto-Lei 911/69 - que prevê a prisão civil de devedor fiduciante- tem sido mais condizentes com a realidade social brasileira e vai ao encontro das próprias convenções internacionais que proíbem a prisão por obrigações de natureza civil por infringirem os Direitos Humanos.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> Habeas corpus n. 12.547-

Distrito Federal 000/0022278-O), Relator Min. Ruy Rosado Aguiar; Impetrante: Willian David Ferreira; Impetrado: Desembargador Relator do Habeas Corpus n. 20000020010410, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal; Paciente Rosa de França Gusmão.

<sup>258</sup> Pacto de São José da Costa Rica. Artigo 7º, item 7,

Já o Supremo Tribunal Federal, como ficou exposto na decisão acima colacionada do Tribunal Pleno da Corte Constitucional – Habeas Corpus 04/2002, entendeu que o Decreto – Lei de 1969, que regula a Alienação Fiduciária é válido e não contraria a Carta Constitucional. No caso da infidelidade depositária, segundo o Pleno do Supremo Tribunal Federal, é a própria Carta Constitucional de 1988 que dá guarida a pretensão do credor de requerer a pena coercitiva do contratante inadimplente (art. 5º, LXVII).

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em análise de recurso extraordinário vindo do Tribunal de Justiça Gaúcho posicionou-se favorável em conferir larga extensão à garantia do devido processo legal as entidades particulares. Esse direito, como bem definiu no julgado, é tido como de observância obrigatória para a exclusão de sócio ou de membro de associação possua eficácia jurídica. Diz o seu ementário:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS- EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne—se necessário, até mesmo, partir—se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito — o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso <sup>259</sup>.

---

<sup>259</sup> Diário da Justiça, 07.06.96, Ementário O 2, 30/04/96 S- 2ª Turma-, Recurso extraordinário n. 158215-4. Rio Grande do Sul- Relator Ministro Marco Aurélio. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e Outros. Recorrida: Cooperativa Mista São Luis Ltda.

Como se viu, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal para que haja o desligamento eficaz de cooperado deve haver a garantia do devido processo legal, ofertando-se ao mesmo a oportunidade de defesa. Podemos assim dizer que a Egrégia Corte Constitucional concatenou-se desta vez aos princípios fundantes de um Estado Democrático de Direito — falando-se aqui do devido processo legal e a garantia da ampla defesa.

No entanto, a discussão reacendeu-se no pretório excelso com o julgado recurso extraordinário 201.819-8<sup>260</sup>, em que a Ministra Ellen Gracie (relatora) e o Ministro Carlos Velloso, observadas as suas fundamentações entenderam que o devido processo legal se exerce em conformidade com o que dispõe o estatuto da entidade privada. A controvérsia é infraconstitucional e a exclusão de associado se deu observada as prescrições estatutárias e do próprio Código Civil, conforme a Ministra Gracie. Relata no seu voto:

A recorrente União brasileira de Compositores – UBC, é sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado. Por motivos irrelevantes para a solução do presente extraordinário, a recorrente excluiu o recorrido de seu quadro de sócios, em procedimento assim narrado no acórdão da origem: “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, por mais ilibada que fosse, deixou de cumprir princípio constitucional, não ensejando ao apelado oportunidade de defender-se das acusações e de realizar possíveis provas em seu favor. Conforme se vê de fls. 101/102, a comissão simplesmente reuniu-se e, examinando a documentação fornecida pelo secretário da sociedade, concluiu pela punição do autor. Nada além. Não se pode, na verdade, pretender que uma entidade de compositores, em sua vida associativa, adote regras ou formas processuais rigorosas, mas também não se pode admitir que princípios constitucionais básicos sejam descumpridos flagrantemente. Caracterizadas as infrações, ao ver da comissão, o autor tinha de ser, expressa e formalmente, cientificado das mesmas e convocado a apresentar, querendo, em prazo razoável, a sua defesa, facultando-lhe a produção das provas que entendesse cabíveis. Só depois disso é que poderia surgir o parecer da comissão, num ou noutro sentido. Como foi feito, o direito de defesa do autor foi mesmo violado, sem que se adentre no

---

<sup>260</sup> Diário da Justiça, 17.10.2006. Relatora: Originária: Min. Ellen Gracie, Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Recorrente: União Brasileira de Compositores UBC e recorrido: Arthur Rodrigues Vilarinho.

mérito, na justiça ou injustiça da punição.” (fls. 265 e 266) Como se vê, o Tribunal a quo, com fundamento no princípio da ampla defesa, anulou a punição aplicada ao recorrido. O estatuto da recorrida, em seu art. 16, determina que: “a diretoria nomeará comissão de inquérito composta de três Sócios, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos Sócios que contrariem os deveres prescritos no Capítulo IV destes Estatutos.” (fl. 48). A leitura do acórdão da apelação revela que a regra acima transcrita foi integralmente obedecida, porém ela foi afastada em homenagem ao princípio da ampla defesa. Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles. A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC. Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso. Diante do exposto, conheço do recurso, e lhe dou provimento. Condeno o recorrido ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atribuído à causa devidamente atualizada.

Em face do entendimento da Ministra, acima exposto, o Sr. Ministro Gilmar Mendes pede vista e ao final – valendo-se do direito comparado, sobretudo do direito alemão e da teoria da eficácia horizontal do direitos fundamentais, traz a lume a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que muda os rumos do julgamento e do entendimento da relatora <sup>261</sup>.

---

<sup>261</sup> Este debate da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas já foi abordado no texto, no capítulo segundo, mas em face a sua importância, traz um trecho do voto-vista do Sr. Ministro Gilmar Mendes, do Recurso Extraordinário n. 201.819-8, Rio de Janeiro, conforme a seguir: “ Sob o império da Lei Fundamental de Bonn engajou-se Hans Carl Nipperdey em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que acabou por provocar um claro posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em favor dessa orientação (*unmittelbare Drittwirkung*). O Tribunal do Trabalho assim justificou o seu entendimento: ‘Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública’. Esse entendimento foi criticado sobretudo pela sua deficiente justificação em face do disposto no art. 1, III, da Lei Fundamental, que previa apenas a expressa vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais. Afirmou-se ainda que a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas acabaria por suprimir o princípio da autonomia privada, alterando profundamente o próprio significado do Direito Privado como um todo. Ademais, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas encontraria óbice insuperável no fato de que, ao contrário da relação Estado-cidadão, os

Ao final do debate entendeu a Segunda Turma do Supremo Tribunal, por votação majoritária, manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e negou provimento ao recurso extraordinário. No caso concreto, a exclusão de sócio do quadro social da União Brasileira de Compositores, sem as garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam a incidência do direito fundamental ao devido processo legal no direito privado. A ementa da decisão ficou assim redigida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIRO  
 RELATORA ORIGINÁRIA : MIN. ELLEN GRACIE  
 RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES  
 RECORRENTE : UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES –UBC  
 ADVOGADO : VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS  
 RECORRIDO : ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO ADVOGADO :  
 ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO  
 EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-

---

sujeitos dessas relações merecem e reclamam, em Princípio, a mesma proteção. É claro que o tema prepara algumas dificuldades. Poder-se-ia argumentar com a disposição constante do art. 1, da Lei Fundamental, segundo a qual 'os direitos humanos configuram o fundamento de toda a sociedade' (*Grundlage jeder Gemeinschaft*). Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de forças sociais específicas, como os conglomerados econômicos, sindicatos e associações patronais, enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas. Esses dois argumentos carecem, todavia, de força normativa, uma vez que tanto o texto da Lei Fundamental, quanto a própria história do desenvolvimento desses direitos não autorizam a conclusão em favor de uma aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. Em verdade, até mesmo disposições expressas, como aquela constante do art. 18, n. 1, da Constituição de Portugal, que determina sejam os direitos fundamentais aplicados às entidades privadas, ou do Projeto da Comissão Especial para revisão total da Constituição suíça (art. 25) - *Legislação e Jurisdição devem zelar pela aplicação do direitos individuais às relações privadas - Gesetzgebung und Rechtsprechung sorgen dafür, dass die Grundrechte sinngemäss auch unter Privaten wirksam werden*"

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

**III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.** As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

**IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO .<sup>262</sup>**

Veja-se que de acordo com a posição da Ministra Elen Gracie, acima exposta, as entidades privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento, devendo obediência apenas à legislação ordinária em vigor ou os seus próprios regimentos internos.

---

<sup>262</sup> Acórdão já citado, n.201.819-8, Rio de Janeiro.

Tal entendimento está completamente desvirtuado da realidade social brasileira, onde sabemos que na atualidade os entes não públicos são os grandes violadores dos direitos dos próprios homens. Percebe-se, também, que as prerrogativas de proteção dão-se apenas em um viés Estado-cidadão, como decidido pela Ministra vão ao encontro de um modelo de Estado Liberal – que ele seja o único adversário dos direitos fundamentais –. Além disso, como se discorreu no texto (vg.primeiro capítulo), não era permitido ao Estado intervir nas relações privadas, excluindo-se os direitos fundamentais das relações de natureza civil.

Passar-se-á, a partir de agora, a comentar a jurisprudência de outros Tribunais brasileiros que entendem necessária a observância do devido processo legal para que haja a eficácia de qualquer decisão.

Neste sentido, trar-se-á a colação decisões dos tribunais brasileiros, como a da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cujos fundamentos são os seguintes:

**APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. APLICAÇÃO DE PENALIDADE À SÓCIO DE ENTIDADE REPRESENTATIVA DOS RADIOAMADORES DO RS. PERDA DE MANDATO. APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. I – PRIMEIRO APELO. 1. DANO MORAL.** Compulsando-se os autos, verifica-se que a contenda funda-se na discussão acerca da existência de dano moral advindo da aplicação irregular de penalidade de suspensão dos direitos de sócio e de perda do mandato exercido em órgão representativo da classe dos radioamadores gaúchos, em razão da violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consubstanciados no artigo 5º, inciso LV da CF/88, que se constituem garantias do cidadão, devem se estender à apuração e sancionamento de faltas cometidas por integrantes de entidades de caráter privado, erigindo, assim, a observância do devido processo legal como pressupostos para a eficácia de qualquer decisão administrativa. Portanto, resta caracterizado que a inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos que deram azo à aplicação das penalidades disciplinares e da perda do

mandato gerou prejuízo ao autor, consubstanciado no abalo moral por ele sofrido, o que define a conduta culposa da requerida<sup>263</sup>.

A posição adotada pela Nona Câmara Cível do Tribunal Gaúcho demonstra que qualquer controvérsia que envolva relação de natureza civil deve aplicar os preceitos contidos na Constituição de 1988, cujos baluartes assentam em um intervencionismo social garantidor de direitos fundamentais a todos.

Além disso, ficam clarividentes, no julgado acima referido, que no caso brasileiro a incidência direta dos Direitos fundamentais às relações de natureza civil são direta, tornando-se descipiendo ao hermeneuta que o legislador ordinário regulamente a matéria ou que a sua interpretação valha-se *prima facie* dos princípios do direito privado.

Por sua vez, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu ser arbitrária a exclusão de sócio de pessoa jurídica de direito privado, sem que seja ofertado o devido processo legal (Constituição da República, art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV).

**SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. EXCLUSÃO DE SÓCIO POR DECISÃO DA MAIORIA DO CAPITAL SOCIAL SOB ALEGAÇÃO DE MÁ-CONDUTA. DETERMINAÇÃO CONTRATUAL QUE EXIGE UNANIMIDADE PARA TOMADA DE QUALQUER DELIBERAÇÃO. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DE PERMISSIVO LEGAL. OFENSA AINDA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA, QUE NÃO PODE SER ACEITA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO<sup>264</sup>.**

---

<sup>263</sup> Apelação Cível nº 70012103792, Nona Câmara Cível do TJRS. Federação Sul Rio-Grandense de Radiomadorismo Labre RS e Casa do Radioamador Gaúcho GRAG e José Alfredo Alcovia de Barcellos, Apelantes e apelados, respectivamente, in: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)

<sup>264</sup> Agravo de Instrumento n. 70004482790, Julgamento em 19 de junho de 2002, pela Sexta Câmara Cível do TJRS; agravante: Prática Comércio de Hortifrutigranjeiros Ltda; agravado: Márcio Salles Dias, Julgado em 19 de junho de 2002. In: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br).

No mesmo sentido a recente decisão da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, conforme a seguir:

DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO LIMINAR. LOGRA ÊXITO DEMANDA QUE TEM POR FINALIDADE ANULAR ATO DE EXCLUSÃO DE SÓCIO EM CLUBE QUANDO DO DESLIGAMENTO NÃO FOI OBSERVADO O DEVIDO PROCESSO LEGAL. MANTIDOS OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ATRIBUÍDOS EM 1º GRAU, UMA VEZ QUE BEM OBSERVADAS AS VARIÁVEIS DO § 3º DO ART. 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSOS DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. DECISÃO UNÂNIME.<sup>265</sup>

Ao contrário dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a pouco expostos, serão colacionados outros que vão de encontro o que se viu até então, ou seja, que não tem aceito o ingresso dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesse sentido – de uma ingerência menor do direito público ao direito privado-, por exemplo, da validade dos estatutos privados, conforme demonstra a ementa a seguir colacionada:

ANULATÓRIA DE DECISÃO ASSEMBLÉIA. ATO MERAMENTE HOMOLOGATÓRIO OU CONFIRMATÓRIO. ÓRGÃO COMPETENTE PARA A DECISÃO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO. Não procede a irrisignação do autor, pois segundo os estatutos da sociedade civil, regulamentada pelas disposições do CCB, cabe à Diretoria decidir sobre a exclusão de sócio que descumpra as obrigações constantes do próprio estatuto, atuando, no caso, a Assembléia Extraordinária tão-somente no âmbito moral, homologando, ratificando ou confirmando a decisão tomada pelo órgão competente. Não há que se falar em ferimento ao devido processo legal ou aos princípios do contraditório e ampla defesa, quando em processo judicial, junto à Justiça do Trabalho, vieram as teses do autor repelidas, restando o mesmo enquadrado nas disposições do art. 482, alíneas *a* e *i*, da CLT, irrelevante a motivação levada a efeito no ato meramente homologatório. Apelação Desprovida.<sup>266</sup>

<sup>265</sup> Recorrente adesivo/apelado: Antônio Carlos Mello Esteves; Apelante/recorrente adesivo: Iate Clube Guafba. Processo n. 70012379145, julgamento em 20 de julho de 2006, in: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)

<sup>266</sup> Apelação Cível, Décima Sétima Câmara Cível, nº 70001828433, Comarca de Não-me-Toque, Apelante: Evaldo Harnisch e apelado: Hospital Beneficência Alto Jacuí. Julgado em Embora a demanda possua algumas peculiaridades, inclusive de atos de improbidade praticados pelo recorrente e demanda de natureza

Percebe-se assim, que não são raras as decisões judiciais, (quando estejam envolvidos na controvérsia, entes não-públicos pessoas naturais ou jurídicas), que excluem das relações privadas os direitos jusfundamentais. Parece-nos que ainda paira no direito brasileiro uma dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, regidos por lógicas próprias de cada sistema jurídico e, portanto, incomunicáveis. Aliás, é bom lembrar que o Código Civil de 2002 em nada inovou para garantir este direito fundamental aos integrantes de uma sociedade civil, tudo conforme se observa nos artigos 53 a 61. Às vezes, no máximo, remete aos estatutos que devem determinar os direitos e deveres dos associados (art. 57 do C.C). Com a nova redação dada pela novel Lei 11.127, de 28 de

---

trabalhista, entendeu a unanimidade de votos em não admitir a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, não possibilitando o ingresso dos direitos fundamentais as relações privadas. Diz o relatório: “De preâmbulo, inaplicável, à espécie, os artigos 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, bem como os diversos dispositivos da Lei nº 5.764/71, esses últimos trazidos à baila por ocasião do recurso de apelação. No que diz com as disposições constitucionais, o prequestionamento se confunde com o próprio mérito o que adiante se verá. No que diz com a pretensão, em verdadeira dilação da discussão, de fazer incidir a vida societária da demandada nas disposições da Lei nº 5.764/71, equivoca-se o recorrente, na medida em que não é a mesma uma cooperativa, mas sim uma sociedade civil, conforme dispõe o art. 1º de seu estatuto social, submetendo-se, portanto, exclusivamente às regras do Código Civil Brasileiro, sem prejuízo, por óbvio, das disposições estatutárias que não conflitem com a lei civil. Com acerto o magistrado sentenciante ao afirmar que o ato demissionário do sócio, no caso vertente, é de exclusiva competência da Diretoria, órgão distinto da Assembléia Geral, conforme dispõe o art. 24, alínea k, dos respectivos estatutos (fl. 23). Assim, qualquer participação da Assembléia após tomada aquela deliberação pelos membros da Diretoria, seja no sentido de ratificar, legitimar, confirmar decisão pré-existente e já juridicamente eficaz, talvez até pela traumática consequência, não tem qualquer condão jurídico, limitando-se tão-somente a um mero apoio moral. *Ad argumentandum*, se a Assembléia não viesse a confirmar o ato tomado pela Diretoria, ainda assim prevaleceria o desligamento do sócio, porque a competência para a decisão foi tomada pelo órgão competente. Destarte, qualquer discussão, sobre a regularidade ou não da manifestação assemblear perde objeto. De outra banda, não há que se falar em ausência de defesa ou contraditório ou ainda em ferimento ao devido processo legal, porque, ao fim e cabo, o ora apelante promoveu já no ano de 1997, antes mesmo de reunida a assembleia cujo ato pretende anular, reclamatória trabalhista, cuja decisão, ao contrário do que por ele foi alegado, culminou por entender que a demissão do ora recorrente em relação ao contrato de trabalho enquadrava-se como de justa causa, seja pela prática de improbidade do reclamante no desempenho de suas funções – muitas das quais em tese tipificadas como crime – como também ocorrente o abandono do emprego, fazendo incidir as disposições do art. 482, alíneas a e i, da CLT, decisão essa que, segundo consta dos autos, não se encontra mais *subjudice*, a exigir, e não apenas autorizar, pena inclusive de convivência e quiçá a chamamento de responsabilidades, da Diretoria que fossem tomadas as providências cabíveis, redundando em conseqüente desligamento da sociedade. Assim, mesmo que da assembleia conste como fundamento daquele ato meramente confirmatório – sem força, como já referido, de decisão propriamente dita - causa menos lesiva, qual seja, o ajuizamento de ação junto à Justiça do Trabalho e a denúncia de eventuais irregularidades no Hospital perante certos órgãos públicos, tal circunstância veio em benefício e não em prejuízo do demandante, porque, por certo, muito mais demeritórias as imputações que levaram ao reconhecimento da demissão trabalhista por justa causa. Por certo que as imputações deduzidas em sede de reclamatória trabalhista, ou mesmo as conclusões em razão de auditoria se vierem, porventura, no futuro a serem comprovadas de forma absolutamente improcedente, caberá ao ora autor, em via própria, buscar o devido ressarcimento, limitando-se tão-somente a presente ação a compor a questão posta no que diz com o seu desligamento do quadro social da pessoa jurídica ré, incorrendo vícios que autorizem a sua desconstituição. Ante o exposto, nego provimento ao apelo”. Des. Fernando Braf Henning Jr.- De acordo. Des. Alexandre Mussoi Moreira - De acordo.

junho de 2005, alterou o dispositivo reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, mas reportando-se de qualquer forma o legislador ordinário que seja regulado os procedimentos no estatuto privado, deixando mais uma vez a margem da entidade privada definir quais os meios de garantir defesa ao associado.<sup>267</sup> Assim diz o artigo 57 do Código Civil:

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo este omissivo, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembléia geral especialmente convocada para esse fim.

Veja-se que até junho de 2005 a legislação civil sequer fazia menção, conforme demonstra o teor do artigo acima mencionado, que inexistia qualquer possibilidade do devido processo legal e o associado valer-se dos meios de defesa tutelados constitucionalmente.

Acreditamos que ainda há um grande caminho a ser percorrido no Brasil para que efetivamente se dê uma maior proteção a sua população. Se de um prisma temos nós uma Constituição Federal que resguarda uma aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada. De outro, não podemos omitir a triste realidade que vive a grande maioria do povo brasileiro e que realmente necessitam que sejam implementados os seus direitos sociais previstos no Texto Constitucional. Afinal são milhões de brasileiros desprezados vivendo na mais absoluta miséria.

Aliás, conforme se viu neste tópico, na rápida pesquisa jurisprudencial dos Tribunais brasileiros trazida ao texto, o poder judiciário ainda está excessivamente atrelado ao legislador não atuando, em todos os graus de jurisdição, visando uma maior proteção aos sujeitos mais fracos e que somente dar-se-á quando houver um comprometimento total do Estado e, também, dos particulares.

No direito brasileiro, embora tenhamos um controle de constitucionalidade difuso, que possibilita ao Estado-Juiz não aplicar leis por ele consideradas inconstitucionais, em

---

qualquer instância, tal não tem sido colocado em prática de maneira plena. Todavia, vale a pena também trazer a colação duas brilhantes decisões garimpadas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que seguem essa visão mais humanitária do direito privado. A primeira delas na suspensão de descontos exorbitantes de empréstimo, em folha de pagamento, quando estes em detrimento da satisfação do crédito inviabilizem economicamente o devedor e lhe traga manifestos prejuízos na manutenção própria e de sua prole. Nesse sentido é a ementa:

Agravo de instrumento. Suspensão dos descontos do empréstimo em folha de pagamento. Nas circunstâncias do caso, considerando-se separadamente cada desconto, verifica-se que não ultrapassam o limite de 30% dos vencimentos bruto da agravada, no entanto, somando-se os valores dos empréstimos, correspondem a 80% dos vencimentos bruto da agravada. A parte não pode ficar inviabilizada economicamente, devendo-se privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, garantir o seu sustento, em detrimento da satisfação do crédito, que possui outros meios para cobrança do seu crédito, independentemente do desconto em folha de pagamento<sup>268</sup>.

Na segunda, houve uma decisão de juízo de primeiro grau da comarca de Carazinho, RS, que também se demonstrou peculiar. A separanda visando dissolver o matrimônio (pretensão de conversão de separação judicial em divórcio) buscava permanecer na morada – único bem adquirido pelo casal na constância do casamento –, tratava-se de uma pequena casa em que ela e sua filha (deficiente mental) residiam. Entendeu o juízo de primeiro grau que o bem (adquirido em comunhão de esforços pelo casal) deveria ser partilhado, eis que inexistia na órbita do direito civil uma legislação específica que dispusesse que a mulher e a filha possuíssem direito à habitação e, portanto, pudessem permanecer na casa. Em sede recursal a Sétima Câmara do Tribunal de Justiça, ao apreciar o recurso da autora reformou a decisão de primeiro grau, entendendo que na hipótese se deve assegurar a proteção à dignidade da pessoa humana, e tal se dá pela garantia do direito à habitação. Ainda assevera a Câmara Julgadora do Tribunal de Justiça

---

268

Agravo de Instrumento n 70016459786, 20 Câmara Cível.. Sucv Sociedade União de Previdência . Agravante: Rejane Jardim Araújo, Agravado COOPSERGS- Cooperativa dos Servidores do Estado do Rio Grande do Sul interessado UGPT – União Gaúcha dos Professores Técnicos, Interessado AIERGS – Associação dos Inspectores de Ensino do Rio Grande do Sul, Interessado: AFAFE – Associação dos Funcionários Auxiliares de Fiscalização Estadual, interessado.

Gaúcho que na modernidade não se compreende o direito dissociado de um sistema de normas que dispõem sobre a vida de relação e que se ramifica a partir do alto. E no topo está a Constituição Federal a qual todos estamos vinculados. Diz o ementário:

**DIVÓRCIO. PARTILHA DE ÚNICO BEM IMÓVEL. DIREITO DE HABITAÇÃO ASSEGURADO À MULHER. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA.**

Merece reforma a sentença que determinou a partilha do imóvel residencial justificando que não há amparo legal para assegurar o direito de habitação exclusivamente à mulher e à filha do casal. 2. Cuida-se, na hipótese, de assegurar proteção à dignidade da pessoa humana, e tal se dá pela garantia do direito à habitação, valor protegido pela legislação infraconstitucional. 3. Na modernidade, não se concebe o direito dissociado de um sistema de normas que dispõem sobre a vida de relação e que se ramifica a partir do alto. E no topo, com força e vigor plenos, está a Constituição Federal como conjunto composto de regras e princípios que disciplinam todas as relações cotidianas no âmbito de um Estado democrático, tenham elas caráter público ou privado. 4. Na atual teoria constitucional vicejam lições a favor da possibilidade de aplicação direta dos princípios, pois reconhecida sua eficácia plena para gerar direitos subjetivos individuais diretamente dedutíveis dos preceitos constitucionais. 5. Impõe-se, diante das singularíssimas circunstâncias do caso concreto, assegurar à apelante e à filha o direito de seguir residindo no imóvel havido pelo ex-casal. Proveram à unanimidade<sup>269</sup>.

**AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO CONEXA COM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. I - CONTROLE DIFUSO DA LICITUDE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. 1. Função social dos negócios e direitos fundamentais. Revisão judicial e relativização do princípio do *pacta sunt servanda*. Aplicação incidental do código de Defesa do Consumidor:**

<sup>269</sup> Apelação Cível, n. 70013752316, 7ª Câmara Cível, Comarca de Carazinho, O.F., Apelante, A.S.N, Apelado, julgado em 12 de abril de 2006. Do voto de relator e para melhor elucidar o caso concreto, pedimos vênias para transcrever alguns trechos do relatório da lavra do eminentemente relator Luiz Felipe Brasil Santos, conforme a seguir: “ O casamento foi celebrado em 1968 (fl. 13) e, não obstante as regras do diploma civil no que se referem aos efeitos patrimoniais a vigorar no regime da comunhão de bens com o fim do casamento, impõe-se, diante das singularíssimas circunstâncias do caso concreto, assegurar à apelante e à filha o direito de seguir residindo no imóvel havido pelo ex-casal. Cuida-se, na hipótese, de assegurar proteção à dignidade da pessoa humana. E isso se dá, em primeiro lugar pela garantia do direito à habitação, a toda evidência um valor protegido pela legislação infraconstitucional, tanto que o art. 1.831 do CCB (aplicável, é certo, ao direito sucessório), diferentemente do que preconizava a codificação de 1916, estendeu o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente qualquer que seja o regime de bens. Sabe-se que, na modernidade, não se concebe o direito dissociado de um sistema de normas que dispõem sobre a vida de relação e que se ramifica a partir do alto. E no topo, com força e vigor plenos, está a Constituição Federal, conjunto de normas composto de regras e princípios que apontam o modo de organização e a disciplina de todas as relações cotidianas no âmbito de um Estado democrático, tenham elas caráter público ou privado. Na moderna teoria constitucional vicejam lições a favor da possibilidade de aplicação direta dos princípios, pois reconhecida sua eficácia plena para gerar direitos subjetivos individuais diretamente dedutíveis do preceito constitucional. Sublinhado no original.

consumidor próprio ou equiparado e negócio adesivo. Regulação mandatória: normas de ordem pública e interesse social. Nulidades de pleno direito: decretação até de ofício, a qualquer tempo e graus de jurisdição. Equidade social e coibição da impunidade: poder regulatório concreto do Estado-jurisdição. Interpretação e inversão dos ônus da prova pró-consumidor. 2.Cláusulas válidas: princípios de justiça social distributiva, boa-fé objetiva e equidade retributiva. Nulidade absoluta: cláusulas em abuso de poder econômico, excesso de onerosidade e quebra do princípio da boa-fé objetiva. Reconstrução judicial, mediante integração (art. 51, § 2º, do C.D.C.), das cláusulas inequitativas. Parâmetros jurídicos de equidade. 3.Descaracterização do contrato de *leasing*. Nulidade material das cláusulas do VR: VR antecipado ("entrada" e mensal). Caracterização de venda e compra mediante financiamento.<sup>270</sup>

Da leitura dos julgados descritos acima, vê-se casos na prática onde a equidade constitucional se demonstra muito mais ajustada a defesa de uma garantia mínima de vida as pessoas, havendo uma preocupação com novas formulações humanísticas com intuito de reconstrução social e pensamentos inovadores, desligados da pura economicidade e de princípios fechados a dogmas do direito civil. Do exposto a pouco, vê-se que o princípio da dignidade humana é o ponto máximo dos estudos contemporâneos, seja pela repersonalização ou a constitucionalização das relações privadas. A análise crítica da proteção da pessoa é terreno fértil, mas inóspito, devendo haver constantes mutações e fidedignas garantias aos homens (sujeitos/contratantes), preservando, assim, os conhecimentos teóricos do direito, mas atentando-se as complexas e intrincadas formas inovadoras de contratar, que trazem no seu bojo excessivo desequilíbrio entre as partes.

No contexto em que ampliamos o conhecer da norma constitucional e do próprio direito constitucional e suas diversas formas de manifestação o inevitável acontece, a idéia de paradoxo, eis que os dias atuais remetem o intérprete a outras formas de avaliação, não mais vige o cálculo metafísico projetado *a posteriori* de uma introdução clássica, assentado ainda nos bancos escolares *jus civilistas*. Ademais, o que propugna o viés civil-constitucional, é a primazia dos Direitos Humanos e fundamentais.

Vale aqui, em face do que ficou exposto acima, o que tem defendido abertamente o jurista gaúcho Lenio Luiz Streck, isto é: de que a mudança na forma de pensar e decidir

---

<sup>270</sup> Apelação Cível Décima Quarta Câmara Cível, n. 70.004.485.546, TJRS, Porto Alegre, João Luiz Miranda Naibert. Apelante: HSBC Leasing Arrendamento Mercantil S/A, 2ª. APELANTE/APELADO. In: www.tj.gov.br.

nos tribunais pátrios não vai ao encontro da defesa da pessoa humana, embora, é bem verdade, não descarte o jurista ter havido uma significativa mudança na forma de pensar. Para fundamentar as suas idéias, ou seja, de que a hermenêutica ainda é essencialmente formalista traz à baila o conceito de hermenêutica descrita por Maria Helena Diniz, cujos pressupostos assentam-se para ele em visão estritamente formalista distante da real necessidade de mudança do direito. “Assim, interpretar é explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado ao vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão”.<sup>271</sup>

De outra face, como assegura Lenio os operadores do direito, de um modo geral, valem-se de modelos (interpretativos/antecipatórios) quando da apreciação de demandas judiciais. A utilização de modelos fracionários foge das situações fluidas da nossa atual sociedade. Além disto, a linguagem ao arripio da concepção de Gadamer, não deve ser utilizada como mera ferramenta subsidiária e sim a sujeição completa do intérprete.<sup>272</sup>

[...] Dito de outro modo: o pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico) continua acreditando na idéia de que o intérprete extrai o sentido da norma, como se este estivesse contido na própria norma, enfim como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo. Trabalha, pois com os textos no plano meramente epistemológico, olvidando o processo ontológico da compreensão [...].<sup>273</sup>

A textura aberta tão propugnada no direito hodierno assenta-se nos princípios constitucionais em detrimento à técnica predominantemente nos Códigos.<sup>274</sup> Auferir a constituição traz viés renovatório de interpretação, que passam a ser utilizadas pelo

<sup>271</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: editora Forense, p. 42.

<sup>272</sup> DAVID, Sánchez Rúbio; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo (Orgs). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 338 e 339.

<sup>273</sup> DAVID, Sánchez Rúbio; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo (Orgs), op.cit. p.340

<sup>274</sup> Art. 126 do CPC “ O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Art. 4 da LICC Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. É bom lembrar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei - PLC 00074 / 2006, que altera o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, para adequá-lo à Constituição Federal em vigor. Inobstante, quanto ao artigo 4º da LICC vigente nada foi alterado.

interprete do direito civil, quando da análise de suas avencas. Basta lembrar que os princípios jurídicos em face da força normativa da constituição tomam forma. A (re)construção do sistema civil assenta-se em caminhada principiológica, não mais em técnicas dedutivistas, através do método da subsunção lógico-formal.

Sem prejuízo do dito há pouco, é notório que o novo código civil brasileiro buscou de certa forma valorar os deveres de proteção, ou seja, não possui a pretensão de plenitude legislativa como era à base do Código civil oitocentista revogado em 2002. Vê-se agora uma busca maior na proteção e no resguardo de garantias fundamentais com cláusulas gerais que permite uma hermenêutica mais aberta, como assevera Judith Martins Costa.<sup>275</sup>

Comungando deste entendimento, Paulo Nalin deixa clara a necessidade de dimensões maiores na interpretação dos institutos contratuais privados para seu equilíbrio e justiça social. E mais: a interpretação estabelecida *a priori* no Código Civil demonstra-se insuficiente para a salvaguarda dos valores fundamentais do homem, sobretudo aqueles que mantêm o sujeito/titular na posição hierárquica das relações privadas<sup>276</sup>. Não mais se pode, como assegura o autor, a subterfúgio de uma desejada segurança jurídica, dirimir-se situações concretas atuais valendo-se da lógica, da subsunção, da imutabilidade dos pactos. Muito pelo contrário, impõe-se um novo perfil que valorize a dignidade humana das partes, rompendo ou, se for o caso, reformulando o Instituto da Autonomia da Vontade a fim de que princípios como a boa-fé objetiva, a ética, a vedação, a validade de qualquer cláusula contratual leonina afronte os direitos.

Por outro lado, do exposto durante todo o presente trabalho, vê-se que o princípio da dignidade humana é o ponto máximo dos estudos jurídicos contemporâneos, seja pela repersonalização ou a constitucionalização das relações privadas. Não há que se diferenciar o sujeito virtual e real (pessoa humana), considerando-se o ser humano um valor em si mesmo, axiologicamente superior ao Estado e a qualquer coletividade à qual se integre, mas que vê na pessoa humana um ser situado, concreto, que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes.

---

<sup>275</sup> COSTA. Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil, p. 75: In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>276</sup> NALIN. Paulo. Do contrato: conceito Pós-Moderno (Em busca de Sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional). Pensamento Jurídico, Curitiba: Juruá, 2004, vol.II. p.212

Essa nova realidade, sustentada por Paulo Nalin, destoa do simples adimplemento da obrigação em prol do sujeito ativo da situação. Ao contrário, estão presentes todos os elementos do complexo interativo pactuado entre as partes, havendo reciprocidade e possibilidades de desdobramentos, voltados à manutenção do equilíbrio e da boa-fé dos atores<sup>277</sup>.

Luís Edson Fachin, destaca que o pórtico de ingresso ao Código Civil – parte geral – traz roupagem diferencial ao instituto dos atos negociais. Assim, há cláusulas gerais que submetem o intérprete a averiguação investigativa e abrangente, as quais podem resultar na manutenção da equidade e de respeito ao contratante menos aquinhado. Assim ele diz: “Sabe-se que quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata, e que quem contrata não contra mais apenas o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos<sup>278</sup>”.

Nesse sentido, aliás, Luiz Fernando Coelho aduz da necessidade de afirmação da dignidade humana. Para ele, o saber jurídico contemporâneo enfrenta situações/dimensões novas diferenciais daquelas vividas outrora pela sociedade. Ainda assegura da importância desta concepção diferencial, pois, através dela, se poderão vislumbrar soluções/respostas, almejadas pela sociedade atual<sup>279</sup>.

A busca do equilíbrio contratual requer novas formulações humanísticas com intuito de reconstrução social e pensamentos inovadores, desligados da pura economicidade e de princípios fechados a dogmas, cujos pressupostos assentam-se em ideários do neoliberalismo e da economia capitalista-global. “Mas o que denomino teoria crítica do direito é uma primeira tentativa de formulação de princípios não-dogmáticos, abertos ao debate e ao enriquecimento, uma reunião inicial de novas categorias para pensar, repensar, construir e reconstruir a sociedade, valendo-se do espaço jurídico, que é nosso campo de ação<sup>280</sup>”.

Como vimos a discussão em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ainda continua sendo imbricada em face da luta de certos setores doutrinários

---

<sup>277</sup> NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-Constitucional, op.cit. p.213. “O enredo constitucional da segurança jurídica não está mais no fim do contrato (adimplemento), posta, exclusivamente, em favor do credor (titular ativo da situação). Ela está em todos os momentos da complexidade obrigacional em vista de ambos os titulares. Tratar, pois, atualmente, de segurança jurídica contratual, significa encarar o contrato como um todo jurídico, nos seus plúrimos desdobramentos objetivos e subjetivos, focando, especialmente o seu contínuo equilíbrio.”

<sup>278</sup> FACHIM, Luís Edson. Teoria crítica do direito Civil. p. 311.

<sup>279</sup> COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. Belo Horizonte: Delrey, 2003. p. 302 e 303.

<sup>280</sup> COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito, op.cit. p. 325.

pela imunidade da autonomia da vontade dos sujeitos em relação ao direito constitucional. Porém, no viés do Estado Democrático Constitucional de Direito, devemos sempre buscar precipuamente a satisfação dos interesses públicos e individuais e, ao cabo, atuar de forma fidedigna na valoração da cidadania e dos direitos fundamentais e não mais apenas nas transações econômicas.

Para dissertarmos, no entanto, a respeito dos negócios privados hodiernos faz-se necessário, investigar, ao menos, de forma sucinta as decisões judiciais que envolvem a proteção dos direitos fundamentais e, por conseqüência, a sua proteção nesta linha objetiva de proteção direcionada a proteção do cidadão.

Dois prismas devem ser abordados a nosso ver quando da análise do caso concreto. O primeiro – referente ao método da subsunção individualista –, modelado pela tradição românico-germânica e o outro, referente à fundamentação da Constituição Federal que não repercutiu nas decisões judiciais brasileiras. Embora decidam pela aplicabilidade direta da Constituição nas relações privadas, são carentes de preceitos constitucionais, bem como se valem de critérios antagônicos para a proteção dos direitos humanos.

Já na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raríssimas exceções, estes julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que de lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, ainda não encontrou eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre os condicionamentos e limites para aplicação dos direitos humanos na esfera privada.<sup>281</sup>

Da leitura do transcrito acima, nota-se que o Poder Judiciário brasileiro possui um papel fundamental para que se concretize a redução das desigualdades sociais e que, com o ingresso do direito constitucional nas relações privadas de forma direta e efetiva, se dê uma igualdade material nos contratos privados e relações entre os entes particulares para que se evitem práticas atentatórias ou degradantes aos Direitos Humanos.

---

<sup>281</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumem Juris., 2004, p.293/294.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temos a intenção de demonstrar, ao longo do texto, o que nos parece fundamental: a necessidade de que o ordenamento constitucional democrático seja protetor de seu povo, tanto de ameaças de entes públicos quanto privados, razão pela qual podemos dizer que não tivemos uma preocupação exacerbada de que as decisões colacionadas ao texto tenham seguido um viés do direito civil especificamente, podendo envolver outras searas do direito e até mesmo quiçá relações estabelecidas entre Estado e Cidadãos.

Podemos dizer que na atualidade faz parte do discurso acadêmico e dos operadores jurídicos a construção de um viés mais humanitário ao direito, voltado para uma maior proteção das pessoas e do rompimento com a forma de pensar do hermeneuta, nas várias searas do direito. De certa forma, as concepções tradicionais do direito positivo não encontram mais respostas para as questões imediatas vivenciadas pela sociedade atual.

Essa nova hermenêutica não mais se assenta na defesa apenas de interesses individuais, típicas, como se mostrou no texto, de um ponto de vista liberal-burguês – da primazia do privado em face do público –. Ao contrário, hodiernamente busca o direito agora novos horizontes, estes fundamentados essencialmente na constitucionalização do Direito, isto é: nesses tempos utiliza-se de uma lei superior às demais, a qual se volta a garantir os interesses gerais de todos os membros da sociedade através de uma ordem objetiva de valores (dignidade humana, cidadania democracia, direitos fundamentais, separação de poderes etc.).

Isto implica em uma maior tutela da pessoa humana impondo-se ao Estado o dever de proteger efetivamente os direitos fundamentais de forma ativa – de ameaças e ofensas – aos direitos inalienáveis do Ser Humano. No entanto, não há ainda na comunidade jurídica brasileira entendimento da Constituição, sobretudo, dos seus princípios basilares que se fundam no moderno Estado Democrático de Direito, o que resulta em uma interpretação desvinculada do seu real objetivo, qual seja: a concretização dos direitos fundamentais-sociais, como tem defendido o jurista Lenio Luiz Streck.

Parece-nos, assim, que ainda não há uma pré-compreensão do intérprete em valer-se do sistema constitucional brasileiro, o que resulta numa dificuldade em livrar-se das amarras do positivismo, da hermenêutica à luz do direito civil tradicional. Destarte, os juristas brasileiros ainda trazem consigo paradigmas registrados da insurgência do direito

privado, no qual impera a técnica da mera subsunção dos códigos legais, isto é, de uma hermenêutica clássica (quase apenas gramatical) de interpretação de leis. Aliás, alguns julgados colacionados no último capítulo demonstram bem esta assertiva, ou seja, não raras vezes, o sentido e o alcance da interpretação se dá maneira oposta à lógica constitucional. Assim, os operadores do direito interpretam a Lei Maior à luz da legislação de nível infraconstitucional, algo que deve ser fortemente abolido da prática jurídica. Mas como modificar esta situação?

Somente conseguiremos êxito na reversão desta realidade por meio da constitucionalização do Direito, como já antecipado, a qual repercute sobre os diferentes Poderes Estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), todos observando as suas respectivas competências. Devem promover os fins estatuídos na Magna Carta de 1988 os quais estabeleceram normas de direito positivo visando à garantia incondicional da proteção de direitos fundamentais outorgados ao seu povo. Porém, é inegável a importância do Poder Judiciário no Estado Constitucional Moderno, pois a jurisdição constitucional no Brasil pode e deve ser exercida, difusamente, por todos os juízes e tribunais, o que lhe oportuniza, valendo-se quando haja conflitos de direitos fundamentais de uma teoria jurídica apta a solucionar adequadamente o caso concreto, sem esquecer de resguardar uma necessária interferência do Direito Constitucional na proteção do povo menos aquinhoado e que não possui os direitos sociais garantidos de fato.

No Direito comparado várias soluções foram adotadas para que houvesse uma maior proteção dos particulares e de seus direitos fundamentais. No direito tedesco, por exemplo, podemos dizer que embora tenha havido uma grande discussão no plano dogmático de como se dava tal proteção, o direito constitucional teve na jurisprudência sempre primazia sobre o direito privado.

Nisto, a Corte Constitucional Alemã teve uma grande importância no sentido de que o Estado deve existir para proteger o seu povo e não o contrário. O famoso Tribunal Constitucional Alemão referiu-se ao conceito de Dignidade da Pessoa Humana – considerado o valor mais elevado da ordem constitucional germânica –. Esta concepção, todavia, igualmente dá guarida à liberdade e autodeterminação dos homens, mas não no sentido de um indivíduo isolado e auto-centrado, mas, pelo contrário, de uma pessoa vinculada com a comunidade. A necessidade de que o ordenamento constitucional democrático seja protetor de seu povo, tanto de ameaças de entes públicos quanto privados, razão pela qual podemos dizer que não tivemos uma preocupação exacerbada de

que as decisões colacionadas ao texto tenham seguido um viés do direito civil especificamente, podendo envolver outras searas do direito e até mesmo quiçá relações estabelecidas entre Estado e Cidadãos.

O certo é que a interpretação da Constituição no direito alemão funda-se efetivamente nos valores contemporâneos do Direito Constitucional de Vanguarda e estes irradiam efeitos em todo o sistema jurídico (no direito privado ou público). Além disto, por sua vez, as instituições políticas e sociais devem proteger o interesse geral da sociedade e não apenas eventuais direitos individuais, resguardado, entretanto, o direito civil.

Com estes impulsos relativos à eficácia ótima das constituições, buscou-se de forma mais intensa vincular a todos – poderes públicos e particulares – aos direitos jusfundamentais, o que dali em diante começa a ser reconhecido de forma mais incisiva pela doutrina e pelos tribunais constitucionais. Todavia, embora tenhamos no direito comparado a aceitação de que os entes privados devam respeitar os direitos fundamentais, ainda há discussões teóricas intensas quanto à incidência mais incisiva ou mais branda nas relações entre os particulares - eficácia indireta ou direta da Constituição na relações de natureza civil-, conforme discorreu-se no segundo capítulo.

Por outro lado, podemos dizer que entre nós, o movimento translativo do direito tedesco chegou buscando firmar a Constituição para o centro do sistema jurídico, como aconteceu também na década de setenta em Portugal e Espanha, digamos tardiamente.

Os operadores do direito trabalham em uma instância de julgamento e censura que longe estão de serem mediadores de conflitos sociais – “entre excluídos e incluídos (socialmente)” – repletos de conflitos e contradições. Não consegue o jurista tradicional se dar conta de que a problemática está em buscar um viés inovatório livrando-se do *habitus* para interpretar a Lei, a sentença, em fim o discurso jurídico, acabam sendo diluídos pelo senso comum teórico.<sup>282</sup> Mas será que tal mudança na forma de pensar é possível? O jurista Konrad Hesse parece ter uma resposta adequada, para ele somente quando os juristas interpretarem a Constituição como uma ordem objetiva de valores e de uma forma que efetivamente tenha a Carta Constitucional força normativa<sup>283</sup> é que a Lei Fundamental será realmente a regra reguladora da sociedade. Isto só vai ocorrer se os juristas tiverem uma noção sociológica a respeito do direito constitucional.

---

<sup>282</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2004, p.71.

<sup>283</sup> Para tanto Hesse, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p.p.18 e 19

Trar-se-á neste capítulo a colação algumas decisões que acabam aguçando os operadores do direito, especialmente quando aferidas ao direito comparado e com os próprios instrumentos disponíveis ao hermeneuta na moderna Carta Política brasileiro de 1988. É pertinente lembrar que o artigo 5, parágrafo primeiro, da Magna Carta brasileira, determina que os direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata por parte dos poderes públicos.

É fácil constatar que no Brasil, conforme se verá com as decisões judiciais trazidas ao longo do terceiro capítulo, que há ainda um fortíssimo movimento ligado ao direito tradicional – num prisma positivista e dogmático – distante da realidade social atual. Falando-se dos negócios privados econômicos no instituto da *pacta sunt servanda* e pretendendo igualar nestes contratos pessoas miseráveis com os grandes banqueiros. Veja-se, por exemplo, quando o Poder Judiciário determina a prisão, nos contratos que haja fidúcia, determinado que miseráveis paguem as suas dívidas coercitivamente mesmo que estes últimos não tenham condição alguma de pagar.

Ainda valendo-se deste prisma de um modelo liberal de Estado – que ele seja o único adversário dos direitos fundamentais, conforme decisão da Ministra Elen Gracie, que entende não ser permitido ao Estado intervir nas relações privadas, excluindo-se os direitos fundamentais das relações de natureza civil, como por exemplo, o direito constitucional da ampla defesa e o contraditório. Entendeu a Ministra como ficou exposto no terceiro capítulo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Como assevera a Ministra “cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles. A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor.”

A Carta Constitucional Brasileira, não há como olvidar, segue estes avanços havidos nos últimos anos em prol da defesa dos direitos humanos, deslocando todo o sistema jurídico em torno de seus preceitos. É bem por isto que o legislador constituinte originário positivou um vigoroso rol de direitos fundamentais visando uma maior isonomia de direitos e deveres a todo o seu povo, inclusive, de aplicabilidade direta e imediata nos termos do artigo 5, parágrafo primeiro, da Carta Constitucional.

Apesar do que ficou exposto no parágrafo anterior, os princípios constitucionais expressos no texto constitucional não conseguiram obter uma real eficácia social e não são

cumpridos pelo Estado, ficando difícil neste contexto – para não dizer utópico – falar-se em vinculação dos particulares aos direitos jusfundamentais.

Ainda que a interpretação do direito nestes novos rumos democráticos e de proteção em tese absoluta dos direitos humanos tenha começado a aparecer aqui no Brasil, é fácil constatar que ela não atingiu um padrão razoável de pré-compreensão por grande parte dos operadores do direito. Tal é a realidade brasileira, em que a democracia moderna não foi jamais implementada, pois o que ocorreu e segue ocorrendo, na verdade, é uma total distorção da mesma, por intermédio do medo do novo, da hermenêutica dos códigos, assentada no individualismo.

Isto tudo acontece porque no Brasil, ao longo de sua história, a elite política dominante sempre pensou em si e desprezou a maioria da população. De fato ela sempre forjou uma tradição política, jurídica e filosófica de cunho nitidamente liberal a qual, em verdade, lhe protege os seus interesses. Não é de impressionar que em nosso país impere a supremacia do Código Civil, eis que esta concepção de direito é a que serve justamente para fortalecer os entes privados de grande capital econômico, setor da sociedade onde está radicada a elite política brasileira.

Neste contexto, o grande capital se torna concorrente ao Poder do Estado, sendo em alguns casos superior àquele, pois alguns sujeitos de vasto poder econômico influenciam decisivamente as decisões políticas fundamentais tomadas pelos poderes públicos, o que enfraquece os direitos fundamentais da população.

Da mesma forma, como há uma elite financeira interna, em nosso país existe um inimigo ainda maior aos direitos do homem que são os grandes conglomerados econômicos internacionais. Vê-se que os efeitos da política neoliberal e o da globalização da economia têm aumentado ainda mais o número de excluídos que não possuem acesso aos direitos sociais mínimos, como foi abordado no primeiro capítulo desta dissertação. A consequência destes fenômenos resulta na reprivatização do direito, que é uma ameaça brutal às constituições dirigentes, que são de fundamental importância ao resguardo dos Direitos Humanos, principalmente nos países periféricos onde as dificuldades de concretização destes já são muito maiores. Diante de tal constatação entendemos que a única forma de evitar o colapso das constituições dirigentes é acabar com a reprivatização do direito e adotar a teoria da máxima eficácia da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Doravante, essa teorização de uma intensa eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares – que abarca o maior ingresso dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e de sua própria efetividade –, deve ser recepcionada cuidadosamente, no caso concreto, pois, como defende Robert Alexy, ela é um problema em construção no referente a toda a problematização surgida entre os direitos fundamentais e as relações travadas entre os cidadãos.<sup>284</sup>

Este problema levantado por Alexy nos remete, de certo modo, a uma busca tão necessária a uma maior proteção dos particulares no sentido de garantir-lhes os direitos fundamentais. Mas quais os efeitos práticos e o grau de incidência dos direitos fundamentais entre os particulares? O Jurista tedesco indaga “como” se dá esta vinculação é “até onde” se dá. Nestas perquirições nota-se que ele busca saber o real alcance dos direitos fundamentais nas relações privadas. Apesar desta tentativa, o jurista alemão se deparou com um problema de difícil solução que ainda não foi possível solucionar adequadamente.

De outra parte, as adversidades aqui no Brasil são muito maiores daquelas encontradas por Alexy, pois, além da incerteza teórica, os direitos fundamentais obtêm pouca eficácia nas relações de direito privado, algo que somente pode ser resolvido com uma hermenêutica extremamente comprometida com o princípio da força normativa da Constituição. Isto é necessário, porque em nossa sociedade verifica-se que muitos setores são atingidos pela injustiça social sem que haja políticas públicas que garantam direitos mínimos para a concretização de uma cidadania plena, envolvendo, por exemplo, a educação, a saúde e a previdência social, o que nos obriga a dar a maior concretização possível a nossa Carta Constitucional, para reverter este processo perverso desgraça social.

Além do que ficou exposto acima, pensamos que a única via possível de terminar com o ciclo de destruição social é a cidadania, tal seja, numa conduta dos indivíduos pautada pela consciência de seus direitos e deveres com relação a si e com a sociedade, sobretudo, com uma forma de pensar compromissado com uma sociedade mais justa e humana, mormente com as parcelas mais necessitadas da sociedade que até o momento foram abandonadas por todos.

Em suma a conduta do operador do direito (do advogado) obrigatoriamente deverá se fundar nas bases teóricas propugnadas no texto desta dissertação para de alguma

---

<sup>284</sup>ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p.511.

forma influenciar o poder judiciário através de suas petições (que representam as pretensões do povo) fundamentadas na moderna concepção do Estado Constitucional Democrático, as quais levarão ao conhecimento dos magistrados uma visão mais humana do direito a qual quem sabe um dia triunfará nos tribunais.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre os particulares. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.
- ARNAUD Arnaud-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. (Org.). *Dicionário da Globalização*. Direito. Ciência Política. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas- limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E.Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus editora, 1992
- BROTÓNS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional*. Coordenador general. Alberto Alonso Ureba, Madrid,. McGraw-Hill. 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Almedina Editora – Portugal, 2006 - Reimpressão da Edição de 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

- COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Civil*, v 1. São Paulo: Saraiva 2003.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Belo Horizonte: Delrey, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. Friedrich Müller: o autor e sua obra. In: Prefácio da obra *Quem é o Povo? A questão Fundamental da Democracia*. Trad. Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. São Paulo Max Limonad, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Mirando. A Transcrição da conferencia proferida no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Academia Brasileira de Direito Constitucional. *Revista de Estudos Criminais*, n. 10. Curitiba.
- COSTA. Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil, In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- DAVID, Sáchez Rúbio; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo (Org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2004.
- FACHIM, Luiz Edson. In: *Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexos histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FACHIM, Luis Edson. *Teoria crítica do direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.
- FARIA. José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FARIA. José Eduardo Faria. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- FIORI, José Luis. *Os Moedeiros Falsos*. Petrópolis: Vozes, 1998, .

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONO FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Vol., IV, São Paulo: Saraiva, 2005.

GRUPPI, Luciano. *Tudo Começou com Maquiavel*. Tradução de Dario Canali, 16. ed. Porto Alegre: L&PM, 2001.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998.

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

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos*. O Breve Século XX, 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFMEISTER, Wilhelm. *Cadernos Adenauer VII*, (2006), n. 2. Educação e pobreza na América Latina. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junho de 2006.

JAGUARIBE, Hélio. Brasil: o que resta fazer? *Cadernos Adenauer*, VII (2006), n. 3. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, setembro de 2006.

JEFFERSON, Thomas. In: Friedrich Muller. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann e Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 1998.

KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e Mitos do Desenvolvimento Social*. Tradutor: Sandra Trabucco Valenzuela, Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez. Brasília, DF, UNESCO, 2001.

KUNTZ, Rolf. *Qual o Futuro dos Direitos?* Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. In: FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o Futuro dos Direitos?* Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. De Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica-Ed. Líder, 2004.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stönnnes. Rio de Janeiro: Líber juris, 1985.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado Cidadania e Poder Político na Modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; ROCHA, Carmem Luiza Dias de Azambuja. A influência da judicial review na formação do sistema misto de controle de

constitucionalidade brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Anuário do Programa de Pós-graduação em direito – Mestrado e Doutorado*, 2003.

MARX, Karl. *Para a Questão Judaica*: Lisboa: Arante, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOUNIN, Georges. Maquiavel. *Biblioteca Básica de Filosofia*, n. 25, São Paulo: Livraria Martins Fontes. Tradutor Joaquin João Coelho Rosa.

MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a lei Fundamental. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

NEGREIROS, Tereza. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS. Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n. 67, 1998/1999

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de Maria Cristina de Cicco.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil e Perspectiva Histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Democracia, Direitos Humanos e Globalização Econômica: Desafios e Perspectivas Para a Construção da Democracia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/publica/500anos/flavia.htm>>. Acesso em: 14 out. 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Democracia, Direitos Humanos e Globalização Econômica: Desafios e Perspectivas Para a Construção da Cidadania no Brasil*. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/publica/50anos/flaviahtm>>. Acesso em: 25 out. 2005

RÚBIO, Davi Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera e CARVALHO. *Salão de Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

ROCHA, Leonel Severo Rocha; STRECK, Lenio Luiz (Org.) A influência da judicial review na formação dos sistemas misto de controle de constitucionalidade brasileiro. In: *Anuário do Programa de Pós-graduação em direito – Mestrado e Doutorado*, 2003.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais “Mínimo Existencial” e Direito Privado: Breves Notas Sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre particulares. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Torres/Daniel Sarmento, Flávio Galdino (Org.)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: editora Malheiros, 2004.

- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- WIEACHER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Colouste Guibenkien, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SÃO PAULO. *Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado*. São Paulo, 04 nov. 2002. Disponível em: <[www.bovespa.com.br](http://www.bovespa.com.br)>. Acesso em 17 jul. 2006.
- UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- VALE, André Rufino do. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.
- WOISCHNIK, Jan. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldine Ferreira. Prefácio: Jan Woischnik. Coletânea original: Organização e introdução Leonardo Martins; Jürgem Schwabe. Konrad Adenauer-Stiftung- Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2005.
- ZYGMUNT, Bauman. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 24.931/SP, Relator Ministro Pádua Ribeiro, DJ de 12/8/03). Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 20 maio 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Hábeas Corpus n 81319 / GO – Habeas Corpus, Relator(a): Min. Celso de Mello, Rel. Acórdão Julgamento: 24/04/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: Dj 19-08-2005, pp. 00005 Ementário, vol, 02201-02, pp. 00186 RJSP v. 53, n. 335, 2005.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. In: *Diário Oficial da União*, de 19/09/1946. Biblioteca do Senado. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 02 abr. 2007.

\_\_\_\_\_ Habeas Corpus n. 149.518-GO, orientação da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 20 maio 2007.

\_\_\_\_\_ EREsp n. 149.518/GO, Diário da Justiça da União, em 28.02.2000, Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 20 maio 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Diário da Justiça, 07.06.96, Ementário O 2, 30/04/96 S- 2ª Turma-, Recurso extraordinário n. 158215-4. Rio Grande do Sul - Relator Ministro Marco Aurélio. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e Outros. Recorrida: Cooperativa Mista São Luis Ltda.

\_\_\_\_\_ 17.10.2006. Relatora: Originária: Min. Ellen Gracie, Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Recorrente: União Brasileira de Compositores UBC e recorrido: Arthur Rodrigues Vilarinho.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70012103792, Nona Câmara Cível do TJRS. Federação Sul Rio-Grandense de Radioamadorismo Labre RS e Casa do Radioamador Gaúcho GRAG e José Alfredo Alcovia de Barcellos, Apelantes e apelados, respectivamente. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 23 maio 2007.

\_\_\_\_\_ Agravo de Instrumento n. 70004482790, Julgamento em 19 de junho de 2002, pela Sexta Câmara Cível do TJRS; agravante: Prática Comércio de Hortifrutigranjeiros Ltda; agravado: Márcio Salles Dias, Julgado em 19 de junho de 2002. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 23 maio 2007.

\_\_\_\_\_ Apelação Cível, n. 70013752316, 7ª Câmara Cível, Comarca de Carazinho, O.F., Apelante, A.S.N, Apelado, julgado em 12 de abril de 2006.

\_\_\_\_\_ Apelação Cível Décima Quarta Câmara Cível, n. 70.004.485.546, TJRS, Porto Alegre, João Luiz Miranda Naibert. Apelante: HSBC Leasing Arrendamento Mercantil S/A, 2ª. APELANTE/APELADO. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 23 maio 2007.