

Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*

Ingo Wolfgang SARLET**

SUMÁRIO: 1. Introdução: breves notas sobre o assim designado neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito; 2. Breves considerações sobre o conteúdo e significado dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira; 3. Observações sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado; 4. A defesa de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas; 4.1. Alguns pressupostos; 4.2. Argumentos contrários a uma eficácia apenas indireta e em prol de uma eficácia direta *prima facie*; 5. Concretização: a identificação e desenvolvimento de algumas pautas de solução e a apresentação de alguns exemplos; 6. Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo visa a analisar os aspectos nucleares da discussão travada no Brasil (em nível doutrinário e jurisprudencial) sobre as relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, apresentando um panorama da matéria em seu estado atual no país.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Neoconstitucionalismo. 2. Direitos fundamentais. 3. Constitucionalização.

ABSTRACT: *This article seeks to analyse the nuclear aspects of the discussion (on a doctrinal and jurisprudential level) about the relations between fundamental rights and private law, thus presenting an overview of the subject in its current state in Brazil.*

KEYWORDS: 1. Neoconstitutionalism. 2. Fundamental rights. 3. Constitutionalization.

1. Introdução: breves notas sobre o assim designado neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito

* O presente trabalho corresponde, em termos gerais, ao texto que serviu de roteiro para apresentação por ocasião de seminário realizado em agosto de 2006 na Alemanha (nas dependências do Convento situado na Fraueninsel, Chiemsee, Baviera) e coordenado pelo Prof. Dr. Jörg Neuner, Catedrático da Universidade de Augsburg, objeto de publicação na Alemanha (in: Jörg Neuner (Org), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 81-104) e em Portugal (in: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Wolfgang Sarlet (Org), *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 111-144).

** Professor Titular de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC/RS e da AJURIS. Professor do doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha. Doutor em Direito pela Universidade de Munique.

A evolução do constitucionalismo contemporâneo, sobretudo em função dos câmbios substanciais (tanto na perspectiva do direito constitucional positivo, quanto da teoria constitucional) operados desde a Segunda Guerra Mundial, tem servido de justificativa para que, já de há algum tempo, se possa efetivamente falar da ocorrência de uma mudança no âmbito do próprio paradigma do Estado Constitucional, de tal sorte que, numa certa perspectiva, é possível falar, na acepção desenvolvida e difundida especialmente por Miguel Carbonell, de um neoconstitucionalismo, ou mesmo – o que parece ser mais apropriado – de um conjunto de neoconstitucionalismos, já que também o assim designado Estado Neoconstitucional pode apresentar uma multiplicidade de dimensões¹.

Sem que se pretenda aqui aprofundar a questão do neoconstitucionalismo em si mesma, importa, no entanto, enfatizar que um dos principais fenômenos operados no âmbito justamente dessa evolução constitucional referida é o da constitucionalização, por conta, em especial, da afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes, de toda a ordem jurídica. Tal fenômeno, embora possa ser observado como sendo mais ou menos relevante em praticamente todos os sistemas jurídico-constitucionais contemporâneos, assume particular relevância no campo da incidência dos direitos fundamentais sobre os diversos ramos do Direito, resultando em farta produção doutrinária e jurisprudencial, além de constituir, sem receio de algum exagero, de um dos temas centrais da discussão constitucional atual. É evidente, por outro lado, que a atualidade, a relevância e a intensidade do debate não tem sido as mesmas em cada lugar, o que, sem que se possa aqui entrar em detalhes, encontra-se não apenas na dependência dos textos constitucionais, mas de uma multiplicidade de fatores, mesmo que diretamente estranhos ao Direito.

Assim, ao passo que na Alemanha (assim como nos demais Estados da Europa e mesmo no âmbito do Direito Internacional) já se vem discutindo há pelo menos meio século – ressalvadas algumas manifestações anteriores – sobre as relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, para países como o Brasil cuida-se de um tema relativamente novo. Embora se possam identificar algumas vozes isoladas que já há mais tempo pugnam por uma aplicação dos direitos fundamentais na seara do Direito Privado, ou, pelo menos, apontam para algumas dimensões desta temática, certo é que o debate propriamente dito, seja na doutrina, seja na jurisprudência, é

¹ Cf. Miguel Carbonell, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, in: Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, p. 09 e ss.

relativamente recente, coisa de aproximadamente no máximo quinze anos. Isto se explica, em primeira linha, pelo fato de que apenas com a promulgação da atual Constituição Federal Brasileira, em 05.10.1988, após aproximadamente vinte anos de regime militar, tanto a Constituição quanto os direitos fundamentais passaram a ser novamente levados a sério como fonte primeira e vinculativa do Direito, ainda que tal reconhecimento tenha encontrado alguma resistência. A Constituição anterior (1967-69) certamente não poderia ser considerada, já pela sua manifesta ausência de legitimidade democrática², um parâmetro adequado para o restante da ordem jurídica, de tal sorte que a postura então prevalentemente resistente a uma constitucionalização do Direito, não apenas se revela compreensível como também merecedora de aplausos, especialmente quando representativa de um ato de resistência à outorga constitucional.

Observando-se, em contrapartida, a evolução mais recente, merece ser sublinhado que os primeiros esforços efetivos para o tratamento do tema no Brasil foram empreendidos basicamente por alguns autores do Direito Privado. A doutrina constitucionalista, por sua vez, apenas algum tempo depois passou a se ocupar mais detidamente da matéria, colocando as relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado no centro da discussão, ao passo que a dogmática do Direito Privado, pelo que se pode avaliar a partir da produção científica prevalente, acabou priorizando, a partir de uma perspectiva mais ampla, um Direito Civil-Constitucional, engendrado no âmbito de uma interpretação conforme a Constituição (aqui tomada também em sentido mais aberto, de uma filtragem constitucional da normativa infraconstitucional), fortemente influenciada por alguns nomes conhecidos da doutrina italiana nesta seara³. Os cultores do direito constitucional, por seu turno, especialmente em função da influência da experiência alemã, espanhola e portuguesa, têm tratado do tema no contexto de uma eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, entre outros aspectos, explorando a controvérsia em torno de uma eficácia indireta ou indireta dos direitos fundamentais, aspecto que os autores oriundos do Direito Privado, pelo menos em termos gerais e numa fase inicial, pouco levaram em conta, sem que se

² Sobre a ilegitimidade já da Constituição de 1967 (mesmo sem considerar a outorga da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que, por assim dizer, decretou o fim de qualquer resquício de legitimidade que a versão inicial, de 1967, pudesse ter) v. especialmente Ruy Ruben Ruschel, *Direito Constitucional em Tempos de Crise*, 1997.

³ Dentre outros, destaca-se aqui o nome de Pietro Perlingieri, que, por sua vez, influenciou profundamente alguns dos pioneiros da constitucionalização do Direito Civil no Brasil, como é o caso dos professores Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin e Maria Celina Bodin de Moraes, apenas para citar alguns dos nomes mais expressivos e que podem ser considerados fundadores e principais representantes do movimento em prol de um Direito Civil-Constitucional e cujos discípulos (dentre os quais destacamos aqui Teresa Negreiros, Ricardo Aronne e, mais recentemente, Carlos Eduardo Pianovski Rusyk) têm protagonizado um fecundo debate e uma notável mudança de paradigma no Direito Brasileiro.

esteja aqui a emitir qualquer posicionamento a respeito do maior ou menor acerto de cada um dos caminhos trilhados.

De outra parte, convém registrar que a expressiva influência da literatura e jurisprudência estrangeira também nesta seara inexoravelmente tem por conseqüência que uma investigação sobre a evolução no âmbito das relações entre direitos fundamentais e o Direito Privado no Brasil acabe refletindo boa parte da discussão promovida em outros lugares (com destaque, no que concerne às fontes mais acessadas para efeitos desta perspectiva, para a Alemanha, Espanha e Portugal⁴), seja na teoria, seja na prática jurisprudencial. Mas também a consideração das peculiaridades da ordem jurídico-constitucional brasileira é cogente, o que nem sempre tem sido suficientemente levado a sério. Neste sentido, com inteira razão Claus-Wilhelm Canaris, quando, embora apontando para a circunstância de que o tema de há muito já transpôs as fronteiras das ordens jurídicas nacionais e que não se deve deixar de observar as vantagens de um diálogo cada vez mais aberto a modelos transnacionais e estruturas argumentativas de cunho universal, adverte, todavia, sobre a necessidade de

⁴ Dentre tantos, referem-se – no que diz com a literatura Alemã - Konrad Hesse (especialmente em virtude da tradução para o Espanhol do seu ensaio sobre as relações entre a Constituição e o Direito Privado), Robert Alexy (no caso, sua Teoria dos Direitos Fundamentais) e, mais recentemente, Claus-Wilhelm Canaris (autor da obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, traduzida para o Português e publicada pela Editora Almedina, Coimbra, além do ensaio sobre o tema publicado na presente coletânea) e Jörg Neuner (com um artigo sobre o tema publicado no Brasil, precisamente na presente coletânea). No âmbito da doutrina espanhola, indubitavelmente a obra mais influente segue sendo a de Juan Maria Bilbao Ubillos, igualmente autor contemplado nesta obra coletiva. Mas a influência mais significativa é oriunda de Portugal, conseqüência da larga difusão no Brasil especialmente das obras de José Joaquim Gomes Canotilho (com destaque para o seu *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, e, mais recentemente, dos artigos relacionados ao tema coligidos nos seus *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, um dos quais também publicado nesta obra coletiva), José Carlos Vieira de Andrade, Jorge Miranda, Vasco Pereira da Silva (especialmente pelo seu ensaio dedicado ao tema e publicado já há vinte anos no Brasil), Antonio Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, Paulo Ferreira da Cunha, Jorge Reis Novais, Joaquim de Souza Ribeiro, dentre tantos outros (vale registrar que tanto José Carlos Vieira de Andrade quanto Paulo Mota Pinto são também co-autores desta obra) . No Brasil, sem que se vá neste momento apresentar uma listagem completa de autores e títulos (até mesmo pelo fato de que serão referidos oportunamente ao longo do texto), os primeiros ensaios a se ocuparem do tema das relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado já na perspectiva privilegiada pelo presente estudo e com forte influência da doutrina alemã (e para ficarmos apenas entre os autores oriundos do Direito Público) remontam aos anos 1990, com destaque para as contribuições de Gilmar Ferreira Mendes, in: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: 1999 (o ensaio sobre as relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado já havia sido publicado antes), Luís Afonso Heck, “Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil”, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS n° 16 (1999)*, p. 111-125 (este praticamente fazendo uma apresentação e defesa da tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas tal como sustentada na Alemanha), assim como Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in: o mesmo (Org), *A Constituição Concretizada*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000 (propondo, na ocasião, a adoção de uma eficácia direta *prima facie*, que será retomada neste trabalho). Note-se, ainda, que a influência italiana já foi devidamente registrada e se manifesta especialmente no âmbito da doutrina produzida pelos autores oriundos do Direito Privado e que, como já frisado, tem tido um papel fundamental na discussão e difusão da constitucionalização deste ramo do Direito no Brasil.

que as soluções para os problemas específicos devem levar em conta as circunstâncias e peculiaridades de cada ordem jurídica⁵.

Na seqüência, é nosso propósito discorrer sobre os aspectos nucleares da discussão travada no Brasil (em nível doutrinário e jurisprudencial) sobre as relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, renunciando-se a um detalhamento e uma análise crítica mais aprofundada, seja pelo propósito do presente trabalho, seja pelas suas limitações físicas, ainda mais considerando a farta literatura e jurisprudência existente. É preciso frisar, de outra parte, que se trata aqui essencialmente de uma apresentação da evolução do tema no Brasil e, portanto, de uma abordagem de caráter mais descritivo do que analítico-reflexivo. A jurisprudência colacionada limita-se, em princípio, a algumas decisões representativas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal brasileiros, não considerando, portanto (ressalvadas algumas exceções) a farta produção dos demais Tribunais. Com o fito de honrar o nosso propósito, iniciaremos com algumas observações sobre o conteúdo e significado (designadamente jurídico) dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, para, num segundo momento, apresentar as condições e fundamentos do reconhecimento, em princípio, de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil. Somente então serão desenvolvidos os aspectos mais relevantes da controvérsia em torno do modo pelo qual se dá a influência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, com destaque para as relações entre atores privados.

2. Breves considerações sobre o conteúdo e significado dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira

A Constituição Federal de 05.10.1988 agasalhou, no seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) um extenso e diferenciado rol de posições jurídicas expressamente designadas de fundamentais, logo após ter enunciado os princípios e objetivos fundamentais, dentre os quais desponta a dignidade da pessoa humana, expressamente guindada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. Sem que se possa aqui adentrar a discussão em torno da qualidade “jusfundamental” de todas as posições jurídicas consagradas (mais de uma centena) no Título II, comungase da tendência majoritária no sentido de reconhecer que todos os direitos e garantias lá positivados são fundamentais e que em favor da opção expressa do Constituinte milita uma presunção em prol da fundamentalidade tanto dos assim designados

⁵ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, no prefácio de sua obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (Tradução de Ingo W. Sarlet e Paulo M. Pinto do original Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz), Coimbra: Almedina, 2003.

direitos e deveres individuais e coletivos, quanto dos direitos sociais (incluindo extenso elenco de direitos dos trabalhadores), dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos. Não fosse assim – e sem que se vá aqui considerar outros argumentos – os poderes constituídos passariam a ter a prerrogativa de, com base em critérios exclusivamente materiais de fundamentalidade (por exemplo, uma determinada teoria de base ou orientação ideológica), refutar a condição de direitos fundamentais a alguns (ou mesmo muitos, a depender da concepção de fundo utilizada) dos direitos enunciados pelo Constituinte ou mesmo negar-lhes, no todo ou em parte, seu regime jurídico privilegiado. Que a decisão em favor da fundamentalidade de todos os direitos e garantias como tais consagrados na Constituição (que, de resto, abarcam também direitos previstos em outras partes do texto constitucional⁶) não significa necessariamente um tratamento jurídico equivalente de todos os direitos fundamentais (especialmente no concernente à sua proteção, eficácia e efetividade), há de ser igualmente considerado como pressuposto da nossa análise e também corresponde, na sua essência, ao pensamento dominante hoje no Brasil, o que não equivale a dizer que o regime jurídico dos direitos fundamentais não seja substancialmente o mesmo.

A despeito de algumas críticas encontradas na literatura⁷ e sem prejuízo de outros critérios distintivos⁸, a Constituição Brasileira de 1988 também traça a distinção, de modo expresso, entre direitos humanos (aqui considerados como posições jurídicas de qualquer pessoa humana, reconhecidas e tuteladas pelo direito positivo internacional) e direitos fundamentais (estes como positivados – expressa ou implicitamente - no âmbito do direito constitucional)⁹. Isto, todavia, não leva à exclusão dos direitos humanos contidos nos tratados internacionais, visto que, uma vez incorporados corretamente (de acordo com os parâmetros constitucionais) à ordem jurídica interna, nesta também alcançam vigência e eficácia, a teor do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição, de acordo com o qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios e dos tratados internacionais de que o Brasil for parte. Que disso não resulta – pelo menos não de

⁶ Aqui, diversamente do que ocorre em relação aos direitos expressamente consagrados como fundamentais no Título II da Constituição, há que justificar a identificação de outros direitos fundamentais a partir de diretrizes materiais extraídas do próprio sistema constitucional, designadamente contidas nos Títulos I e II (princípios e direitos fundamentais). Não é à toa, aliás, que a expressa previsão de uma abertura material do catálogo constitucional dos direitos faz referência a direitos “decorrentes do regime e dos princípios...” (art. 5º, parágrafo 2º). Sobre o tema, v. para maior desenvolvimento, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.92 e ss.

⁷ Por exemplo, Sergio Rezende de Barros, *Direitos Humanos. Paradoxo da Civilização*, Belo Horizonte, 2003, p. 29 e ss.

⁸ Confira-se, por exemplo, a diferenciação proposta por Jörg Neuner, “Los Derechos Humanos Sociales”, in: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 9 (2005), p. 239 e ss.

⁹ Cf., por todos, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 33 e ss.

forma imune a controvérsias - qual precisamente a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos (e do direito internacional em termos gerais) na ordem jurídico-constitucional brasileira, resulta evidente e segue sendo objeto de intensa discussão.

Com efeito, mesmo que a doutrina majoritária (assim como boa parte da jurisprudência) tenha advogado a hierarquia constitucional (e, portanto, a condição de autênticos direitos fundamentais, no que diz com sua vigência na ordem interna) dos direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, por serem pelo menos materialmente fundamentais e por força do disposto no já referido artigo 5º, parágrafo 2º¹⁰, o Supremo Tribunal Federal, após ter, por muito tempo, equiparado todos os tratados às leis ordinárias, acabou por avançar na matéria, chancelando a hierarquia supralegal (mas ainda assim subordinada à Constituição!) dos tratados em matéria de direitos humanos¹¹, o que, embora possa ser considerado um importante passo a frente, ainda deixa de considerar os direitos humanos oriundos dos tratados internacionais como sendo autênticos direitos fundamentais, visto que submetidos a regime jurídico menos privilegiado.

Além disso, assume relevo a circunstância de que o Constituinte de 1988 agasalhou no texto constitucional praticamente todos os direitos consagrados no plano internacional, de tal sorte que, em termos práticos, os tratados de direitos humanos acabam por ter uma relevância mais subsidiária, ainda mais em sendo exploradas todas as possibilidades de dedução de posições jusfundamentais implícitas no sistema constitucional ou da identificação de direitos fundamentais dispersos na Constituição. Também por esta razão não se desenvolverá aqui a dimensão internacional da problemática ora versada, em que pese a influência dos direitos humanos e fundamentais sobre o Direito Privado constituir um complexo temático de considerável relevo e atualidade também no plano do direito internacional¹².

¹⁰ Cf., por todos, Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, 2006, p. 43 e ss.

¹¹ Cf. Recurso Extraordinário nº 466.341-1, Relator Cezar Peluso, com destaque para o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, que, além de sustentar a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos, considerou que a imposição da prisão civil nos casos de contratos de arrendamento mercantil seria ofensiva ao princípio da proporcionalidade.

¹² Cf., em caráter exemplificativo, Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, 1993, bem como Claus_Wilhelm Canaris, *Drittwirkung der gemeinschaftrechtlichen Grundfreiheiten*, in: Hartmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl e Andreas Vosskuhle (ed.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Tübingen, 2002, p. 31 e ss., bem como, mais recentemente, o texto de Christian Courtis, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, publicado nesta coletânea, bem como, posteriormente, reproduzido na obra organizada por António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 81-110.

De todo o exposto, já se constata que os direitos fundamentais formam, também e especialmente na ordem constitucional brasileira, um conjunto complexo e extremamente heterogêneo de posições jurídicas. Além do mais, verifica-se uma aceitação crescente da noção de que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão objetiva e subjetiva, da qual é possível extrair uma série de funções e efeitos, como, por exemplo, ocorre com os deveres de proteção estatais (e a correspondente noção de proibição de insuficiência ou de proteção deficiente, se assim preferirmos) e o reconhecimento de uma dimensão organizatória e procedimental (mas também democrático-participativa, no sentido de um *status activus processualis*, do qual nos fala Peter Häberle) dos direitos fundamentais¹³. Em função disso e da sua assim designada multifuncionalidade, também no Brasil os direitos fundamentais são compreendidos tendo sempre uma dupla dimensão negativa e positiva, portanto, como sendo tanto direitos de defesa quanto direitos a prestações.

A despeito de os direitos de liberdade (assim como os direitos de defesa de um modo geral) terem também uma dimensão positiva, visto que seu exercício e proteção pressupõe uma série de prestações estatais¹⁴, também é de se reconhecer uma dimensão negativa (defensiva) dos direitos sociais, o que pode ser bem ilustrado nos casos, entre outros, dos direitos à moradia e saúde, pelo menos naquilo em que está em causa a proteção destes bens fundamentais contra intervenções ilegítimas por parte do Estado e mesmo de terceiros. Também no âmbito do extenso elenco de direitos dos trabalhadores expressamente positivados na Constituição (artigo 7º e seguintes) encontram-se uma série de direitos de cunho defensivo típico, como é o caso do direito de greve, da liberdade de associação sindical e das proibições de discriminação nas relações de trabalho. Considerando tais peculiaridades da ordem constitucional positiva brasileira, os direitos sociais não podem ser compreendidos como sendo (pelo menos não exclusivamente) típicos direitos a prestações sociais estatais, visto que a concepção mais ampla de direitos sociais agasalhada pelo Constituinte de 1988 também abrange a proteção (negativa) da liberdade e de bens jurídicos de pessoas em posição social e/ou econômica de desvantagem¹⁵. Em termos comparativos, sempre é bom lembrar que em Portugal, onde parte dos direitos dos trabalhadores foi transferida, mediante alteração da Constituição, do capítulo dos Direitos Sociais, Econômicos e

¹³ Para maior desenvolvimento, no que diz com o Brasil, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, especialmente p. 166 e ss., mas também Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília, 2000, p. 152 e ss., bem como, mais recentemente, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2007, p. 116 e ss.

¹⁴ Cf., por todos, Stephen Holmes & Cass Sunstein, *The Costs of Rights. Why Liberty depends on taxes?*, New York-London: W.W. Norton & Company, 1999.

¹⁵ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 185 e ss.

Culturais para o capítulo dos assim designados Direitos, Liberdades e Garantias, há quem se refira a estes direitos sociais que não são de carácter prestacional como “liberdades sociais.”¹⁶

Esta evidente multifuncionalidade e heterogeneidade dos direitos fundamentais, pelo menos no que corresponde ao entendimento majoritário e para a generalidade dos casos, embora não exclua a dupla fundamentalidade formal e material de todos os direitos¹⁷, acaba por gerar importantes desafios e controvérsias não apenas no que diz com a concretização e proteção dos direitos fundamentais em geral, mas também para efeitos de sua aplicação na seara do Direito Privado e das relações entre particulares.

3. Observações sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado

Sem que se vá aqui enfrentar, de modo mais detido, a evolução histórica em termos de constitucionalização da ordem jurídica¹⁸, é significativo que as relações entre a Constituição (com destaque para os direitos fundamentais!) e o Direito Privado sempre se revelou como sendo pautada por um relacionamento dialético e dinâmico de influência recíproca¹⁹. Também por isso a relação entre a Constituição e o Direito Privado pode ser descrita pelo menos a partir de duas perspectivas: a do Direito Privado na Constituição e a da Constituição no Direito Privado²⁰.

Em primeiro lugar e ocupando um papel de destaque situa-se a eficácia da Constituição na esfera do Direito Privado (a Constituição no Direito Privado), onde se cuida principalmente de uma interpretação conforme a Constituição das normas de Direito Privado e da incidência da Constituição no âmbito das relações entre sujeitos privados,

¹⁶ Assim, por exemplo, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 385 e ss.

¹⁷ Sobre a dupla fundamentalidade formal e material v., por todos, as paradigmáticas lições de Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 473 e ss., que, todavia, exigem uma adequação aos parâmetros de cada ordem constitucional.

¹⁸ A respeito dos pressupostos e dimensões da constitucionalização da ordem jurídica de um modo geral (e não com ênfase na influência da Constituição na esfera do Direito Privado), v. especialmente, dentre tantos, Gunner Folke Shuppert e Christian Bunke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*, Baden-Baden: Nomos, 2000, assim como – embora na perspectiva da Itália – Roberto Guastini, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico”, in: Miguel Carbonell (Comp), *Neoconstitucionalismo (s)*, pp. 49-74. No Brasil, v., por último e em carácter meramente exemplificativo, a monumental coletânea organizada por Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento, *Constitucionalização do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, que reúne um expressivo número de ensaios gerais e específicos sobre o tema.

¹⁹ Sobre este tópico v., por todos, as ponderações de Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid: Civitas, 1995.

²⁰ Cf. anota Eugênio Facchini Neto, “Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado”, in: Ingo Wolfgang Sarlet (org), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, especialmente p. 35 e ss.

seja por meio da concretização da Constituição pelos órgãos legislativos, seja pela interpretação e desenvolvimento jurisprudencial. Além disso, importa não esquecer do fenômeno da inserção, na Constituição, de institutos originariamente oriundos do Direito Privado, em outras palavras, da presença do Direito Privado na Constituição. Justamente nesta hipótese, quando não estamos mais em face de institutos de Direito Privado propriamente ditos, mas sim, de disposições e normas constitucionais (que, por sua vez, incidirão na esfera jurídica privada por meio da outra via da constitucionalização!) é que não nos parece a solução mais adequada – pelo menos em termos terminológicos - falar em um Direito Civil-Constitucional ou de um Direito Privado com “status” ou hierarquia constitucional.

Apenas em caráter ilustrativo, vale referir alguns exemplos extraídos da Constituição Federal de 1988 e que apresentam direta relação com o Direito Privado: o direito à indenização por violação da honra, intimidade e da imagem (artigo 5º, Inciso X); a função social da propriedade e o direito de propriedade em termos gerais, que abrange também a propriedade intelectual e industrial (art. 5º incisos XXII-XXIX); o direito à herança (artigo XXX-XXXI); a tarefa do Estado no sentido de proteger o consumidor (artigo 5º, inciso XXXII); disposições sobre aquisição da propriedade por usucapião especial urbano e rural (Art. 183 e 191); proteção da família, do casamento, das uniões estáveis, assim como a vedação da discriminação entre os cônjuges e dos filhos (artigos 226 e 227), dentre tantos outros que poderiam ser colacionados.

Antes mesmo de adentrarmos o exame da possível eficácia dos direitos fundamentais (dos acima colacionados e de outros) no âmbito do Direito Privado, importa registrar que a problemática ora versada segue constituindo um tema teórico e prático atual e relevante, ainda que as constituições nacionais estejam gradativamente perdendo em centralidade, bastando aqui breve referência ao fenômeno da internacionalização do Direito, que, na Europa, assume feições particularmente relevantes. Soma-se a isso, a crescente perda da capacidade de regulação e de tutela, mas também da capacidade prestacional do Estado e do Direito estatal (também do Direito Constitucional!) no contexto da sociedade contemporânea ou pós-moderna, como preferem alguns²¹. Todavia, justamente os conhecidos déficits de proteção e regulação verificados numa

²¹ Sobre a influência da globalização sobre as ordens jurídicas, v., na literatura brasileira, especialmente José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999. Analisando a questão já mais voltada ao impacto na esfera das relações entre a Constituição e o Direito Privado, vale conferir, entre outros e a despeito de algumas divergências de opinião que aqui não serão desenvolvidas, as contribuições de Gunter Teubner, “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63 (2003), p. 1 e ss., bem como (embora priorizando um enfoque centrado na perspectiva europeia) Oliver Gerstenberg, “Private law and the new european constitutional settlement”, in: *European Law Journal*, vol. 10, nº 6, 2004, p. 766-786.

ambiência marcada pelo incremento dos poderes sociais e econômicos por parte de atores não estatais acabam, mesmo que de modo diferenciado, influenciando o debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o que também alcança os direitos sociais, notadamente no que diz respeito à privatização das funções e tarefas estatais, como, por exemplo, ocorre nos setores de fornecimento de energia, água, serviços de saneamento básico, telecomunicações, entre tantos outros.

Em função das crescentes ameaças aos direitos fundamentais - se não geradas pelo menos acirradas no contexto ora sumariamente delineado – houve mesmo quem chegasse a apontar para a necessidade de uma espécie de “privatização dos Direitos Fundamentais”, no sentido precisamente do reconhecimento da eficácia desses direitos na esfera das relações privadas²². Nesta quadra, sublinha-se que o Estado Democrático de Direito, que por definição é “amigo” dos direitos fundamentais²³, continua comprometido com a proteção efetiva dos direitos fundamentais também nos casos de violações e ameaças de violações oriundas de atores privados, não sendo à toa que a teoria dos deveres de proteção estatais e os seus diversos desdobramentos tenham alcançado tanta importância também para o debate a respeito do tema versado neste ensaio²⁴.

Como ponto de partida para a discussão, será possível assumir como correta a premissa de que os direitos fundamentais são constantemente (e no caso de Países periféricos como o Brasil, marcados por grandes contrastes econômicos, sociais e mesmo culturais, ainda com maior intensidade) violados e ameaçados na esfera das relações privadas. Assim, relativamente ao “se” de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares não se verificam objeções significativas, notadamente quando se compreende que esta eficácia não se restringe à problemática da vinculação dos particulares, abrangendo a influência da Constituição sobre os atos normativos infraconstitucionais de Direito Privado e sua aplicação judicial²⁵.

De outra parte, anunciamos desde logo que a concepção ora assumida como correta – para espancar qualquer dúvida a respeito – alcança igualmente os direitos sociais, também (mas não só!) pelo fato de não poderem ser reduzidos à noção de direitos a

²² Cf. Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford: 1993, p. 09.

²³ Neste sentido, entre outros, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 284.

²⁴ Bem explorando o ponto, notadamente o da eficácia protetiva dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, v. também e especial o contributo de Judith Martins-Costa publicado nesta coletânea (com destaque, no que diz com os deveres de proteção, aos itens I, B e II, B).

²⁵ Cf., por todos, Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 11 e ss., onde as principais constelações foram exemplarmente apresentadas: a) normas de Direito Privado; b) aplicação e desenvolvimento jurisdicional; c) comportamentos de sujeitos privados.

prestações estatais. Além disso, há de ser considerado que na sua dimensão prestacional os direitos sociais (e outros direitos a prestações, tomando-se o conceito em seu sentido mais amplo) possuem, em regra, um vínculo mais ou menos intenso com a dignidade da pessoa humana, especialmente onde se cuida da garantia de um mínimo existencial para uma vida digna, que, de resto, encontra reconhecimento mesmo no âmbito de determinadas concepções liberais de justiça social. Sem que se esteja aqui a considerar as necessárias diferenciações, a eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado (incluindo as relações entre particulares) pelo menos em princípio não é de ser refutada, ainda mais levando em conta o grande comprometimento da ordem constitucional brasileira com os direitos sociais e com a justiça social, que, importa destacar, constitui princípio informador da ordem constitucional econômica.

Em caráter complementar convém referir que no caso de direitos fundamentais cujo destinatário direto e principal é o Estado (como no caso da nacionalidade, dos direitos políticos e das garantias contra extradição, entre outros) uma eficácia na esfera das relações entre particulares resulta, em princípio, afastada, o que não significa que também nestes casos não se possa falar em uma eficácia mediata (indireta), como, aliás, já demonstrado no âmbito da literatura mais recente²⁶, aspecto que, todavia, não será desenvolvido neste ensaio.

Soma-se ao exposto que o próprio modo e a intensidade – em outras palavras, o “como” - e não apenas o “se” de uma eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado encontra-se também na dependência da concepção vigente da ordem constitucional concreta e do respectivo conteúdo e significado dos direitos fundamentais²⁷. No caso do Brasil, a despeito das constantes e significativas reformas constitucionais levadas a efeito, que atenuaram em muito o caráter prevalentemente estatizante, interventivo e nacionalista do texto originalmente aprovado pelo Constituinte, a Constituição de 1988 segue correspondendo mais a um modelo constitucional dirigente do que a uma Constituição do tipo “Quadro” ou “Moldura”, o que indubitavelmente implica limites mais acentuados à liberdade de conformação do legislador e da administração pública, bem como reforça a possibilidade de controle jurisdicional (o que também decorre das competências e instrumentos colocados à disposição do Poder Judiciário) dos atos

²⁶ V., por todos, Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p.350 e ss.

²⁷ No Brasil, na esteira do que na Alemanha já havia corretamente apontado Klaus Stern, tal entendimento foi recentemente recepcionado por Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, p. 107 e ss.

legislativos e administrativos²⁸. Nesta perspectiva, resulta no mínimo questionável a adoção, designadamente para efeitos das possibilidades e limites da constitucionalização do Direito no Brasil (especialmente no que concerne às relações entre particulares), do modelo de uma Constituição do tipo quadro (ou moldura), mesmo que não privilegiando uma concepção eminentemente liberal²⁹. De qualquer sorte, não é nosso propósito – considerando o objetivo e limites do trabalho – explorar todo o potencial desta discussão, mas apenas apontar para alguns dos seus pontos problemáticos.

4. A defesa de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas

4.1. Alguns pressupostos

Já na seara terminológica registra-se uma confusão não propriamente irrelevante. Assim, com o escopo de esclarecer o sentido adotado, observa-se que sob o rótulo genérico de uma eficácia “privada” ou de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, compreendemos, em primeira linha, a possibilidade de extração de efeitos jurídicos das normas de direitos fundamentais, de tal sorte que a eficácia jurídica sempre pressupõe um efeito vinculativo. Evidentemente que com isso estamos a assumir que quando se fala genericamente em uma eficácia privada esta não está sendo limitada à problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre atores privados, mas alcança também a influência da normativa constitucional sobre os atos dos agentes estatais. Com efeito, é por isso que se deve renunciar ao uso de expressões relativamente habituais (embora imprecisas) como “eficácia horizontal” ou a conhecida *Drittwirkung* (eficácia externa ou em relação a terceiros), o que cada vez mais tem sido objeto de reconhecimento no direito constitucional comparado, inclusive na própria Alemanha. Ainda neste contexto, acompanhamos, em princípio, a distinção traçada por Canaris relativamente às noções de validade e eficácia dos direitos

²⁸ Bem explorando a questão e demonstrando o caráter substancialmente dirigente da Constituição de 1988, v., especialmente Gilberto Bercovici, “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, in: *Revista de Informação Legislativa* nº 142, 1999, p. 41 e ss., e Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, 2002. Promovendo um debate com o constitucionalista e publicista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho, confira-se a coletânea organizada por Jacinto Nelson Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁹ Também por esta razão – embora se possa endossar a posição do autor no que diz com a consideração da relevância do modelo constitucional em si – há que manifestar certa reserva em relação à tese advogada por Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107 e ss.

fundamentais nas relações entre particulares³⁰, sem que se possa também quanto a este ponto desenvolver a discussão.

Também a íntima relação entre a dimensão processual e material da problemática e o reconhecimento da relevância da perspectiva processual do tema para o modo pelo qual se manifesta na prática a constitucionalização do Direito Privado e a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, será assumida aqui como um pressuposto da análise ora empreendida. A despeito da evidente interdependência, cuida-se de aspectos passíveis de tratamento (em função de um corte metodológico) distinto, de tal sorte que na presente abordagem será privilegiada a perspectiva material, pois em pauta está essencialmente a discussão em torno do “se” e do “como” de uma eficácia privada dos direitos fundamentais e não propriamente os aspectos procedimentais que lhe são afetos, designadamente no que diz respeito à implementação jurisdicional. Por outro lado, que a estrutura, as competências e os instrumentos da assim designada justiça constitucional exercem uma forte influência neste também neste contexto (da eficácia privada dos direitos fundamentais) não deveria ser negligenciado e conduz a diferenças muitas vezes relevantes para a discussão também sobre a dimensão substancial do problema entre as diversas ordens jurídicas³¹.

De outra parte, verifica-se a existência de uma confluência entre o que se tem convencionalmente designado de uma eficácia horizontal (mais precisamente, da eficácia na esfera das relações entre atores privados) e vertical (em relação aos agentes estatais) dos direitos fundamentais. Por um lado, as relações entre particulares são cada vez mais marcadas pelo exercício de poder econômico e social, portanto, não afastam situações de evidente desequilíbrio de poder entre os atores sociais e uma verticalidade similar e por vezes até mesmo mais evidente do que a encontrada nas relações entre os particulares e o Estado. De outra parte, a aplicação efetiva dos direitos fundamentais acaba sendo habitualmente implementada por meio de um agente estatal e, portanto, guarda conexão com uma ação estatal, o que ocorre mesmo no âmbito da assim designada eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, onde cabe ao Poder Judiciário a solução da controvérsia.

Assim, embora se possa questionar parte de suas premissas e conclusões, resulta evidente que a concepção dogmática elaborada pelo autor referido com base na teoria

³⁰ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 35 e ss.

³¹ Sobre este aspecto, v. especialmente Mark Tushnet, “The Relationship between Judicial Review of Legislation and the Interpretation of Non-Constitutional Law, with Reference to Third Party Effect”, in: András Sajó e Renata Uitz (Ed.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, 2005, p. 167-182, no âmbito de uma perspectiva juscomparativa.

dos deveres de proteção do Estado guarda relação direta com as observações precedentes. Com efeito, estando vinculado (diretamente) pelos deveres de proteção, o Juiz, aplicando os direitos fundamentais e cumprindo, portanto, com seu dever de tutela - no sentido de proteger os particulares uns contra os outros - estará assegurando a sua incidência na esfera das relações privadas, razão pela qual – segundo Canaris e, de resto (embora por razões nem sempre idênticas) para os demais partidários de uma eficácia apenas mediata - os particulares encontram-se apenas indiretamente vinculados pelos direitos fundamentais. Mesmo que se possa concordar com a tese de que são os órgãos estatais os destinatários diretos dos deveres de proteção estatais (o que não afasta a existência de deveres fundamentais por parte dos atores privados, inclusive de cunho protetivo), isto, no nosso sentir, não conduz inexoravelmente à correção da tese acima exposta, designadamente naquilo em que se refuta uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre atores privados, o que, por sua vez, ainda será objeto de maior desenvolvimento.

Nesta altura, registra-se que a concepção aqui adotada, no sentido de uma de certo modo simultânea e interdependente eficácia dos direitos fundamentais em relação aos agentes estatais e comportamentos dos sujeitos privados, não elide as diferenças existentes entre ambas as esferas de influência e nem afasta em princípio a distinção entre uma eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. O que se pretende, em primeiro plano, é reconhecer a necessária abertura em relação a uma compreensão da problemática da eficácia dos direitos fundamentais na seara do Direito Privado como constituindo um processo complexo, dialético e dinâmico, o que assume particular relevância justamente no que diz com o modo pelo qual se verifica concretamente esta eficácia.

Exatamente em função da complementariedade e influência recíproca entre a eficácia dos direitos fundamentais em relação a atos emanados de agentes estatais e atos de atores privados (em outras palavras, aquilo que habitualmente tem sido designado de uma eficácia vertical e horizontal) é possível partir da premissa de que uma estrita distinção entre ambas as manifestações da eficácia dos direitos fundamentais (tendo como critério o destinatário) não parece ser a melhor solução. Nunca é demais lembrar que na maior parte dos casos o legislador já editou alguma norma aplicável ao caso concreto, de tal sorte que a regulamentação legal ou se encontra (presentes os pressupostos) sujeita a uma interpretação conforme a Constituição ou eventualmente haverá de ser declarada inconstitucional, não sendo, neste caso, sequer aplicada. Talvez isto explique o porquê de – pelo menos até pouco tempo atrás – a maior parte dos

autores nacionais comprometidos com a constitucionalização do Direito Privado não terem considerado os aspectos específicos vinculados à distinção (mas não ausência de contato) entre a vinculação dos órgãos estatais e dos particulares aos direitos fundamentais.

Por outro lado, é preciso insistir que o reconhecimento da conexão entre a vinculação do Estado (de modo especial no que diz com a concretização dos imperativos de tutela constitucionais), por um lado, e dos particulares, por outro, aos direitos fundamentais (inclusive no que diz com a circunstância de que, em geral, existe uma regulação legal a ser aplicada) não afasta a possibilidade de uma defesa da tese de que, em princípio, as normas de direitos fundamentais possuem uma eficácia direta também na esfera das relações entre particulares, o que justamente será objeto de análise no próximo segmento.

4.2. Argumentos contrários a uma eficácia apenas indireta e em prol de uma eficácia direta *prima facie*

A Constituição Federal Brasileira de 1988 expressamente dispôs (artigo 5º, parágrafo 1º) que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isto tem sido considerado, pela doutrina majoritária, como uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais³². Tal obrigação, por sua vez, abrange a garantia da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais em todos os setores da ordem jurídica e da vida social de um modo geral. Neste contexto, relembra-se a conhecida lição de Jean Rivero, ao sustentar já há algumas décadas que mediante o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais também na esfera das relações entre particulares estar-se-á evitando a instauração de uma espécie de dupla ética social³³. Embora a formulação adotada pela Constituição Brasileira não seja idêntica ao texto da Constituição Portuguesa de 1976, que, no seu artigo 18, além de afirmar a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais, expressamente inclui as entidades privadas no rol dos destinatários dos direitos, liberdades e garantias, a doutrina dominante no Brasil, assim como o próprio Supremo Tribunal Federal, tem reconhecido que a obrigação de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais (compreendida como uma independência de prévia regulamentação legal

³² Cf., por todos, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 259 e ss.

³³ Cf. Jean Rivero, "La protection des droit's de l'homme dans les rapports entre personnes privées", in: *René Cassin Amicorum Discipolorumque Liber*, vol. III, Paris, 1971, p. 315.

e, portanto, como afirmação da plenitude eficácia dessas normas) também abrange uma eficácia e aplicabilidade direta na esfera das relações entre particulares.

Que a questão não é assim tão singela, salta aos olhos, visto que a despeito da fórmula textual adotada pela Constituição de 1988, ainda é possível lançar mão das conhecidas objeções em relação a uma eficácia e vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Neste contexto, voltamos a recorrer à construção dogmática elaborada por Claus-Wilhelm Canaris e fundada substancialmente na teoria dos deveres de proteção estatais, que, sem renunciar a uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sustenta a existência (salvo previsão constitucional direta) uma eficácia em geral indireta³⁴. Ainda que não seja possível aprofundar aqui os nossos argumentos, parece perfeitamente legítimo sustentar que uma vinculação direta dos órgãos estatais no âmbito dos deveres de proteção decorrentes dos direitos fundamentais não exclui a possibilidade – como já ventilado – de os particulares também estarem vinculados por determinados deveres de proteção, ainda que evidentemente não estatais, e que na esfera das relações entre particulares não exista pelo menos um dever de respeito e tolerância em relação aos direitos fundamentais dos demais sujeitos de direitos³⁵, sem prejuízo dos deveres fundamentais do cidadão que não serão objeto de nossa atenção. Além disso, pelo que se pode observar, nem mesmo em Portugal existe um consenso a respeito da tese de uma eficácia imediata, já que, a teor de expressiva doutrina, a constatação de que os direitos fundamentais vinculam as entidades privadas, não responde necessariamente a pergunta de se esta eficácia irá ocorrer de modo direto ou indireto³⁶. Já a fórmula textual adotada na Lei Fundamental da Alemanha (artigo 1º, III) acaba por sugerir (ainda mais a partir de uma exegese literal) uma eficácia em princípio indireta dos direitos fundamentais no que diz com as relações entre particulares, já que expressamente estabelece uma vinculação dos órgãos estatais e a não-referência aos particulares no texto do dispositivo ora mencionado tem sido considerada como excludente da possibilidade de uma vinculação direta dos agentes privados. Importante é, considerando apenas os exemplos citados, que as peculiaridades de cada ordem constitucional concreta e os seus respectivos limites textuais sejam suficientemente considerados para efeitos também do debate ora travado, que não pode dispensar um olhar sobre o direito comparado.

³⁴ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, especialmente p. 51 e ss, discutindo uma série de exemplos.

³⁵ Neste sentido, v. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 157.

³⁶ V. também José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 259 (capítulo reproduzido na presente obra coletiva), e, por último, Paulo Mota Pinto, "Autonomia Privada e Discriminação: algumas notas", publicado nesta coletânea.

Em que pese a existência de outros argumentos, importa fique consignado que a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares – embora alguma resistência³⁷ – tem sido acolhida, em termos gerais e consideradas variações de maior ou menor monta, tanto em sede doutrinária quanto em sede jurisprudencial. Também o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, na esteira de algumas decisões anteriores³⁸, acabou por adotar, pelo menos de acordo com a tendência ora registrada, a tese de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Neste caso mais recente, a decisão versou sobre a aplicação da garantia constitucional do devido processo legal (especialmente da ampla defesa e do contraditório) na hipótese do afastamento de um sócio de uma sociedade civil, portanto, de uma entidade privada³⁹.

A tese de que os direitos fundamentais geram efeitos diretos na esfera das relações entre particulares também encontra, como é do conhecimento geral, aceitação significativa em outras ordens jurídicas, ainda que importantes as variações em termos doutrinários e jurisprudenciais. Neste sentido, constituem exemplos emblemáticos a Espanha e Portugal (muito embora neste caso a expressiva cisão na doutrina e o sabidamente pequeno número de decisões do Tribunal Constitucional sobre o tema), mas também na Argentina e na Colômbia, para citarmos outros casos de países periféricos, isto sem falar na doutrina e jurisprudência internacional, com destaque para o plano europeu. Que o reconhecimento da eficácia direta das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares exige uma pauta de soluções diferenciada, também tem sido de modo geral aceito pelos seus partidários. A diversidade de efeitos jurídicos já resulta da circunstância de que os direitos fundamentais formam um conjunto complexo e heterogêneo de posições jurídicas, seja no que diz com seu objeto e âmbito de proteção, seja no que concerne à sua estrutura normativa⁴⁰.

³⁷ No Brasil, como exemplo de representantes relativamente isolados da tese divergente, no sentido de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é indireta, podem ser citados Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: RT, 2007, p. 104 e ss. No direito lusitano, a defesa mais forte (em termos de ênfase) e mais consistente da refutação de uma eficácia direta foi promovida por Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006..

³⁸ Assim, por exemplo, as decisões no Recurso Extraordinário 158215-4/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, e no Recurso Extraordinário 161.243-6/DF, Relator Ministro Carlos Mario Velloso, ambas do ano de 1996, onde se discutiu, respectivamente, a aplicação da garantia da ampla defesa e do contraditório em caso de exclusão de sócio de cooperativa, e a aplicação do princípio da igualdade às relações trabalhistas no caso de empresa estrangeira que discriminava entre empregados brasileiros e estrangeiros. Embora no bojo de ambas as decisões não se tenham discutido com mais vagar os aspectos dogmáticos envolvidos (nem mesmo a distinção entre uma eficácia direta e indireta) e a despeito das diversas críticas que já foram endereçadas ao Tribunal, acabou sendo privilegiada a tese da eficácia direta.

³⁹ Cf. Recurso Extraordinário nº 201818-RJ, Relator para o Acórdão, Ministro Gilmar Mendes, que, no seu alentado voto, sustentou a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

⁴⁰ Neste sentido, por todos, o nosso *Direitos Fundamentais e Direito Privado...*, cit., p. 138 e ss.

Neste contexto, retomando a evolução brasileira, marcante a influência do pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho, no sentido de que a garantia de uma eficácia social dos direitos fundamentais, como fenômeno complexo, exige a consideração coordenada de uma multiplicidade de aspectos fáticos e técnico-jurídicos, de tal sorte que somente uma metódica suficientemente diferenciada se revela apta a dar conta das diversas facetas do problema⁴¹. Diante deste pano de fundo e partindo do pressuposto da existência tanto de uma convivência dialógica entre a vinculação dos órgãos estatais e dos particulares, quanto entre uma eficácia direta e indireta, seguimos sustentando que a resposta constitucionalmente adequada no caso do Brasil é no sentido de reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas.

A circunstância de que em primeira linha há de ser considerada a opção do legislador, que (assim como o Juiz que controla a legitimidade constitucional desta opção), ao regular os casos concretos presumidamente o faz em princípio levando a sério o seu dever de proteção dos direitos fundamentais e sua incidência nas relações privadas, não exclui, como advoga importante doutrina, a possibilidade de efeitos diretos e, portanto, também de uma vinculação direta dos sujeitos privados. A correta invocação dos deveres de proteção estatais neste contexto igualmente não conduz necessariamente – como já adiantado - a uma exclusão da eficácia direta, pois não afasta a possibilidade, de se argumentar de modo diverso. Com efeito, é possível argumentar que justamente pelo fato de os direitos fundamentais estarem sujeitos a violações oriundas direitos uns dos outros (no mínimo é possível partir de uma dever - juridicamente vinculativo - de respeito e não-violação por parte dos sujeitos privados) é que o Estado, por estar vedado ao particular cuidar ele próprio da tutela dos seus direitos (salvo em casos excepcionais), possui um dever de proteção.

A tese alternativa, de acordo com a qual apenas o conteúdo em dignidade humana dos direitos fundamentais ou mesmo o seu núcleo essencial (já que o conteúdo em dignidade nem sempre corresponde, em toda sua extensão, ao núcleo essencial dos direitos) vinculam diretamente também os particulares⁴², embora atrativa e no nosso sentir perfeitamente compatível com o direito constitucional da Alemanha (notadamente em função do disposto no já referido artigo 1º, III, da Lei Fundamental), onde sua adoção representaria um importante avanço, não se revela a melhor para o

⁴¹ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1293 e ss.

⁴² Assim, paradigmaticamente - para a Alemanha -, Jörg Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, München, 1998, p. 150 e ss.

caso do Brasil. Uma primeira objeção já poderia ser esgrimida em se considerando que uma eficácia direta pode decorrer expressamente do texto constitucional e abranger hipóteses onde não esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa humana. De qualquer sorte, diversamente do que dispõe a Lei Fundamental da Alemanha, a Constituição Federal de 1988, como já destacado, afirma expressamente a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, o que, somado às demais razões já ventiladas, não recomenda a adoção da tese mais restritiva de que apenas o núcleo essencial e/ou o conteúdo em dignidade humana vinculam diretamente os particulares.

A concepção adotada, no sentido de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares, significa, em termos gerais, que, em princípio, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal. Que somente as circunstâncias de cada caso concreto, as peculiaridades de cada direito fundamental e do seu âmbito de proteção, as disposições legais vigentes e a observância dos métodos de interpretação e solução de conflitos entre direitos fundamentais (como é o caso da proporcionalidade e da concordância prática) podem assegurar uma solução constitucionalmente adequada, resulta evidente e não está em contradição com a concepção aqui sustentada e, ainda que com alguma variação, majoritariamente defendida e praticada no Brasil. Por outro lado, ao se afirmar uma eficácia direta *prima facie* não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível e gradual⁴³. Neste contexto a ressaltados outros argumentos que poderiam ser colacionados, convém aduzir que o próprio dever de conferir a máxima eficácia e efetividade às normas de direitos fundamentais há de ser compreendido, s.m.j., no sentido de um mandado de otimização, vez que a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais de um modo geral (e não apenas na esfera das relações entre particulares) não se encontra sujeita, em princípio, a uma lógica do tipo “tudo ou nada”⁴⁴.

⁴³ Cf. também aponta Wilson Steinmetz, “Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela”, in: *Revista Brasileira de Direito Constitucional* nº 5, 2005, p. 212 e ss. Aproximando-se do modelo de três níveis preconizado por Alexy e sustentando uma eficácia gradual, com base na distinção entre princípios e regras, v. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito...*, op. cit., especialmente p. 132 e ss. Vale aduzir que em Portugal a concepção por nós advogada desde 2000 foi recentemente adotada por Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra, 2005, p. 86 e ss., mediante expressa referência ao nosso trabalho anterior.

⁴⁴ Para maiores desenvolvimentos v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 266 e, no que diz com a problemática ora versada, o nosso igualmente já referido ensaio *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2000, p. 147 e ss.

Se observarmos a evolução no âmbito da doutrina brasileira e se aceitarmos (pelo menos *ad argumentandum*) a tese de uma tendencial equivalência entre as teses da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, verifica-se que o que efetivamente importa em primeira linha é que se obtenha uma solução sistemicamente adequada e que guarde compatibilidade com os princípios e regras da Constituição, portanto, seja com o núcleo essencial da autonomia privada e da liberdade contratual, seja com os demais direitos fundamentais, correspondendo, de resto, tanto às exigências da proibição de excesso quanto às da vedação da proteção insuficiente.

5. Concretização: a identificação e desenvolvimento de algumas pautas de solução e a apresentação de alguns exemplos

Assumindo a premissa de que, em regra, também a eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado de um modo geral - já que o controle da correção das opções legislativas envolve também uma fiscalização de ponderações levadas a efeito pelo legislador ao regular as relações privadas - mas especialmente no que diz com a incidência da normativa constitucional na esfera das relações entre particulares, gravita em torno de problemas ligados à colisão de direitos fundamentais, implicando juízos de ponderação e “concordância prática”, também a doutrina brasileira - fortemente influenciada pela evolução no plano do direito comparado - vêm tentando identificar e desenvolver alguns critérios para viabilizar a implementação da tese da eficácia direta, no âmbito da já apontada metódica diferenciada que deve pautar a busca da solução constitucionalmente adequada.

Além da já de há muito praticada aplicação das exigências da proporcionalidade (pelo menos concebida como impeditiva de excessos, já que a proibição de insuficiência, embora já conhecida e discutida no Brasil, ainda não tem sido aplicada pelos Tribunais na seara do Direito Privado) e da própria razoabilidade, certamente os principais vetores interpretativos têm sido construídos em torno do maior ou menor poder social e econômico (a assimetria das relações entre os atores privados), a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais em causa. Desde logo, especialmente no que concerne à evolução jurisprudencial, tais figuras, embora a relativamente farta produção doutrinária, ainda não foram suficientemente sistematizadas, o que dificulta significativamente a própria

compreensão e análise das decisões judiciais, que, em muitos casos, ou não aplicam explicitamente tais critérios ou não justificam satisfatoriamente a sua aplicação, ainda que em muitos casos haja substancial reconhecimento quanto ao acerto do resultado final da decisão.

Com relação ao exercício de poder social, por exemplo, verifica-se a assimilação, por parte da doutrina brasileira, da tese de que a assimetria das relações gerada pela presença de um ator social (privado) poderoso não constitui critério (por si só!) determinante da eficácia direta dos direitos fundamentais. O maior ou menor desequilíbrio objetivamente aferível nas relações entre particulares serve em geral como critério justificador da maior ou menor necessidade de efetivar os deveres de proteção do Estado, viabilizando eventual restrição (sempre proporcional!) da autonomia privada do ator social “poderoso” em benefício da parte mais frágil da relação, com o escopo de assegurar a manutenção (não meramente formal) do equilíbrio entre as partes, quando efetivamente rompido ou ameaçado⁴⁵. Cumpre anotar que embora a autonomia privada e a liberdade contratual não estejam explicitamente previstas no texto constitucional brasileiro, cuida-se de direitos fundamentais implicitamente consagradas e que, a despeito de sua possível e necessária relativização, representam limites importantes para as intervenções na esfera das relações entre particulares, sem que tal circunstância seja tida como um obstáculo à eficácia direta dos direitos fundamentais nesta seara⁴⁶.

Nesta perspectiva, calha referir a paradigmática decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a aplicação, na esfera das relações privadas, do princípio-garantia da ampla defesa (e do correlato contraditório)⁴⁷. Na hipótese em exame, recuperando a orientação já traçada em julgados anteriores, mas desenvolvendo

⁴⁵ Neste sentido, na esteira de autores como Klaus Stern, Claus-Wilhelm Canaris e tantos outros, o nosso ensaio *Direitos Fundamentais e Direito Privado...*, cit., p. 128 e ss., bem como, mais recentemente e pelos demais, Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 297 e ss.

⁴⁶ Confira-se, dentre outros e apenas considerando a literatura brasileira, as contribuições (todas admitindo uma eficácia direta – embora não linear e absoluta - dos direitos fundamentais nas relações entre particulares) de Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos Fundamentais e Direito Privado...*, 2000, cit., p. 154 e ss., Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 169 e ss., Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2003, p. 297 e ss., Thiago Luís Santos Sombra, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas*, Porto Alegre, 2004, p. 123 e ss., André Rufino do Vale, *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*, Porto Alegre, 2004, especialmente p. 139 e ss. (adotando também um modelo diferenciado em termos de níveis de eficácia), Wilson Antonio Steinmetz, *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, 2005, p. 181 e ss., Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, 2005, p. 133 e ss., Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 486 e ss., Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)”, in: Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord.), *A Constitucionalização do Direito...*, 2007, p. 203-251, bem como Eduardo Ribeiro Moreira, *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴⁷ Cf. RE nº 201819-RJ (2005), relator para o Acórdão, Ministro Gilmar Mendes.

de modo significativo a argumentação em prol de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, a exclusão de associado da União Brasileira de Compositores sem a observância das exigências essenciais da ampla defesa e do contraditório foi tida como constitucionalmente ilegítima, ainda mais - como enfatizado na argumentação deduzida na decisão, em especial no alentado voto do Ministro relator, Gilmar Mendes - quando se trata de associações privadas que exerce função preponderante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, de tal sorte que tais associações integram o espaço público não-estatal.

Como prestigiada diretriz material para a solução dos casos concretos envolvendo também as relações entre particulares e a alegação da violação de direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência majoritárias costumam invocar a fórmula *in dubio pro dignitate*, sem, todavia, reduzir uma eficácia direta ao conteúdo em dignidade dos direitos fundamentais ou mesmo à própria dignidade da pessoa humana autonomamente considerada, como, de resto, já frisado⁴⁸. Isto não significa que não se possa (e deva) controverter o uso muitas vezes quase que meramente retórico e até mesmo panfletário da dignidade da pessoa humana (aspecto que diz respeito aos princípios de um modo geral), o que, contudo, extrapola os limites do presente estudo⁴⁹.

No que diz com a jurisprudência, assume posição de destaque, na condição de autêntico *leading case*, a decisão do Supremo Tribunal Federal que, reformando decisão judicial de instância inferior, proibiu a condução compulsória e submissão igualmente cogente de requerido em processo de investigação de paternidade promovido por menor a exame de coleta de sangue para fins de determinação da paternidade, argumentando que tal procedimento, além de violar as exigências da proporcionalidade também representaria violação da dignidade pessoal do investigado. Entendeu o Tribunal que para a proteção efetiva dos interesses do menor e de seu direito ao conhecimento da paternidade, bem como a determinação das conseqüências ligadas a este reconhecimento (pensão alimentícia, uso do nome, direitos hereditários, etc.) existiriam meios menos gravosos, como a inversão do ônus da prova e o estabelecimento de uma presunção (relativa) em prol do reconhecimento da

⁴⁸ Assim, por exemplo, destaca Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 310 e ss.

⁴⁹ Sobre o conceito e conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana remetemos, no que diz com a produção monográfica, entre outros, ao nosso já referido *Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*, bem como, em especial, ao ensaio de Maria Celina Bodin de Moraes que integra a presente coletânea.

paternidade⁵⁰. Sem que se vá aqui adentrar todos os argumentos esgrimidos pelas partes e pelos diversos Magistrados que atuaram ao longo do processo, ou mesmo rastrear a ampla discussão gerada na doutrina, cuida-se de exemplo importante pelo seu impacto sobre a jurisprudência posterior.

Também a aplicação do princípio da igualdade às relações privadas já foi objeto de reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, no Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, de 1996, relatado pelo Ministro Carlos Mario Velloso, o Tribunal decidiu em favor na necessária equiparação (para efeitos de regime de trabalho) entre funcionários estrangeiros de uma conhecida empresa multinacional (no caso, a Air France) e os funcionários brasileiros, antes sujeitos, de acordo com as normas internas da empresa, a condições diferenciadas, no sentido de menos favoráveis. Embora a correção do resultado, de modo geral acatada pela doutrina, a decisão foi objeto de uma série de críticas no que diz com a sua fundamentação, notadamente no que diz com a ausência de apreciação das indispensáveis diferenciações incidentes quando da aplicação do princípio isonômico⁵¹. Outras questões relativas ao princípio da igualdade e as diversas proibições de discriminação no Direito Privado constituem o objeto de contribuição específica⁵² neste mesmo volume e deixarão de ser aqui referidas e desenvolvidas⁵³.

Como, de resto, já anunciado, também os direitos fundamentais sociais, que ocupam uma posição relevante na arquitetura constitucional brasileira, têm representado um atual e polêmico foco de discussões no contexto da constitucionalização do Direito Privado. Especialmente no que diz com a função defensiva dos direitos sociais é possível identificar uma série de exemplos, que em várias hipóteses guardam conexão com a dignidade da pessoa humana e a garantia de um mínimo existencial⁵⁴. A maioria dos casos diz com a aplicação do direito à moradia e o conteúdo existencial (assim como a função social de um modo geral) da posse e da propriedade, designadamente no que diz com a proteção do direito à moradia contra intervenções oriundas do legislador e de sujeitos privados. Embora nas hipóteses a seguir referidas se cuide, em primeira

⁵⁰ Decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 71.373-4-RS, julgado em 10.11.1994, Relator Ministro Marco Aurélio.

⁵¹ Remetemos aqui em especial às ponderações de Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, 2005, p. 94.

⁵² Cf. Jorge Cesa Ferreira da Silva, “Diskriminierungsschutz und ökonomische Analyse des Rechts”, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart – Neue Folge*, Band. 54, 2005, S. 129 ff.

⁵³ Desenvolvendo a questão com acentuado viés juscomparativo, v. ainda, limitando-nos à literatura em língua portuguesa mais recente, o já citado Paulo Mota Pinto, “Autonomia Privada e Discriminação: algumas notas”..., publicado nesta coletânea. No âmbito da doutrina alemã, v. por todos, Jörg Neuner, “Diskriminierungsschutz durch Privatrecht”, in: *Juristen Zeitschrift*, 2003, pp. 57-66.

⁵⁴ Sobre o tema, v. Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado”, in: *Revista de Direito do Consumidor*, nº 61 (2007), p. 90-126.

linha, mais propriamente de uma eficácia indireta, não deixaremos aqui de apresentar duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pela sua atualidade e repercussão, mas acima de tudo pelos diversos aspectos que suscita.

Na primeira decisão (monocrática) o prolator acompanhou a tendência majoritária verificada nas demais instâncias judiciárias (inclusive no âmbito já de parte dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça) no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da exceção legal à regra geral da impenhorabilidade do assim designado bem de família, em outras palavras, da propriedade que serve de moradia ao devedor (e sua família) em demanda judicial. Além do fato de que o próprio conceito de bem de família já vinha sendo ampliado (por exemplo, incluindo-se a moradia do devedor solteiro no seu âmbito de proteção⁵⁵), de modo geral já vinha prevalecendo a tese de que a penhora do imóvel residencial do fiador em contrato de locação, ainda que permitida por lei, seria ilegítima especialmente a contar da inserção do direito à moradia no elenco dos direitos sociais da Constituição (artigo 6º)⁵⁶.

Sem que se vá aqui discutir os fundamentos desta decisão em particular ou mesmo das demais que já julgavam neste sentido, registra-se que, em fevereiro de 2006, sobreveio nova manifestação (desta vez colegiada) do Supremo Tribunal Federal no sentido de ter como constitucionalmente legítima a penhora do imóvel residencial do fiador, visto que a maioria dos julgadores entendeu não constituir a penhora uma violação do direito à moradia. Importa consignar, que o Tribunal – cujos principais argumentos vão aqui expostos em apertada síntese - não deixou de reconhecer a fundamentalidade do direito à moradia em si (embora inserido na Constituição por emenda constitucional), mas sim, que a própria possibilidade de penhorar o imóvel do fiador, além de ter sido previamente autorizada pelo próprio, visto que voluntariamente deu seu imóvel em garantia, acaba por assegurar o direito à moradia em sua dimensão não estritamente individual. Com efeito, para a maioria dos julgadores, a impossibilidade da penhora e a ausência de garantias confiáveis dos contratos de locação, têm por consequência uma redução da oferta de imóveis para locação e, portanto, resulta em prejuízo do próprio

⁵⁵ Neste ponto, embora se deva concordar com a tutela da moradia do devedor solteiro, merece pelo menos uma nota crítica o fato de que o conceito de família foi evidentemente dilatado de modo arbitrário e, de resto, sem necessidade, visto que ao invés de aplicar ao caso um instituto legal (legislação protetiva do bem de família) poderia ter o Superior Tribunal de Justiça aplicado diretamente a Constituição, naquilo em que reconhece o direito à moradia em geral e para todos e não apenas na esfera da tutela legal do bem de família. O recurso às cláusulas gerais da legislação infraconstitucional e aos conceitos legais não pode, no nosso sentir, levar a interpretações conflitantes com o sentido mínimo e razoável do instituto em causa, quando então não somente é possível, como inclusive é cogente – ainda mais no contexto de uma eficácia direta *prima facie* - aplicar diretamente a Constituição.

⁵⁶ Cf. Recurso Extraordinário nº 352940/SP, 25.04.2005, prolatada monocraticamente pelo Ministro Carlos Velloso.

direito à moradia, que, segundo o Tribunal, não pode ser confundido com o direito de propriedade, de tal sorte que a opção legislativa de, nestes casos, estabelecer uma exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família constituiria uma forma legítima de assegurar o direito à moradia numa escala mais ampla⁵⁷.

Embora também aqui não se possa aprofundar a discussão, um exame mais detido da decisão (fato apontado nos votos divergentes) revela que o Tribunal não considerou, especialmente por falta de análise do caso concreto e do impacto efetivo da penhora sobre o devedor e sua família (por exemplo, a existência de alternativas efetivas de acesso a uma moradia digna), a dimensão defensiva do direito à moradia como direito individual e, a depender das circunstâncias, sua evidente vinculação com a garantia do mínimo existencial. Não se pode olvidar que a dignidade concreta do fiador e de sua família pode estar em causa e que no mínimo tal aspecto deveria ser suficientemente aferido, pena de se correr o risco de um déficit de proteção. Também as diversas questões relacionadas com o problema da renúncia aos direitos fundamentais e os seus limites (notadamente no que diz com a prevalência da autonomia privada), embora referidos com propriedade, não foram suficientemente discutidos, ainda mais quando a livre (?) opção do fiador em dar em garantia o seu imóvel pode resultar em privação da moradia para terceiros, inclusive menores, sem que se esteja a considerar aqui outras variáveis da questão a desafiar reflexão mais aprofundada⁵⁸.

Com base nos exemplos selecionados, todos relativos a decisões proferidas em sede de controle concreto e incidental de constitucionalidade, já é possível perceber o quanto a discussão em torno da eficácia dos direitos fundamentais (inclusive e possivelmente com ainda maior ênfase na esfera dos direitos sociais) já na sua dimensão defensiva (ou negativa) no Direito Privado é atual e demanda um desenvolvimento também no que diz com o seu tratamento dogmático. Também aqui a experiência acumulada no direito comparado poderia ser mais aproveitada, notadamente quanto à aplicação metodologicamente adequada do princípio da proporcionalidade (como proibição tanto de excessos quanto de insuficiências) e da própria interpretação conforme a Constituição, esta mais propriamente nas hipóteses em que está em causa o controle das opções legislativas. De outra parte, verifica-se que uma distinção substancial entre a dimensão negativa dos direitos de liberdade mais tradicionais e a dimensão defensiva dos direitos sociais não se revela como correta, especialmente (mas não exclusivamente!) quando e onde estiver em causa a dignidade da pessoa humana.

⁵⁷ Cf. Recurso Extraordinário nº 407688-SP, relator Ministro Cezar Peluso.

⁵⁸ Sobre o tema, v. o nosso “Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno na penhora do imóvel do fiador”, in: *Revista da AJURIS*, nº 107, setembro de 2007, p. 123-144.

Acima de tudo é preciso refutar qualquer tentativa de – em virtude de eventuais diferenças entre os direitos sociais e os demais direitos fundamentais – atribuir àqueles uma eficácia e efetividade em regra menor também na esfera das relações privadas.

A questão da eficácia da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, especialmente dos direitos a prestações sociais, ainda não foi muito explorada na doutrina brasileira, embora a existência já de alguns estudos sobre o tema. Para um adequado equacionamento do problema é preciso lembrar que os direitos sociais mesmo como direitos a prestações não podem, pelo menos no Brasil, serem reduzidos à noção de direitos a prestações estatais, já que pelo menos os direitos dos trabalhadores (que também envolvem prestações, como é o caso do salário mínimo, adicionais de insalubridade e periculosidade, entre outros) vinculam expressa e diretamente particulares. Ainda que seja correto afirmar que os particulares não estão obrigados, em princípio e com base nas normas de direitos fundamentais sociais, a edificar escolas e hospitais, fornecer medicamentos ou outras prestações sociais típicas⁵⁹, isto não leva inexoravelmente à conclusão que os direitos sociais não alcançam eficácia direta alguma na esfera das relações entre particulares⁶⁰. O fato de que, em se tratando de direitos sociais a prestações, seja recomendável uma maior cautela e mesmo uma postura mais comedida⁶¹, ao mesmo tempo em que não constitui óbice absoluto ao reconhecimento de uma eficácia direta, segue harmonizando com a direta aplicabilidade e a necessidade de maximização da eficácia e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais afirmada no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988.

A definição concreta do objeto dos direitos a prestações e da sua possível vinculação (direta e/ou indireta) na esfera das relações privadas exige em primeira linha uma ponderação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial (ou do núcleo essencial, quando não idêntico ao conteúdo em dignidade) dos direitos a prestações, por um lado, e da autonomia privada ou outros bens fundamentais, por outro. Também o princípio da solidariedade (que, notadamente naquilo que implica deveres de solidariedade decorrentes da própria dignidade da pessoa) tem sido utilizado como pauta argumentativa a justificar uma eficácia de direitos a prestações

⁵⁹ Cf. acertadamente lembra Wilson Steinmetz, *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, 2005, p. 278-79, que, de resto (no que divergimos frontalmente) sustenta que os direitos fundamentais sociais não podem vincular diretamente atores privados pelo fato (aqui o autor adota o conceito de direitos a prestações em sentido estrito de Alexy) de se resumirem a direitos a prestações estatais.

⁶⁰ Remetemos aqui ao nosso já referido ensaio sobre o tema (v. nota 52 *supra*).

⁶¹ Neste sentido, com propriedade, Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 343.

fáticas em relação a particulares⁶². Também aqui – embora se possa aceitar o reforço argumentativo sugerido. Como um importante fundamento adicional – recomenda-se extrema cautela, já que também em homenagem ao bom nome da solidariedade é sempre possível justificar uma limitação excessiva da dimensão individual e subjetiva dos direitos fundamentais.

Já a partir do exposto, verifica-se que uma avaliação mesmo sumária da evolução do tema a partir da prática jurisprudencial no Brasil facilmente leva à identificação de uma série de exemplos no que diz com uma influência dos direitos sociais a prestações no Direito Privado. Um dos casos dignos de nota refere-se ao reconhecimento por parte dos Tribunais da obrigação de empresas gestoras de planos de saúde privados arcarem com o pagamento de tratamentos não previstos nas cláusulas do contrato⁶³. Outro exemplo é oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e diz com a necessidade de o empregador cobrir despesas de tratamento de um trabalhador suspenso justamente em virtude do seu problema de saúde⁶⁴.

Além dos exemplos relacionados aos direitos à saúde e moradia, onde além da pleora de casos já discutidos também a conexão com o direito à vida e a garantia do mínimo existencial é, em geral, mais evidente, também podem ser colacionados diversas hipóteses envolvendo o direito à educação, como dão conta, dentre tantos outros, julgados que impedem o cancelamento da matrícula de estudantes inadimplentes, pelo menos durante o curso do semestre ou ano letivo⁶⁵. Outro terreno fértil (igualmente vinculado ao mínimo existencial) encontra-se nos casos onde a interrupção do fornecimento de água e energia elétrica por falta de pagamento (e comprovada a necessidade) foi cassada por decisões judiciais, mesmo em se tratando de empresas privadas, embora concessionárias do poder público⁶⁶. A própria imposição do pagamento de pensão alimentícia entre parentes e cônjuges não deixa de corresponder – na perspectiva do sujeito ativo desta prestação – a um direito fundamental de cunho social, visto que diz respeito à satisfação de necessidades básicas do alimentando em

⁶² Cf. também Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 337 e ss., que também refere um dever (subsidiário) da sociedade no que diz com a garantia de proteção social dos indivíduos.

⁶³ Sobre o tema v., dentre outros, especialmente Cláudia Lima Marques, “Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso”, texto que também integra a presente coletânea. No âmbito da jurisprudência, v., em caráter meramente ilustrativo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 158.728, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

⁶⁴ Apelação nº 9845 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Raul Celso Lins e Silva, publicada no Diário da Justiça do Rio de Janeiro em 24.03.1999.

⁶⁵ Assim, por exemplo, a apelação nº 355/1999, Relator Desembargador José Mota Filho, também do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

⁶⁶ Confira-se aqui, dentre tantos, o Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo de Instrumento nº 478.911-RJ, Relator Ministro Luiz Fux.

termos de alimentação, saúde, moradia, educação, etc., operando na esfera das relações entre particulares. De qualquer modo, todos os casos aqui referidos o foram apenas em caráter ilustrativo e para demonstrar a riqueza e complexidade das questões que estão a desafiar maior reflexão.

6. Considerações finais

Com base em todos os argumentos colacionados, é possível afirmar que os direitos fundamentais, pelo menos de acordo com o entendimento prevalente na ordem jurídico-constitucional brasileira, geram efeitos diretos *prima facie* no âmbito das relações privadas, o que, além de pressupor uma metódica diferenciada, também implica o reconhecimento de uma relação de complementariedade entre a vinculação dos órgãos estatais e a vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais, que também se verifica em relação ao modo pelo qual se opera esta eficácia. Neste contexto, importa lembrar aqui as sempre atuais lições de Vasco Pereira da Silva, no sentido de que independentemente do modo pela qual se dá, em concreto, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre as normas constitucionais e o Direito Privado o que se verifica não é um abismo, mas uma relação pautada por um contínuo fluir⁶⁷, o que apenas reforça a tese da necessidade de uma metódica diferenciada, amplamente adotada no Brasil, em que pesem algumas variações de autor para autor e na seara jurisprudencial.

A despeito disso e mesmo assumindo como constitucionalmente adequada a posição aqui sustentada, é de fato possível constatar que, notadamente (mas não exclusivamente) em virtude da insuficiente consideração das estruturas argumentativas e dos métodos e princípios de interpretação mais adequados ao direito constitucional positivo, especialmente no que diz com o correto manejo dos critérios da proporcionalidade e das diretrizes que presidem a solução das colisões entre direitos fundamentais de um modo geral, seguidamente ocorrem certos abusos também na seara da assim designada constitucionalização do Direito Privado, com particular ênfase na aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Não é sem razão, portanto, que mesmo adeptos insuspeitos de uma eficácia dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas têm pugnado por uma postura mais cautelosa, destacando, por exemplo, que um dos efeitos colaterais indesejáveis decorrentes de

⁶⁷ Cf. Vasco M.P.D. Pereira da Silva, “Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias”, in: *Revista de Direito Público* n° 82 (1987), p. 46.

uma hipertrofia da Constitucionalização da ordem jurídica acaba por ser uma por vezes excessiva e problemática judicialização das relações sociais⁶⁸.

Cientes disso, não há como deixar de enfatizar, por outro lado, que o pleito em prol de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas não se justifica apenas por razões de ordem dogmática, mas também em função da necessidade evidente de limitação do poder social e como resposta às persistentes desigualdades sociais, culturais e econômicas, ainda mais acentuadas em sociedades periféricas como a do Brasil. Certamente o modelo de constitucionalização do Direito Privado também deve ser compatível com os desafios concretos de um determinado ambiente social, econômico, político-institucional e mesmo cultural. Acima de tudo, resulta importante destacar que entre os possíveis extremos de uma “civilização do direito constitucional e uma constitucionalização do direito civil”⁶⁹, seja possível trilhar um caminho intermediário, pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, evitando-se aqui os efeitos nefastos de uma leitura fundamentalista da Constituição, mas especialmente dos princípios e direitos fundamentais⁷⁰. Caso isto seja alcançado (e nos parece ser uma meta perfeitamente atingível) também será viável contornar os - em parte justificados! - receios de um Konrad Hesse⁷¹ ao se pronunciar em relação a uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Com efeito, seguimos convictos de que tanto a Constituição e os direitos fundamentais, quanto o Direito Privado, nada têm a perder, mas somente a ganhar com uma adequada constitucionalização da ordem jurídica.

Como citar: SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Data de acesso.

⁶⁸ Neste sentido v. Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, in: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, especialmente p. 242 e ss.

⁶⁹ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, “Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil?”, in: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org), *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001.

⁷⁰ Neste sentido, a recente lembrança de Paulo Ricardo Schier, “Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo” in: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord), *A Constitucionalização do Direito...*, cit., p. 259 e ss.

⁷¹ De acordo com Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, 1995, p. 67, mediante um reconhecimento generalizado de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares o Direito Privado pouco teria a ganhar e os direitos fundamentais muito teriam a perder.