



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ - UFPA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
CURSO DE MESTRADO

AGATHA GONÇALVES SANTANA

**A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE AO
PODER PRIVADO**

BELÉM – PA
2009

AGATHA GONÇALVES SANTANA 231

**A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE AO
PODER PRIVADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará como requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a Dra. Pastora do Socorro
Teixeira Leal

BELÉM – PA
2009

..

S231 Santana, Agatha Gonçalves;
A tutela dos direitos fundamentais como limite ao poder privado.
/ Agatha Gonçalves Santana. – Belém -PA: Universidade Federal do
Pará, 2009.
159f.

Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação em
Direito– PPGD, Universidade do Estado do Pará, 2009
Orientadora: Profª Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal
Referências: f.155-158

1. Direitos Humanos. 2. Relações Privadas. 3.
Constitucionalização. I. Título. II. Autor.

CDD: 343.02

AGATHA GONÇALVES SANTANA

**A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE AO
PODER PRIVADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará como requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Banca examinadora:

Profº Dr. José Fernando Simão

Profª Dra. Gisele Santos Fernandes Goes

Orientadora: Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos - Direitos fundamentais e relações privadas.

Apresentado em: ___/___/___

Conceito:_____

À minha mãe Flâmínia e a Giovanni.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, por todo o amor, por tudo o que já fez por mim, e por todo o apoio.

A minha amiga Magnólia, por acreditar desde o início nessa minha vitória e por todo o incentivo.

À Dra. Pastora, por todos os ensinamentos que me transmitiu desde a Graduação, e por toda a amizade travada, bem como a confiança depositada.

A todos os que me ajudaram e incentivaram, mesmo que indiretamente.

A todos os meus verdadeiros amigos que sempre estiveram do meu lado, mesmo que à distância.

“A maior das injustiças é parecer justo sem o ser”
 (“A República”, Platão, 428-347 A.C.)

“Vale lembrar, ainda, que o ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana”

(Ingo Wolfgang Sarlet. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 93)

RESUMO

O presente trabalho aborda o tema central da liberdade, enquanto faceta de direito fundamental, no âmbito das relações privadas. A essa liberdade dos particulares, em suas relações intersubjetivas, chama-se autonomia privada, que, como liberdade, é limitada por todo um corpo normativo do Estado. Assim, o indivíduo em si possui liberdade em sua esfera privada, para escolher seu núcleo familiar, exercer seu poder familiar, dispor de sua propriedade como bem lhe aprouver e de contratar com outros sujeitos. Tudo isso com limites na lei, no ordenamento jurídico posto. Ocorre que a ocasião não é assim de uma forma tão simplista. Como se verá no presente trabalho, a força dos particulares formou uma grande esfera de poder, o poder privado, que chega a ficar tão ou mesmo mais forte, sob determinados aspectos, do que o próprio poder público. Esse fenômeno, o do “agigantamento” desse poder privado, faz com que as relações entre particulares, *tecnicamente* igualitárias, ao menos em tese postas em pé de igualdade, mostrem-se extremamente violadoras dos direitos fundamentais dos indivíduos. Daí porque se abandona na presente obra a denominação “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, pois as relações privadas no mais das vezes se dá pela sujeição do mais fraco ao mais forte, detentor de um real poder sobre ele. Ainda que haja limitação legal sobre essa esfera de liberdade desse poder sobre os particulares, a lei não poderá abarcar todo o potencial de lesividade à dignidade humana que essa liberdade pode alcançar. Assim, faz-se necessário um mecanismo para refrear uma liberdade que, afora dos limites legais, pode ser irrestrita. Esse mecanismo limitador seriam os direitos fundamentais. Embora haja teorias que neguem ou limitem o alcance dos direitos fundamentais sobre a liberdade dos particulares, defende-se a aplicação direta e imediata desses direitos magnos, suas regras e princípios, como forma de garantir a plenitude do ser humano não apenas perante ao Estado, como também perante os outros particulares, garantindo um máximo de eficácia possível, ainda que não o ideal, dos preceitos constitucionais. Assim, partindo do princípio de que a autonomia privada, conquanto faceta da liberdade, está afastada dos demais direitos fundamentais. Nem haveria por quê. Propõe-se, então, uma “reconciliação” sua com os demais direitos fundamentais, de forma a harmonizá-la com os demais, de maneira que não prepondere o preceito liberal da liberdade irrestrita.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Relações Privadas. Constitucionalização

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I - A ABRANGÊNCIA DO PODER PRIVADO E DO SEU POTENCIAL DE LESIVIDADE.....	15
1.1 UMA BREVE CONCEPÇÃO DO PODER E DOS PODERES.....	16
1.1.1 Do Poder enquanto noção Tradicional – O Estado Leviatã.....	16
1.1.2 Uma nova visão do Poder: Os Macropoderes e os Micropoderes.....	21
1.2 O PODER PRIVADO E SEU ALCANCE.....	28
1.2.1 O Poder Privado Individual.....	31
1.2.2 Do agigantamento do Poder Privado nos tempos contemporâneos.....	39
CAPÍTULO II – SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES: DESENVOLVIMENTO E TEORIAS.....	53
2.1 DA DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO E CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	53
2.1.1 A concepção Liberal tradicional acerca dos destinatários dos direitos fundamentais.....	55
2.1.1.1 Da evolução doutrinária acerca de um novo sentido da aplicação dos direitos fundamentais.....	61
2.1.2 Principais correntes acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.....	68
2.1.2.1 A teoria negatória da oponibilidade dos direitos fundamentais entre particulares e a “station action doctrine”.....	69
2.1.2.2 Eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais na esfera privada.....	73
2.1.2.3 Eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais oponíveis nas relações privadas – Das críticas às teorias negatórias e mediata.....	78
2.1.2.3.1 Teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares limitadas às relações de poder – Uma concepção restritiva.....	80
2.1.2.4 Teorias dos deveres de proteção do Estado em relação aos Direitos Fundamentais... ..	81
2.1.2.5 Teorias alternativas.....	84
2.2 POSICIONAMENTO.....	87
CAPÍTULO III - A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES NO BRASIL.....	91
3.1 DA ACEITAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES NA DOUTRINA BRASILEIRA.....	91

3.2 DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	96
3.2.1 Tribunais de Justiça Estaduais.....	96
3.2.2 Dos Tribunais Superiores.....	99
3.2.2.1 Da análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	99
3.2.2.2 Da análise do Superior Tribunal de Justiça.....	109
Ementa.....	110
Acórdão.....	110
Resumo Estruturado.....	110
<u>APLICAÇÃO, CDC, FIXAÇÃO, INDENIZAÇÃO, DANO MORAL, AFASTAMENTO, CONVENÇÃO DE</u> <u>VARSOVIA, HIPOTESE, ATRASO, VOO INTERNACIONAL, EXTRAVIO, DEMORA, DEVOLUÇÃO,</u> <u>BAGAGEM, NULIDADE, CLAUSULA, RESTRIÇÃO, DIREITO, PASSAGEIRO, CULPA PRESUMIDA,</u> <u>TRANSPORTADOR, NECESSIDADE, DECLARAÇÃO, VALOR, BAGAGEM, OBJETIVO, FIXAÇÃO, LIMITE,</u> <u>RESPONSABILIDADE, EMPRESA, TRANSPORTE AEREO.....</u>	110
3.2.2.3 Dos Tribunais Laborais e do Tribunal Superior do Trabalho.....	113
CAPÍTULO IV – LIBERDADE E O EXERCÍCIO DO PODER – AUTONOMIA PRIVADA EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	118
4.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA.....	119
4.1.1 Da liberdade no Direito Privado.....	120
4.1.1.1 Da Autonomia da Vontade.....	123
4.1.1.2 Da Autonomia Privada.....	129
4.2 OUTRA FACE DA AUTONOMIA PRIVADA: A AUTONOMIA PRIVADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SEU TRATAMENTO ENQUANTO TAL.....	134
4.2.1 Por uma reconciliação da autonomia privada com os demais direitos fundamentais.....	138
CONCLUSÃO.....	147
REFERÊNCIAS.....	152
MARMESTEIN, George. 50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em: http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/ . Acesso em: 17 mar. 2009.....	156

INTRODUÇÃO

Inicialmente os Direitos Fundamentais foram concebidos como um dos principais mecanismos de defesa do indivíduo contra os arbítrios e abusos cometidos pelo poder estatal ao longo da História.

Desta forma, os direitos fundamentais eram vistos como direitos reflexos oriundos dos processos de autolimitação das constantes intervenções do príncipe na esfera privada de seus súditos, a que, em um contexto liberal, exigia-se a liberdade para produzir, contratar, comercializar, sem a intervenção do estatal.

Mas essa concessão de liberdade quase que incondicional entre os particulares, deu azo para que fosse exercida de qualquer modo, sob qualquer preço, ainda que pela exploração braçal do semelhante. Com o passar do tempo, os particulares passaram a atuar, por meio da economia, juntamente com o Estado, de modo a interferir em toda uma sociedade.

Nessa ocasião, foi justamente a aprimoração do Poder Privado que, juntamente com o Estado, viria a influir sobre a esfera do ser humano. Por vezes, essa influência privada viria a ser muito maior do que a do próprio poder estatal. O Poder Privado viria a gerenciar muito mais o ser humano enquanto pessoa, como ser dotado de personalidade e detentor do direito de dignidade em sua vida.

Não obstante tal contexto, os direitos conquistados historicamente, como bem desenvolvido por Norberto Bobbio em *A Era dos Direitos*¹, os Direitos em geral e, em especial os Direitos Fundamentais, perpassaram por fases adequadas contextualmente às necessidades de cada época a que se desenvolveram.

No mesmo contexto, no âmbito do Direito Privado, a Sociedade ocidental sofreu o que Daniel Sarmiento² chamou de verdadeiro “movimento pendular” do binômio Direito Público x Direito Privado – ora um aspecto preponderava na história em face de outro.

Ou seja, em períodos da história que se inclinavam ora para a feição pública, ora para a predominância privada, que oscilava desde o período da Grécia antiga (o

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Editora Campus, 1992.

² SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006a.

público do *zoon politikon*), perpassando da Idade Média (o caráter privado dos feudos), passando pela verdadeira babel da idade Moderna, até culminar nos ideais liberais (estritamente privatista) versus ideais sociais contemporâneos (de viés eminentemente públicos).

Desta forma, a partir da primeira concepção liberal dos direitos e liberdades individuais, assentada no dogma da igualdade formal e da ampla liberdade, deu-se espaço ao que se chamou de “autonomia da vontade”.

Essa autonomia era regulada por normas estritamente de direito privado, dando-se ampla liberdade à vontade das partes para disporem de seu patrimônio, no mais das vezes, coisificando seu próprio corpo e dignidade, posto a disposição no mercado como objeto. O cunho econômico, portanto, preponderava sobre o elemento humano.

Este quadro foi o fruto dessa ampla liberdade dada aos particulares combinados com as necessidades do ser humano, que, subordinado dentro de um suposto acordo de vontades, não raro com o *animus* viciado pela vulnerabilidade da parte sujeitada que, por suas necessidades mais básicas, aceitara situação abusiva que em outra hipótese não viria a fazê-lo.

A situação acima mencionada iniciou seu esboroamento em face desta perversidade observada dentro do agigantamento do Poder Privado, incompatível com o personalismo ético, esmagando a dignidade da pessoa humana, impossibilitando e inviabilizando a realização do elemento ético fundamentador dos direitos fundamentais, em uma verdadeira “supremacia privada”.

Destaque-se que a garantia do Estado de não violação aos direitos dos particulares seria totalmente inócua se não houvesse garantia entre dois titulares de direitos fundamentais em uma entabulação contratual que não os respeitasse. Seria como aceitar, *exempli gratia*, um contrato de semi-escravidão em nome do acordo entre as partes, ou exclusão da responsabilidade em caso de danos.

Ainda mais, a liberdade dos particulares e suas relações vão muito mais além do que relações de mero respeito à sua própria liberdade – A relação de respeito aos direitos do outro impera como necessidade de firmar a base do Estado garantista.

Neste contexto de liberdade extremada, em que se observava verdadeiros abusos ao ser humano e violações de seus direitos, houve terreno fecundo, no âmbito intelectual e doutrinário, inicialmente desenvolvido na Europa, para o início de um desenvolvimento teorizado e reflexivo das relações privadas.

Esta premissa iniciou-se a partir da forte incidência das idéias emergentes, exaltando o solidarismo ético-humanista como novo paradigma nas relações privadas, culminando na função social incidente dentro das esferas particulares.

O ponto nodal relativo à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas despontou nos idos dos anos 1950 e início da década de 1960, com maior expoente no direito tedesco.

Isso a partir da ignomínia impingida no seio social, à cisão da condição de cidadão e de homem envolvido em determinadas relações contratuais e demais relações civis.

Desta forma, passou-se com isso a se repensar a teoria tradicional dos direitos fundamentais de matriz liberal, de modo a lhe conferir maior conteúdo ético humanitário.

Assim, a importância do trabalho ora proposto assenta-se justamente em posicionar-se acerca da melhor doutrina que consagra a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares não como supressora, mas como garantia da própria autonomia e igualdade do sujeito privado.

Daí a grande questão: acompanhar o deslocamento do epicentro gravitacional de todo o ordenamento jurídico em especial o Direito Privado para a dignidade da pessoa humana.

Ora, como consagrar o efeito irradiante dos direitos humanos fundamentais para todos os âmbitos do Direito, atingindo frontalmente os particulares que tem sua liberdade limitada pela liberdade de outrem, uma vez que a liberdade pressupõe a igualdade?

Porém o problema não se centra em igualdade formal, mas em igualdade uniformemente quantificada para expressar a máxima do “tratar os iguais

igualmente, da mesma forma que trata os desiguais desigualmente”. Essa é a premissa solidarística atual, que se inclina em favor da dignidade.

Assim, no presente trabalho, há de se discutirem, em um primeiro momento, os tipos de poderes, ressaltando não apenas o poder do Estado, ou o poder público, como também o poder privado.

A ênfase será dada justamente à questão do poder privado, em uma análise do macro para o micro, bem como configurar o seu potencial de lesividade do ser humano, ainda que parta esse poder das relações capilares, ou seja, oriunda do próprio indivíduo para com o outro.

Em um segundo momento, o debate se faz acerca do desenvolvimento da conjuntura que culminou na discussão sobre a necessidade da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, bem como se amearhar a doutrina atual e debatê-la, de maneira a afastar correntes inclinadas a rechaçar tal eficácia direta e imediata dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado e a sua autonomia.

Na terceira fase será analisada a aceitação na doutrina e jurisprudência brasileira sobre a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais entre particulares, rechaçando as possibilidades de quaisquer posição acerca da limitação dessa aplicação no Brasil.

Por último, propõe-se uma releitura da própria autonomia da vontade como fator de livre exercício do poder privado, um dos principais argumentos para a crítica realizada pelos opositores da aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares.

Vista como uma dissidência do direito a liberdade, não poderá mais apenas ser vista como mero princípio de direito privado, mas como verdadeiro postulado de conduta oriundo da harmonização dos direitos fundamentais.

Urge a necessidade da limitação do poder do sujeito privado, que pela sua própria idéia de dominação, subordina o indivíduo a determinadas situações de violação de seus direitos fundamentais.

Isso porque não se deve esquecer de que a autonomia privada é uma dissidência do princípio da liberdade e, como tal, ela própria tem uma feição de

Direito Fundamental e deve, portanto, ser tratada como tal, tendo seu peso de importância posto em xeque no caso concreto.

Não obstante, a sua atuação desmoderada, seus abusos ao longo do tempo fizeram-na dissociar-se de seu escopo maior, do seu sentido de conquista, transformando-se em instrumento de violação de Direitos, chegando aos absurdos da perversidade.

Enfim, tem-se por escopo expor o porquê da não utilização das demais doutrinas senão justamente a que limita a liberdade não apenas do Estado, como do próprio cidadão em relação ao outro cidadão, em prol do respeito mútuo.

Com isso, visa-se a concretizar o postulado e fundamento maior da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a proposta final será a de reconciliação da autonomia privada, em sua feição de liberdade, com os demais Direitos Fundamentais, como forma de pautar a conduta dos sujeitos privados.³

Com isso, espera-se fomentar o debate acerca da matéria, ainda não inserida no Brasil como deveria, mas que parece caminhar lentamente rumo ao reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais perante particulares.

O próprio Supremo Tribunal Federal do Brasil aponta indícios da aplicação, diga-se, não de maneira expressa, tampouco exauriente, fazendo com que ainda se observe polêmica doutrinária sobre o assunto.

CAPÍTULO I - A ABRANGÊNCIA DO PODER PRIVADO E DO SEU POTENCIAL DE LESIVIDADE

³ Hoje o tema da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, nesse contexto, também é debatido sob a forma do “Direito Civil Constitucional”, como o é realizado por Gustavo Tepedino, em obras como a que atua como coordenador TEPEPINO, Gustavo (Coord). **Problemas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

1.1 UMA BREVE CONCEPÇÃO DO PODER E DOS PODERES

1.1.1 Do Poder enquanto noção Tradicional – O Estado Leviatã

Dentre os muitos significados correntes do vocábulo “Poder”, destacam-se: “ter força; uma energia moral, força física ou psíquica; ter influência; ter domínio sobre, direito ou capacidade de agir; ter voz de mando; supremacia, superação, domínio”⁴.

Desta breve definição já se pode delinear, sob o ponto de vista corrente, uma relação de subordinação de um sujeito em relação a outro. E esse é o ponto de partida do presente trabalho: a análise do Poder, sua pulverização na sociedade, em repartições de poderes, e como tal subordinação configura um potencial de lesividade, um potencial de violação aos direitos dos sujeitos subordinados nas relações intersubjetivas entabuladas.

Mas a delimitação da origem desse poder, de suas bases conceituais, de seus mecanismos de ação e controle não é tarefa tão simples. Há todo um aparato complexo a ser analisado, imprescindível para traçar as noções preliminares do tema apresentado.

Assim, passa-se a um breve cotejo acerca das relações de poder e *das relações de poderes*, na tentativa posterior de um esboço de uma noção acerca do que seria o Poder Privado, e quais suas implicações no Direito e, principalmente, seu alcance na sociedade: sua influência perante o Poder Público e suas implicações entre os próprios indivíduos que compõem a malha dos sujeitos do Direito Privado.

Logicamente, é necessária uma noção acerca da definição básica de Poder e quais suas implicações sobre a liberdade dos particulares para passar então à análise dos Direitos Fundamentais e qual sua relação com os membros de uma sociedade.

⁴ PODER. In: HOUAISS, Antonio, e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001, p.2244.

Essa noção será importante para configurar o potencial de lesividade privado⁵ na vida de seres humanos, vistos tanto em sua forma de grupos organizados para determinado fim, como individualmente, exercidos pelos próprios sujeitos de direito, vistos individualmente. Reitera-se: essa lesividade será potencial, pela própria noção de poder exercida pelos atores detentores deste.

Passa-se então à *noção primária* de Poder, em muito especial a uma breve noção de Poder do Direito e no Direito. Para tal, elegem-se os alicerces inovadores traçados por Michael Foucault⁶, perpassando-se, conjuntamente, pelas considerações acerca do Poder Simbólico e da força do Direito de Pierre Bourdieu⁷.

As visões desses autores pós-estruturalistas da vanguarda europeia são fundamentais à compreensão de uma visão de poder mais compatível com os objetivos do presente trabalho, dado seu diálogo com o psicológico social, sua interpretação dos fatos da sociedade e do pragmatismo imbuído em seus conceitos.

Contrastam-se tais ideias como tentativa de modificação dos esquemas clássicos, possibilitando-se conhecer uma nova dinâmica social do poder. Assim, deixa-se de configurar o poder tão somente como aquele supremo e centralizado como o Estado Leviatã idealizado por Hobbes⁸:

Dos poderes o maior é aquele que é composto pelos poderes de vários homens, unidos por consentimento numa só pessoa, natural ou civil, que tem o uso de todos os seus poderes na dependência de sua vontade. É o caso do poder de um Estado.

Abre-se, com isso, uma visão partindo-se da idéia primitiva de poder como um bloco monolítico, como se fosse o único “gigante” central controlador e dominador, o único com demasiado tamanho capaz de poder produzir lesão aos indivíduos a que subordina aos seus limites de ordem e disciplina.

⁵ Considera-se como “potencial de lesividade”no presente trabalho toda forma potencial ou latente que têm os indivíduos ao se relacionarem com outros, o potencial de violar direitos. Esse potencial seria agravado na sociedade contemporânea, dada a dinâmica da sociedade, da diversificação das possibilidades de risco e das possibilidades de risco e sujeição que o desenvolvimento é capaz de gerar no individualismo inerente ao ser humano.

⁶ STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Poder e Contrato: um diálogo com Michael Foucault. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. **Diálogos sobre direito civil**: constituindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 267-288.

FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. 22. ed. São Paulo: Graal. 2006. p.167-177.

⁷ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 209-254.

⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret. 2001. p. 70.

A visão desse grande pacto, desta forma, objetiva a cessação da “condição bélica”⁹ do estado de natureza do ser humano, de maneira que os homens que o celebraram devem cumprir suas regras (leis) estabelecidas, assentando-se, nessa visão, a origem da justiça. Há, portanto, uma renúncia ao direito universal do estado de liberdade plena, de maneira a fortalecer outros valores, como a propriedade.

Hobbes firma seu pensamento sob o pálio do contrato social, firmado sob um pacto, algo muito mais forte do que mera promessa, em uma presunção de que todos os que celebraram o pacto automaticamente fosse cumpri-lo, pela legitimidade que ele representa, pela força da razão, e pelas leis naturais inerentes ao homem – a justiça a equidade, a modéstia, a piedade¹⁰.

Assim, o desejo da pessoa de sair de seu estado de natureza, de condição bélica é consequência necessária dos impulsos naturais do homem, “quando não há mais um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo de castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis naturais”¹¹.

Assim, a celebração do pacto formador do Estado autoriza a limitação do Estado de liberdade pela ordem estabelecida, como uma “prisão” invisível que seria a lei¹². O exercício do poder, nessa visão, seria posto nas mãos de um representante, que deveria seguir exatamente as cláusulas do grande contrato social formador do grande homem imaginário: o Leviatã.

Em resumo, essa é a visão tradicional do poder, então, de uma maneira geral: a de que o homem, fugindo de seu estado de natureza, celebra um grande contrato social, em prol da pacificação, pela centralização de poder nas mãos da figura formalizada do Estado Soberano.¹³

⁹ HOBBS, 2001. p. 111.

¹⁰ *ibid.*, p. 127.

¹¹ *ibid.*, p. 127.

¹² *ibid.*, p. 160.

¹³ Esse pensamento tomou vulto na doutrina contratualista moderna, como a de Jean Jacques Rousseau, em sua obra “O contrato social”, bem como na de John Locke e demais filósofos liberais. Logicamente em um sentido bem mais direcionado aos ideais burgueses, já direcionando o Estado Leviatã como um regulador do corpo social, não obstante devesse conferir a máxima liberdade negocial possível para o estabelecimento das relações mercantis. Mas assim como o Estado soberano é bem visto de forma a eliminar o estado de natureza do ser humano, a visão maquiavélica do representante dissimulado que atua em nome próprio ou de grupos emergentes dá um colorido ainda mais cruel às antigas barbáries cometidas pelo homem. A barbárie, nesse sentido, seria tida como legítima.

Como dito anteriormente, tal concepção de poder era embasada na idéia de soberania, aos moldes de um contrato privado, como forma de o homem obrigar-se a se padronizar em prol da persecução da paz e da segurança, traçando regras reguladoras do padrão de um “homem ideal” a serem seguidas por toda uma sociedade, e representadas por um ente maior: o Estado.

Os indivíduos, por essa ótica, abdicariam de seu juízo contínuo de liberdade e de julgamento para padronizar sua conduta conforme estabelecido no pacto social, em prol da construção de um poder único e concentrado, a que Foucault chamou de “modelo único da soberania”, ou o modelo ligado à “instituição do Estado e da soberania jurídica”¹⁴.

O Estado soberano, qualquer que seja a forma de governo adotada, concentra poderes, ou seja, dominação, por escolha do próprio ser humano. Ele regula, elabora regras a serem seguidas em aspectos gerais, bem como fixa a medida disciplinar a ser aplicada em face do desrespeito a tais regras.

O poder, sob esse esquema clássico, centralizado na figura de Leviatã, seria assim o resultado de um dos maiores contratos sociais celebrados na humanidade: o contrato social da constituição do próprio Estado, como pessoa autônoma que tenha poder de decisão acerca das diretrizes das vidas das pessoas que o integram.

É o próprio Leviatã que, nesse sentido, limita o campo de liberdade do ser humano, que concordou em renunciar parcela de sua liberdade em prol da harmonização nas relações intersubjetivas. É a defesa do direito da coletividade. É a defesa do que se chamaria *Poder Público*.

Ao Poder Público caberia, representando a coletividade que o instituiu, a regulamentação e limitação da liberdade de seus integrantes, do controle e efetividade do cumprimento de suas regras. Para garantir seu exercício, iniciou o processo de disciplina e força contra seus membros.¹⁵

¹⁴ STAUT JUNIOR, 2002, p. 270. Staut Junior atenta ainda que tal entendimento foi o consagrado na modernidade, em muito especial no discurso do liberalismo que “construiu uma elaboração do poder em torno da figura do Estado e da relação entre este e seus cidadãos”.

¹⁵ O grande problema desta disciplina garantidora da efetividade é que nem sempre foi, ou ainda é, utilizada de modo a garantir o bem-estar do ser humano, corroborando o pacto social. Por muitas das vezes os interesses do representante foram postos de maneira soberana, violando direitos por interesses próprios. A própria idéia de disciplina tratada nesse contexto se coaduna, sob este foco de um poder maior, com o entendimento de eficácia da lei no positivismo de Hans Kelsen, para quem a norma, para ter eficácia, deve possuir sanção como forma coativa. Desta forma, a conduta é adotada

Sob esse aspecto, o Estado, muito embora o regulador dos direitos em prol da harmonização social do homem, também é visto como o grande violador da liberdade e detentor do poder punitivo, ou seja, violador dos direitos de seus membros, não importando o regime de governo em que inserido, até mesmo em se tratando de um Estado Democrático.

Não obstante, prefere o ser humano essa situação a voltar ao seu estado de natureza, em que reinava a força da imperatividade particular – a vingança privada e o exercício arbitrário das próprias razões, o poder privado na sua mais primitiva forma.

Dessa própria conjuntura, pode-se dizer que já havia um poder preexistente, o poder dos particulares – a dominação do mais forte que violava o corpo e a moral do mais fraco, situação essa que refletiu na formação do próprio Estado.

De tal forma, a doutrina tradicional mostrou-se insuficiente, focando seu estudo unicamente na figura do Estado centralizado da doutrina contratualista, como um grande grupo organizado, regulamentador, em prol do benefício comum, pondo de lado todas as demais formas de poderes que formavam ou influenciavam, em união, todo esse poder central.

Essa doutrina tradicional, com firme base no poder do Estado Liberal, em que se vê o Estado como o pleno detentor do poder econômico e o social sobre os seus súditos, de forma que irá agir como gestor, apenas regulando, porém se abstendo de uma atuação mais direta sobre a liberdade.

A força do poder, sob essa lente, firmava-se no capital, no cunho expressamente patrimonial.

Tal consideração acerca destes poderes coadjuvantes e até mesmo independentes em relação ao Poder Público é um fato que não deve ser posto em segundo plano. É, pois, uma realidade e que tem reflexos e conseqüências importantíssimos para a análise das relações sociais e da incidência das próprias regras do Poder Público sobre seus súditos.

unicamente para evitar a sanção. É, de fato, uma forma de disciplinar a conduta. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 12.

1.1.2 Uma nova visão do Poder: Os Macropoderes e os Micropoderes

Primeiramente, ressalta-se que tais aspectos teóricos serão analisados à luz das micro e macrorrelações sociais, desde as relações “orgânicas”, como as do organismo estatal para com os seus indivíduos componentes; até as relações “moleculares” entre grupos de indivíduos particulares e até mesmo as relações “atômicas” entre um indivíduo para com o outro.

Em outras palavras, o enfoque de poder tem múltiplos aspectos. Tanto o amplo, difundido na sociedade, quanto o micro, regionalizado. Como ressaltado por Foucault¹⁶ as relações de interesse e poder são muito mais complexas do que realmente se acredita.

A partir desse momento, Foucault abandona a concepção tradicional de poder hobbesiana que é aceita e pensada na modernidade, de um modo geral, como um “poder soberano, concentrado, único, entendido como um bloco”, como um “rei em sua posição central”, firmado nas bases do contrato social¹⁷.

Tal concepção atribuiu papel fundamental ao Estado e à Lei, constituindo instrumentos, discursos e saberes aceitos como verdades científicas incontestáveis, fazendo com que o direito moderno, monista e estatal, paradigma jurídico tradicional, seja escolhido como única fonte de regulação e normatividade em toda a sociedade, tendo no contrato privado uma das principais formas de inter-relação entre seus súditos¹⁸.

Foucault propõe, porém, uma nova perspectiva, a perspectiva do estudo do poder e dos poderes, a partir da premissa de que, para que seja feita a análise concreta das relações de poder, faz-se necessário abandonar o tradicional modelo jurídico da soberania como poder único e concentrado.

¹⁶ FOUCAULT, 2006, p.77.

¹⁷ STAUT JUNIOR, 2002, p. 268.

¹⁸ STAUT JUNIOR, *ibid.*, p. 271-272.

Em relação a esse aspecto da lição do autor francês, Pereira¹⁹ faz a seguinte ponderação:

Cabe a Michael Foucault o mérito de haver desmistificado a falácia liberal que identifica o poder com o Estado. Como demonstrou o filósofo francês, o fenômeno do poder desenvolve-se também – e até de certa forma mais relevante – fora do Estado, no âmbito da Sociedade.

Isso porque o filósofo não propõe assim uma teoria geral do poder, não o considerando como algo tangível, estático, como determinado objeto ou coisa. Nem sequer o considera como relação natural inerente ao ser humano ou das massas dominantes. Não define o sentido de poder, mas procura *analisar* as relações intrínsecas a ele.

Como ressaltado por Staut Junior²⁰, em análise à tese de Foucault, o autor francês pretende olhar a questão do poder a partir das múltiplas formas de dominação, em termos de relação e estratégia. Isso porque o poder não atua de maneira concentrada, estando pulverizado na sociedade, se manifestando de inúmeras formas.

Essa seria a primeira noção acerca dos micropoderes em Foucault, fazendo-se necessário analisar “os súditos em suas relações recíprocas” e, “não as múltiplas sujeições que ocorreram e funcionam no interior do corpo social”²¹.

Com efeito, Foucault considera o poder, em linhas gerais, como um conjunto de relações díspares, em constante transformação, constituindo uma prática social, formada dentro de todo um contexto relativo a um tempo e lugar. Sem se reduzir a multiplicidade e dispersão das práticas de poder em um âmbito globalizado e pluralista.²²

Foucault delimita assim a microfísica do poder, fugindo de uma idéia centralizadora ou unificadora, desmembrando-o em questões complexas, pois assim

¹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 454-455. A autora prossegue sua análise ressaltando que, na visão do autor francês, há duas formas diferentes de poder que opera de acordo com procedimento e lógica diversos: O poder disciplinar (família, escola, prisão etc) e o poder jurídico do Estado (como coerção).

²⁰ STAUT JUNIOR, 2002, p. 273.

²¹ FOUCAULT, apud. STAUT JUNIOR, op. cit., p. 273.

²² MACHADO, Roberto. Introdução: por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. 22. ed. São Paulo: Graal. 2006. XI.

o são as relações humanas, bem como a análise de toda uma psicologia social e dos infinitos saberes locais.

Desta forma, não existe *o poder*, mas *os poderes*, como realidades distintas. Não são necessariamente criados pelo Estado, ou nele centralizados, mas ao revés, são exercidos em níveis variados e em pontos diferentes da malha social, configurando micropoderes sociais, que se expandem em forma de técnicas de dominação.

Seria então como desconsiderar *o poder capitalista liberal*, mas *os poderes* envolvendo os interesses patrimoniais do liberalismo moderno, firmado em uma malha de diversos interesses de particulares, organizados e com objetivos muito próprios, em geral para gerir a vida de todo o organismo da sociedade.

O poder, assim por dizer, teria existência própria, não possuindo limites ou fronteiras. Na verdade, o que se verifica são as práticas ou relações de exercício do poder, levando a sua genealogia a desenvolver uma concepção não jurídica do poder, mas sim uma concepção fática, ontológica, a partir da formação dos saberes adquiridos e desenvolvidos pelos indivíduos.²³

Esses saberes e interesses organizados à luz do exercício dos poderes com objetivos de gestão poderão ser observados sob um foco positivo, como o da regulação da vida em sociedade, em prol de uma harmonização, de uma pacificação social.

Por outro lado, Foucault também apresenta o lado negativo do poder, em sua *força destrutiva*, a que se chama no presente trabalho de “potencial de lesividade do poder”, principalmente seu aspecto excludente e repressor, como produto da individualidade.

Assim, o indivíduo se apresentaria como efeito do próprio poder, atuando ativa ou passivamente, uma vez que “o poder é produtor de individualidade e o indivíduo é uma produção do poder e do saber”²⁴, sendo que, ao mesmo tempo, o indivíduo se configura alvo desse mesmo poder. Seria como a disputa constante do individualismo de um ser de se sobrepor ao de outro.

²³ MACHADO, op. cit. XV e XVI.

²⁴ MACHADO, 2006, XIX.

Com isso, Foucault aborda a captação do poder desde suas extremidades, em suas últimas ramificações capilares, o que seriam consideradas no máximo “questões de fato”, que seriam as relações mais ínfimas de poder.

Não obstante, conforme alerta Staut Junior²⁵, são justamente essas questões de ‘menor importância’ as questões de poder particulares, sujeitos de direitos e deveres, a que Foucault atribui uma atenção especial em sua preocupação metodológica em suas práticas reais e efetivas em prol da individualidade e do aspecto econômico.

Essa seria a dialética das relações de poder por Foucault, tais como a analogia à ideologia do fenômeno das superestruturas e infraestruturas da teoria marxista, dentro dos jogos de ideologia e repressão, mas em um discurso acerca da constituição dos saberes e das formas de domínio sem se referir ao sujeito.

Seria, assim por dizer, a afirmativa de que os poderes produzem os saberes fundamentais para o seu próprio exercício, por vezes insculpindo implicitamente em seus discursos, táticas e técnicas de dominação.

Aliás, para Foucault, o aspecto dialético da repressão representa uma concepção jurídica do poder, impondo a determinado âmbito de indivíduos a aceitação de determinados parâmetros, sendo que, nas palavras do doutrinador²⁶:

Quando se definem os efeitos do poder pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica deste mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não. O fundamental seria a força da proibição. Ora, creio ser esta uma noção negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou. Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir.

É justamente esta a concepção jurídica a ser trabalhada na presente dissertação, a feição repressora e coerciva (sob uma falsa “disciplina”), em relações de sujeição e subordinação a que se firmou o Poder Privado, exercido no conteúdo do Direito privatístico, criado a partir dos saberes dos particulares em sua liberdade de negociação e estipulação de regras.

²⁵ STAUT JUNIOR, 2002, p. 274.

²⁶ FOUCAULT, 2006, p. 08

Tal legitimação, a obediência no seio da sociedade, advém de uma força simbólica de repressão, advindo de um discurso, do estabelecimento de verdades, da ideologia de justiça e equidade, ou ainda, do exercício da razão.

A oratória e a dialética, oriundas do próprio homem, assim por dizer, são instrumentos preponderantes da aplicação dos saberes criados para a viabilização do exercício do poder. Com efeito, com a utilização do discurso manipulador, aproveita-se das vontades, necessidades e medo do ser humano, de forma a compeli-lo a acreditar e a satisfazer a subordinação ao exercício do poder.

É o que Pierre Bourdieu²⁷ diz acerca da força do direito, enquanto poder simbólico: a existência de pressões inerentes ao exercício de uma violência simbólica (representado pelo caráter repressor da sanção) legítima e que pode ser combinado com o uso da força física²⁸.

É a partir da idéia dessa força de repressão que, sob a óptica de Foucault, no caso da teoria jurídica clássica, o poder pode ser considerado como, nas palavras do filósofo²⁹:

[...] um direito de que seria possuidor como de um bem e que se poderia, por conseguinte, transferir ou alienar, total ou parcialmente, por um ato jurídico, ou um ato fundador de direito, que seria da ordem da cessão ou do contrato. O poder é o poder concreto que cada indivíduo detém e que cederia, total ou parcialmente, para constituir um poder político, uma soberania política.

Exatamente nesse sentido, a constituição do poder político se faria segundo o modelo de uma operação jurídica da ordem da negociação jurídica, ou seja, da órbita contratual, entendendo-se como uma lógica econômica e patrimonial, e não como uma lógica humanizada.

²⁷ BOURDIEU, 2003, p. 211.

²⁸ Atente-se que, muito embora Bourdieu mencione tão somente o Direito Estatal, ou seja, no âmbito do Direito Público, perfeitamente pode-se aplicar ao âmbito do Direito Privado, enquanto sistema jurídico, enquanto poder, e, da mesma forma, enquanto detentor dessa força simbólica mencionado pelo autor francês. Não obstante, o autor em seguida afirma a produção dos conceitos das estruturas simbólicas pelas instituições sociais que as produzem. Ora, da mesma forma que é produzida essa estrutura simbólica, é justamente a produção do saber em prol do exercício de um poder a que Foucault mencionara. Assim como Foucault, Bourdieu se utiliza de muitos parâmetros de psicologia social para utilizar do raciocínio da manobra de um sujeito, de um grupo ou mesmo de uma sociedade, fazendo o sujeito acreditar no que lhe fora imposto, ou, ainda que não acredite, ao menos que obedeça, sob pena de lhe ser aplicada uma sanção – é o jogo simbólico combinado com a repressão física, do pensamento de ambos os filósofos.

²⁹ FOUCAULT, 2006, p. 174

Poder político esse, diga-se, não apenas referindo-se a um contrato maior como o contrato social formador do Estado soberano, mas o poder político inerente a cada ser humano enquanto pessoa, de sua dotação natural. Ambas são relações de poder em esferas diversificadas.

No que concerne a essa noção de poder, dentro de sua feição jurídica, justamente em relação às idéias de contrato social, os estudos de Staut Junior³⁰ traçam estreita relação entre o poder e a soberania como os marcos teóricos da contratualidade privada em Foucault.

Contratualidade esta que viabiliza o exercício do poder, que deverá ser analisado de maneira ascendente, ou seja, analisado como algo que circula como em um negócio jurídico, algo que só funciona em cadeia, em um verdadeiro sistema de poder. Sem dúvida é uma visão que parte do micro para o macro.

Assim, o sistema maior que se pode pensar o Poder Público, nada mais seria, portanto, que uma reprodução sistemática reflexa dos muitos poderes constituintes do que se chama aglutinadamente de “Poder Privado”, em suas mais tenras raízes.

Tais raízes privatísticas possui todo um aparato próprio, um estatuto próprio que lhe confere legitimidade, em uma continuidade de subordinação, com uma força simbólica advinda de toda uma organização dos saberes e da formação do que Bourdieu chama de *capital social*, ou *capital cultural*, conferindo valores, tais quais o capital econômico, a um conjuntos de valores sociais ou valores culturais.³¹

Desta forma, conclui-se, Foucault não nega o macropoder, ou os macropoderes, assim por dizer, insculpidos na sociedade, mas sim propõe outro foco, a saber, o dos micropoderes, que no mais das vezes sustentam, via reflexa, a própria noção do poder maior.

Da mesma maneira, cada forma de poder possui uma força, que poderá ser física e direta, em relação de repressão que recai sobre o corpo da pessoa ou de seus bens, ou indireta e simbólica, em uma malha de todo um aparato organizado de saberes de maneira a compelir uma subordinação, seja pelo receio da repressão simbólica seja pela idéia de que a sujeição é a verdade a ser exercida.

³⁰ STAUT JUNIOR, 2002.

³¹ Pela própria nomenclatura, o caráter patrimonial já exalta seu impacto de dominação, ao menos de natureza econômica.

Foucault também reconheceu esse poder simbólico quando estabeleceu poder como forma de dominação que nasce e se desenvolve nas práticas recíprocas dos sujeitos e nas pequenas e despercebidas sujeições, em uma relação dinâmica e complexa permeada na sociedade.

Desta forma, o poder dos particulares, ou seja, o poder privado é, portanto, um fato. A criação de saberes em prol do mecanismo de manutenção do poder e da relação de dominação e sujeição é um panorama observado no seio da sociedade.

Tais saberes são direcionados no âmbito jurídico em prol de um monopólio e uma direção que conferem força simbólica ao direito como um todo e principalmente, nesse caso, ao direito oriundo das relações negociais dos particulares.

É a constituição de um Poder Privado, como forma de visualização concisa dos poderes analisados em Foucault, com a eficácia da força do poder simbólico da teoria de Bourdieu. O alcance desse poder privado, portanto, está pulverizado na sociedade em uma malha quase que infinita de relações intersubjetivas, sendo que seu alcance poderá se dar de inúmeras formas, fruto de inúmeras relações advindas das relações intersubjetivas.

De mesma forma, tem o poder privado seu aspecto repressor, assim como as tradicionais relações com o poder soberano, possuindo os mesmos aspectos negativos e até mesmo as possibilidades de agressão, ainda que simbólica, dos sujeitos a ele submetidos.

Logicamente, essa primeira noção acerca do poder já confere uma primeira suposição para uma reconsideração da doutrina tradicionalista e liberal: o potencial de lesividade do poder privado, tal qual o poder soberano.

Todos são formas de exercício do poder e, portanto, possuem as mesmas formas de exercício. O nicho liberal deve, pois, rever seu pressuposto de apenas atribuir as lesões aos particulares como fruto do poder do Estado soberano, que tão somente tem em vista o poderio econômico, patrimonial, de fundo político.

1.2 O PODER PRIVADO E SEU ALCANCE

Como forma inicial, o poder oriundo do homem enquanto ser individual não deixou de existir, nem deve ser ignorado. Tais são as palavras de Pereira³²:

A complexidade da Sociedade contemporânea compreende, de forma notória, relações jurídicas entre particulares, que podem ser qualificadas como *verticais, desiguais ou de sujeição*, nas quais se identifica a proeminência de uma das partes sobre a outra.

O poder da eloquência, do convencimento de outros homens com sua argumentação, com base em seus saberes, configura poder sobre os demais, subordinando-os de acordo com suas vontades e necessidades.³³

Exemplifica-se com um indivíduo que deseja vender um bem seu para outro. Ele argumenta, convence, expõe a necessidade que será ter aquele bem para si, bem como o estabelecimento de cláusulas de acordo com seus interesses. Possui vantagem em si por já ser detentor do bem, e a outra parte, desejando o mesmo, deverá se pôr em uma situação de sujeição, aumentando cada vez mais as possibilidades de ter relações abusivas.

Note-se que não necessariamente se tem uma relação de consumo, em que se envolva atividade organizada para a circulação de bens e serviços, ocasião em que a relação de poder estará delimitada. Ao revés, relações puramente comuns, civis, estritamente entre um sujeito singular e outro.

Há, de maneira clara, situações de poder, no uso de jogos de retórica e persuasão³⁴, utilizando-se de todo um contexto atual em que a necessidade do ser humano é cada dia maior para a busca da plenitude de sua felicidade.³⁵

³² PEREIRA, 2006, p. 455.

³³ O autor Ferrero, tratando das relações de poder, chega a afirmar que as necessidades do homem contra a morte parece explicar a imperfeição de todas as sociedades humanas. A responsabilidade do homem, assim, viria a atribuir as suas necessidades os caprichos do individualismo ou a “cegueira do egoísmo”, pela necessidade de cada indivíduo de defender sua própria vida contra a morte e o tempo, como pode e como sabe. Para o autor, esse instinto de conservação tem algo em comum com todos os homens, ao mesmo tempo em que tem algo de particular e único, próprio de cada indivíduo. (FERRERO, Gluelmo. **Los Genios Invisibles de la Ciudad**. Madrid: Tecnos, 1998., p. 338-339).

³⁴ Nesse sentido, a forma de um *poder* de retórica e persuasão, é bem demonstrada na obra: SCHOPENHEUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: em 38 estratégias. São Paulo: Topbooks, 1997. O autor demonstra como impor sua tese conforme seus próprios interesses, do discurso da dialética erística, posto como a arte de vencer, pelo discurso lícito ou ilícito.

Hoje, igrejas pregam com emoção “o poder da fé”. Houve a publicação de diversos livros sobre o assunto, por parte de várias igrejas. A obra organizada por Claret³⁶, muito embora não seja de publicação atrelada a alguma igreja, chega a afirmar que a fé faz o ser humano desconsiderar sua vontade, em fidelidade a Deus e a sua palavra.

O fato é que o apelo emotivo no discurso religioso confere forte cunho de poder, pois os seguidores de determinada religião sujeitam-se aos dogmas proclamados pela igreja.

Este poder é visto em qualquer pessoa que esteja disposta a professar um discurso em prol da fé, angariando fiéis, podendo inclusive chegar a montar sua própria igreja. Eis por que surgem tantas novas igrejas, de forma a se adaptar ao público a que deseja atingir.³⁷

É um exemplo do emotivismo³⁸ com base em Stevenson aplicado de forma a influenciar pessoas por seus juízos mais íntimos, que justamente é utilizado como forma de poder. Aliás, Stevenson³⁹ define o próprio significado de “emotivo” como:

³⁵ Nas palavras de Pereira (2006, p. 493 e 546) “Se uma das partes encontra-se em situação de sujeição, seu poder de autodeterminação resta aniquilado, não havendo como cogitar-se de aplicação do princípio da liberdade”. Posteriormente prossegue a autora “as relações sociais não são sempre iguais ou paritárias, e o fenômeno do poder também se manifesta no seio da sociedade. Assim, se o propósito dos direitos fundamentais é proteger a liberdade e a dignidade humana, é preciso garantir essa proteção quando se trate de ameaças provindas de poderes públicos e privados”.

³⁶ Martin, Claret et al. **O Poder da Fé**. São Paulo: Ed.Martin Claret, 1994. No mesmo sentido, MACEDO, Bispo. **O poder sobrenatural da fé**. Rio de Janeiro: Unipo, 2005. Nessa última obra, em seus capítulos, induz o pensamento do leitor acerca da conduta a ser adotada pelas pessoas na religião, indagando sobre a dúvida, o orgulho, a vaidade e ilusões, conduzindo a conduta dos fiéis com base nas suas palavras. Da análise de Ferrero acerca do poder em relação a religião, afirma que ela pode ajudar o poder, mas é necessário que a fé preexista e extraia de si mesma sua razão de ser. Entende-se que a religião poderá ser usada por um único ser humano como instrumento de dominação, pois, como dito pelo autor, o medo da força que pode vir a ocorrer, ainda que não venha a realizar-se, faz com que o poder seja aceito e legitimado, agindo como “donos invisíveis de nosso destino”. (FERRERO, 1998, p. 73, p. 314 e p.330).

³⁷ Um grande exemplo é a nova “igreja dos surfistas”, conforme se pode observar no site gospel na reportagem de Moraes, Disponível em: <<http://noticias.gospelmais.com.br/igreja-dos-surfistas-vai-atras-de-mais-fieis-em-points-dos-jovens.html>>. Acesso em: 12 mar. 2009. Como se pode depreender do próprio termo utilizado da reportagem, o uso da linguagem jovem já é um meio de estabelecer alguma conexão em prol de passar o discurso ao público alvo que é o cidadão jovem, para professar sua religião. De mesma forma, conforme reporta o artigo “Igreja para todas as tribos”, no site <http://www.comunidadeespirita.com.br/artigos/artigos2008/igrejas%20para%20todas%20as%20tribos.htm>, Acesso em mar/2009, elenca fatos de pessoas que fundaram igrejas propícias ao seus ideais, e que angariaram, com a força de seus discursos, não apenas surfistas, como roqueiros, homossexuais, dentre outras “tribos”. O apelo emotivo nos seus discursos, possui uma força muito grande para juntar os membros de uma mesma “tribo” ou simpatizantes, como formas alternativas do poder da igreja tradicional.

³⁸ Apud. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 63.

³⁹ Apud ALEXY, *ibid.*, p. 64.

[...] o *poder* que a palavra adquire – em relação ao seu emprego em situações de tipo emotivo – para promover ou expressar atitudes como algo distinto de descrevê-las ou designá-las”, de modo a “conduzir pessoas a mudar sua atitude.

Basta pensar no poder que uma única pessoa poderá influir sobre uma multidão, induzindo-lhe a fazer ou deixar de fazer algo, como uma greve, ou depredação de um edifício, ou até mesmo o linchamento de um assassino.

Ou ainda, a escolha de adeptos de mutilações do próprio corpo para efeitos estéticos os religiosos. O apelo emotivo é de fato forte, influenciado não apenas, como se poderia pensar em princípio, pela liberdade que goze em vida, como pelo poder que goza em reger a própria vida.

Deduz-se, com isso, que o poder privado não é ato meramente negocial, uma vez que as relações de poder são inerentes ao próprio ser humano, que poderá exercer poder até mesmo sobre suas escolhas.

Pode-se pensar ainda, em outra situação relacionada a um poder fora do âmbito negocial, tal como ocorre com o poder familiar. A criança tem liberdade de ação, mas não detém poder sobre seus atos, pois sua vontade muitas das vezes não é considerada no mundo jurídico.

Não obstante, a criança sujeita-se ao poder de seus genitores, que decidem desde a sua educação religiosa, ao que vestir, ao que comer para se bem (ou por vezes mal) se alimentar, onde irá estudar, e qual será o seu lazer e atividade física e social praticar ou deixar de praticar.

Por óbvio que será interessante para alguns conferir importância apenas ao poder como a união de força de dois ou mais homens, formando grupos que, conseqüentemente, possuem muito mais força do que um indivíduo singular.

Aliás, será extremamente cômodo enxergar a obviedade da força física e moral que exercem os grupos organizados de pessoas para a persecução de determinado fim (tal como a ocasião do surgimento do próprio Estado). O poder privado, sob esse ponto de vista, é cristalino, bem como a sua desproporção em relação a grupos menores ou, principalmente, em relação aos indivíduos particulares.

Em razão da própria insuficiência do homem indivíduo para suprir suas próprias necessidades, a união de forças com outros se fez necessária, pondo em fragilidade os demais indivíduos em relação aqueles todos unidos. É como se fosse um soldado contra uma tropa, quicá contra um exército, dependendo das proporções.

Em face da crescente globalização que se encontra o mundo moderno, cada vez é maior a necessidade de união de forças dos indivíduos para a garantia e proteção de seus direitos, de forma a tentar equilibrar as relações travadas com os grupos organizados de pessoas.

Essa é a nova visão do micropoder para o macropoder já no âmbito do poder privado. Mas é preciso ressaltar que não houve queda na importância do poder nas relações entre os sujeitos. Muito pelo contrário.

A dinâmica social revela novas necessidades do ser humano, revelando novos pontos de fragilidade e, por isso, novas formas de dominação. E ainda, a ampliação das escolhas do ser humano sobre sua vida amplia as formas de impor sua vontade sobre a sociedade, interferindo na vida e no direito alheio.

1.2.1 O Poder Privado Individual

Como bem desenvolvido por Simmel⁴⁰, a dinâmica social, pela base psicológica da formação metropolitana, a qual intensifica os estímulos nervosos do indivíduo, confere diferentes impressões contrastantes, assumindo o curso regular e habitual dentro da rotina ideológica.

⁴⁰ SIMMEL, Georg. **O Fenômeno urbano**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 12.

No âmbito das ciências sociais, Ferrero⁴¹ indica as raízes desse poder individual ao estabelecer que,

A vontade de cada homem de defender sua própria vida, como um absoluto único, sem relação ou vínculo com as outras vidas, é a 'força misteriosa', que está ante os choques da vida como pode e quer, com a intensidade e em umas direções variáveis e imprevisíveis.

Essa formação reflete diretamente nas atitudes dos grupos formados a partir da percepção dos estímulos nervosos, formando a personalidade de cada membro de cada grupo ou categoria formados na Sociedade.

Antes mesmo de nascer, portanto, o indivíduo já tem nome, religião, educação e até mesmo conceitos e preconceitos a absorver, como em um predestino traçado pelo poder de seus pais.

E assim, a primeira forma de poder que o ser humano toma contato logo ao nascer é o familiar. O indivíduo nasce completamente frágil e vulnerável à vontade de seus pais a qual deve se submeter.

Ainda criança, submete-se ao poder de seus pais, tal qual um contrato de adesão, ao que deve vestir, ao que deve comer, como deve se comportar, como deve estudar ou ter seu lazer, qual religião professar, e até mesmo quais conceitos e preconceitos absorver.

Em resumo, é submetida ao poder de seus pais, ou somente um deles (não se esqueça que no Brasil se reconhece a família monoparental), de como desenvolver sua personalidade enquanto pessoa, sujeita de direitos e deveres, bem como a uma disciplina em caso de desobediência.

Esse poder sobre o comportamento dos filhos traduz-se sobre a forma de influência que uma pessoa poderá ter sobre um indivíduo. Não apenas os pais,

⁴¹ GUGLIELMO, 1998. p. 339. "La voluntad de cada hombre de defender su propia vida, como un absoluto único, sin relación o vínculo con las otras vidas, es La 'fuerza misteriosa', que explota ante los choques de la vida como puede y quiere, con la intensidad y en unas direcciones variables e imprevisibles".

como também todo um ambiente em que tenta se adaptar às mudanças e estímulos externos que mudem o seu comportamento.^{42 43}

A liberdade do ser humano, incluída a liberdade de exercer o poder de cada ser humano sobre o outro, não pode ser vista como mero cunho patrimonial, desmerecedor de um reforço à proteção da pessoa, além da mera regulamentação do Direito Privado, deixado ao sabor da mera vontade dos indivíduos.

Ainda assim, mesmo que se fale em liberdade como desenvolvimento do ser humano em seu aspecto patrimonial, as relações de poder individuais devem ser moderadas em alguns aspectos.

Amartya Sen admite que “o desenvolvimento requer que se remova as principais fontes de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destruição social”⁴⁴, que são fatores que intervêm na liberdade do ser humano, e que têm forte apelo social.

Ocorre que tais fatos podem ter, dentre outras origens, alheias ao Estado, no poder individual. O preconceito individual, por exemplo, pode não apenas excluir

⁴² Nesse sentido, a aplicação interdisciplinar da psicologia comportamental é necessária para melhor embasamento, quando em seus princípios básicos utiliza-se da observância do comportamento sendo influenciado pelo meio (incluindo nesse meio o comportamento de outras pessoas as quais o sujeito conviva). Assim, o comportamento dito como “respondente” de cada ser humano aquele influenciado pelo meio ambiente em que vive, incluindo as pessoas as quais convive. Condicionamentos, estímulos discriminativos (que discriminam qual ocasião a pessoa deve agir), e até mesmo a fuga e a disciplina, são todas reflexas do *poder* de influência que um ser humano pode ter para com o outro, podendo inclusive afetar diretamente a vida da pessoa. Da mesma forma, ao comportamento do homem poderia ser associados a estímulos específicos, de modo a mudar o modo com que as pessoas e o meio interagem. Assim, os sentimentos apreendidos, por exemplo, pelos pais, influenciariam decerto sobre o comportamento da criança, assim como o comportamento da criança pode influir sobre o comportamento dos pais. RANGE, Bernard. **Psicoterapia comportamental e cognitiva de transtornos psiquiátricos**. São Paulo: Psy, 1995. p. 15-19. STALLARD, Paul. **Bons pensamentos - Bons sentimentos**: manual da terapia cognitivo-comportamental para crianças e adolescentes. São Paulo: Artmed, 1995. p. 11-13. OLIVEIRA, Canaan et al. **Compreendendo seu filho**: uma análise do comportamento da criança. Belém: Paka-Tatu, [2005?].

⁴³ Abrem-se outros parênteses aqui para embasar tal pensamento não apenas com auxílio da psicologia como também da antropologia. De acordo com Gilberto Velho, “a ideia de tentar pôr-se no lugar do outro e de captar vivências e experiências particulares exige um mergulho em profundidade difícil de ser precisado e delimitado em termos de tempo”. A observação de um grupo, nesse sentido, em relações de poder, não poderá ser feita de maneira global, sob pena de se generalizarem perigosamente situações as quais deveriam ser aferidas com maior acuidade. Isso porque a questão do ser humano é por demais complexa para ser tratada de maneira tão simplista. Não é fácil, assim, distinguir o sócio-cultural do aspecto psicológico não apenas de um ser como até mesmo de todo um grupo. VELHO, Gilberto. **Individualismo e cultura**: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea. 6 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 123-125.

⁴⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Editora Schwarz, 2004. p. 18.

uma pessoa do mercado de trabalho, como do próprio meio social. Poderá causar lesões irreversíveis à personalidade do ser humano.

O exercício do poder dentro de liberdade desmedida, observada no seio social, como causa de discriminação, exclusão de pessoas, dentre outras perspectivas, pode acarretar a submissão ou violação de um ser por outro.

Não é a toa que Pietro Perlingieri⁴⁵ aduz que a liberdade não se identifica com o poder da iniciativa econômica ou do capital do indivíduo, ao menos não somente sob este aspecto. A liberdade de uma pessoa no uso de seu poder, bem como sua consequente responsabilidade, ultrapassa a iniciativa econômica e contratual. Passa sim, para além disso, a atingir o social, a vida e convivência do ser humano para com toda a sociedade.

Ainda que assim se possa expressar a forma de autonomia e liberdade inerente ao exercício do poder dos sujeitos privados, poder-se-ia falar que o seu exercício poderá ser indicado como contrato de adesão, tão comum nas relações de consumo.

Porém, em tal ocasião, poder-se-á fazer uma analogia com tais contratos de adesão no uso contínuo de uma simples relação entre seres humanos, sujeitos de direito privado. De tal sorte, haveria sempre a imposição do mais forte sobre o mais fraco por via direta ou indireta: a igualdade meramente formal cai por terra quando analisadas as relações fáticas do cotidiano.

Como indicado por Perlingieri⁴⁶,

Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados, porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17.

⁴⁶ PERLINGIERI, 1999, p. 19.

atos e atividades não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.

Desta forma, qualquer ato de poder dentro dessa autonomia, que tenha o condão de influenciar, de modificar a vida de um ou mais seres humanos, por mais útil que seja, deverá sempre estar coadunado com a dignidade, de maneira a se formar o dever de uma responsabilidade. Esta é uma forma que o autor italiano chama de solidariedade não apenas econômica, como social e familiar.

A responsabilidade civil individual nada mais é, portanto, a forma de reconhecimento do potencial de lesividade presente em cada ser humano. O poder da vontade do ser humano sempre será latente nas sociedades.

Após o poder da família sobre o indivíduo, poderá se pensar nas outras formas de poder privado às quais um ser humano se submete. Um grande exemplo é a escola, em que o indivíduo não apenas se encontra sob o poder de seus superiores imediatos, como professores, diretores e inspetores, como também de seus próprios colegas.

Não raros são os relatos de Bullying nas escolas, entendido como quaisquer “atitudes agressivas, intencionais e repetitivas que ocorrem sem motivação evidentes, adotadas por um ou mais estudantes contra outro(s), causando angústia, e executadas dentro de uma relação desigual de poder, tornando possível a intimidação da vítima”⁴⁷, atitudes estas que podem surgir entre os alunos ou até mesmo por parte dos próprios professores.⁴⁸

Sua característica básica é o abuso de poder, a intimidação, a humilhação e vexação, bem como a manipulação dos sentimentos e do comportamento de um indivíduo sobre outro⁴⁹. O ponto principal, diferenciador, por exemplo, de outros tipos de abusos de poder como o assédio moral, é que o bullying ocorre nas escolas, na formação de um indivíduo.⁵⁰

⁴⁷ FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar**: perguntas e respostas. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 33.

⁴⁸ FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. Op. Cit. p. 44-45.

⁴⁹ Nesse sentido, FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. Op. Cit. p. 34.

⁵⁰ A situação é agravada ainda mais com os padrões estéticos que impõem modelos inalcançáveis de magreza. As próprias modelos profissionais são induzidas a perquerir um ideal de magreza tão padronizado sob pena de não conseguirem trabalhos que levam muitas a desenvolver transtornos alimentares, como a jovem Ana Carolina Macan, que morreu em decorrência da anorexia por se

O poder sobre a pessoa foco do bullying é tão forte que poderá desencadear uma série de violações a sua dignidade, como desencadeamento de ansiedade, depressão, tensão, medo, angústia, desgosto, podendo ocasionar até mesmo o suicídio.⁵¹

Assim, não apenas os pais, como os educadores e colaboradores com a educação, e até mesmo os colegas de classe, detém poder sob a esfera de um indivíduo, dentro de uma relação social, desde as suas bases mais remotas, em uma influência direta sobre sua liberdade e suas escolhas na vida na persecução de sua felicidade e integralidade de seus direitos da personalidade.

Que se diga hoje a questão maciça em relação ao desenvolvimento comunicação em rede, especialmente da internet. Os ataques deliberados, oriundos do exercício desmoderado da liberdade do ser humano, confere o poder de dispor até mesmo da vida privada de outras pessoas.

Links em sites de relacionamentos, com perfis falsos, montagens e ridicularizações diretas sobre determinadas pessoas, escondidas sob o anonimato permitiram a exposição da imagem, da honra, e demais direitos da personalidade de pessoas que por vezes sequer teriam condições de saber que suas vidas estavam veiculadas de maneira disforme em um dos maiores meios de comunicação da atualidade.⁵²

Frise-se mais uma vez que o poder privado assume formas por vezes tão cruéis quanto o poder econômico, com ele não se confundindo, assumindo assim matizes de poder social e não apenas patrimonial, como caracterizam a grande maioria das vezes.

achar acima do peso para o desempenho de seu trabalho. Matéria extraída do site <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI1248775-EI306,00.html>. Tal situação forçou agências a repensarem suas exigências e admissões, ao menos aos olhos da sociedade, fazendo com que as pessoas contratadas para o ofício de modelo fizessem exames médicos para suas devidas admissões. Nesse sentido, a matéria do site <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG75786-5856-444,00-MODELOS+SERAO+OBRIGADAS+A+FAZER+EXAMES+MEDICOS+PARA+COMBATER+ANOREXIA.html>. Mas essa conduta não irá amortecer completamente o impacto que a imagem da magreza perfeita provocou, a exigência de uma condição de beleza às custas da própria saúde continuam pelos bastidores como é bem conhecido.

⁵¹ FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. Op. Cit. p. 41.

⁵² Em relação a questão específica do “cyberbullying”, FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. Op. Cit. p. 65.

Há, assim, o que Perlingieri⁵³ chama de redefinição e ampliação da lógica privatística, em que os direitos das pessoas (e não seu patrimônio) esperam uma realização concreta.

Para haver essa realização, deve haver o alargamento da visão privatística, para visualizar o homem como um todo, não apenas seu conteúdo econômico e patrimonial.

Assim o é na visão de poder. Como ato ou ato-fato jurídico, os fatos oriundos das relações entre seres humanos imprimem relação de sobreposição de interesses, tuteladas e limitadas pelo Direito.

A própria noção de liberdade pressupõe um “poder agir”, um poder de influenciar a direção da própria vida e, interagindo com os demais, poder influir ou até mesmo direcionar vidas alheias.

Não se trata, aqui, da questão dos chamados “direitos potestativos”, também denominados de “poder formativo”, pelo qual o titular deste direito (ou poder) possa unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, ainda que interfira na esfera jurídica de outro indivíduo, que nada poderá fazer, como no caso do direito de aceitar uma herança.⁵⁴

Isto porque não se fala, no presente momento, de poderes concedidos pontualmente pelo direito, mas sim pelo poder inerente ao ser humano, consequência de sua liberdade, direito esse que poderá afetar a esfera jurídica de outro indivíduo, muito além do que poderia ou mesmo deveria.

A autonomia do ser humano, inclusive, acompanha a tecnologia, muito mais dinâmica do que o próprio alargamento do direito positivo. O âmbito de liberdade e consequentemente de seu poder individual, alarga-se a cada novidade que ocorra no mundo moderno.

Diga-se hoje da questão da autonomia do indivíduo em relação ao Biopoder, da questão do seu *poder* de decisão e escolha dentro do âmbito do biodireito, não se atendo tanto à questão do meio ambiente.

⁵³ PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 65-66.

⁵⁴ Nesse sentido, PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 123.

Como bem posta a questão por José Antônio Peres Gediel⁵⁵, no caso de um pedido de “aborto eutanásico” na Corte Francesa, em que, em face de sua impossibilidade, que fosse concedida uma indenização ao nascituro pelo fato de lhe ser permitido seu nascimento “defeituoso”:

Esse caso é emblemático de uma nova fase da subjetividade individualista liberta de vínculos e valores sociais e limitada apenas pelos modelos de bem estar e perfeição biológica e corporal ofertados pela ciência. A autonomia e a dignidade humanas compadecem somente para servir ao desejo individual que as invoca, no plano jurídico, como fundamento de direitos inerentes à condição humana, inclusive, o direito de todo homem de não nascer, ou de só nascer dentro dos padrões de normalidade prognosticados e desenhados pela ciência.

Hoje o assunto não poderia ser tão atual. A possibilidade de escolha de embriões não apenas com determinadas características físicas como também que não possua sequer a possibilidade de desenvolver, posteriormente ao seu nascimento, qualquer tipo de doença genética, pode abrir o debate a uma tentativa de eugenia.

Como pondera Gediel⁵⁶, “a autonomia do sujeito sobre os seus corpos também merece ser vista como expressão de sua subjetividade, que se afirma em oposição a regras de controle e coerção, harmonizada e permeável ao outro”. Deve-se revisitar tais conceitos, sob pena do agravamento da grande crise da efetividade do Direito que paira na modernidade.

Até mesmo o *status* de um único indivíduo poderá fazê-lo ter vínculos de poder com o grupo o qual faz parte influenciando os demais indivíduos com os quais se convive.

O status de casado confere poder familiar, o de empregador confere o poder empregatício, o status de “coronel” em determinados setores da sociedade ainda confere o poder sobre determinadas pessoas (por exemplo, ordenando fechar as portas de um comércio) pelo uso da ameaça de represálias etc.

⁵⁵ GEDIEL, José Antônio Peres. Autonomia do Sujeito e Biopoder. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira Et al. **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 341-342.

⁵⁶ GEDIEL, José Antônio Peres. op. cit. p. 344.

Fato é que o poder privado individual merece destaque e pressupõe a proteção dos direitos fundamentais, principalmente em seu âmbito social, e não somente o âmbito do poder econômico ou poder dos grupos, unicamente pela sua junção de forças.

1.2.2 Do agigantamento do Poder Privado nos tempos contemporâneos

Passada a análise não exaustiva da estrutura filosófica acerca dos poderes formadores do Poder Privado, passa-se a uma análise de suas dimensões. Diga-se, seu alcance prático sobre o indivíduo e seu potencial de lesividade sobre os sujeitos a ele subordinados em suas proporcionalidades.

Atente-se que, no presente trabalho, apresentar-se-á o Poder Privado como algo único, colocando o termo no singular. Não obstante, faz-se mister reiterar a afirmação feita acima de que há *os poderes privados*, a que serão tratados como um só, dada a situação que, como um todo, terá a mesma inquinação da relação jurídica posta entre particulares.

Conforme sustentado por Juan Maria Bilbao Ubillos⁵⁷, o fenômeno do poder privado é um dos argumentos basilares para uma reconsideração da doutrina tradicional liberal.

Tal revisão da doutrina tradicional será tanto acerca dos direitos fundamentais, tidos classicamente como direitos de defesa do indivíduo perante o Estado; como da afirmação de que as normas que regem as relações entre particulares por definição pressupõem relações entre indivíduos “livres e iguais”, em uma suposta relação de *horizontalidade*, firmado sob o dogma da igualdade formal.

Conforme abordado, as relações de poder pressupõem uma sujeição, uma relação de dominação e subordinação. De mesma forma, ocorre a mesma situação

⁵⁷ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 241-256.

com o poder privado, em que, como se pode observar nas relações humanas, está longe de estabelecer uma paridade.

Na conceituação acerca do que seria um poder privado, o italiano G. Lombardi⁵⁸ aduz que este seria o poder que afloraria dentro de situações sociais caracterizadas por “uma disparidade substancial entre as partes”, sendo que esta assimetria permitira que a parte que, por situação econômica ou social, encontra-se em “posição dominante”, condicionando a decisão da “parte fraca”.

Com efeito, não raros são os negócios jurídicos entabulados perante forças desiguais, mascaradas com uma igualdade utópica que por muitas vezes serve como subterfúgio para a limitação da liberdade. Isso porque quem não é completamente igual não é completamente livre, e quem não é completamente livre não é completamente igual.

Implica dizer que onde há uma ordem de subordinação não há um campo de liberdade, mas de necessidade humana para o estabelecimento de determinadas relações intersubjetivas, tais quais os negócios jurídicos (embora não o único ou principal). Se não há liberdade, é porque deverá haver uma quase que completa sujeição, ainda que em certo grau, em relação a outro particular, e essa situação não coroa a igualdade real.

Isso porque se está imprimindo ao direito privado a força dos poderes a ele inerentes. O direito privado, assim por dizer, exerce essa relação de poder entre os seus sujeitos, a que Ubillos trata como o “fenômeno da autoridade”⁵⁹.

Eis porque, corroborando o entendimento do doutrinador espanhol, o termo “eficácia horizontal” dos direitos entre particulares não parece tecnicamente exato, pois as relações travadas entre particulares não são precisamente horizontais, motivo pelo qual não se utilizará, no presente trabalho, tal terminologia.

A mera declaração da igualdade pela instituição do direito não eliminará a desigualdade natural e econômica das pessoas e a possibilidade de um particular poder impor juridicamente a outros as próprias decisões.

⁵⁸ Apud. UBILLOS, 1997, p. 244-245.

⁵⁹ UBILLOS, op. cit., p. 242.

A tendência, portanto, é tornar o forte ainda mais forte, e o fraco ainda mais fraco, por meio dessa relação – o sistema do poder privado. O grande alerta de Ubillos é que, desta forma, a desigualdade de um todo social se converte em falta de liberdade para a sociedade, não detentora do exercício do poder.

Via inversa da análise de Foucault, sob essa óptica, trabalhar-se-á com o agigantamento do poder privado. Vai-se agora do micro para o macro – das relações intersubjetivas para a progressiva multiplicação dos centros de poder no âmbito privado, tais como Organizações não Governamentais; empresas; mídia, e outras “entidades quase públicas”⁶⁰ – todas representando exercício do poder privado.

É importante ressaltar que, muito embora se esteja se referindo a determinados grupos privados, não se faz aqui alusão *unicamente* a pessoas coletivas que disponham de poder especial de caráter privado sobre outros indivíduos, restringindo as relações de poder a entidades poderosas, como o faz José Carlos Vieira de Andrade⁶¹.

Reitera-se que não se pode condicionar o potencial de lesividade do poder privado. De forma que o poder está ínsito em cada indivíduo que, utilizando-se de saberes, *poderá* vir a exercer poder sobre outro indivíduo.

O poder, desta forma, estaria ínsito nas relações intersubjetivas. *Data vênia*, não é porque poderá ser visto em maior ou menor grau em determinadas relações, como o diz Vieira de Andrade⁶², que deixará de ser poder e, com essa subordinação decorrente de seu exercício, perca sua capacidade de causar lesões.

A própria necessidade do ser humano, aumentada dia a dia na sua dinâmica social, faz com que aumente a sua capacidade de subordinação, bem como do uso dessa mesma necessidade para o exercício do poder.

Da mesma forma, as mudanças sociais mudam a própria visão do poder conferido juridicamente a determinados grupos, ou mesmo o poder privado individual. Como dito outrora, a família já não é tida mais apenas como um grupo,

⁶⁰ Terminologia utilizada por UBILLOS, 1997, p. 242.

⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 255.

⁶² ANDRADE, 2001, p. 256. O autor faz referência à “Grupos privados” e “pessoas juridicamente poderosas”.

podendo existir famílias monoparentais. Como negar a força do poder familiar de uma família composta apenas por mãe e filho?

Assim, não há como condicionar a visão e alcance da formação do Direito sobre o poder privado unicamente quando se detectarem formas “poderosas”, análogas às formas de poder público, tais como preceitua Vieira de Andrade.

A força do poder privado, portanto, pode deitar raízes em diversos setores da sociedade: nas relações tanto em grupos de indivíduos quanto entre particulares singulares, em suas feições civis (em seu tripé: família, contrato e propriedade), trabalhistas, empresariais, autorais, dentre tantas outras, podendo até mesmo degenerar institutos que, intrinsecamente deveriam servir de proteção.

Poderá ainda surgir o fenômeno da acumulação dos poderes, também prevista por Böckenförde⁶³, ocorrido pela persistente visão patrimonialista que ainda está encrustada nos dogmas liberais formais, como um novo e diverso modo de degradação da liberdade do indivíduo, tido cada vez mais como desigual na relação.

Os valores da sociedade global, capitalista e interligada em sistema de rede, faz com que todos os valores se centrem no capital, e, da mesma forma, centram aglomerações de poder privado, formando verdadeiros “blocos de poder”, que usam especialmente o contrato para afirmar sua dominação.

Mas frise-se: o poder privado não é apenas exercido por normas postas ou pelo contrato firmado entre as partes. O poder, como indica Foucault, é simplesmente exercido sobre a parte mais fraca, que, reprimida à luz de um poder simbólico, tal como abordado por Bourdieu e até mesmo inconsciente, submete-se à continuidade do exercício daquele poder.

Pois bem. Diverso do que ocorreu com o Poder Público, o Poder Privado, paulatinamente mudou sua feição extremamente atomizada da sua estrutura primitiva, e passou a ter o seu visível agigantamento, chegando a se afirmar acerca de sua “competição com o Poder Público” sob determinados aspectos, como quando regula regras de conduta, estilos e padrões de vida, por exemplo.

⁶³ Apud UBILLOS, 1997, p. 249.

Ainda, quando uma posição do poder privado dominante se institucionaliza, está-se à frente de um verdadeiro poder de “supremacia privada”, que assume relevância social, e, em última instância, assumiria relevância até mesmo de razões públicas, relegando a outra parte a uma posição de uma sujeição virtual⁶⁴.

Esse poder de supremacia mencionado por Ubillos é exatamente a questão do agigantamento do Poder Privado, que assume feições tão iguais ou maiores que as do Estado Leviatã de Hobbes, não apenas em nível econômico, como também no social.

Mas não é tão simples, as áreas de alcance são proporcionais à dominação e o potencial de lesividade a que o poder privado poderá alcançar. Agora, tal qual o *ancien regime*, o poder privado agigantado constitui ameaça para a efetivação dos direitos fundamentais, tal qual o Estado ameaçava o indivíduo a ponto de lutar pelos seus direitos.

A própria dinâmica da sociedade tornou-se campo fecundo para infinitos tipos de violação de direitos, tornando indivíduos vulneráveis a outros, fragilizados em face da imposição de ideologias de consumo, consumo de mercadorias, mas também de idéias e até mesmo consumo de valores morais, manipulando as pessoas a agir sob determinada forma.

E ainda pior, hodiernamente, o poder privado poderá mostrar-se ainda mais perigoso em relação ao poder público, uma vez que, sem as devidas garantias *efetivas e expressas* dos direitos fundamentais, sob as escusas da liberdade, posta acima da dignidade, desfrutará de relativa impunidade.

Atente-se aqui novamente para o cuidado de não relacionar apenas a necessidade de uma garantia contra a violação oriunda de determinados grupos privados. Deve-se estender a garantia também aos indivíduos singularmente considerados, considerando o fato de serem, de mesma forma, potencialmente perigosos.

No uso popular das palavras, isso seria como deixar as relações entre indivíduos sob uma “roleta russa”, da sorte de um indivíduo exercer ou não poder sobre outro, para ocorrer ou não determinada lesão a ser observada pelo Direito.

⁶⁴ UBILLOS, 1997, p. 245.

Conforme ressaltado por Bilbao Ubillos⁶⁵, o exercício da liberdade contratual pelo contratante em posição de superioridade anula a liberdade da parte mais fraca, que se encontra em estado de necessidade. Nesse caso, a sua liberdade será presumida em face dos dogmas da igualdade formal. Logicamente que não há liberdade, pois não há escolha, sendo o consentimento, em tal caso, considerado como *inoptável*.

Assim se pode visualizar a forma do poder individual privado, em muito voltado para a questão contratual, em que se verifica o campo de liberdade a ser atuado pelo particular, e a ser tomado com maior cautela pelo Direito.

O efeito, hoje, ainda que relativo às partes individuais, possui repercussão social, o que já foi reconhecido por diversas vezes pelo direito e pela jurisprudência.

A liberdade, desta forma, paulatinamente assume múltiplas dimensões, cada vez mais fracionadas e limitadas por um poder esmagador dos próprios particulares, que se utilizam da própria liberdade como direito fundamental para firmar seu discurso, ao mesmo tempo em que se utiliza das necessidades naturais do indivíduo, que deve acompanhar o mundo moderno e claro, sobreviver nele.

É a liberdade, enquanto direito fundamental de primeira geração conferido aos indivíduos, utilizada como *meio* de produção e utilização de saberes em prol de um *fim*, que será o exercício de poder, de domínio.

Seria a aplicação de Machiavel na sua forma mais crua, a configurar um potencial de lesão que não poderá ser desconsiderado, tanto na esfera individual quanto nas crescentes conjugações de forças humanas.

Desta forma, o poder privado é uma grande realidade que não deve ser simplificada ou mesmo tida como algo de menor importância, sequer reduzindo sua importância a determinados setores. Suas dimensões cada vez mais abrangentes devem ser tomadas em consideração em face do seu potencial de lesividade ao próprio ser humano, de maneira direta ou indireta.

O agigantamento do poder privado, nesse sentido, não deve ser interpretado em sua feição física, de tamanho, como um aglomerado de pessoas, ou em quantas

⁶⁵ UBILLOS, 1997, p. 243-244.

muitas pessoas poderá atingir; mas sim seu alcance, da multiplicação de situações em que a violação poderá ocorrer a um indivíduo. É, de fato, um aumento no potencial de lesão aos direitos dos indivíduos.

E, com efeito, seu potencial de lesividade é tão absurdo que o próprio poder público não raras vezes teve de interferir e dirigir a liberdade negocial dos sujeitos privados, em geral para garantir a igualdade material e até mesmo os direitos de toda a sociedade. Grandes são os exemplos.

Interferiu-se na liberdade de alguns grandes setores do poder privado quando se proibiu a agiotagem; quando se verificou a esmagadora exclusão de negros e portadores de necessidades especiais nas contratações das relações de emprego; e ainda, quando da imposição do estudo do impacto ambiental e medidas de segurança em empresas que tenham atividade poluidora.⁶⁶

Note-se que a proteção se estende até mesmo para os que exercem o poder privado, uma vez que o meio ambiente atinge toda uma sociedade, todo um bioma, e, logicamente, aqueles que o integram, mesmo que sejam os próprios agentes que comandam a atividade poluidora.

Logicamente que, a cada interferência do poder público, a polêmica vem à baila, pois os detentores do poder em geral, em especial do poder privado, não admitem interferências em seus domínios, ainda produzindo discursos de modo a tentar a continuidade do dogma liberal, da igualdade formal e da supremacia da liberdade, não obstante a situação observada na atualidade requerer uma amplitude prática e substancial.

Prática, pois não quer se ver firmada a igualdade e a liberdade em discursos inflamados, mas sim o desfrute pleno de todos em prol da sua própria dignidade.

⁶⁶ Daí a grande necessidade das chamadas “ações afirmativas”. O potencial de lesão oriundo da liberdade privada que escolheu pela exclusão fez com que se fizessem necessárias ações como a de proporcionar igualdade material no âmbito da sociedade. Apesar das polêmicas, como “questão de princípio”, Dworkin tece a aplicação dos direitos fundamentais como forma de embasar a necessidade de tais ações includentes, como uma questão de justiça. Ronald Dworkin levanta a análise do que chama “discriminação inversa”, mas desta vez com novas matizes, em função de um desenvolvimento coerente da lei, de maneira fundante nos princípios morais subjacentes, quase que em um desenvolvimento de escolha de “pesos de importância”. Tais idéias se coadunam com a obra do autor em DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 471-494 e DWORKIN, Ronald. **Los derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1999. p. 77 e seg.

Isso porque não se trata de desenvolver um raciocínio em torno da liberdade entre as relações privadas travadas entre duas ou mais pessoas *formalmente iguais*, mas sim em torno das relações privadas entre si, e suas implicações com o ser humano, tratado *substancialmente igual*.

Ainda que o discurso teórico e legislativo esteja mudando, colocando a pessoa como seu eixo central – e diga-se, isso não é uma visão pessimista – o patrimônio ainda é tido como o núcleo principal do capitalismo global a que todos estão imbricados. O ter ainda é mais importante que o ser, e a estética substitui a ética, ao menos em muitos aspectos.

Com efeito, uma das principais características específicas do Estado Capitalista Moderno é justamente inclinar-se ao neoliberalismo, nas suas mais diversas formas, inserindo sujeitos, por meio da ação do próprio Estado, em redes de dominação e poder.

É, de fato, um enfraquecimento do âmbito público em detrimento do privado, tendo em vista que o Estado ainda firma seu posicionamento de que não poderá tomar uma atitude mais ativa em prol da efetividade dos direitos fundamentais.

Sua posição, ainda herança do pensamento tradicional, apenas faz o poder público se abster de interferir nas relações negociais do poder privado, ora sob as escusas de que não poderá fazê-lo sob pena de voltar a ser um regime absolutista, ora aduzindo não ter recursos financeiros para patrociná-lo.⁶⁷

Por tal motivo, a “nação moderna como produto do Estado” é conceito que não mais se aplica aos dias de hoje, pois se inclina muito mais como produto privatístico, que firma poder em torno de um sistema organizado de dominação, impondo a uma nação o que deverá receber como cultura, ou até mesmo entender como liberdade.

É necessário destacar que o Estado não perde sua influência, mesmo porque seus dirigentes representam o próprio povo – que são particulares. Representam as esferas de poder de seu país, refletindo os interesses do âmbito privado. Sob essa esteira de raciocínio, Castells⁶⁸ atenta que

⁶⁷ *As idéias do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”.*

⁶⁸ CASTELLS, 1999.

Enquanto o capitalismo global prospera e as ideologias nacionalistas demonstram seu vigor em todo o mundo, o Estado-Nação, cuja formação está historicamente situada na Idade Moderna, parece estar perdendo seu poder, mas não sua influência.

Assim, a força do capital constitui a força dos indivíduos particulares, da exploração de uns pelos outros, por empresas, por empregadores, pelos sistemas de mídia. Em muito especial o foco da mídia⁶⁹: A sua autonomia e a penetração da tecnologia.

A mídia pode influenciar as pessoas em um julgamento, formando opinião prévia; pode influenciar na escolha de um governante, dependendo do marketing pessoal que um candidato venha a apresentar; poderá influir no investimento de ações ou imóveis, divulgando especulações, por vezes certas, por vezes precipitadas.

O controle exercido contra milhões de telespectadores / ouvintes é inegável, e de fato, de uma monta gigantesca. E os efeitos podem ser devastadores, como, por exemplo, no caso da divulgação de uma possível condenação de um inocente.

A sistemática não é tão complicada de visualizar. A mídia poderá chegar, por meio de veiculação de opiniões, a determinado crime, acusar, julgar e condenar até mesmo um inocente, de maneira errônea.

O direito de informação conjugado com a liberdade de expressão em opinião parcial, juntamente com a liberdade de expô-la, atinge direitos fundamentais de uma forma que a sociedade mais humilde ou mesmo ignorante (não se utilizando desse termo como um adjetivo pejorativo) pense ser o certo o que estão fazendo.

Não é demais citar o poder do marketing, a manobrar massas alienadas, a ponto de levar indivíduos à miséria por migalhas de tecnologia ou em busca da estética perfeita – esse é o poder do discurso formador de verdades frágeis e com razões de vender determinado produto.⁷⁰

⁶⁹ Aqui leia-se mídia não apenas como canais televisivos, como todas as demais formas de comunicação, tais como o rádio, a internet, propagandas, o marketing, dentre outras formas de comunicação áudio-visuais surgidas com a modernidade.

⁷⁰ Nesse sentido, GEDIEL, 2002, Cit. p. 342.

E mais. Não obstante sob forte influência e mesmo sob o controle do Estado, a tecnologia, a mídia, e as demais tendências de cunho patrimonial da atualidade nem sempre estarão isentas dos interesses especificamente particulares, não significando a total saída do Estado.

Empresas públicas e sociedades de economia mista possuem capital privado em sua composição, sendo forte o jogo de interesses e a manipulação dos particulares, em prol de seus interesses.

Pessoas Jurídicas que tenham sua atividade regulamentada e fiscalizada pelo Poder Público, a dificuldade de fiscalização e de controle para a análise do enquadramento dos direitos fundamentais tornam-se uma barreira, o que daria a nuance “opaca e fugidia” do direito privado.

Um canal televisivo ou uma notícia da Internet, dentre outros veículos de comunicação em geral, nas palavras de Castells⁷¹, quanto maior for sua autonomia, abrangência e credibilidade, “tanto mais atrairá *informações*, anunciantes e consumidores das mais diversas espécies”, exercendo toda a força de um poder simbólico.

Todo esse poder simbólico, no mais das vezes *controlado* pelo próprio Poder Privado, é capaz até mesmo de criar uma nova identidade para a sociedade, sua cultura e o próprio modelo estatal. Isso manipulado pelo poder privado, que agora tem armas para produzir uma revolução em segundos, sem segurar em uma única arma senão a mídia.

Há, destarte, um deslocamento de poder, do formal para o simbólico. O poder do capital cultural e da influência posta pelo poder privado é de tamanha monta que poderá chegar a proporções não esperadas em um Estado Democrático de Direito.

Pense-se ainda na questão da identidade de cada uma das pessoas. O poder privado, com a força de sua simbologia, a partir de interesses de determinada parcela de indivíduos, faz a imagem de um povo, idealizando-a, coisificando-a como mercadoria. Ter-se-á a idéia que somente modelos no extremo da magreza, beirando transtornos alimentares, poderão ter mais e melhores contratos.

⁷¹ CASTELLS, 1991, p. 301.

Mas tais arquétipos não apenas advêm da mídia, que poderá influenciar os indivíduos singulares. Pense na mãe que, *influenciada* pelo poder da mídia, obriga sua filha a práticas de esportes e a rigidez de uma dieta rigorosa e desnecessária *unicamente* pensando na estética, e não na saúde.

Ainda pior. Pense-se na estereotipação do ser humano enquanto embrião, a liberdade de escolha do sexo do futuro rebento de um casal já se expande para a possibilidade de escolha das suas características físicas e inclusive de saúde da criança a ser gerada, para que não venha a possuir, por exemplo, doenças genéticas como a síndrome de down.

O poder privado entre sujeitos influenciados por todo um padrão imposto pela sociedade moderna possui impactos muito fortes sobre a vida e a personalidade de um indivíduo, ainda que não se esteja tratando da liberdade contratual.

Exemplifique-se com o caso de dano moral ensejado por gracejos e humilhações provocados de um indivíduo sobre outro. Brincadeiras de mau gosto contínuas que atingiram a maneira de o outro se enxergar na sociedade, de enxergar a si próprio. A liberdade de expressão de um, própria de sua autonomia privada individual, atingiu fatalmente a dignidade, os direitos da personalidade de terceiro.

Não são incomuns os casos de Bullying e Assédio Moral, em que um sujeito fica absolutamente violado em sua dignidade, fragilizado, subordinado a uma situação abusiva, em que o outro, valendo-se de sua autonomia privada decorrente de sua liberdade de expressão, com o intuito ou não de lesar, acaba atingindo direitos fundamentais alheios.

Essa é a interferência do Poder Privado sem limites, até mesmo no futuro da humanidade. A eugenia, outrora condenada, toma força com a liberdade de escolha embrionária dos pais, orientados segundo os padrões impostos pelos particulares que desejam vender produtos: cosméticos, reprodutivos, psicológicos.

Fale-se ainda das evidentes burlas ao direito de igualdade no contrato de trabalho quando empregadores, fazendo uso de sua autonomia privada, fazem determinadas exigências físicas para a concessão de benefícios de salários, beneficiando muito mais o sexo masculino do que o feminino.

A aparência de licitude, nesse contexto, se esconderá atrás da liberdade de escolha do empregador, e seus interesses econômicos, que acaba por dominar a situação.

Todas essas situações parecem absurdas quando analisada sob a óptica da violação da dignidade da pessoa humana. Um indivíduo é compelido a pensar de determinada forma, e mesmo a maneira de se observar em determinada sociedade, ainda que não queira – não lhe oferecem opção – ou se “adapta” ou será excluído.

Dentro de uma sociedade de massa em que se vive, essa violação também é massificada – as dimensões de violação são da mesma grandeza do agigantamento do Poder Privado.

A simbologia da justiça privada e do alterego dos sujeitos que compõem uma sociedade parece levar em consideração as múltiplas dimensões da liberdade, não sustentando uma visão reducionista. Mas não é o que ocorre.

Há, nesse contexto, uma parte forte e uma parte fraca na relação. O sujeito, na parte débil, tem sua liberdade condicionada, dirigida, ou pela necessidade ou pela força do poder privado, tanto simbólico quanto o mais visível.

E, sem mesmo sentir o propósito, poderá atingir os direitos mais básicos do ser humano. Por outro lado, dá-se uma liberdade ao outro lado, o lado de poder e dominação, uma ampla liberdade, em nome de uma autonomia tida como “necessária” e com poucos limites, o que dá azo a inúmeras atrocidades.

Nas palavras de Ubillos⁷², o Direito, como um todo, não poderá ignorar o fenômeno do Poder Privado, tendo de dar resposta apropriada, que não poderá vir, desde logo, via adesão incondicional ao dogma da autonomia privada.

Por certo que há determinada resistência em relação ao problema teórico acerca da conjuntura analisada, uma vez que, com efeito, não é fácil rebater mais de um século de aceitação quase que acrítica em relação ao positivismo exacerbado, bem como o voraz liberalismo que confunde liberdade com propriedade, quando a máxima deveria ser liberdade e igualdade.

⁷² UBILLOS, 1997, p. 250.

Mas a liberdade e a igualdade não são ainda tratadas como deveria, ou seja, em uma dialética da complementariedade, ou compatibilização com o plano existencial, especialmente em relação ao fenômeno do agigantamento do poder privado. E é exatamente essa disparidade que confere a manutenção do poder dos particulares cada vez mais agigantado e em crescimento sem fronteiras.

A igualdade formal, por outro lado, faz com que a eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais seja vista de outra maneira, a vertical, uma vez que muitas das vezes há posição de dominação e de subordinação entre as partes.

É justamente dentro de tal conjuntura que entra o papel dos direitos fundamentais nas relações privadas e na dignidade da pessoa humana, como se demonstrará adiante, a partir de uma releitura do Direito Privado, com base na axiologia constitucional sobre suas normas, sejam elas regras ou princípios.

O que se pretende, desta forma, não é relativizar valores ou mesmo os ditames da lei infraconstitucional, sob pena de se recair em uma arma de manipulação em prol do próprio interesse privado. Isso porque quando se diz “público”, deve-se ater a toda uma comunidade, e não ao Estado propriamente dito.

Assim, o individualismo atomizado não quer dizer que fuja da idéia do coletivo ou mesmo ao público, mas pelo contrário, lhe completa, dada as relações do indivíduo para com a sociedade. Tanto o é que os direitos e garantias fundamentais estão insculpidos no bojo da Constituição como Direitos Fundamentais.

O que se pretende alijar é justamente o individualismo possessivo, uma liberdade sem igualdade real, em que não há controle algum sob o poder obrigacional e o poder do Poder Privado, extremamente agigantado nos dias atuais, que faz da personalidade humana determinada *coisa* patrimonializada, como se desprovida de teor jurídico.

Hoje, não obstante, há outro fator de implicação, tal seja, a progressiva difulminação da fronteira entre as esferas pública e privada, o seu progressivo intercruzamento, enfrentando a concepção tradicional, em que os direitos fundamentais estariam no âmbito público em face do setor privado, na sua dicotomia.

Mas isso não implica enfraquecimento do poder privado, mas estará se dando oportunidade para a inclusão dos micropoderes sobre toda essa atmosfera de macropoder esmagador.

Com efeito, Foucault⁷³ previu uma feição positiva dos poderes: a de aprimorar o ser humano. A riqueza material, nesse sentido, torna-se riqueza estratégica, ou seja, a riqueza nesse sentido será o aprimoramento do ser humano, o bem de maior valor na atualidade, dentro de qualquer Estado Constitucional Democrático.

A partir daí, faz-se mister a proteção dos particulares contra a ampla gama de possibilidades de lesões latentes na sociedade e da afetação dos direitos do homem e do cidadão, a tão duras penas conquistados, em prol da efetivação da dignidade hoje consagrada na maior parte dos ordenamentos jurídicos.

De fato, as necessidades econômicas do ser humano cambiam ao sabor de um mercado de capital em que o poder privado quase reina soberano conjuntamente com o Estado. Não obstante, a necessidade da vida digna faz-se muito mais necessária, até mesmo como forma de reconhecimento desse potencial de lesividade de um particular perante o outro.

Mais ainda. Para a própria preservação da ordem estatal faz-se necessária uma virada corpenicana, fazendo-se com o que o Estado não se enfraqueça a ponto de ser tragado pelo Poder Privado.

O Estado, antes repressor, poderá ser reprimido, fazendo com que sua lei fundamental caia em desprestígio. Daí que se faz necessária uma figura mais ativa, uma imposição do poder do Estado (logicamente não para abusar de seus direitos e violar os direitos fundamentais que já lhe servem de freio) de forma a impor certos limites às forças do Poder Privado.

Impõem-se cada vez mais a promoção de políticas públicas de inclusão social de excluídos; a formação de mecanismos de freios à poluição do meio ambiente provocada pelos particulares detentores do capital, que, em nome do progresso, acabam com o futuro ambiental do planeta.

⁷³ MACHADO, 2006, XV.

Por fim, o aprimoramento e as “descobertas” pelo Direito de que não apenas o Estado violaria os Direitos do homem, como também os seus próprios particulares, no exercício da plena liberdade conferida pelo paradigma liberal, fez com que se despertasse para a necessidade de uma virada paradigmática nos estudos dos direitos fundamentais entre particulares em específico na tutela geral das liberdades e da autonomia que gozam os indivíduos.

CAPÍTULO II – SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES: DESENVOLVIMENTO E TEORIAS.

2.1 DA DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO E CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após as ponderações acerca de toda a força dos poderes privados e da configuração de todo o seu potencial de lesividade perante os indivíduos, passa-se ao estudo dos direitos fundamentais como articulação sistemática para a proteção ao ser humano no Direito, e quais as suas conquistas na doutrina e a jurisprudência no âmbito de sua eficácia.

Não obstante, antes de se adentrar no tema central da eficácia dos direitos fundamentais entre seus titulares, faz-se uma breve definição acerca do que seriam os direitos fundamentais em sua noção mais básica, tanto em seus conceitos mais tradicionais e suas mitigações, como na visão moderna que se tenta firmar no presente trabalho.

Isso viabilizará a compreensão da importância do tema e o porquê do levantamento da problemática de sua eficácia como limite ao poder privado. E,

posteriormente, quais as questões de relevo decorrentes diretamente de tal debate, de modo a transpor o tema da teoria para a realidade.

Desta forma, pode-se iniciar o debate afirmando que há, de fato, o grande embate acerca das distinções sobre os direitos humanos e os direitos fundamentais, se constituem sinônimos ou possuem conceitos distintos.⁷⁴

Paulo Bonavides indica que, segundo a concepção lata de Konrad Hesse, o que os direitos fundamentais almejam é tão somente criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Em uma acepção estrita, porém, seriam os direitos fundamentais aqueles que o direito vigente qualifica como tais.⁷⁵

Fato é que o mais aceito, para fins didáticos, é que os direitos fundamentais nada mais são do que os direitos humanos positivados na norma constituinte do ordenamento jurídico de cada país. É o conceito utilizado no presente trabalho.

Porém, a outra face de seu conceito é em relação ao seu alcance, mais especificadamente em relação aos seus destinatários de seu conteúdo de direitos e garantias.

Certo ainda é que se pode afirmar que há o assentamento de um conceito tradicional, embasado no dogma clássico e resistente dos direitos fundamentais sob o paradigma da teoria liberal, em sua definição como “direitos públicos subjetivos exercitáveis no âmbito das relações indivíduo x Estado”.

Seria, assim, a proteção dos indivíduos em relação às ações do Estado, combatendo seus abusos, violações e interferências que este poderia exercer contra aqueles, ainda dentro dos ideais da revolução francesa que combatiam o Estado absolutista.

⁷⁴ Nesse sentido, Paulo Bonavides alerta para um uso “promíscuo” de tais denominações na literatura jurídica. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 514.

⁷⁵ BONAVIDES, 2002, p. 514. Também nesse sentido Hesse admite apenas a aplicação direta das decisões de valor constitucional quando um dos particulares atue numa posição de poder social ou econômico (ainda que não jurídico), quando esteja em causa o mínimo de liberdade que os preceitos constitucionais garantem objetivamente. (apud ANDRADE, 2001, p. 247).

2.1.1 A concepção Liberal tradicional acerca dos destinatários dos direitos fundamentais

Conforme referência de Bilbao Ubillos, Peter Härbele⁷⁶ define tradicionalmente os direitos fundamentais como a resposta histórica, às principais ameaças para o homem e para o cidadão dentro do Estado Constitucional, dada a dinâmica social e as situações de perigo que nele surgem. Seria a presunção de uma onipresença dos direitos fundamentais no Estado Constitucional.

E, assim, de acordo com essa visão tradicional, novos instrumentos positivados devem desenvolver-se, significando uma abertura de seus conteúdos, das funções e das formas de tutela dos direitos fundamentais. Não havia uma expansão do direito material para outros setores.

Logicamente não há de se concordar com a ruptura do conceito dos direitos fundamentais como direitos inerentes ao homem e outros inerentes ao cidadão, pois todos são direitos direcionados diretamente ao ser humano como um todo.

Essa concepção tradicional ou clássica dos direitos fundamentais cujas garantias são precipuamente apresentadas para serem manejadas apenas contra o Estado encontram suas bases diretas no Estado Liberal. Nesse sentido, Juan Maria Bilbao Ubillos⁷⁷:

Dentro destas coordenadas, os direitos que hoje chamamos fundamentais se concebem como direitos de defesa (Abwehrrechte) ou de omissão (Unterlassungsrechte) oponíveis unicamente frente ao Estado. Só podem exercer-se unidirecionalmente, posto que são poderes públicos os únicos que estão obrigados a respeitá-los.⁷⁸

Seriam assim os direitos fundamentais, sob essa visão, instrumentos positivados na norma para garantir ao indivíduo toda a sua liberdade, livrando-o de violações do próprio Estado soberano, que regularia sua própria ação.

Ocorre que, ainda que de fato a dinâmica social implique a multiplicação de perigos a que se expõem os indivíduos de determinada sociedade, os instrumentos

⁷⁶ Apud UBILLOS, 1997, p.234.

⁷⁷ UBILLOS, 1997, p. 235.

⁷⁸ "Dentro de estas coordenadas, los derechos que hoy llamamos fundamentales se conciben como derechos de defensa (Abwehrrechte) o de omisión (Unterlassungsrechte) oponibles únicamente frente al Estado. Sólo pueden ejercerse unidireccionalmente, puesto que son los poderes públicos los únicos que están obligados a respetarlos." UBILLOS, *ibid.*, p.235.

criados pelo próprio Estado unicamente pelas normas de direito positivo jamais poderão garantir sua integral proteção.

Poucas categorias jurídicas se mostram tão permeáveis à evolução dos padrões da sociedade pluralizada como a dos direitos fundamentais. E são eles que, de fato, formam todo um aparato de garantia capaz de enfrentar o potencial de lesividade, não somente do Poder Público, como também do Poder Privado. Isso porque a essência dos direitos fundamentais é sujeitar o direito ao homem, e não o homem à norma positiva.

Sob esse prisma positivista, os direitos individuais não são prerrogativas naturais inerentes ao próprio homem enquanto ser humano, anteriores e superiores à organização estatal, mas sim meros direitos reflexos que têm sua origem e fundamento no mero processo de autolimitação do Estado que aceita a necessidade de autorregular o exercício do poder soberano.⁷⁹

De fato que o temor e respeito pelo poder soberano do Estado têm sua fundamentação com base em todo um histórico de violações, marcados pela escravidão, pela servidão e até mesmo pela perseguição de seus membros através dos séculos.

A partir dos ideais liberais burgueses, firmados principalmente pós-revolução francesa, formados no velho continente, iniciados com a ilustração, a lógica do Estado liberal e a separação entre Estado e Sociedade traduzia-se unicamente na garantia da liberdade individual.⁸⁰ Nesse contexto, o homem deveria ser livre para escolher o melhor para sua vida, e para conquistar seu patrimônio.

Proteger a liberdade nesse contexto seria proteger a propriedade individual. Conforme John Locke⁸¹, a prioridade de proteção de sua propriedade e liberdade que fariam os seres humanos agrupar-se em comunidades e aceitar um governo comum, daí a necessidade de proteção contra o Estado, garantindo-se a ampla liberdade e a propriedade.

Esse foi o motivo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão possuir teor eminentemente privatista, voltado para o patrimônio individualista, e não

⁷⁹ UBILLOS, 1997, p.235

⁸⁰ Nesse sentido, SARMENTO, 2006a, p. 13.

⁸¹ LOCKE, John. Segundo **Tratado sobre o Governo**. 2. ed. Martin Claret, 2006, p. 92.

para o social. A preocupação burguesa em salvaguardar a liberdade em prol da conservação e busca do patrimônio embasaram todo um conjunto de normas garantidoras do individualismo exacerbado.

A autonomia privada, nesse momento, seria de completa baliza para essa atuação. Assim estava consolidado o binômio do indivíduo versus patrimônio, apartado do âmbito do Direito Público.

A lei e os tratados surgiram com forte apelo à segurança jurídica, como garantia de que o Estado deveria pautar sua abstinência para assegurar o “*laissez faire, laissez passer*”.

Ao lado da exaltação da liberdade individual ao lado da falácia da igualdade ficta, o apego à letra e aplicação da lei formal, com a ideia de que um sistema jurídico e completo, com a devida separação dos poderes, fazendo com que o juiz fosse apenas a boca que proclama a lei embasa essa noção de segurança.

Daí que o constitucionalismo e a codificação se mostram como um dos primeiros princípios liberais, como reconhecimento da necessidade de limitar o poder soberano, em face da sua propensão à violência.⁸²

Como bem analisado por Hanna Arendt⁸³, na questão da burguesia e o poder, em análise do Estado-Leviatã hobbesiano, o Estado adquiriu o monopólio de matar e em troca concede uma garantia constitucional contra o risco de ser morto. Aos ideais da burguesia, deste modo:

A segurança é proporcionada pela lei, que emana diretamente do monopólio de força do Estado (e não é estabelecida pelo homem segundo padrões de “certo” e errado). Porque na lei do Estado não existe a questão de “certo” e “errado”, mas apenas a obediência absoluta, o cego inconformismo da sociedade burguesa. E, como essa lei flui diretamente do poder que ela torna absoluto, passa a representar a necessidade absoluta aos olhos do indivíduo que vive sobre ela.

Despojado de direitos políticos, o indivíduo, para quem a vida pública e oficial se manifesta sob o disfarce da necessidade, adquire o novo e maior interesse por sua vida privada e destino pessoal.

⁸² Nesse sentido, MERQUIOR, José Guilherme. **O argumento liberal**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 72.

⁸³ ARENDT, Hanna. **As Origens do totalitarismo**. São Paulo: Schwarcz Editora, 1997. p. 170.

Assim estavam firmados os pilares de um Estado de Direito Liberal, o legalismo e o egocentrismo individual, que viria a integrar todo um arcabouço teórico em torno dos direitos fundamentais

Em resumo, neste olhar liberal positivista que impregna a teoria clássica, concebem-se os direitos fundamentais como direito positivo, de defesa ou de omissão, oponíveis unicamente contra o Estado, que deve basicamente apenas se abster de realizar condutas lesivas. Os demais indivíduos em princípio são estranhos à relação jurídica estabelecida entre uma pessoa e o Estado.

Não obstante, conforme atentado por Ubillos, essa primeira dimensão ou primeiro núcleo essencial de liberdades individuais se caracteriza por seu conteúdo negativo: exige-se apenas a abstenção do Estado, a não interferência deste na esfera de liberdade pessoal previamente estabelecida, não facultando a seu titular reclamar determinada atuação positiva dos órgãos estatais.⁸⁴

O conteúdo negativo ao qual se refere o doutrinador espanhol é justamente o postulado liberal de que a sociedade se regula espontaneamente por sua própria autonomia, sem interferências – surge, dessa forma, um direito privado apartado do Estado. O Estado, sob essa ótica, limita-se a garantir os instrumentos legais a que submete os particulares apenas em caso de violação de suas normas postas.⁸⁵

Essa concepção, que corrobora a doutrina clássica liberal, não analisa outras possíveis dimensões do conflito entre liberdade e poder. Com efeito, conforme aduz Bilbao Ubillos⁸⁶:

O Estado liberal surge, pois, para salvaguardar a liberdade individual frente ao que se percebe como sua principal ameaça. E isso se traduz na idéia de que o Direito vincula positivamente ao poder público (que só pode fazer aquilo que as normas jurídicas expressamente o permitem) e negativamente aos cidadãos (que, como regra geral, podem fazer tudo aquilo que as normas não proíbem). A lei é o fundamento da atuação no primeiro caso, e o limite externo dessa atuação no segundo.

⁸⁴ UBILLOS, 1997, p 235.

⁸⁵ Importante comentar que há fortíssima resistência do Poder Público em mudar essa postura. Com a escusa de que uma conduta mais ativa do Estado acarretaria principalmente um gasto muito além das forças do erário, para a efetiva garantia dos direitos fundamentais. Esquece o Poder Público que tal postura passiva acarreta a necessidade de todo um aparato repressivo, um desgaste necessário da máquina pública, tanto na área de justiça, quanto na de saúde, que poderia ser amenizado pela atuação ativa e preventiva do Estado na sociedade.

⁸⁶ UBILLOS, op. cit. p 237.

Atenta-se que, nesse modelo tradicional, liberdade e patrimônio se confundem, fazendo com que os direitos públicos subjetivos, e não os direitos fundamentais propriamente ditos, detectem as mesmas contradições do modelo liberal.

Isso porque o Estado, que se autoproclama neutro e garantidor de uma ampla liberdade aos seus súditos, na verdade acaba por viabilizar a perpetuação da hegemonia do poder privado firmado e os interesses das classes dominantes⁸⁷.

Por essa noção, o ser humano é coisificado, e sua dignidade não é o centro da garantia desse poder paralelo e com normas próprias que é o Poder Privado. Desta forma, é completamente falacioso falar em dignidade humana unicamente por constar no rol de direitos fundamentais. Não obstante, a positivação de tal postulado é um dos maiores avanços a que pode chegar um Estado Constitucional.

Não é, portanto, uma ausência de positivação que indica o sentido dos direitos fundamentais, e ainda é mais que uma questão de interpretação. Sob esse aspecto, é uma questão de postura dos Poderes, que *reconhecem* no ordenamento jurídico direitos existenciais.

Ubbilos coloca essa questão como a principal carência, o “pecado original” da teoria liberal dos direitos fundamentais: sua relativa cegueira frente aos pressupostos sociais de realização da liberdade, pensando-se no indivíduo como um ser ‘autárquico que dispõe de um ‘espaço vital dominado’ e a ‘autonomia’ (burguesa) no sentido de Kant.

Na verdade, a cegueira pode ser classificada como deliberada, conectada a interesses, oportunidades e conveniências particulares, que praticam tudo o que não lhes for proibido, ainda que viole a dignidade, desrespeite-se a existência do ser humano unicamente em função do patrimônio. É o absolutismo do capital.

⁸⁷ Sobre a luta das classes dominantes e dominadas, bem analisou Karl Marx que as mesmas existiram, uma vez que sempre existiram classes na sociedade tentando dominar outras, nas suas palavras, “opressores e oprimidos”, envolvidos em uma luta ininterrupta, que culmina sempre em uma modificação na sociedade, seja pela transformação revolucionária ou pelo declínio das classes em luta. Assim, a formação de todo um poder simbólico faz-se visível nesse sentido. MARX, Karl; Engels, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 45-46.

O pensamento liberal na sua forma mais crua, então, faz com que o Estado mantenha-se inerte diante das violações, discriminações e misérias fruto da dinâmica social dos particulares.

Daí que surgiu a imperiosa necessidade de o Estado rever os dogmas dos direitos fundamentais, em uma virada copernicana, para se estender a eficácia dos direitos individuais, enquanto tais, à esfera das relações jurídicas entre particulares, porque ditas relações que se estabelecem, por princípio, entre iguais, e entre iguais as relações não podem ser senão “livres”.

Corroborando o pensamento do doutrinador espanhol, a liberdade se apresenta então, ideologicamente, como pressuposto da igualdade, formal ou jurídica, e não precisa, *per si*, de uma proteção externa e particularizada.

Contudo, parte da doutrina paulatinamente parece mudar sua mentalidade acerca das noções dos direitos fundamentais, dessa vez voltada para o ser humano em si. Pensa-se nas regras e princípios direcionados à dignidade e a um personalismo ético.

É verdade que, de fato, encontra-se certa resistência no plano dogmático, inerte há mais de um século, imbuído de forte positivismo que se esconde por traz de uma falsa segurança, garantindo muito mais ao patrimônio do que o próprio ser humano.

Com efeito, como poderia um homem ser livre sem ser analisado em *reais condições de igualdade* dentro do âmbito social? Acaso isso não ocorra, haverá sim uma relação em que uma parte será dominadora, possuindo o exercício arbitrário de sua liberdade e outra parte será subordinada, limitando-se em demasia sua liberdade.

Houve, de fato, que se reconsiderar todo um pilar acerca das noções dos direitos fundamentais, que, tradicionalmente, são formados por um conjunto de direitos classificados como individuais, políticos e sociais, este último tidos como uma síntese de direitos sociais, econômicos e culturais.

Essa mistura do plano social com o econômico e o cultural acaba por fazer cada um destes ter o mesmo peso de importância. O conteúdo econômico, por

exemplo, acaba por ter o mesmo peso de importância que o conteúdo cultural ou social, refletindo esse olhar nos seus conceitos de direitos fundamentais.

Mas, apesar do debate e das múltiplas acepções que o termo venha a possuir, toma-se, como noção preliminar a ser utilizada no presente trabalho, a base de conteúdo dos direitos fundamentais. Assim, o aspecto idealizador, metafísico, acerca dos direitos humanos, serão enquadrados na norma fundamental: a questão da positivação.

Não obstante, esse conceito tradicional ainda é frequentemente utilizado pelos interesses liberais como argumento favorável à negação da eficácia dos direitos fundamentais perante particulares, atendendo unicamente aos interesses de quem detenha o poder privado, em prol da continuidade de seu absolutismo.

2.1.1.1 Da evolução doutrinária acerca de um novo sentido da aplicação dos direitos fundamentais

O Direito como um todo vem alargando seus horizontes em prol de uma releitura ou 'revisitação' de seus principais institutos, de forma a garantir maior efetividade, assim como promover sua humanização. Com os direitos fundamentais não foi diferente. Iniciou-se uma visão mais crítica, demonstrando a necessidade da reconsideração da teoria tradicional de base liberal burguesa.

É justamente este o mote temático, em uma revisitação em que residem os direitos fundamentais, como o reconhecimento positivado na lei pelo Estado do dever de respeitar e promover a dignidade da pessoa humana.

Vale dizer, o Direito hoje visa precipuamente à dignidade da pessoa humana muito mais do que um princípio fundamental positivado, mas sim como o grande postulado desse dever de respeitar e promover a realização da personalidade do ser humano.

Sob essa ótica, há ainda, duas acepções correntes em torno dos Direitos fundamentais que merecem ser destacadas. A primeira acepção é a positivista conservadora, cuja linha mestra segue o pensamento kelseneano, que indica que

todo direito soberano advém do Estado, que possui a norma fundamental. Na contramão, em uma linha pós-positivista aduz-se que os direitos fundamentais são direitos independentes e superiores ao próprio Estado.

É exatamente a linha de pensamento pós-positivista contemporâneo adotada no presente trabalho. Trabalha-se assim não apenas o campo ético, como o moral do ser humano, ampliando-se o âmbito de possibilidades de relações intersubjetivas a serem tuteladas pelo Direito, de forma a garantir real eficácia desse postulado da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais assim, hodiernamente, não contemplam apenas o individualismo, tampouco o coletivismo organicista. Contemplam sim, a dignidade da pessoa humana e todos os direitos dela decorrentes para sua manutenção: desde as garantias sociais às coletivas e até mesmo individuais, em uma tricotomia de garantias⁸⁸.

Se assim não se considerar, estar-se-á subordinando a dignidade da pessoa humana ao mero reconhecimento de *alguns* direitos e garantias pelo Estado, limitando os aspectos a serem analisados meramente à letra estática da lei e, com efeito ainda mais devastador, limitando a possibilidade de garantia.

Isso porque, ao limitar as relações que ocorrem entre o Estado e o indivíduo e entre um indivíduo e o outro, estará desconsiderando algumas das infinitas facetas que o potencial lesivo de cada indivíduo poderá ocasionar.

Ainda mais, a clara insuficiência de normas positivadas para abarcar todas as situações de uma Sociedade favorece a discricionariedade em sua aplicação, vinculada a uma lei que por vezes não é suficiente para solucionar o caso concreto, especialmente em um mundo globalizado e pluralista dos dias de hoje.

Como afirmado por Barcellos⁸⁹:

A partir do fim do século XIX e início do XX, verificou-se de forma clara que o homem idealizado pelo liberalismo – cuja única necessidade era sua própria liberdade, suficiente para assegurar uma vida digna para si próprio e

⁸⁸ A partir de tais pressupostos, chega-se a falar da tendência ao abandono da velha dicotomia público-privada, para falar-se em uma tricotomia: Direito Público, Direito Privado e Direito metaindividual (ou transindividuais), abarcado os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 14-15.

sua família – não existia mais. A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida em que o Estado deixou de ser o único opressor. A lógica aleatória e impessoal do mercado capitalista livre era capaz de negar aos indivíduos bens absolutamente fundamentais, a despeito da liberdade e do empenho destes em obtê-los. Sem essas condições materiais mínimas, e.g., de educação, saúde, alimentação, informação, etc., os direitos individuais e políticos eram pouco mais que papel e tinta.

(...)

A verdade, entretanto, é que a mera positivação desses direitos ainda não foi capaz de dar solução real e final ao problema. (...) e isso porque, nada obstante a positivação e sua importância, a juridicidade dos direitos sociais ainda apresenta um conjunto de dificuldades não equacionadas, tanto de ordem teórica como de natureza técnico-jurídica.

Daí a necessidade de uma *interpretação* dos direitos fundamentais que realmente reconheça tal conteúdo humano, balizado por sua dignidade, o respeito de sua cultura, sua individualidade, sua identidade, como estabelecido na proposta pospositivista.

Mas não é só. A questão da interpretação de fato é de suma importância, porém o âmbito de aplicação dessa interpretação ainda é outro ponto nebuloso nos tempos atuais. Não apenas sobre regras e princípios, mas sobre a melhor solução possível do que viria a viabilizar a dignidade humana.

Não se trata, aqui, da questão da mera aplicação do chamado “mínimo existencial”, mesmo porque este é extremamente relativo, e o que pode viabilizar dignidade para um indivíduo poderá não viabilizar a dignidade para outro.

Na verdade, a idéia do mínimo existencial nada mais é do que a tentativa liberal de justificar garantias de alguns direitos de sobrevivência, de uma maneira formal.

Faz-se mister, portanto, fugir do comodismo de padronizações positivadas e não pensar nos direitos fundamentais como mera fonte de conteúdo mínimo para a realização da dignidade humana.

Mínimo existencial é o mínimo que um ser humano necessita para sobreviver, não para viver condignamente. A razão de ser dos direitos fundamentais, assim, seria a plena garantia da dignidade de qualquer pessoa, e não o mínimo de sua sobrevivência.

Todas essas questões influem em um dos principais objetivos dos direitos: a questão de sua eficácia. Afinal, de que serve o direito posto, se, em palavras lassaleanas, ficará reduzido a “meras folhas de papel”?

Atente-se neste momento, que não se fala aqui no âmbito de eficácia positivista, que em geral atribui o grau de eficácia do direito às sanções impostas na norma. No presente trabalho, o âmbito da eficácia terá uma dupla faceta, quais sejam, seu âmbito de incidência e alcance, e a prática social do direito, externalizando os preceitos de ordem normativa.

O âmbito da incidência e alcance será aquele em que o próprio direito estabelece limites ou mesmo impõe alcances a serem objetivados. Exemplificativamente, poderá impor limites à igualdade formal, dando efetividade à máxima de “tratar igualmente aos iguais e desigualmente os desiguais”.

Limita-se assim o alcance da igualdade formal dos que estão em vantagem díspares, para conferir plenitude ou ao menos o máximo possível àqueles que estão em posição, na prática, em desvantagens.

Já no campo da prática da norma, há de se considerar a prática social. Falar em aceitação neste momento seria reduzir a eficácia ao subjetivo de cada núcleo da coletividade. Até que ponto, independentemente da aplicação ou não de sanções, a ordem normativa está sendo cumprida.

Esta última faceta da eficácia é a pedra de toque do presente trabalho. Não se analisará de maneira profunda a eficácia dos direitos fundamentais tal como direitos de defesa em face ao Estado, como por exemplo a questão da programaticidade dos direitos fundamentais.

Muito embora tal programaticidade poderá refletir no âmbito entre os particulares, tal como o direito a greve, o que se defende aqui aberto será sobre a incidência dos direitos fundamentais como um todo de um conjunto normativo garantidor da dignidade e a sua real observância no seio da sociedade, em seus mais amplos aspectos.

Mais além, nessa proposta de revisitação do instituto dos direitos fundamentais, afirma-se a eficácia dos direitos fundamentais como direitos de

defesa em face de terceiro particular, em uma necessidade suprema de garantia da tendência espontânea de o homem agir em vestígios de estado de natureza.

Logicamente, tais vestígios se traduzem na supremacia, no aproveitamento de situações para adquirir vantagens, no egoísmo humano, que poderá acarretar o sofrimento e sacrifício de muitos para se consolidar a felicidade de alguns poucos.

Como justamente a lei não poderá abarcar toda essa infinita gama de possibilidades de situações, afirmar-se que tudo o que não está expressamente proibido em lei estaria permitido significa ferir os preceitos mais básicos dos direitos fundamentais, como direitos de defesa do ser humano.

Desse ponto de partida é que Sarmento⁹⁰ ressalta a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, decorrentes do reconhecimento de que condensam os *valores* mais relevantes para a determinada comunidade política.

Isso, reconhecendo-se a dupla dimensão dos direitos fundamentais ora como fontes de “direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo” e, ao mesmo tempo, “as bases fundamentais da ordem jurídica”, que deverão se expandir por todo o direito positivo⁹¹.

Há, portanto, ainda que sob um olhar liberal, de se observarem os direitos fundamentais como limite à autonomia dos atores privados, em homenagem à proteção do ser humano contra a opressão exercida pelos poderes privados de dominação pulverizados na sociedade.

Nesse sentido, o papel do legislador seria imprescindível para a atribuição de efeitos jurídicos diretos e concretos às normas de direitos fundamentais, tanto em relação à regulamentação do direito material quanto em relação ao aspecto procedimental.

Alias, conforme Sarmento⁹², uma das principais conseqüências dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua *eficácia*

⁹⁰ SARMENTO, 2006a. p. 106.

⁹¹ SARMENTO, *ibid.*, p. 107.

⁹² SARMENTO, *ibid.*, p. 124.

irradiante, formando os direitos fundamentais como o eixo central de todo um ordenamento jurídico.⁹³

Ou seja, os valores lastreantes dos direitos fundamentais irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, condicionando sua interpretação e atuando como diretrizes para o legislador, para a Administração e para o Judiciário. Pode-se assim por dizer, que as leis codificadas são o modo pelo qual os direitos fundamentais tem a viabilidade de se concretizar.

Por uma razão lógica, com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana pela maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos, tido como postulado básico de seus direitos fundamentais confere-se um grande manancial em prol da humanização de suas legislações.

Potencial, diga-se, pois não será a mera positivação da dignidade humana, por óbvio, que irá conferir a garantia da efetividade da dignidade de cada ser humano. É uma questão complexa, de fato. Há uma teia de fatores entremeados a serem considerados.

A abstenção total do Estado, bem como a liberdade conferida pelos próprios direitos fundamentais são fortes fatores. Mas a força da dicotomia do Poder Público versus Poder Privado é muito mais abrangente: envolve as relações humanas e suas infinitas possibilidades de escolha em suas vidas, e até mesmo a atuação dos atores privados no âmbito público.

Daí a necessidade de uma mudança paradigmática do quadro da teoria clássica. A mera positivação de direitos em prol da crescente necessidade de humanização do direito não confere a possibilidade de ser efetivada em seu âmbito de eficácia social.

Seria relegar a grande conquista dos direitos fundamentais, nas palavras de Ferdinand Lassale, a meras folhas de papel, sem qualquer efeito prático.

⁹³ No mesmo sentido, Ubilos corrobora o pensamento de Konrad Hesse, afirmando que “Esse forte ‘conteúdo principal’ de suas disposições facilita a constitucionalização de todas os ramos do direito (tanto público como do privado) mediante a recepção dessas regras e princípios dotados de uma especial capacidade de irradiação.”, afirmando ainda que “o enfoque em contrário está superado”. Portanto, não se podem considerar as normas codificadas completamente autônomas em relação aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição. UBILLOS, 1997, p. 258.

Justamente este é o ponto chave onde se faz necessária a modernização na teoria do Direito, garantindo-lhe assim sua socialização.

Sob essa ótica, a irradiação dos valores dos direitos fundamentais à ordem legislativa, deixando apenas os limites para o legislador, seria quase como tornar inócuos os preceitos insculpidos nos direitos fundamentais.

É necessária uma força tarefa, de maneira que os poderes executivo, legislativo e judiciário promovam a efetividade dos direitos fundamentais. Mas, para que se possa afirmar esse amplo dever de proteção incidente por todas as esferas do poder público, deve-se aceitar a imposição do dever de promoção dos direitos fundamentais na órbita privada.

Isso porque, caso contrário, a vetusta idéia liberal da intervenção estatal no âmbito dos particulares viria a lume mais uma vez com seu argumento da limitação da conquista do direito fundamental de liberdade, quando, na verdade, não se trata *verdadeiramente* de uma limitação, mas sim, como se verá mais adiante, de uma *promoção dos direitos e garantias da pessoa humana*.

O Estado não poderá, deste modo, ser visto apenas como violador de direitos. Como visto no capítulo anterior, o próprio exercício do poder torna a relação desequilibrada, de dominação e sujeição. Não obstante, para sua própria manutenção, deve fazer valer de sua soberania para permitir a garantia dos direitos na sua sociedade civil.

O Estado Democrático de Direito soberano é, pois, o maior garantidor dos direitos fundamentais que ele próprio proclama, e sua efetividade garante, ao mesmo tempo, a garantia da ordem e harmonização social perquerido com a formação do Estado. É uma garantia de prestígio e da manutenção de suas próprias bases.

Não obstante, nas palavras de Daniel Sarmento⁹⁴ deve-se ater ao perigo do fundamentalismo dos direitos fundamentais. Diga-se, o grande cuidado acerca da desproporção desarrazoada do constrangimento da autonomia privada deverá ser observado. Para ocorrer tal incidência, o autor propõe o contraponto dos direitos fundamentais sem fundamentalismo.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 138.

Esse é o grande ponto chave dos que refutam a eficácia dos direitos fundamentais, ou em outras palavras, a exigibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre o Poder Privado não como um limite, mas como uma verdadeira “amarra” nos negócios jurídicos travados em prol do suprimento de necessidades do próprio indivíduo.

A partir de tal afirmação, ainda que em face da ampla necessidade da irradiação dos direitos fundamentais para o raio de alcance de todo o direito, servindo a qualquer ser humano como proteção, insurgiram-se as propostas doutrinárias da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares.

Essas propostas serão, portanto, brevemente analisadas de modo a se posicionarem na melhor doutrina da eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares.

Tais teorias são, como ponderado por Ubillos⁹⁵, embasadas em um “problema de construção”, como também um problema material “de colisão”, implicando consequências tanto para o poder público quanto para o poder privado.

2.1.2 Principais correntes acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares

Conforme a lição de Daniel Sarmiento⁹⁶, o debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais desenvolveu-se, inicialmente, logo após o advento da Lei fundamental de Bonn em 1949⁹⁷, onde foram gestadas as teorias da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais entre terceiros, a teoria da eficácia indireta ou mediata desses direitos e da teoria dos deveres de proteção.

Mas o desenvolvimento de tais teorias deu-se em especial na Alemanha, após o conhecimento de todas as atrocidades cometidas no período da 2ª Guerra Mundial contra a humanidade.

⁹⁵ UBILLOS, 1997, p. 277.

⁹⁶ SARMENTO, 2006b, p. 186.

⁹⁷ Quando se tentou na Alemanha, pela primeira vez, antepor os direitos fundamentais, em bloco, aos demais direitos, e dotando-os de vinculação jurídica obrigatória em face de todos os poderes estatais, afastando-se do tratamento programático

Os olhares tiveram duplo foco: um para as atrocidades cometidas pelo Estado, por suas leis e ações vilipendiadoras e sua força nefasta de todos conhecida, provinda da política nazista, e outro, advindo dos próprios particulares que eram livres para violar igualdade, praticar preconceitos como bem entendessem, violações diretas à dignidade do ser humano.

Portanto, o giro paradigmático em relação a uma nova visão da eficácia dos direitos fundamentais possuiu duas faces de uma mesma moeda: a eficácia dos direitos fundamentais em face do Estado e *de igual maneira*, em face dos particulares, como um modo de máxima eficiência possível dos mesmos.

Em outras palavras, para se ter real efetividade dos direitos inerentes à dignidade humana no campo social foi debatida a ampliação de sua incidência e exigibilidade, revendo-se a postura do Poder Estatal, bem como a dos poderes privados.

Abaixo, faz-se breve apanhado das teorias elaboradas nesse contexto.

2.1.2.1 A teoria negatória da oponibilidade dos direitos fundamentais entre particulares e a “station action doctrine”⁹⁸

A teoria negatória da oponibilidade dos direitos fundamentais entre particulares, marca a resistência da doutrina “paleoliberal” em aceitar a incidência dos direitos fundamentais perante particulares.

Na Alemanha, berço inicial das discussões acerca da eficácia dos direitos fundamentais sobre particulares, autores ortodoxos, da ala liberal-positivista, como Ernst Forsthoff⁹⁹, opinam pela desnecessidade da renúncia do conceito clássico dos direitos fundamentais como limite ao Poder do Estado.

Este argumento, cunhado sob as bases do ranço positivista, indica a cristalização formal dos preceitos da dignidade humana na norma. Ou seja, ao que a

⁹⁸ Na verdade, a teoria negatória, de raiz germânica, é de certa forma diferenciada da “state action doctrine” americana, uma vez que, conforme será visto adiante, admite em determinados casos concretos, certa “abertura” em casos concretos, pontuais em sua jurisprudência.

⁹⁹ Autor alemão mencionado pelos autores SARMENTO, 2006b, p. 188; e UBILLOS, 1997, p. 278.

Constituição, ao declarar o conteúdo de direitos e garantias do particular em face do Estado, já está assegurando a efetividade.

E ainda, que se expandisse por demais a amplitude de preceitos tão abertos, haveria tamanha insegurança jurídica capaz de proceder com a dissolução da própria Constituição, que ficaria rebaixada a “mera ordem de valores”¹⁰⁰.

Mas o argumento que mais indica a marca liberal dessa teoria é justamente o de que a liberdade, devido a sua fundamentalidade, deve ser preservada frente a dinâmica social. A autonomia dos indivíduos nas suas relações com os demais sujeitos privados deverá prevalecer sob este enfoque, de maneira a preservar o viés econômico, em detrimento do elemento humano das relações travadas pelos indivíduos.

Ademais, os defensores dessa teoria alegam que há riscos que a doutrina da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais representam para a liberdade contratual e para a segurança jurídica¹⁰¹.

Não obstante, embora tendo como berço a Alemanha, a doutrina perdeu suas forças depois de ser reconhecida a eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares após o entendimento da necessidade por reiteradas decisões de seu Tribunal Constitucional Federal¹⁰².

Mas a teoria ainda tem seus adeptos e suas vertentes. É adotada particularmente pelos Estados Unidos¹⁰³, e o foi até 1999 pelos suíços¹⁰⁴, e até 1997

¹⁰⁰ UBILLOS, 1997, p. 279.

¹⁰¹ UBILLOS, IBID., p. 283.

¹⁰² SARMENTO, 2006b, p. 188.

¹⁰³ O interesse capitalista do modelo liberal americano fez com que se invocasse outra justificativa para a adoção da teoria negatória da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: o pacto federativo, pois, “Nos Estados Unidos, cumpre não esquecer, compete aos Estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria normatizada envolva o comércio interestadual. Assim, afirma-se que a *state action* preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas”, salvo matéria normalizada em relação ao comércio interestadual ou internacional, como forma de preservar o pacto confederativo. SARMENTO, *op. cit.*, p. 189.

¹⁰⁴ Conforme mencionado por Fredie Didier, a Suíça não mais adota a teoria do *state action*, após a reforma constitucional de 1999, quando a Constituição suíça passou a conter um artigo que prevê expressamente a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (art. 35,3): “As autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que seja aptos para tanto, tenham eficácia também nas relações entre privados” In: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. Salvador: Podivum,

na África do Sul quando da vigência do apartheid¹⁰⁵, conhecida como “*state action doctrine*”, sustentando que apenas o Estado, ou quem lhe fizer às vezes, estará sujeito à observância das garantias fundamentais.¹⁰⁶

A despeito da teoria da *state action* adotada particularmente nos Estados Unidos, Pereira¹⁰⁷ traz anotação interessante. A autora leciona que,

A versão americana do constitucionalismo traduziu-se num modelo radicalmente liberal – A constituição como norma fundamental de garantia – uma vez que o texto constitucional de 1787, embora dotado de supremacia normativa, limitava-se a garantir aos indivíduos certos espaços livres de intervenção estatal. A Constituição, nesse sistema, desempenha um papel essencialmente procedimental, porquanto, da feição liberal de seu texto, e da leitura feita pela Suprema Corte, resulta inviável que o Estado dite padrões de comportamento substantivo a serem seguidos na esfera privada. Por essa razão, a possibilidade de os direitos fundamentais serem invocados nas relações particulares encontrou – e ainda encontra-se – resistência no modelo norte americano, só vindo a ser aceita, de forma muito limitada, a partir da construção da *state action doctrine*, a qual pressupõe certo grau de participação do Estado na violação do Direito.

Como se pode observar, ainda que adote tal teoria, não raro os Estados Unidos se viram em face da necessidade de julgar casos concretos, a partir da década de 1940 do século passado, em que houve extrema necessidade de afastar a *state action*, passando a adotar a “*public function theory*” (teoria da função pública).

Para esta teoria, as limitações constitucionais também alcançarão os particulares, quando exercerem atividades de matriz estatal, ou seja, quando assumissem poderes análogos ao do Estado.¹⁰⁸ Ela serviria, assim, para impedir que

2007. v.1, p. 28. É bem verdade que, a par do texto literal, extrai-se muito mais a questão da eficácia indireta ou imediata, restrita, dos direitos fundamentais entre particulares. Não obstante, não deixou de configurar um grande passo avançado pela Suíça, que saiu da absoluta negativa para uma possibilidade da incidência dos direitos fundamentais entre particulares.

¹⁰⁵ A partir de 1997, a promulgação de sua Constituição anunciou a aplicação direta e imediata dos Direitos Fundamentais. SARMENTO, 2006b, p. 197.

¹⁰⁶ Também há precedentes na doutrina canadense, conforme indica SARMENTO, *ibid.*, p. 197.

¹⁰⁷ PEREIRA, 2006, p. 437.

¹⁰⁸ Sarmento traz o exemplo emblemático do caso de *Marsh v. Alabama*, no qual se discutia se uma empresa privada que possuía terras no interior podia ou não proibir testemunhas de Jeová de lá pregarem. A Suprema Corte, considerando a propriedade como uma “cidade privada”, equiparou a empresa ao Estado, submetendo-se ao direito de liberdade de culto previsto na 1ª emenda à Constituição norteamericana. Tal teoria também fora aplicada, dentre outros casos, no caso de partidos políticos, diante do recurso de alguns comitês em admitir que pessoas negras se filiassem a eles, em clara violação ao princípio da igualdade. SARMENTO, *op. cit.* p. 191.

o Estado simplesmente se desvinculasse do seu dever de cumprimento dos direitos fundamentais.

Não obstante, grandes oscilações jurisprudenciais acabavam ocorrendo, devido à falta de critérios da aplicação e interpretação da “public function theory”. Assim indica Daniel Sarmiento¹⁰⁹:

Sem embargo, a Suprema Corte negou a existência de *state action* na operação de shopping centers privados, que por isso não estariam vinculados pelos direitos constitucionais e decidiu, ainda, que uma fornecedora privada de energia elétrica não tinha de respeitar o devido processo legal para contar o fornecimento de um cliente individual, sob o argumento de que a mesma não exerce função tipicamente pública, embora a atividade em questão tenha de ser licenciada pelo governo norteamericano.

Este pensamento faz com que se observe que, além de não admitir a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o ponto de partida é uma visão extremamente individualista, que cria obstáculos até mesmo à possibilidade de tutela pelo legislador ordinário.¹¹⁰

Devido a este fato, autores norteamericanos como Erwin Chemerinsky, John Noak e Ronald Rotunda¹¹¹ iniciaram obras em prol de repensar a doutrina do “state action”, utilizando-se de critérios de ponderação, obras estas que ainda não conseguiram tomar fôlego e mudar o pensamento liberal norteamericano.

Sem dúvidas, como anotado por Ubillos¹¹², o denominador comum da ênfase dessa doutrina é denunciar os riscos que ela significaria para a liberdade contratual e segurança jurídica, chamando-se atenção sobre a lógica de liberdade que atravessa o Direito Civil.

Isso porque as normas de direito civil apresentam em seu bojo um modelo de equilíbrio das liberdades individuais, garantindo diretamente o que a Constituição estabelece como fundamental.

¹⁰⁹ SARMENTO, 2006b, p. 191.

¹¹⁰ Nesse sentido, SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 195.

¹¹¹ Apud SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 195-196

¹¹² UBILLOS, 1997, p. 283.

A eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares, nesse sentido, afigurava-se como um “cavalo de tróia” que destruiria o sistema construído sobre a base da autonomia privada.¹¹³

De fato, concorda-se que a legislação civil é *um dos instrumentos pelos quais se efetiva o que está prescrito na Constituição de um país*. Não obstante, ainda que por uma vultosa “inflação legislativa” produzida, é absolutamente impossível vaticinar todas as formas de lesão que uma pessoa pode vir a sofrer.

A grande crítica tecida sobre tal teoria é justamente esta: Perigos e ameaças, diga-se, peremptoriamente concorrem em seu potencial de riscos e ameaças aos direitos inerentes ao ser humano, seja ele visto como pessoa, seja ele visto como membro de um corpo social.

Não soluciona, pois, o entrave acerca do enorme potencial de lesividade que o poder privado oferece, em seu estado pleno de liberdade, dentro de uma regra geral do Direito Privado de que “o que não está proibido está permitido”.

2.1.2.2 Eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais na esfera privada

No tocante às posições denominadas “dualistas”, a eficácia mediata ou eficácia indireta dos direitos fundamentais sobre os particulares, idéia desenvolvida na Alemanha primeiramente por Günter Dürig¹¹⁴, entende que os direitos fundamentais podem ser renunciados, prevalecendo a autonomia de vontade entre as partes.

Isso porque, sob tal concepção, a liberdade seria o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, e deveria continuar a ser o postulado básico, o valor fundamental a ter em conta na solução dos problemas advindos das relações intersubjetivas.

¹¹³ UBILLOS, 1997, p. 283.

¹¹⁴ *Apud. SARMENTO, 2006a p. 197.*

Sob esta visão, não se deveria submeter a atividade dos indivíduos aos mesmos vínculos que limitam a ação do Estado, uma vez que isto significaria transformar direitos em deveres, invertendo o seu sentido primordial de garantia da liberdade. O direito de liberdade de como atuar, sob este aspecto, seria transformado em deveres de atuação, o que limitaria a liberdade a ponto de exterminá-la.

Não obstante, buscava uma solução intermediária para amenizar o impacto dos problemas surgidos com a versão pura da teoria negatória. Portanto, a teoria não nega que a violação aos direitos fundamentais parta igualmente do poder privado, embora condicione a atuação desses direitos pela mediação do legislador¹¹⁵ ou pela interpretação dos juízes sobre cláusulas gerais e conceitos abertos¹¹⁶.

Para os adeptos dessa teoria, como Canaris¹¹⁷, a força jurídica dos preceitos constitucionais dos direitos fundamentais somente se afirmaria nas relações particulares, tão somente pela aplicação das normas (regras ou princípios) positivados na lei, especificamente na lei privada, que serviria como “ponte” entre o direito privado e a Constituição.¹¹⁸

Assim o seria na aplicabilidade das cláusulas gerais, tais como a boa-fé, e os conceitos jurídicos indeterminados, desde que determinados no âmbito do direito positivo. É, de fato, teoria intermediária entre a teoria negatória da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre os particulares e a eficácia direta e imediata entre eles.

A “irradiação” dos direitos fundamentais na norma, nesse sentido, seria dada como uma ordem ao legislador de proteger a possibilidade de lesão de um particular

¹¹⁵ Como lembrado por Ubillos, na doutrina do state action a limitação também se faz pelo Congresso. UBILLOS, 1997, p. 298.

¹¹⁶ SARMENTO, 2006, p. 200 e UBILLOS, op. cit. p. 283. Segundo o entendimento dos autores, para esta teoria cabe ao legislador, mais especificamente ao legislador privado mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas, mas sem se descuidar da autonomia da vontade, sendo que, por outro lado, sobraria ao judiciário o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais.

¹¹⁷ CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina, 2003.

¹¹⁸ Seria o que Dürig entendia por “portas de conexão” as quais os direitos fundamentais ingressam na dinâmica privada, que seriam as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados legais. Apud. PEREIRA, 2006, p. 468.

em face do outro, por intermédio de fórmulas genéricas que viabilizem a garantia de liberdade de que gozam os particulares em seu modo de vida e negociações.¹¹⁹

Nesse sentido, Canaris faz oposição ao famoso caso Lüth, que embasou fortemente a teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.¹²⁰

Brevemente, o caso tratou de um cineasta alemão, Veit Harlan, de ideologia nazista, que produziu um filme logo após a Segunda Guerra Mundial, sendo Eric Lüth um judeu líder de um boicote contra o lançamento do filme de tal diretor. O filme foi um completo fracasso.

O Diretor Veit Harlan e demais produtores engendraram ação judicial aduzindo que Lüth violara o Código Civil alemão, causando-lhe prejuízos, tendo ganho em todas as instâncias.

Lüth recorreu à corte constitucional e alegou sua liberdade de expressão em relação ao caso na Corte Constitucional Alemã que até então não havia exarado parecer em relação a aplicabilidade de direitos fundamentais aos indivíduos de direito privado, bem como a ponderação daqueles no caso concreto.¹²¹

Canaris defende posição oposta, em certa medida, ao que fora debatido no mencionado caso no Tribunal Federal alemão, segundo a qual apenas se pode partir de uma “eficácia de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o direito privado. De acordo com Canaris¹²²:

¹¹⁹ Essa situação é o que Dürig chama de “ponte” estabelecida entre o Direito Privado e a Constituição. Apud. SARMENTO, 2006, p. 198.

¹²⁰ Famoso também ficou o caso Blinkfüer na Alemanha em relação aos direitos fundamentais e relações privadas. Nas palavras mencionadas em acórdão do STF em análise a questão: “O pequeno jornal ‘Blinkfüer’ continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do muro de Berlim (13.08.1961). A grande editora Springer dirigiu, por isso, uma circular a todas as bancas e negócios de vendas de jornais, ameaçando-os com a suspensão de fornecimento de jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal ‘Blinkfüer’. Foram significativos os prejuízos sofridos pela publicação. A pretensão de caráter indenizatório formulada pelo jornal foi rejeitada pelo Bundesgerichtshof - BGH (Supremo Tribunal de Justiça). apreciando o recurso constitucional interposto pelo pequeno jornal, entendeu o Bundesverfassungsgericht que a editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer a sua opinião. As opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade, com recursos de caráter exclusivamente intelectual (geistige Waffen)”. Extraído no site <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=160>. Os casos Lüth e Blinkfüer também são citados detalhadamente, dentre outros por LEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 517-518.

¹²¹ Retirado do texto de MARMESTEIN, George. **50 Anos do caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra>. Acesso em: dia mês ano.

¹²² CANARIS, 2003, p. 131-132.

A concepção desenvolvida na decisão Lüth carece, na perspectiva atual, de uma “reconstrução crítica”. Isto vale, antes de mais, na medida em que, contrariamente à abordagem da decisão Lüth, deve distinguir-se de forma estrita entre “eficácia de irradiação” e “problemática da super-revisão”: a última não constitui qualquer especificidade da relação entre direitos fundamentais e direito privado, mas aparece, antes, em princípio da mesma forma em todos os ramos do direito, no controlo de decisões dos tribunais ordinários pelo Tribunal Constitucional Federal, de tal forma que não pode, de modo algum, ser amenizada de forma substancialmente correcta com recurso à teoria da “eficácia da irradiação” a qual apenas diz respeito ao direito privado. Trata-se aqui, antes, de uma pura dificuldade de processo constitucional, que, por conseguinte, apenas pode ser resolvida com os instrumentos do direito processual.

Para além disso, a teoria da “eficácia de irradiação”, também já não hoje é satisfatória no plano do direito material. Isto, desde logo, porque esta expressão não constitui qualquer conceito jurídico, mas antes, apenas, uma formulação metafórica extraída da linguagem coloquial.

Não obstante, diante dessa teoria, não é negado que a decisão do juiz, como destinatário dos direitos fundamentais, produza efeitos sobre as relações entre particulares, mas de maneira mediata.

Isso porque os destinatários da norma fundamental são, primeiramente, somente o Estado, seus órgãos e representantes, regulamentando atos estatais, inclusive as decisões judiciais.

O argumento principal dos defensores dessa teoria é o de que a aplicação dos direitos fundamentais diretamente aos particulares, aniquilaria a autonomia privada.¹²³ Afirmam que a aplicação direta dos direitos fundamentais colocariam a liberdade individual à mercê da discricionariedade do juiz.¹²⁴

Dessa forma, os direitos dos particulares não poderiam ser invocados de maneira direta a partir da Constituição, de modo a afetar sua liberdade. Em nome da consagração da liberdade dos particulares, os indivíduos devem ser livres, sob essa

¹²³ SARMENTO, 2006b, p. 198.

¹²⁴ Esta é a posição de Konrad Hesse, citado por SARMENTO, op. cit., p. 199. Hesse, ainda pondera, na lição de Gilmar Ferreira Mendes, que a autonomia privada, mais especificamente em relação à liberdade contratual (Hesse tinha muito em vista a questão contratual, logo, de cunho patrimonial), tem “seu fundamento e seus limites na idéia da configuração responsável da própria vida e da própria personalidade”, e, em relação a responsabilidade, “compreende também a possibilidade de contrair, por livre deliberação, obrigações que os poderes públicos não poderiam impor ao cidadão”, razão pela qual o Estado não poderia limitar a autonomia privada. Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 278.

concepção, para renunciar direitos fundamentais entre si, o que não poderia ocorrer em face do Estado.

Como destacado por Daniel Sarmento¹²⁵, conforme esse entendimento, determinados atos contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, poderiam ser lícitos no âmbito do Direito Privado.

Sob esse aspecto, afirmam os defensores de tal teoria, a mediatidade dos direitos fundamentais seria necessária para não ocorrer o extermínio da autonomia privada (o direito de liberdade que gozam os particulares), bem como para não conferir poder desmesurado ao Judiciário, deixando a liberdade individual à mercê da discricionariedade do juiz.¹²⁶

Ocorre que as críticas opostas a tal teoria da eficácia indireta ou mediata, são, de certa forma, contundentes, senão por alguns aspectos. Com efeito, tal teoria é insuficiente e incompatível com a idéia de efetividade dos direitos fundamentais, por não lhes proporcionar tutela integral no âmbito dos particulares, deixando *ao arbítrio do legislador* a formulação de meios de concretização dos meios.

Se por um lado preza-se a segurança jurídica e a autonomia privada dos indivíduos, por outro gera fortes pontos de injustiça e vazios legislativos para aplicações no caso concreto.

Essa idéia, de fato, viola o postulado mais básico do acesso à justiça, tido como um dos mais básicos dos direitos fundamentais. Isso porque o acesso à justiça em nada pode ser visto, nos dias de hoje, como mero acesso ao Poder Judiciário, ou mero acesso à letra fria da lei.¹²⁷

¹²⁵ SARMENTO, 2006b, p. 198.

¹²⁶ Convém anotar que, alguns autores, como Andrade, (2001, p. 261-262), distinguem, por uma questão de mera terminologia, a aplicabilidade “indireta” da “mediata” dos direitos fundamentais. Isso porque, em seu entendimento, “A idéia da aplicabilidade mediata foi mal defendida, porque seus partidários não se libertaram do peso das concepções liberais-individualistas e deixaram –se influenciar pela circunstância de terem sido o direito civil e o direito penal, na sua ancianidade, que primeiro regularam as situações privadas e definiram os termos em que se assegurariam as relações privadas e definiram os termos em que se assegurariam os direitos pessoais no âmbito dessas relações”. O que o doutrinador português entende por mediação seria a necessidade de conciliação dos valores dos preceitos fundamentais com a liberdade negocial e a autonomia privada do direito civil. Não obstante, porquanto terminologias distintas, ambas recairiam no mesmo resultado prático, ou seja, na não aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares, ainda que não se negasse a possibilidade dessa incidência..

¹²⁷ De fato, lembre-se que as normas de Direito Privado nem sempre são capazes de garantir uma proteção eficaz aos direitos fundamentais aos seus destinatários. E ainda, nem sempre o legislador conseguirá alcançar todas as formas de relações humanas, complexas e mutantes, dada a sua

Nas palavras de Pereira¹²⁸:

A teoria da eficácia mediata baseia-se, essencialmente, em críticas opostas à idéia de incidência direta dos direitos fundamentais, os quais basicamente se focam na possibilidade de aniquilamento da autonomia privada e na demasiada concessão de liberdade ao juiz, que faria as vezes do legislador.

Conforme revela a autora, tais argumentos revelam que a oposição contra a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais não se funda nas inconsistências ou equívocos dessa teoria, mas sim se limita nos potenciais efeitos que esta poderia acarretar e que deveriam ser evitados.¹²⁹

Em face dessas considerações, as proporções do alcance da efetividade dos direitos fundamentais ganharam novas linhas no mundo moderno, diante todas as suas necessidades, muito especiais em países cujas desigualdades atingem grandes proporções, ocasião em que a exigência da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais sobre particulares tornou-se imperiosa.

2.1.2.3 Eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais oponíveis nas relações privadas – Das críticas às teorias negatórias e mediata

A teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais, desenvolvida inicialmente na Alemanha pelo Juiz do Tribunal Federal do Trabalho Hans Carl Nipperdey¹³⁰ em meados de 1950¹³¹, (Drittwirkung der Grundrecht) – que reconhece de uma maneira ampla a oponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez constatado que não seria apenas o Estado o seu violador, mas também os poderes sociais e terceiros em geral.

dinâmica. Nem mesmo o juiz poderá ter amarras jurídicas que o condicionem a ser a boca que meramente pronuncia a lei.

¹²⁸ PEREIRA, 2006, p. 487.

¹²⁹ PEREIRA, *ibid.*, p. 487.

¹³⁰ Apud SARMENTO, 2006, p. 204. Citado também por outros autores como UBILLOS, 1997, e MENDES, Gilmar Ferreira et. al. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹³¹ De acordo com Alexei Julio Estrada, Nipperdey se embasou na igualdade do homem e da mulher em respeito ao salário mínimo. Apud SARMENTO, 2006, p. 204. Já Pereira indica que Nipperdey defendeu a tese de que alguns dos direitos fundamentais tem incidência imediata nas relações de direito privado que se configurem nas relações de poder. Desta forma, Nipperdey concorda com a premissa firmada pela Corte Constitucional de que a lei fundamental não é neutra, mas veicula uma ordem de valores. No entanto, não se compartilha a noção de que o efeito irradiante dos direitos se propaga nas relações particulares por meio de cláusulas gerais. PEREIRA, 2006, p. 464-466.

Para Nipperdey¹³², o perigo e a violação dos direitos fundamentais na sociedade não adviriam apenas do Estado, mas também dos grupos sociais que detêm na sociedades de massas parcela cada vez maior do poder social e econômico, um poder real capaz de afetar intensamente as zonas e aspectos relevantes da vida e da personalidade do indivíduo.

Outrossim, dentre outras ponderações postas pelos defensores da teoria, está a da insuficiência das condições do legislador formar proteção plena na esfera privada, devendo, portanto, as normas constitucionais ter efeito direto de obrigatoriedade entre os cidadãos.

Desta forma, em sua visão, muito embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição vinculassem apenas o Estado, outros, por sua própria natureza, poderiam ser invocados diretamente nas relações privadas.

Embora não tenha logrado grande repercussão na Alemanha, onde inicialmente concebida, a doutrina se alastrou amplamente devido ao forte movimento de internacionalização dos direitos fundamentais pós-segunda guerra, tendo se tornado doutrina aceita majoritariamente em países como Espanha e em Portugal, e já reconhecida em tribunais como o italiano e o argentino.¹³³

Portugal chegou a constitucionalizar a teoria, em seu art. 18.1, ainda que ocorram divergências doutrinárias, que ora se posicionam entre a teoria mediata, ora se utilizam de teorias mitigadoras da eficácia imediata, deixando-a apenas para determinadas situações específicas, pondo-as em um patamar de “teorias alternativas”.¹³⁴

Demais países como Espanha e Itália já reconheceram em seus Tribunais a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, sendo bem vista e aceita pela

¹³² Apud ANDRADE, 2001, p. 244.

¹³³ Conforme lições de SARMENTO, 2006, p. 205-216 e UBILLOS, 1997, p. 329-337.

¹³⁴ Em geral, os manuais destacam simplesmente as três teorias: a negatória, a mediata e a imediata em relação aos direitos fundamentais. Interessante notar que Daniel Sarmento separa como teorias “alternativas” algumas que, muito embora tenham traços inerentes a uma dessas teorias principais, possuem características próprias, talvez pela tentativa de solucionar as críticas inerentes de cada um, ou talvez para tentar encontrar melhor solução. Não obstante, concorda-se com o referido autor, em colocar as teorias alternativas como teorias “sui generis”, independentes das teorias em sua pureza.

doutrina predominante, conforme destacados por Bilbao Ubillos¹³⁵ e Pietro Perlingieri¹³⁶.

Atente-se que, como destacado nas palavras de Daniel Sarmiento¹³⁷, a teoria da eficácia imediata “não é incompatível com os efeitos decorrentes das outras duas teorias, mas apenas agrega àqueles efeitos de um outro, de indiscutível relevo prático”.

É de bom alvitre ressaltar que haverá situações em que o Estado agirá como particular, bem como haverá contextos em que o particular fará às vezes do Poder Público do Estado.

Neste contexto, pode-se pensar que a aplicação de direitos fundamentais seria um tanto quanto paradoxal, ao se conferir eficácia apenas pela sua condição vertical, uma vez que, *mutatis mutantis*, seria uma empreitada de ordem particular, e como tal deveria em tese ser assim considerada. Daí mais outro motivo quanto à necessidade da reestruturação da aplicação dos direitos fundamentais.

2.1.2.3.1 Teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares limitadas às relações de poder – Uma concepção restritiva

Problemática trazida pelos autores portugueses Canotilho e corroborada veementemente por José Carlos Vieira de Andrade. É uma concepção dita por Daniel Sarmiento¹³⁸ como “intermediária” entre a teoria da eficácia mediata e a teoria da eficácia imediata.

Outros autores também deixam de maneira nebulosa tal condição para se aplicarem os direitos fundamentais diretamente entre particulares, mesmo porque não definiram mormente o que consideravam análogo ao poder do Estado.

¹³⁵ UBILLOS, 1997.

¹³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: uma introdução ao direito civil constitucional. Trad. por Maria Cristina De Cicco. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-13.

¹³⁷ SARMENTO, 2006b, p. 224.

¹³⁸ SARMENTO, op. cit. p. 212.

Muito embora a Constituição Portuguesa seja clara na admissão da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares, Canotilho menciona a problemática da restrição às relações de poder.

Andrade¹³⁹ apenas admite a incidência dos direitos fundamentais somente nas relações “poderosas”, ou seja, em que se verifiquem grupos de pessoas, ou “pessoas poderosas”, ou seja, pessoas que excepcionalmente detenham algum poder especial de fato sobre outra, não necessariamente o poder jurídico.

Este vago requisito de “poder especial” parece recair nas decisões proferidas com fundamento na “public function theory” dos Estados Unidos, em que praticamente só se considera o poder econômico.

Ainda que fale em outras formas de poder, em situações extraordinárias, não estabelece quais são essas situações de poder. E ainda que o fizesse, não há como se definir de fato até que ponto essa “situação extraordinária” poderia surgir.

Este é o grande ponto. Há muitas formas de poder e violação. Não se pode deixar à sorte do que se considera poder, tal qual ocorre com a lei, em que o legislador não poderá prever todas as formas de conduta humana e regulá-la na lei.

Desta forma, abrir-se-ia espaço para o surgimento de lacunas, e consequente abertura para grandes injustiças, que ficaria à sorte de uma decisão que considerasse ou não de maneira aleatória o que seria “forma especial de poder”.

2.1.2.4 Teorias dos deveres de proteção do Estado em relação aos Direitos Fundamentais

De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira¹⁴⁰, a teoria dos deveres de proteção do Estado

¹³⁹ ANDRADE, 2001, p. 254-255.

¹⁴⁰ PEREIRA, 2006, p. 468-469.

Surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa noção está ligada à idéia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente, promovendo-os e os protegendo de qualquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos.

Segundo Daniel Sarmento¹⁴¹, os defensores dessa doutrina sustentam que esta constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção desses direitos no âmbito das relações privadas.

Conforme a lição de Vieira de Andrade¹⁴², tais teorias são tributárias da idéia da aplicabilidade mediata, uma variante da teoria da eficácia indireta. Não obstante alargando de certa forma a aplicação dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado.

Para esta teoria, impõe-se aos poderes públicos (legislador, Administração Pública e ao juiz) a obrigação de velarem efetivamente para que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte das entidades privadas.

Sob esta óptica, a atuação do Estado não é vista apenas como proteção mínima, mas também uma obrigatoriedade de conduta positiva pela parte estatal, à medida que deverá velar pela proteção da liberdade do indivíduo, sua autonomia privada.¹⁴³

Claus Canaris sustenta que os direitos fundamentais vinculam de maneira direta apenas o Estado¹⁴⁴, embora obrigado a se abster de violar os direitos fundamentais, como protegê-lo da ameaça dos particulares, por meio da edição de normas e pela prestação jurisdicional.

Tanto a via legislativa quanto a via judicial, para Canaris, estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas.¹⁴⁵

¹⁴¹ SARMENTO, 2006b, p. 216.

¹⁴² ANDRANDE, 2001, p. 248-249.

¹⁴³ Nesse sentido, ANDRADE, op. cit. p. 249.

¹⁴⁴ CANARIS, 2003, p. 129.-132. Apesar de mencioná-la, Canaris indica que a teoria da irradiação não é satisfatória no plano do Direito Material.

¹⁴⁵ SARMENTO, 2006b, p. 217.

Canaris, em sua opinião, explicada nas palavras de Daniel Sarmento¹⁴⁶:

A vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos fundamentais dos particulares, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos poderes públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, já que normalmente há múltiplas formas para assegurar a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente admissíveis.

Ainda assim, Canaris admite que por vezes a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado depende de uma ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada.¹⁴⁷

Esta forma se daria, assim, com juízo de proporcionalidade, ora como vedação do excesso por parte dos Poderes Públicos, ora para a “proibição da insuficiência para o poder privado, que é mais branda.

Isensee e Oeter¹⁴⁸ inclinam-se para a teoria dos deveres de proteção por a entenderem preservadora da autonomia privada.

Oeter chega a alegar sua preferência também sob o argumento de que evitaria o ativismo judicial. Para ele, pela teoria dos direitos de proteção, se o legislador se omitisse, o juiz não poderia colmatar a lacuna, devendo-se aguardar que o controle de inconstitucionalidade por omissão, se ocorrer, tenha êxito.¹⁴⁹

A crítica mais contundente em relação a esta teoria é a de que encobre o fato de que, no contexto da sociedade contemporânea, não se pode excluir os sujeitos privados como destinatários dos direitos fundamentais, conforme a lição de Gilmar Mendes¹⁵⁰.

Ademais, tornar a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada totalmente manipulada pelas vontades e interesses do legislador, aprisionando o Direito Privado ao seu bel prazer.

¹⁴⁶ SARMENTO, *ibid.*, p. 218.

¹⁴⁷ CANARIS, 2003, p. 136 e menção em SARMENTO, *ibid.* p. 218.

¹⁴⁸ Apud. SARMENTO, *ibid.*, p. 218.

¹⁴⁹ O que seria um absurdo aguardar o bel prazer do legislador, que poderia nunca vir a legislar sobre determinada matéria, uma vez que não é coagido a fazê-lo.

¹⁵⁰ MENDES, 2008, p. 275.

Desta forma, a teoria dos deveres de proteção seria apenas um plus, uma forma a mais de garantir a efetividade dos direitos fundamentais e sua tutela em face das relações dos seus titulares, os atores de direito privado.

2.1.2.5 Teorias alternativas

Schwabe¹⁵¹ é autor de uma teoria diferenciada, a “teoria da convergência estatista”, pela qual o Estado será sempre o responsável último pelas lesões aos direitos fundamentais que tem origem nas relações privadas.

Desta forma, diz Schwabe que se o Estado não proíbe as interferências de particulares sobre bens constitucionalmente protegidos, então as permite¹⁵², sendo assim “responsável” pela conduta dos indivíduos, situação difícil de aceitar, considerando o Estado como pessoa jurídica de direito público.

A partir dessa premissa, considera as teorias da eficácia mediata e da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares um equívoco, pois a atividade dos particulares, ainda que desenvolvida no âmbito da autonomia privada juridicamente protegida, decorre de prévia autorização da ordem jurídica do Estado.

Na verdade o que pretendia Schwabe seria apresentar uma proposta diferenciada que procurasse equilibrar os valores conflitantes em jogo, em que os poderes públicos só deveriam intervir em casos de graves violações a direitos provocadas por particulares.

Assim, quando um particular viola direito fundamental, a culpa sobre tal ato será imputada ao Estado, seja porque não proibiu tal conduta lesiva, seja porque não impediu o ato, por sua atividade administrativa ou judicial, tornando-se responsável pelos atentados de todas as formas aos direitos fundamentais.

Daniel Sarmiento, com razão, corroborando crítica de Robert Alexy e Claus Canaris, refuta, com razão, tais idéias: aduz matiz totalitária desta tese, pois a autonomia privada, decorrendo de autorização estatal, é viés da liberdade, direito

¹⁵¹ Apud SARMENTO, 2006b, p. 220. Schwabe é citado rapidamente por ANDRADE, 2001, p. 245.

¹⁵² Apud UBILLOS, 1997, p. 287.

não criado pelo Estado, mas que o precede¹⁵³, não sendo correto imputar ao Estado toda e qualquer conduta humana, apenas porque ele não a impediu.

Nas palavras de Robert Alexy¹⁵⁴, seria como considerar que o Estado participa de toda ação humana não proibida, como um convite privado para jantar.

Como indica Sarmiento, seria até por uma questão de lógica, uma vez que não faria sentido atribuir ao Estado uma lesão de Direitos Fundamentais gerada pela conduta de um particular.

Ademais, seria um absurdo imaginar que o Estado tivesse culpa ou participação direta nas condutas lesivas dos particulares.

Outra posição destacada por Daniel Sarmiento como “teoria alternativa” ou de nuances próprias é a de Alexy – “modelo de três níveis de efeitos” – efeito mediato; deveres de proteção (ponderação); efeito imediato.

Alexy tentou conciliar três correntes aparentemente divergentes: A teoria da eficácia indireta e mediata com a imediata e a teoria dos deveres de proteção do Estado. Assim, para Alexy, as três teorias podem conduzir a resultados equivalentes, apesar da diferença entre as suas premissas jusfilosóficas.

O autor alemão, ao falar do “efeito em terceiros dos direitos fundamentais” indica que não se pode conceber um sistema jurídico como um sistema de normas, como também um sistema de posições e relações jurídicas.^{155 156}

¹⁵³ Crítica de Claus Canaris feita por SARMENTO, 2006b, p. 221.

¹⁵⁴ Apud SARMENTO, *ibid.*, p. 221.

¹⁵⁵ ALEXY, 2005, p. 506. Alexy também denomina como “efeito horizontal” a eficácia dos direitos fundamentais em face a particulares, denominação esta não adotada no presente trabalho.

¹⁵⁶ Em sua visão, tais situações jurídicas devem assim ser vistas não apenas entre Estado e o cidadão, como também entre cidadão e cidadão, a partir da análise do caráter objetivo dos direitos fundamentais, mais especificamente a partir da análise do caráter objetivo dos princípios e em relação a sua tese de irradiação. O autor trabalha com os princípios fundamentais a partir de uma tripla abstração: a do titular do direito, a do destinatário e de determinadas peculiaridades de seu objeto. Alexy tem como ponto de partida a afirmação que, em geral, é aceito que os direitos fundamentais influem nas relações entre sujeitos privados (cidadão/cidadão), sendo quanto o que se discutiria não seria como e em que medida seria exercida tal influência. Assim, indica que a questão de “como” seria um problema de construção; e a questão de “em que medida” seria um problema de colisão. Ambos resultariam da diferença fundamental entre a relação Estado (não titular de direitos fundamentais) e cidadão (titular dos mesmos), e a relação entre cidadão e cidadão, ambos titulares de direitos fundamentais. Desta forma, Alexy indica que haveria assim três teorias de construção: A do efeito mediato, a do efeito imediato e a do efeito produzido através de direitos frente ao Estado, onde tece um breve acerca das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais em face de terceiros p. 508-511.

Posiciona-se no sentido de que as três construções sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros (sujeitos de direitos fundamentais) são equivalentes em seus resultados, cada uma admitindo gradações em sua eficácia.¹⁵⁷

Porém, quando elabora o modelo dos três níveis de efeito, Alexy afirma que o fato das três construções serem equivalentes em seus resultados não significa que por isso desapareça a questão sobre sua correção, que deve ser pensada em cada caso.¹⁵⁸

Não obstante, diferenciam-se em grau de aplicação da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, decorrentes de uma ponderação de interesses. Assim, haveria os três níveis de efeito¹⁵⁹: o nível dos deveres do Estado, o nível dos direitos em face ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados.

A teoria do efeito mediato estaria situada no primeiro, no nível dos deveres do Estado, sendo que juízes e órgãos do Estado são obrigados a levar em consideração os direitos fundamentais, como valores objetivos estabelecidos no Direito Privado. Seria um dever do Estado reconhecê-la tanto na legislação civil quanto na jurisprudência.¹⁶⁰

No segundo nível, seria o dos direitos frente ao Estado para sua influência entre terceiros. Assim, quando o Judiciário, ao dirimir conflitos privados, não levar em conta seus direitos fundamentais, fatalmente viola um direito fundamental do cidadão oponível perante o Estado.¹⁶¹

No terceiro nível, relativo às relações entre particulares, incidiria a eficácia imediata. Seria a questão da interpretação e aplicação das normas de direito civil pelo juiz ou do administrador da justiça.¹⁶²

¹⁵⁷ ALEXY, *ibid.*, p. 514-515. Em última análise, seria uma questão de ponderação, que poderia conduzir a regras relativamente gerais, de acordo com os quais, em determinados campos do direito privado, determinados direitos fundamentais são desprezados total ou parcialmente, postos em segundo plano. O importante assim não seria a construção, mas a valoração.

¹⁵⁸ ALEXY, *ibid.*, p. 515.

¹⁵⁹ ALEXY, *ibid.*, p. 516.

¹⁶⁰ ALEXY, 2005, p. 516.

¹⁶¹ ALEXY, *ibid.*, p. 516.

¹⁶² ALEXY, *ibid.*, p. 516.

Por este último nível, haveria de se excluir primeiramente a possibilidade do direito fundamental ser oposto contra o Estado e ao mesmo tempo perante outro particular.¹⁶³

O importante é que, nas palavras de Daniel Sarmento, Alexy admite que a Constituição e os direitos fundamentais projetam efeitos diretos sobre as relações privadas.

Ainda mais, refuta o argumento de que a eficácia direta exterminaria a autonomia privada, ou tornaria supérfluo o Direito Privado, sendo sim uma questão de ponderação, pois a teoria da eficácia imediata não pretenderia tornar absoluta a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada.¹⁶⁴

Quanto ao Direito Privado, sua necessidade não é em nada diminuída, pois suas normas continuam necessárias e vinculantes na resolução de casos concretos (continuam sendo os principais instrumentos para a realização dos direitos no caso concreto, porém não os únicos, há normas acima).

Alexy, apesar de não se enquadrar como integrante da doutrina da eficácia imediata, apresenta-se como teoria alternativa. Daniel Sarmento¹⁶⁵ o enquadra como mais um representante da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares, embora de maneira peculiar.

2.2 POSICIONAMENTO

Os direitos fundamentais, por sua fundamentalidade ao ser humano, ou seja, pelo seu fundo humanitário, não pode ter condicionamento, dentro de um ordenamento garantista, pela plenitude dos direitos humanos, dando plenitude ao aforisma de que o direito deve servir ao homem, e não o homem ao direito.

¹⁶³ Nesse sentido, o autor afirma que não se pode simplesmente trocar os destinatários dos direitos fundamentais, uma vez que ambos são seus titulares. ALEXY, *ibid.*, p. 520.

¹⁶⁴ ALEXY, *ibid.*, p. 522, em relação a objeção de que todo efeito imediato em terceiros conduz a uma eliminação ou limitação da autonomia privada, afirma que a própria autonomia, não só sua limitação, é objeto de garantias jusfundamentais e, portanto, do efeito em terceiros.

¹⁶⁵ SARMENTO, 2006b, p. 224.

Voltando-se à questão do garantismo do ordenamento, como ocorre no ordenamento brasileiro, o pensamento da doutrina de Luigi Ferrajoli amolda-se perfeitamente. Não apenas em relação ao Direito penal, como é conhecido o ilustre autor criminal, como na teoria geral do Direito, incluindo-se o direito privado.¹⁶⁶

Esta função de “garantia” dentro do Estado Democrático de Direito é de tamanha importância dentro da complexidade da estrutura formal na Constituição, que no ordenamento de uma Constituição rígida é duplamente protegido por normas procedimentais e normas substanciais, estabelecendo como o dever ser da sociedade poderá tornar-se efetivo.

Garantia, na visão de Luigi Ferrajoli, nada mais é do que as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir o abismo estrutural entre a normatividade (o dever-ser) e a efetividade (o ser), e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional.¹⁶⁷

Assim, pondera o mencionado autor, que o sistema garantista (aqui aplicado não somente no âmbito penal, mas sim espreado em todo os ramos do Direito, considerando os bens constitucionalmente tutelados em sua integralidade), consubstancia-se em um sistema de legalidade que esta dupla finalidade confere um papel de garantia em relação ao Direito ilegítimo.

Desta forma, o sistema de um ordenamento jurídico garantista vincula-se normativamente aos princípios e aos valores substanciais insculpidos em sua Constituição, tais como o destaque aos valores éticos e ao fundamento maior da humanidade: a dignidade da pessoa humana¹⁶⁸.

Assim, ressalta-se, por oportuno, o pensamento do referido autor, que o paradigma do Estado Constitucional de Direito, ou seja, o modelo garantista ora exposto, não é outra coisa do que esta dupla sujeição do direito ao direito, que afeta ambas as dimensões de todo o fenômeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, a legitimação formal e a legitimação substancial¹⁶⁹.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos Y Garantias**: la lei del más débil. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 19.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, op. cit. p. 25.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, 2005, p. 19-20. Cabe gizar que o garantismo penal adquiriu repercussões maiores devido à doutrina eminentemente penalista de Ferrajoli, bem como os bens jurídicos tutelados serem os direitos mais fundamentais atingidos em seu mais alto grau, o que não obsta, em uma análise, por exemplo, no processo civil, que a liberdade de um indivíduo seja maculada, diminuindo sua plenitude: o que irá variar é o grau de vilipêndio a que estará relegada em caso de descumprimento do processo de base garantista.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, *ibid.*, p. 22.

O Direito privado não fugiria a esta regra. Estaria subordinado ao sujeito maior, que seriam os direitos e garantias fundamentais constantes da Carta Magna do Estado. Garantias e direitos estes que vinculariam ao Estado e a todos, como forma de efetividade de tais garantias.

Desta forma, considerando a pessoa humana como destinatária de todos os direitos fundamentais, o sistema garantista visa a assegurar, com veemência, a todos que seus direitos fundamentais sejam preservados, criando vínculos de substância, e não apenas de forma com a Constituição.

Desta forma, pode-se deduzir que, uma vez em não configurando realmente os ditames constitucionais como verdadeiros sistemas garantidores dos enunciados constitucionais, não haverá Direito propriamente dito. Isso porque Ferrajoli ressalta que um direito não garantido não é um verdadeiro Direito.¹⁷⁰

A garantia, desta forma, deve advir não apenas do Estado, como consubstanciar norma de conduta. O condicionamento da liberdade é necessário por questão da própria segurança jurídica, de forma a realizar o fim último do direito que é a harmonização social, e acima de tudo, garantir a dignidade de todos os seus integrantes.

A eficácia direta e imediata, assim, é vital a um Estado Democrático de Direito, bem como condição de asseguuração de seu *status* de Estado garantista, como propõe a Constituição Federal do Brasil de 1988.

Nas palavras de Daniel Sarmiento¹⁷¹, a teoria da eficácia imediata, além de necessária, não é incompatível com os efeitos decorrentes das demais teorias, mas apenas agrega a elas um relevo prático.

¹⁷⁰ FERRAJOLI, *ibid.*, p. 59.

¹⁷¹ SARMENTO, 2006b, p. 224

Ora, na teoria poderia parecer plausíveis todas as objeções¹⁷² a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em face de particulares. Porém, nos casos concretos, ou “casos difíceis” nas palavras de Dworkin, as teorias opositoras da eficácia direta seriam insuficientes para a concretização dos ideais de justiça e eficácia da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, as demais teorias poderiam servir como um plus, como uma forma de auxiliar a concreção dos direitos fundamentais, mas não a única, de forma a ter de se admitir que, principalmente em países de modernidade tardia como o Brasil, a inclinação favorável a esta teoria faz-se necessária.

Obviamente tal eficácia direta não pode imperar soberanamente, de modo a desequilibrar o princípio republicano da separação dos poderes, tampouco pôr a lei infraconstitucional em segundo plano.

A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais deve ser realizada com determinados critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

A teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais no Brasil, em face de sua premente necessidade, vem ganhando adeptos, inclusive no âmbito dos tribunais superiores, como se poderá observar no próximo capítulo.

¹⁷² SARMENTO, op. cit. p. 239-244. O autor citou as principais objeções feitas contra a teoria da eficácia imediata, as quais analisa serem todas improcedentes. A saber: a) a vinculação direta comprometeria em demasia a autonomia privada; b) ela é antidemocrática, pois confere poderes excessivos ao juiz; c) gera insegurança jurídica, pela aplicação de princípios vagos; d) pondo em risco a autonomia privada, estaria também arriscada a identidade do Direito Privado. Basicamente, as objeções se centram na questão da autonomia privada, tida como um dos pilares do Direito Privado, e a questão da segurança jurídica por conceder uma margem de interpretação maior ao julgador. Basicamente, o autor mencionado refuta tais críticas à teoria da eficácia direta e imediata afirmando que a questão da restrição da autonomia privada, como qualquer direito fundamental, como o da liberdade, é um problema de ponderação, considerando que não são direitos absolutos, principalmente porque “só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade”. Ademais, quanto à possível “antidemocracia”, Sarmiento aduz, em linhas gerais, que “o respeito aos direitos fundamentais, como demonstra a teoria do discurso, é um pressuposto material da própria democracia”. Óbvio, a possibilidade do debate, opinião e adequação ao caso concreto conforme parâmetros sociais consubstancia o princípio democrático, e não o aniquila. Em relação à perda da identidade e autonomia do direito privado, destaca o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, alegando que no Brasil esse fenômeno não é sequer uma escolha do intérprete, pois a Constituição dedicou-se a disciplinar em linhas gerais inúmeros institutos de direito privado, como a personalidade, a família e a propriedade.

CAPÍTULO III - A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES NO BRASIL

3.1 DA ACEITAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES NA DOUTRINA BRASILEIRA

Muito embora a teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares remonte à Alemanha da década de 1950, no Brasil a repercussão de tal teoria só pode ser cogitada com o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida como a “Constituição Cidadã”.

Isso porque, pela primeira vez no Brasil, sua Carta Magna introduziu a primazia dos direitos fundamentais, exaltando o seu postulado maior da dignidade da pessoa humana, logo após um momento de grandes atrocidades cometidos pela ditadura, como aconteceu logo após a queda da Alemanha Nazista.

A partir desse momento, portanto, iniciou-se uma forte intensificação sobre os estudos dos direitos fundamentais, surgindo os primeiros precursores da temática do acesso à Justiça e da realização dos Direitos e garantias constitucionais.

Logicamente, como alertado por Daniel Sarmento¹⁷³,

No ordenamento brasileiro, que tem em seu cimo uma Constituição fortemente voltada para o social, não é possível conceber tais direitos com os mesmos limites ao poder do Estado em favor da liberdade individual.

Desta forma, a Constituição e os direitos fundamentais que ela consagra não se dirigem apenas aos governantes, mas a todos que tem de conformar seu comportamento aos ditames da Carta magna.

Isso porque a Constituição de 1988 tem o propósito de efetivar seu postulado maior da dignidade da pessoa humana, como parâmetro de justiça, tendo por instrumento por excelência os valores inerentes aos direitos fundamentais.

Não obstante, somente nestes últimos anos que surgiram as primeiras linhas de autores preocupados, enfocando a questão da incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito privado.

E não haveria de ser diferente. Em uma fase do Direito contemporâneo em que se discuta o neopositivismo¹⁷⁴ mudanças paradigmáticas no Direito, e o tão

¹⁷³ SARMENTO, 2006, p. 235.

¹⁷⁴ Conforme Manuel Atienza, a situação atual do Direito perpassa pelas teorias críticas do Direito como o pós positivismo e o paradigma constitucionalista, em uma forte tendência de integração do Direito, da moral e da política. ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2004. p. 303-310.

debatido acesso à Justiça¹⁷⁵, não haveria de se manterem estanques os tradicionais dogmas do Estado Liberal de Direito.¹⁷⁶

Sem dúvida, uma das obras mais completas no Brasil em defesa do assunto é a do autor carioca Daniel Sarmento¹⁷⁷, específica do tema “Direitos Humanos e Relações Privadas”, corroborando as lições do doutrinador espanhol Juan María Bilbao Ubillos.

O autor defende a vinculação direta e imediata dos direitos fundamentais entre sujeitos privados, assim como autores do quilate de Ingo Wolfgang Sarlet; e Jane Gonçalves.¹⁷⁸

Gilmar Ferreira Mendes se posiciona parcialmente a favor em sua obra de direito constitucional. Não obstante, conforme se verá nas decisões adiante

¹⁷⁵ Em especial após a tradução da obra de Mauro Cappelletti “Acesso à Justiça” pela Ministra do Supremo Tribunal Federal ao ano da promulgação da Constituição Federal de 1988. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

¹⁷⁶ Muito especialmente no Brasil o tema se faz necessário. Como destacado por Sarmento, “Tragicamente somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do “elevador de serviço” para pobres e pretos; do “sabe quem está falando?”; dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos de classe média, reprodução contemporânea do espírito da casa grande-senzala”. SARMENTO, 2006b p. 238-239. No mesmo sentido, nas palavras de Roberto DaMatta, no Brasil vivemos em meio de uma aparição desagradável da formação de uma base hierárquica que viola completamente com o princípio da igualdade, lembrando exatamente “o lugar de cada um na sociedade”, ou cada um saber o “seu lugar”, formando um pacto silencioso de uma sociedade, dentro do “drama do “você sabe com quem está falando?” Somos punidos pela tentativa de fazer cumprir a lei ou pela nossa idéia de que vivemos num universo realmente igualitário. Pois a identidade que surge do conflito é que vai permitir hierarquizar”. DA MATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**. Rio de Janeiro, Zahar, 1981. p. 167.

¹⁷⁷ SARMENTO, op. cit.

¹⁷⁸ Daniel Sarmento vai mais além, cita as obras e trabalhos sobre o tema de Wilson Steinmetz, Vigilio Afonso da Silva Carlos Roberto Siqueira Castro e Thiago Sombra; citou ainda trabalhos incidentais, sobre o tema tratado indiretamente, ou como forma do fenômeno da “constitucionalização do direito privado”, como consubstanciado na obra de Gustavo Teppedino, Luiz Edson Fachin, ou como Marcos Augusto Maliska, que tratou de maneira não expressa quando dissertou sobre o direito à educação e a Constituição. SARMENTO, op.cit. p. 246-249. É interessante ressaltar que o tema despertou interesses acadêmicos e, com o passar dos anos, formaram temas análogos e relacionados com a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares em monografias, dissertações e artigos, tais como a dissertação de COSTA, Adriano Pessoa. Direitos Fundamentais Entre Particulares na Ordem Jurídica Constitucional Brasileira. Monografia de mestrado apresentada na Universidade Federal do Ceará, disponível no site www.georgemlima.xpg.com.br/horizontal.doc, o artigo de SANTOS, Carla Maia dos. **Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. 16 nov. 2008, dentre tantos outros trabalhos, dos menos aos mais profundos em termos de fundamentação doutrinária. O importante, nesse momento, é demonstrar que o interesse sobre o tema está se desenvolvendo paulatinamente no âmbito acadêmico.

colacionadas, deu boa colaboração no sentido de aceitar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.¹⁷⁹

Para Jane Reis Gonçalves Pereira entende que a eficácia “inter privados”¹⁸⁰ são limites intrínsecos da sua esfera de incidência no plano subjetivo como uma violação do dever do Estado de protegê-los e promovê-los.¹⁸¹ Em seu entendimento, assim, o tema seria um problema de interpretação constitucional dos direitos fundamentais.

A autora vê a tese da eficácia direta como postulação da incidência “erga omnes” dos direitos fundamentais, que assumem condição de direitos subjetivos em face de pessoas privadas que se encontrem em posições de poder.¹⁸²

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸³ especifica a dignidade humana como postulado dos direitos fundamentais, pelo qual teria como função limitar e vincular o Estado, a comunidade e os particulares como um todo, de forma que:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares¹⁸⁴

Para o autor gaúcho, a proteção da dignidade projetada para os demais direitos fundamentais da Constituição de 1988 inclui até mesmo a proteção da pessoa contra si mesma, de forma que o Estado encontra-se autorizado e obrigado a intervir em face dos atos de pessoas que, voluntária e involuntariamente, atentem contra a própria dignidade.¹⁸⁵

¹⁷⁹ MENDES, 2008.

¹⁸⁰ Terminologia utilizada pela autora em relação a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

¹⁸¹ PEREIRA, 2006, p. 434.

¹⁸² PEREIRA, *ibid.*, p. 466.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 107.

¹⁸⁴ SARLET, *ibid.*, p. 109-110.

¹⁸⁵ SARLET, 2001, p. 111-112. O autor reforça a *ratio* dessa dimensão intersubjetiva em um dever feral de respeito por parte de todos (e de cada um individualmente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e de certa forma um dever das pessoas para consigo mesmas. Eis o porquê dos projetos de lei que exigiam para a carreira de modelo exames médicos e conscientização

Processualistas inclinados para a plenitude do acesso à Justiça, quer enveredem pela vertente substancialista como Luiz Guilherme Marinoni, quer pela vertente de certo tom procedimental como Fredie Didier, adotam a teoria da eficácia imediata como forma de alcançar o pleno acesso à justiça, que não significa o mero acesso ao Poder Judiciário.¹⁸⁶

Luiz Guilherme Marinoni¹⁸⁷ pondera ser de grande importância a aceitação da incidência direta do direito fundamental sobre as relações privadas, independentemente da ação judicial.¹⁸⁸

Isso porque os direitos fundamentais não definem a forma, modo e intensidade com que um particular deve ser protegido em relação ao outro – há a necessidade de um juízo de ponderação – peso de importância.

Na lição do processualista, a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre os particulares “facilita de forma extraordinária a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra de dar efetividade aos direitos fundamentais”¹⁸⁹.

Atento para a importância do tema, o também processualista Fredie Didier¹⁹⁰ trabalha, no âmbito processual civil, o devido processo legal aplicado no âmbito das relações privadas, reconhecendo a aplicabilidade de quaisquer direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas.

Didier, aliás, utilizando-se de um termo de caráter procedimentalista, afirma que devido processo legal, pela palavra “processo” deve-se entender seu sentido

dos riscos de transtornos alimentares, com o escopo maior de evitar a agressão ao próprio corpo somente pelo objetivo de seguir a carreira de modelo. Nesse sentido, artigo encontrado no site de psicologia de São Paulo: <http://www.redepsi.com.br/portal/modules/news/article.php?storyid=3408>.

¹⁸⁶ Aliás é extremamente salutar destacar que, tais autores, juntamente com outros como Pedro Lenza e Gilmar Ferreira Mendes, embora não firmem sua posição de maneira peremptória, contribuem em seus manuais acadêmicos para a implantação de um pensamento no direito mais humanizado desde as raízes acadêmicas nas Faculdades de Direito do Brasil. MENDES, 2008, e LENZA, Pedro. **Curso de direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. V I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82

¹⁸⁸ Aliás, essa é a pedra de toque da questão dos direitos fundamentais: sua efetividade. Ainda mais em uma época que se fale do grande tema do acesso à justiça, que vai muito além do que o simples acesso ao judiciário.

¹⁸⁹ MARINONI, 2007, p. 82. Marinoni trabalha a amplitude dos direitos fundamentais em sua multifuncionalidade, em sua dupla dimensão, objetiva e subjetiva.

¹⁹⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. ed. Salvador: Podivum. 2007. V.1,p. 27-30.

amplo, como qualquer produção de normas jurídicas: Jurisdicional, administrativo, legislativo ou negocial (abrangidas as fases pré-contratuais e pós-contratuais).

Com respeito ao pensamento do autor baiano, há relações intersubjetivas privadas em que, muito embora não haja negócio jurídico propriamente dito, deverá incidir, em substância, os direitos fundamentais, de forma que tanto o Estado como toda a sociedade possam ser sujeitos passivos desses direitos.

A menção do processualista, muito embora válida em sentido do reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares, ainda foi por demais genérica.

Logicamente, o reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais entre particulares por um processualista de tal quilate no cenário brasileiro é de grande valia e de grande avanço no cenário da doutrina brasileira.

3.2 DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A jurisprudência brasileira, em seu estágio atual de desenvolvimento, inclina-se fortemente no sentido de corroborar a melhor doutrina, aceitando a eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares.

Não faz de maneira expressa, mas sim implícita, quando da aplicação dos direitos fundamentais como forma de conformar a lei privada com a Constituição.

Assim, far-se-á breve análise da jurisprudência no Brasil, tanto nos Tribunais Estaduais quanto nos Tribunais Superiores, de forma a exemplificar como esta aplicação está sendo realizada.

3.2.1 Tribunais de Justiça Estaduais

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vanguardista em relação à aplicação das teorias dos direitos fundamentais, já proferiu decisões

aplicando diretamente direitos fundamentais em relações de âmbito estritamente privado, não obstante não tenha feito alusão à grande polêmica trazida à baila pelo tema.

Assim decidiu o TJERGS, em 8.5.1996¹⁹¹, pela aplicação do princípio da ampla defesa e contraditório nas relações entre particulares, e não incidente exclusivamente contra o processo judicial e administrativo:

Ações consignatórias, cautelar e anulatória. Exclusão de sócio de clube de regatas. É de prosperar ação consignatória de mensalidades proposta por associado, se o clube acionado não impugna tais mensalidades ofertadas nem seus valores, limitando-se a sustentar o descabimento da ação, com base em assembléia geral que excluiu o sócio, mas que foi considerada nula. Mostra-se nula e ineficaz em relação ao associado, assembléia geral ordinária que decide excluí-lo dos quadros sociais, porém afrontando os estatutos do clube e os mais primários princípios jurídicos do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa. Se a sua exclusão patrimonial do sócio foi considerada nula e ineficaz, não pode o clube impedi-lo de fazer uso pleno do Box para barco, incluindo serviço de guincho. Sentença modificada. (APC nº 1960033252, Terceira Câmara Cível)

Daniel Sarmento¹⁹² cita que o mesmo Tribunal gaúcho, em acórdão proferido em sua 5ª Câmara Cível, na apelação Cível nº 596142562, relatado pelo Desembargador Araken de Assis, ilustra a tendência a que se inclina o Tribunal daquele Estado. O órgão julgador, de forma a aplicar uma ponderação judicial entre interesses constitucionais conflitantes, prescindindo da aplicação das regras contidas diretamente no Direito Civil, no grande tema da liberdade de expressão:

CIVIL. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. CONFRONTO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRÍTICA E DIREITO À TUTELA DA IMAGEM E DA HONRA. DISTINÇÃO ENTRE ATIVIDADE PÚBLICA E PRIVADA DA PESSOA. POSIÇÃO DE PREPONDERÂNCIA DA LIBERDADE DE CRÍTICA, NO CAMPO DAS ATIVIDADES PÚBLICAS, NO CONFRONTO COM A IMAGEM.

A honra e a imagem integram os direitos da personalidade, tutelados na Constituição (art. 5º, V e X), bem como a liberdade de expressão e de crítica (art. 5º, IV). No eventual confronto entre tais valores, há de se distinguir, nas atividades da pessoa, a esfera pública da esfera privada. Quando alguém exerce atividade pública saindo da vida privada, se torna passível de crítica, agasalhada pela preponderância da liberdade de expressão. Caso em que o médico, investido nas funções de administrador de hospital, mereceu críticas do administrador anterior, defendendo outras diretrizes administrativas.

¹⁹¹ Julgado citado por DIDIER JR., 2007, p. 30.

¹⁹² SARMENTO, 2006b, p. 255

Em relação aos direitos de família, a garantia da dignidade e do conteúdo assecuratório constante do art. 227 da Constituição Federal, o pensamento acerca da incidência dos direitos fundamentais entre particulares inicia uma abertura em relação a situação dos homoafetivos; em contraposição ao que se observa nos ditames da lei privada nacional:

“ADOÇÃO DE ADOLESCENTE COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER
 – O pedido inicial deve ser acolhido porque o Suplicante demonstrou reunir condições para o pleno exercício do encargo pleiteado, atestado esse fato, pela emissão de Declaração de Idoneidade para a Adoção com parecer favorável do Ministério Público contra o qual não se insurgiu no prazo legal devido, fundando-se em motivos legítimos, de acordo com o Estudo Social e parecer psicológico, e apresenta reais vantagens para o Adotando, que vivia há 12 anos em estado de abandono familiar em instituição coletiva e hoje tem a possibilidade de conviver em ambiente familiar, estuda em conceituado colégio de ensino religioso e frequenta um psicanalista para que possa se adequar à nova realidade e poder exercer o direito do convívio familiar que a CF assegura no art. 227. **JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO NA INICAL.** 1ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO RIO DE JANEIRO – PROCESSO Nº 97/1/03710-8/ JUIZ SIRO DARLAN DE OLIVEIRA. Julgado em 20 de agosto de 1998.”

Esta quebra no paradigma tradicionalista do modelo de família dá-se justamente pela análise da incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado. É sinal de novos olhares dentro do âmbito do Direito Privado sendo aplicado paulatinamente pelos juízes brasileiros.

No ano de 2005, o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul considerou válida a União Homoafetiva¹⁹³ com base nos postulados da dignidade da pessoa humana e no princípio constitucional da igualdade:¹⁹⁴

¹⁹³ Hoje o assunto é extremamente corrente, principalmente pela grande lacuna na legislação a respeito de relações homoafetivas. Em abril de 2009 foi noticiado na mídia o nascimento dos gêmeos de um casal de lésbicas frutos da união do óvulo de uma fecundados no útero da outra, vindo o sêmen de um banco de sêmen. Anunciaram ambas a disputa dos bebês na Justiça para conferir a dupla maternidade às crianças, problema este que fatalmente esbarra na questão dos direitos fundamentais nas relações privadas. Matéria presente no artigo LIMA Estou grávida de minha namorada. Disponível <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI64032-15228,00-ESTOU+GRAVIDA+DA+MINHA+NAMORADA.html>.

¹⁹⁴ Mais recentemente, no ano de 2008, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito à configuração de União Estável entre homossexuais, para fins de partilha, efeitos sucessórios, dentre outros direitos, com base nessa mudança de pensamento acerca do Direito Privado, em outro olhar a partir dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal. Notícia recolhida do site <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/103794/stj-reconhece-possibilidade-juridica-de-discutir-acao-sobre-uniao-homoafetiva>.

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.¹⁹⁵

Em julgado datado de 7.11.2000¹⁹⁶, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou, em questão semelhante, em relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais de particulares em juízo de ponderação, pondo em foco o direito fundamental do devido processo legal entre sujeitos privados:

Ação ordinária apensada à cautelar. Suspensão imposta a associado. Nulidade. Ação distribuída dentro do prazo. Considera-se proposta a ação com a distribuição ou sendo a petição inicial despachada pelo Juiz, conforme art. 263, do CPC. Assim, despachada a inicial dentro do prazo, com a determinação para distribuição por dependência, não importa a data do carimbo do PROGER. Nulidade da decisão da diretoria do clube que impõe pena de suspensão ao associado sem que lhe seja assegurada defesa. O devido processo legal há de ser observado na imposição de pena administrativa, sob pena de nulidade. Recurso improvido. (APC nº1998.001.08148, Nona Câmara Cível, TJRJ)

No acórdão, o Tribunal ressaltou não estar discutindo a conduta do associado, mas sim o fato de ter sido punido sem o devido processo legal com a garantia de sua ampla defesa e contraditório.¹⁹⁷

3.2.2 Dos Tribunais Superiores

3.2.2.1 Da análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

¹⁹⁵ Julgado encontrado no site <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=162>.

¹⁹⁶ Julgado citado por DIDIER JR, 2007, p. 30.

¹⁹⁷ O inteiro teor do acórdão se encontra no site

<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003E4470ECAB8DDE5157388C1D1B314F6C1002EC30B1D54>.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal há julgados de referência que servem como *indícios* a aceitação brasileira da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, muito embora não se tratasse com a expressa denominação as questões abordadas.

Como poderá ser observado, a partir da década de 1990, tão logo a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal iniciou sua atividade judicante aplicando precipuamente os direitos fundamentais constantes no diploma magno.

Em novembro de 1994 o Supremo Tribunal Federal, no HC 71.373-4¹⁹⁸, anulou decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que obrigava o réu a se submeter a exame de paternidade, sob pena de sua condução “debaixo de vara”. O réu alegou o seu direito a integridade física, envolvendo a questão de sua dignidade e impossibilidade de utilização da força para sua obrigação de fazer.

O Supremo Tribunal Federal concedeu o Habeas Corpus com a seguinte ementa:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF - HC 71.373/RS - Rel. p. Ac. Min. Marco Aurélio - DJ 10.11.1994).

Em suas razões, o Ministro Relator Sepulveda Pertence invoca as garantias constitucionais da preservação da intimidade e da preservação da intangibilidade do corpo humano. Não obstante, deixou de aduzir os argumentos do interesse da

¹⁹⁸ Julgado mencionado no artigo de MARTINS, Marcus Vinicius Silva. **Recusa a submissão a exame de DNA em processo de investigação de paternidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3987>>. Acesso em:

criança, e dentre os direitos fundamentais constantes da Constituição, em relação aos direitos da personalidade, o “direito ao conhecimento da origem genética”.¹⁹⁹

O debate acerca de tais princípios, ao final, foi vencedor pela preservação da pessoa do réu paciente do Habeas Corpus. Note-se que não foi a mera aplicação dos direitos fundamentais ao arbítrio dos julgadores, mas sim uma discussão e um debate acerca da ponderação de valores, em prol de uma solução mais atinente aos ideais da Constituição Federal.

Em 1996, pela 2ª Turma, no RE 158215-4/RS²⁰⁰, acolheu a pretensão dos associados excluídos de determinada cooperativa sem a possibilidade de exercerem seu direito de defesa:

COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa.

Nesse caso, a discussão da aplicabilidade das garantias constitucionais às relações privadas não é mencionada de maneira expressa, não obstante acolhida a pretensão dos associados excluídos, de forma a lhes assegurar o pleno exercício do seu direito constitucional de defesa.

Ainda em 1996, a também 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal apreciou novo caso de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas no RE 161.243-6/DF²⁰¹, entendendo a situação posta sob exame a discriminação salarial de empregado brasileiro em relação ao francês na empresa “Air France”, mesmo realizando atividades idênticas. Desta forma, declarou a incidência do direito fundamental à isonomia entre os particulares. Assim vejamos:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DA PESSOA DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, §1º, CF 1988, art. 5º, caput.

¹⁹⁹ O inteiro teor do Acórdão encontra-se no site http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS/STF/IT/HC_76060_SC%20_31.03.1998.pdf

²⁰⁰ Julgado citado por SARMENTO, 2006b, p. 251. A referência também é realizada por LENZA, 2009, p. 676; Também por PEREIRA, 2006, p. 484.

²⁰¹ Recurso Extradordinário citado por LENZA, 2009, p. 676.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (CF, 1967, art. 153, §1º, CF, 1988, art. 5º, caput).

II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RJT 119/465.

O recurso foi provido, entendendo pela violação do princípio da igualdade em face da discriminação injustificada, nas palavras mencionadas por Jane Pereira, “na medida em que os funcionários franceses não exerciam tarefas típicas, em relação aos brasileiros”.²⁰²

No ano de 1999, novamente a 2ª Turma enfrentou no Recurso Especial nº 175.161-4²⁰³ questão a ser solucionada por meio da aplicação de direitos fundamentais sobre a esfera privada, quando analisou o caso do contrato de consórcio que preveja a devolução de valores já pagos em caso de desistência como violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, relacionados ao devido processo legal substantivo:

COMPETÊNCIA - JUIZADOS ESPECIAIS - COMPLEXIDADE DA CAUSA.

Esforços devem ser desenvolvidos de modo a ampliar-se a vitoriosa experiência brasileira retratada nos juizados especiais. A complexidade suficiente a excluir a atuação de tais órgãos há de ser perquirida com parcimônia, levando-se em conta a definição constante de norma estritamente legal. Tal aspecto inexistente, quando se discute a subsistência de cláusula de contrato de adesão, sob o ângulo de ato jurídico perfeito e acabado, no que prevista a devolução de valores pagos por consorciado desistente e substituído, de forma nominal, ou seja, sem correção monetária. CONSÓRCIO - DESISTÊNCIA - DEVOLUÇÃO DE VALORES - CORREÇÃO MONETÁRIA. *Mostra-se consentâneo com o arcabouço normativo constitucional, ante os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, decisão no sentido de, ao término do grupo, do fechamento respectivo, o consorciado desistente substituído vir a receber as cotas satisfeitas devidamente corrigidas. Descabe evocar cláusula do contrato de adesão firmado consoante a qual a devolução far-se-á pelo valor nominal. Precedente: Verbete nº 35 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição em virtude de retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio". (Grifo nosso)²⁰⁴*

²⁰² PEREIRA, 2006, p. 485.

²⁰³ Recurso Extraordinário citado por LENZA, op. cit., p. 676; e também por PEREIRA, op. cit., p. 485.

²⁰⁴ Inteiro teor da decisão no site: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/739958/recurso-extraordinario-re-175161-sp-stf>

Vale a explicitação de que ainda há quem posicione o princípio da proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo²⁰⁵, como condição formal ou estrutural de conhecimento concreto de adequação e necessidade. Certo é que este princípio é dispensado tratamento de princípio constitucional sob os auspícios do Supremo Tribunal Federal.

Já em 2001²⁰⁶, o Pretório Excelso decidiu, no bojo do Recurso Extraordinário nº 251.445-GO, que a proibição da prova ilícita também alcança o processo penal. Ou seja, provas resultantes de ato ilícito perpetradas pelo particular, pela qual o Estado não tenha tido participação, não serão aceitas²⁰⁷. Assim foi posta sua ementa:

EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).²⁰⁸

Nesse sentido, foi entendido pela decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello que a garantia fundamental da proibição da prova ilícita também alcança as provas resultantes de ato ilícito perpetrado por particular, no qual o Estado não tenha qualquer participação.

Em outra situação, dada a veiculação divulgada pela imprensa, conhecido ficou o caso do escritor gaúcho Siegfried Ellwanger Castan, fundador da Editora Revisão, que, preso pelo crime de racismo, assentado na Lei 7.716/89, por veicular livros de conteúdo anti-semita, intentou *habeas corpus* perante a Suprema Corte brasileira.

²⁰⁵ Nesse sentido, GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 183-185.

²⁰⁶ Decisão citada por SARMENTO, 2006b, p. 251. Constante do Informativo STF nº 197.

²⁰⁷ Lembre-se que há repercussões do processo criminal no âmbito Cível, como nas ações de reparação a violações dos bens mais valiosos do ser humano. Daí se dizer que a ponderação de princípios se aplica a Teoria Geral do Direito como um todo, buscando-se especificamente aqui, frisar-se o âmbito do Direito Privado, a solução de bens entre sujeitos privados.

²⁰⁸ Decisão encontrada no site:

<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo197.htm>

Muito embora não atinja diretamente o tema da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, o caso é emblemático para exemplificar o modo de sopesamento de direitos como a honra e liberdade, seja ela de expressão, de opinião ou de imprensa, seja colocada em questão como limite à autonomia privada dos indivíduos, que não poderão exercê-la ao seu bel prazer.

O caso foi julgado no ano de 2003, no HC 82424/RS tendo por relator o Ministro Moreira Alves, em grande embate principiológico em relação aos direitos do réu, bem como à limitação de sua liberdade. Assim segue o julgado:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, 'negrofobia', 'islamofobia' e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e

sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. 'Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento'. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.²⁰⁹

Como dito por Celso Lafer²¹⁰, embora extremamente polêmico, o caso Ellwanger é um marco na jurisprudência dos direitos humanos.

Ainda que a Lei nº 7.716/89, que trata da criminalização do racismo já possua desde logo as diretrizes estabelecidas pelo legislador, o apego ao formalismo

²⁰⁹ Julgado debatido em seminário na disciplina "Direitos Fundamentais" ministrada no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. O inteiro teor, atualmente encontra no site <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corporus-hc-82424-rs-stf>.

²¹⁰ LAFER, Celso. **O STF e o racismo**: o caso Ellwanger. Disponível em <http://www.verdestrigos.org/sitenovo/site/cronica_ver.asp?id=271>. Acesso em: dia mês ano.

acabou ensejando o debate apenas para o afastamento de quaisquer dúvidas porventura suscitadas. Seria como utilizar a argumentação como forma de demonstrar a *ratio* predefinida na lei.

Mesmo que não fosse considerado o âmbito criminal, o ilícito estaria perfeitamente configurado. Com efeito, o objetivo dos direitos fundamentais é justamente garantir a sua eficácia em face de terceiros.

De toda sorte, ainda que predefinida em lei, o caso é emblemático e interessante no sentido de verificar uma hipótese bem firmada de incidência de um direito fundamental sobre a conduta de um particular.

Prosseguindo-se com a análise de casos, fala-se na primeira e última vez em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu direta e expressamente, por votação histórica, em maioria, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e em suas teorias.

A discussão ocorreu quando mais uma vez foi posta à baila a questão dos direitos fundamentais em relação ao caso da exclusão de sócio em determinada associação privada de compositores, no ano de 2005.

Assim, julgando caso em que a União Brasileira de Compositores (UBC) do Rio de Janeiro havia excluído de seu quadro determinado associado, sem assegurar as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal, o Pretório Excelso aplicou expressamente os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, anulando o ato:

RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 11/10/2005 **Órgão Julgador: Segunda Turma**

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais

assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. **II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.** A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. **III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.** As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). **IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (sic)²¹¹²¹²**

²¹¹ Julgado pesquisado em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>

²¹² Interessante ressaltar que, conforme nota do Informativo nº 405 do STF, consta do voto de tal julgado A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição - v. Informativos 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de

Tal decisão, também citada por Fredie Didier²¹³ como um marco histórico, não por ter sido a primeira decisão a versar sobre o assunto, pois não foi, mas porque foi a primeira vez em que o STF dispôs-se a examinar a discussão sobre o tema, trazendo à baila a discussão das diversas teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

Não obstante, é forçoso comentar, o Tribunal Superior não tenha firmado entendimento preciso e claro em relação à questão, e ainda, não tenha sido o entendimento reiterado em outros julgados, isso porque o ponto nodal é justamente a questão da jurisprudência.

Em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal perdeu oportunidade de reacender o debate ao negar a prisão do depositário infiel, revogando sua súmula 619.²¹⁴ O julgado está descrito no Informativo de nº 531 nos seguintes termos:

Prisão Civil e Depositário Infiel - 3

Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;*”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento.

A questão seria reestabelecida se, além de alegar a aplicação do Pacto de San Jose de La Costa Rica, fundamentasse a necessidade da incidência e respeito

entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa. RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005. (RE-201819), Conforme se pode observar no site <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>

²¹³ DIDIER JR., 2007, p. 30.

²¹⁴ Informativo 531 do STF.

aos direitos fundamentais entre particulares, ocasião pela qual um indivíduo não poderá sujeitar outro ao cerceamento de sua liberdade unicamente por interesses meramente particulares como a hipótese de uma dívida como mera forma de satisfação de seu crédito.

Não se adentra na questão do inadimplente de obrigação de alimentos, assunto mais polêmico em face do interesse do alimentado, que poderia dar ensejo a caracterizar ou não interesse de caráter público.

Não obstante, a questão seria de fato um bom campo para a discussão, não apenas pela incidência do Pacto Internacional assinado pelo Brasil, como também pela necessidade de revisitar o tema e firmar as bases da incidência dos direitos fundamentais entre particulares.

Isso porque visível é a colisão de direitos fundamentais dos sujeitos privados envolvidos. A prisão, assim por dizer, é desproporcional, de caráter coercitivo, contemplando o patrimônio em vez da personalidade e da liberdade do indivíduo.

3.2.2.2 Da análise do Superior Tribunal de Justiça

São raros os julgados encontrados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado e seus sujeitos, mesmo em face do fato de as questões constitucionais serem de competência eminentemente do Supremo Tribunal Federal.²¹⁵

Ainda assim, encontram-se exemplos citados na doutrina em relação a este assunto neste Tribunal Superior.

Em julgado do dia 1º de dezembro de 1999, no Resp 235.678/SP²¹⁶, julgado pela 4ª turma do STJ, em que se discutia a aplicação da Convenção de Varsóvia para a fixação de dano moral, como se pode observar a seguir:

²¹⁵ Não obstante tal fato, para a autora Jane Reis Gonçalves Pereira, no Superior Tribunal de Justiça a questão tem sido abordada de forma bem mais explícita. PEREIRA, 2006, p. 485.

²¹⁶ Julgado citado por PEREIRA, ibidi, p. 485-486.

Ementa

TRANSPORTE AÉREO. Atraso. Viagem internacional. Convenção de Varsóvia. Dano moral. Código de Defesa do Consumidor. O dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC. Demais questões não conhecidas. Recurso dos autores conhecido em parte, e, nessa parte, parcialmente provido. Recurso da ré não conhecido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso de Tower Air Incorporation e conhecer em parte do recurso de José Roberto Pernomian Rodrigues e outros e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, BARROS MONTEIRO e CESAR ASFOR ROCHA. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR,

Resumo Estruturado

APLICAÇÃO, CDC, FIXAÇÃO, INDENIZAÇÃO, DANO MORAL, AFASTAMENTO, CONVENÇÃO DE VARSOVIA, HIPOTESE, ATRASO, VOO INTERNACIONAL, EXTRAVIO, DEMORA, DEVOLUÇÃO, BAGAGEM, NULIDADE, CLAUSULA, RESTRIÇÃO, DIREITO, PASSAGEIRO, CULPA PRESUMIDA, TRANSPORTADOR, NECESSIDADE, DECLARAÇÃO, VALOR, BAGAGEM, OBJETIVO, FIXAÇÃO, LIMITE, RESPONSABILIDADE, EMPRESA, TRANSPORTE AEREO.²¹⁷

O Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar decidiu pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, afirmando que o princípio da igualdade serve de parâmetro interpretativo dos dispositivos legais, incluindo cláusulas que estabeleçam nítida desigualdade entre as partes, criando situações de verdadeira exoneração da responsabilidade em favor do transportador.²¹⁸

A aplicabilidade direta do direito fundamental de igualdade como parâmetro de interpretação no caso mencionado demonstra uma aplicabilidade incidental dos direitos fundamentais em relação a legislação consumeirista como se pode observar.

Além da proteção ao consumidor prevista na Constituição, que culminou no microsistema de defesa do consumidor, a turma julgadora do Recurso Especial decidiu por aplicar como vetor de interpretação o princípio insculpido no direito fundamental.

²¹⁷ O inteiro teor do Acórdão pode ser observado no site: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375718/recurso-especial-resp-235678-sp-1999-0096670-8-stj>.

²¹⁸ Nesse sentido, PEREIRA, 2006, p. 485-486.

Isso porque a parte vulnerável, ou seja, o consumidor, deverá ser protegida do desequilíbrio que tem em relação ao fornecedor. Se os instrumentos legais forem insuficientes ou conflitantes, utiliza-se de tais parâmetros de interpretação e julgamento para a configuração da justiça.

Em junho de 2000, mais uma vez a 4ª Turma do STJ proferiu decisão em HC nº 12.547-DF²¹⁹, debatendo especificamente a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

A questão tratava de prisão civil em contrato de alienação fiduciária em razão de aumento absurdo do valor contratado, violando o princípio da dignidade da pessoa humana, em face da possibilidade da imposição de prisão do devedor em face do inadimplemento do contrato. Isto considerando os juros e a inflação à época. Assim visto na ementa *in verbis*:

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

Em julgado publicado em 2001, nos autos do Resp 249.321²²⁰, mais uma vez o STJ voltou a tratar da incidência da dignidade da pessoa humana e da igualdade dentro da incidência do direito do consumidor, quando da análise de cláusula de indenização tarifada em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo:

Ementa

RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo doméstico. Extravio de mercadoria. A indenização deve ser calculada pela legislação comum. Primeiro recurso conhecido e provido, e não conhecido o segundo.
CABIMENTO, EMPRESA, TRANSPORTE AÉREO, INDENIZAÇÃO, INTEGRALIDADE, PASSAGEIRO, DANO MATERIAL, HIPÓTESE, EXTRAVIO, DANO, OBRA ARTÍSTICA, APLICAÇÃO, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, OBSERVÂNCIA, RELAÇÃO DE CONSUMO, AFASTAMENTO, CLÁUSULA ABUSIVA, CONVENÇÃO INTERNACIONAL,

²¹⁹ Julgado citado por SARMENTO, 2006b, p. 253-254 e por LENZA, 2009, p. 677.

²²⁰ Julgado citado por LENZA, 2009, p. 677.

PREVISÃO, LIMITE, RESPONSABILIDADE TARIFADA,
 IMPOSSIBILIDADE, PRIVILÉGIO, TRANSPORTADOR,
 CARACTERIZAÇÃO, VIOLAÇÃO, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL,
 IGUALDADE.

Em 2004, o Superior Tribunal de Justiça mais uma vez enfrentou questão envolvendo o princípio básico da dignidade da pessoa humana, mais especificadamente em relação ao direito fundamental à moradia, no REsp 450.989/RJ.

No caso, deu-se uma interpretação ao art. 1º da Lei nº 8.009/90, Lei da impenhorabilidade do bem de família, consoante a interpretação a partir da constituição, estendendo o conceito de bem de família para uma pessoa apenas, que seja solteira e more sozinha, possuindo direito a impenhorabilidade de seu imóvel.

O fundamento da lei, assim, sua *ratio*, seria a proteção da dignidade da pessoa humana em seu direito à moradia, e não à família em si. Assim, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão do Tribunal carioca, que considerava o dispositivo restritivamente, como assim se pode observar:

"PROCESSUAL -EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE -IMÓVEL - RESIDÊNCIA -DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO -LEI 8.009/90. - A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. - É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário."(REsp 182.223-SP, Corte Especial, DJ de 07/04/2003).

IMPENHORABILIDADE, IMÓVEL RESIDENCIAL, DEVEDOR, PESSOA SOLTEIRA, APLICAÇÃO, INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA, ARTIGO, LEI FEDERAL, 1990, NECESSIDADE, GARANTIA, DIREITO FUNDAMENTAL, DIREITO A MORADIA, AFASTAMENTO, INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.²²¹

Recentemente, em março de 2007, o Superior Tribunal de Justiça analisou o sopesamento dos princípios da liberdade e os direitos da personalidade, pelos quais

²²¹ O Acórdão pode ser lido, na íntegra, no site http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS/STJ/IT/RESP_450989_RJ_13.04.2004.pdf

ensejaram indenização por danos morais, no bojo do Recurso Especial nº 818.764/ES, assim trazido à baila:

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - DIREITO DE INFORMAÇÃO - ANIMUS NARRANDI - DIREITO À HONRA - DISCUSSÃO VEDADA NESTA SEARA - REEXAME DE PROVA - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO STJ - VALOR QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DO RAZOÁVEL - INEXISTÊNCIA - MANUTENÇÃO DO MONTANTE FIXADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

2. No que pertine à responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa, o Tribunal a quo, ao apreciar as circunstâncias fático-probatórias, entendeu pela caracterização do dano moral, assentando que o recorrente abusou do direito de transmitir informações através da imprensa. Maiores digressões sobre o tema implicariam o reexame da matéria probatória, medida absolutamente vedada na via estreita do recurso especial, a teor da Súmula 07 desta Corte. Precedentes.

3. No que se refere à reparação por danos morais, tem-se que o valor arbitrado judicialmente não escapa ao controle do STJ, conforme remansosa jurisprudência desta Corte. Precedentes.

4. A lesão a direitos de natureza moral merece ser rechaçada mediante a fixação de indenização que repare efetivamente o dano sofrido, notadamente quando se trate de autoridade pública ocupante de cargo relevante na estrutura do Poder Judiciário Estadual, de modo que o patamar mantido pelo Tribunal a quo merece ser prestigiado. Precedentes.

5. Recurso especial não conhecido

3.2.2.3 Dos Tribunais Laborais e do Tribunal Superior do Trabalho

Como aludido por Bilbao Ubillos, boa parte da incidência dos direitos fundamentais entre particulares nasce em discussões dentro dos Tribunais Laborais.

Dois pontos recorrentes nos tribunais trabalhistas são em relação às revistas íntimas dos empregados, bem como em relação a análise dos emails relacionados ao trabalho.

Em relação a relações laborais que indicam colisões de direitos fundamentais dos particulares envolvidos, empregado e empregador, a questão da revista íntima,

caracterizadora da violação do direito fundamental à intimidade, honra e dignidade versus a proteção do patrimônio vem sendo enfrentada pelos Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país, como se pode observar:

O Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região lavrou Acórdão com a seguinte ementa em 16 de maio de 2006, em sede de Recurso Ordinário nº 1624/2005-001-24-00-2, tendo por relator o Juiz André Luis Moraes de Oliveira²²²:

DANO MORAL – REVISTA ÍNTIMA – DIREITO À INTIMIDADE X DIREITO DE PROPRIEDADE – COLISÃO ENTRE DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS – TEORIA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES – Em razão do princípio específico da unidade da constituição, na hipótese de colisão entre direitos constitucionalmente tutelados, o método a ser utilizado é aferir entre os interesses contrapostos aquele que possui, no caso concreto, maior preeminência e menor restrição na ordem jurídica constitucional, limitando-se um direito fundamental para salvaguardar outro. No caso em apreço, o poder de fiscalização da propriedade do empregador é limitado à garantia de preservação da honra e da intimidade da pessoa física do trabalhador, que encontra no princípio da dignidade da pessoa humana sua maior expressão. (TRT 24ª R. – RO 1624/2005-001-24-00-2 – Rel. Juiz André Luís Moraes de Oliveira – DOMS 20.06.2006).

No tocante à revista íntima, o Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região tem os seguintes precedentes:

REVISTA ÍNTIMA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. Nenhuma razão justifica que o empregador, utilizando-se do seu poder de comando, e valendo-se do estado de sujeição econômica em que se encontra o empregado, submetendo-o a práticas vexatórias e humilhantes. Nesse sentido, a ocorrência de revista íntima em empregados do sexo masculino, embora não vedada pelas normas da Consolidação Trabalhista, é passível de indenização por dano moral, com fundamento no art. 5º, X, da CF/88, c/c art.927 do NCC, cujo valor, além de oferecer à vítima uma satisfação pelo dano sofrido, deve também ser de tal monta que desestimule a sua reincidência pelo agente do ato ilícito. Nesse segundo aspecto, adquire um caráter educativo, repressivo, o qual, para ser alcançado, há que se considerar, na fixação do *quantum*, as condições econômicas do violador da ordem jurídica. (ACÓRDÃO TRT / 4ª T./RO 00948-2004-011-08-00-7)²²³

INCOMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO PATRIMONIAL E MORAL. O STF já decidiu que a Justiça Comum é competente para julgar ações sobre indenização por acidente do trabalho, a despeito da redação do inciso VI do art. 114 da CF/88, com a modificação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A Suprema Corte atribuiu a competência à Justiça Comum Estadual, que dispõe da Vara de Acidentes de Trabalho, especializada para

²²² Ementa retirada do site: <http://www.trt24.gov.br/arq/download/editalAcordaos/ED180-2006.pdf>

²²³ Disponível em http://www.trt8.jus.br/frset_juris_acordaos2002.htm

julgar as questões acidentárias, e à Justiça Federal Comum, conforme reza o art. 109, I, dispositivo que não foi modificado pela EC 45/2004, a fim de evitar contradição de julgados e competência concorrente. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. REVISTA HUMILHANTE. A Carta Magna abrigou entre os direitos e garantias individuais, a dignidade, a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade, assegurando no art. 5º, incisos V e X, a indenização pelo dano material e moral. De sorte que, além do repúdio social, aquele que transgredir os direitos da personalidade causando dano a outrem, atrai para si a obrigação de reparar a lesão moral ou material provocada. A ninguém é permitido submeter pessoas a uma revista, violando sua intimidade. ACÓRDÃO TRT 2ª T/RO 00947-2004-008-08-00-0 E 01114-2004-008-00-4 (grifo nosso)²²⁴

É importante ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho vem denegando as tentativas de reforma das decisões favoráveis aos empregados por parte dos reclamados, que procederam com a revista íntima de modo a violar os direitos à intimidade e à dignidade de seus empregados, sob a afirmação de possibilidade de furto.²²⁵

TRT- RECURSO DE REVISTA: RR 613 613/2000-013-10-00.7
PROVA ILÍCITA -E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (-e-mail- particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado -e-mail- corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela [Constituição Federal](#). A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o -e-mail- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de -e-mail- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de

²²⁴ Disponível em http://www.trt8.jus.br/frset_juris_acordaos2002.htm

²²⁵ Conforme se pode conferir da pesquisa constante no site http://www.trt8.jus.br/frset_juris_acordaos2002.htm.

propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço ([Código Civil](#), art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de -e-mail- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em -e-mail- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da [Constituição Federal](#). 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (Grifo nosso)²²⁶

Da análise da Jurisprudência;

No Brasil ainda não há posição firmada em seus mais amplos aspectos. O reconhecimento expresso em um único julgado pelo Supremo Tribunal Federal, de fato, foi um grande avanço, mas ainda há problemas a serem delimitados e enfrentados pelos tribunais. A questão ainda é polêmica.

Desta forma, embora adotando o entendimento pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais entre particulares, sem quaisquer grandes referências a divergências teóricas, não afastou possibilidades de serem utilizadas teses contrárias. Ou opositores da aplicação direta ainda persistiram em querer fazer críticas.

Isso porque ainda não houve bastantes arrazoados no Pretório Excelso acerca da existência ou não de limites a serem alcançados pelos Direitos Fundamentais na relação entre os particulares, afastando com isso quaisquer possibilidade de afirmação peremptória acerca do posicionamento da jurisprudência nacional, acendendo debates.

A modificação do pensamento da doutrina, e principalmente na jurisprudência nacional é de extrema importância para a caracterização de uma real mudança na postura do Direito brasileiro.

Conforme atentado por Daniel Sarmento²²⁷,

²²⁶ Julgado disposto no site <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3487039/recurso-de-revista-rr-613-613-2000-013-10-007-tst>

²²⁷ SARMENTO, 2006b, p. 250.

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

Desta forma, ainda há de se preocupar com os ainda defensores do legalismo extremado, temerosos pela insegurança jurídica que poderia vir a ser alegada pela aplicação dos direitos fundamentais pelos juízes.

Não há de se tornar imune o Direito Privado do pós positivismo e da nova era do garantismo constitucional. Surgiu uma nova era no Direito, atingindo todos os ramos do conhecimento jurídico.

O exercício pleno e efetivos dos direitos fundamentais garantem a democracia, bem como garante de fato os direitos fundamentais da pessoa que a sustenta.

O real respeito aos direitos fundamentais, assim, é pressuposto da própria democracia, não havendo de se pressupor que, ao meramente declarar direitos, estes serão efetivados.

CAPÍTULO IV – LIBERDADE E O EXERCÍCIO DO PODER – AUTONOMIA PRIVADA EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As primeiras críticas dirigidas à tese da eficácia direta dos direitos fundamentais, conforme abordado anteriormente, são inter-relacionadas, sendo firmadas essencialmente sobre a possível insegurança jurídica e a aniquilação da autonomia privada que poderia vir a gerar.

Mas um dos grandes argumentos contra a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais entre particulares é justamente a alegação de que a incidência dos direitos fundamentais na esfera do arbítrio do ser humano seria liberticida.²²⁸

Isso porque a limitação imposta pelos direitos fundamentais à liberdade de atuação agiria como uma limitação exacerbada ao direito de liberdade a tão duras penas conquistado pelo sujeito privado, pelo indivíduo que tanto lutou por seus direitos ao longo da história.

Como se poderá observar a seguir, tal assertiva se mostra como pseudoargumento, uma vez que há considerações a serem realizadas, de modo a demonstrar que a incidência dos direitos fundamentais sobre a esfera privada de cada indivíduo não é cerceadora da liberdade do ser humano.

²²⁸ A questão dos juízes, assim, seria uma questão de atuar com ponderação, sob pena de se amesquinhar a própria supremacia constitucional.

É preciso, com isso, demonstrar que a liberdade do indivíduo, enquadrada em nosso sistema constitucional personalista, deverá coexistir harmoniosamente com os demais direitos fundamentais.

Nesse sentido, abstratamente, a harmonia entre os direitos fundamentais jamais poderia configurar a afirmação de serem todos absolutos, pois são princípios básicos para a conformação da dignidade da pessoa humana.

Não há de se concordar com esta específica classificação conferindo caráter completamente absoluto a quaisquer princípios insculpidos na Constituição Federal. Tampouco deverá ocorrer sua relativização a ponto de se atingir a segurança jurídica. O que deverá ocorrer, dentro do caso concreto, será a proposta de atribuir “pesos de importância” aos princípios como a liberdade ou mesmo a autonomia privada.

Estas são as palavras de Ronald Dworkin, que indica que os princípios não podem ser suprimidos, devido ao valor que representam. Deve-se proporcionalmente aplicar um princípio sem violar, ao menos em todo, o outro com o qual se analisa em uma questão no caso concreto, restando um conteúdo mínimo para garantia da dignidade da pessoa humana²²⁹.

É exatamente sob este aspecto que deverão ser enquadrados os direitos fundamentais, não como limite propriamente dito à liberdade (que, diga-se, também é direito fundamental) inerente a cada tipo de poder privado, mas sim como uma harmonização com eles.

A incidência direta dos direitos fundamentais sob este aspecto não configurará uma aniquilação do que se entende hoje como autonomia no Direito Privado, mas sim uma garantia de que se possa ter os demais direitos respeitados.

4.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA

²²⁹ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. 4. ed. Barcelona: Ariel, 1999. p. 77. O autor utiliza-se desta técnica em prol da coerência do sistema. Desta forma, todos os princípios deverão ser aplicados na maior medida possível. Nesse mesmo sentido, SARLET, 2001. p. 121.

4.1.1 Da liberdade no Direito Privado

A liberdade é um direito fundamental conquistado pelo ser humano. Para o direito civil os postulados básicos da liberdade estão principalmente na liberdade de contratar, na liberdade de domínio e na liberdade de escolha, para o livre desenvolvimento de sua personalidade.²³⁰

De modo geral, conforme exposto por Schapp²³¹, presume-se que este direito está aportado na ética, considerando uma relação com a ética da ilustração, possuindo tradicionalmente um vínculo com a filosofia moral em Kant.

É bem verdade que, como apontado por Daniel Sarmiento²³², a teoria constitucional moderna vem buscando equilibrar-se em torno de duas idéias diferentes de liberdade: a liberdade do cidadão e a liberdade do burguês.

Sob este aspecto, a liberdade é percebida como um dos princípios capitais do Direito Privado. Mas, com base em Kant, a autodeterminação dos indivíduos e a sua autorresponsabilidade devem ser equilibradas²³³.

Nesta ocasião, porém, não se pode ver a liberdade como irrestrita fruição da independência individual ou privada²³⁴, exercendo o seu poder de gestão sobre a própria vida ou poder de se relacionar contratual ou extracontratualmente com os demais sujeitos privados de modo a causar-lhes violações.

²³⁰ Nesse sentido, SCHAPP, Jan. **Derecho civil y filosofia del derecho**: la libertad en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 13.

²³¹ SHAPP, *ibid.*, p. 14. Atenta ainda o autor que o embasamento em Kant direcionou o personalismo ético em Karl Larenz como fundamento do Código Civil.

²³² SARMENTO, 2006b, p. 144.

²³³ SHAPP, 1998, p. 15. Ressalte-se que o autor utiliza como parâmetro o conceito de liberdade econômico, sob os enfoques contratuais e patrimoniais. Não obstante, tratar-se-á também da questão da liberdade de escolha e agir do ser humano, ainda que não tenha relação contratual ou patrimonial. Ressalta-se que a liberdade do ser humano deverá ser sopesada com as dos demais sujeitos com que interage, uma vez que com o seu livre agir, poderá interferir na esfera de liberdade ou dignidade de outrem.

²³⁴ Não se leva como liberdade a democracia de cunho liberal, que seria mera obediência às leis, em um pensamento puramente positivista. Não se desconsidera a importância da lei, pois ela de fato garante a segurança jurídica. Porém, ela sozinha, é incapaz de garantir a justiça e o equilíbrio das relações sociais, uma vez que não poderá prever, como dito outrora, todas as situações a que se submete o ser humano.

Em outras palavras, liberdade é um imperativo categórico em lei universal²³⁵ que pressupõe responsabilidade. É a partir da responsabilidade em decorrência da razão que se pode conferir a ética do discurso sobre a liberdade.

O problema da substância ética no conceito de liberdade é justamente que ela não se resume, no âmbito do Direito Privado, à liberdade de contratar ou a liberdade de domínio, de cunho econômico, como também à liberdade de escolha do ser humano.

Desta forma, a autodeterminação como a liberdade do indivíduo enquanto sujeito privado não se limita aos velhos valores de cunho patrimonialistas a serem protegidos pelos vetustos institutos de direito privado. O direito, hoje, despe-se de seus valores estritamente patrimonialistas e volta-se para o indivíduo enquanto ser humano.

Como lembrado por Sarmiento²³⁶

Quando se pensa hoje em liberdade, não se deve limitar o horizonte à opressão que pode ser desencadeada pelo Estado. A sociedade e as múltiplas relações de poder que nela se instauram também podem cercear a liberdade humana, de forma por vezes muito mais despótica e irrefreável do que os poderes públicos teriam condições de fazer.

Sob essa óptica, Jan Shapp faz uma proposta de como a liberdade transforma na dogmática do direito. Para o autor, a questão da investigação da substância ética da liberdade tem como ponto de partida o conceito de liberdade moral em Kant.

Assim, a partir do bosquejo em Kant, delimitam-se as liberdades positivas, ou seja, as liberdades para determinada ação racional direcionada para um fim, e liberdades negativas, que é a liberdade de intervenção de terceiros, pessoas naturais ou o Estado²³⁷.

A liberdade de valores, assim, estaria ordenada por um conjunto de valores ético-culturais, em referência direta com seu caráter histórico. Shapp, assim,

²³⁵ SHAPP, op. cit. p. 34. Lei universal como básica da razão prática.

²³⁶ SARMENTO, 2006b, p. 149-150.

²³⁷ SHAPP, 1998, p. 23

relativiza de certo modo o universalismo kantiano, ao afirmar que não se pode propor uma filosofia da liberdade para todas as épocas e para todos os mundos.²³⁸

A questão ética, desta forma, faz-se presente, pois, nas palavras de Daniel Sarmiento²³⁹, “quem tem fome não é livre para nada”, não tem liberdade de agir nem para agir.

A liberdade para agir é orientada pelos valores, porém não é estabelecida perante valores. É uma condição necessária à felicidade²⁴⁰. Já no campo da liberdade negativa, não há liberdade de escolha entre alternativas possíveis ao indivíduo, mas sim em relação à liberdade dos outros demais sujeitos com quem se relaciona.

Justamente essa liberdade negativa é que irá restringir o espaço de liberdade inicialmente pensado como ilimitado do indivíduo. O espaço de liberdade remanescente é determinado como amplamente negativo, em um modelo limitativo da liberdade, de tal modo que se constrói sobre o conceito geral de liberdade.²⁴¹

Nas palavras de Shapp²⁴²,

É evidente que uma relação jurídica entre os particulares só se admitem no caso de perturbação do espaço de liberdade que a recíproca demarcação no modelo limitativo, unicamente há de contemplar-se como uma etapa prévia a essas relações jurídicas.

Desta forma, há de se reconhecer que ambas as liberdades encontram-se conexas, em um âmbito ético e jurídico, nesse âmbito de delimitação do agir de um sujeito em relação à liberdade de agir de outro.

Ao Estado caberia a proteção da liberdade positiva, tendo por parâmetro a liberdade ética como fundamento da liberdade jurídica.²⁴³ O tema está diretamente relacionado a sistemática de limitação do Direito. Limitações estas criadas pelo próprio cidadão como o legislador, e com ele exerça liberdade positiva.

²³⁸ SHAPP, *ibid*, p. 24-25

²³⁹ SARMENTO, 2006b, p. 151.

²⁴⁰ SHAPP, *op.cit.*, p. 25-26. É o que o pandectismo alemão chama de condição para a integral realização da personalidade.

²⁴¹ SHAPP, *Jan. Op. Cit.* p. 27.

²⁴² SHAPP, *Jan. Op. Cit.* p. 28. “Es evidente que una relacion jurídica entre los participantes solo se admite en el caso de perturbación del espacio de libertad que la recíproca demarcación en el modelo limitativo, unicamente há de contemplarse como una etapa prévia a esas relaciones jurídicas.”

²⁴³ SHAPP, 1998, p. 30.

A contribuição kantiana, nesse sentido, dirige-se ao conceito de “liberdade externa”, como liberdade de arbítrio da coação por parte de outros. A coação, assim, intervém, pela força do temor de ser coagido.²⁴⁴

Shapp²⁴⁵ considera uma modificação do conceito positivo de liberdade no sentido ético. A liberdade ética não residiria mais, nesse sentido, na persecução de máximas que podem converter-se em leis universais, senão na orientação da ação mediante determinadas instituições valiosas de índole ético-cultural.

Modifica-se assim o conceito de liberdade, em torno da exigência da crescente flexibilidade da atuação e da capacidade de reação humanas. O conceito de liberdade positiva, assim, segundo Shapp²⁴⁶

É por conseguinte caracterizado mediante a relação de tensão entre liberdade de eleição e instituição com o conceito de liberdade moral de Kant e o conceito de Hegel das “relações éticas assinaladas.

Como alertado pelo autor, não é possível comprovar exatamente se Kant foi de opinião de que para cada situação só se pode dar uma única decisão moral correta, ou seja, se a liberdade de eleição é compatível com o imperativo categórico.

Sob este quadro, traz-se à baila a questão da liberdade de eleição de consumir, bem como a liberdade individual de escolha de profissão, como escolha coordenada pelo mercado. A pluralidade de necessidades permite a satisfação somente quando os mesmos atos de eleição se realizam por meio do mercado.²⁴⁷

4.1.1.1 Da Autonomia da Vontade

Anteriormente, pela doutrina tradicional, essa liberdade no âmbito do Direito Privado tinha a denominação de “autonomia da vontade”, ou *autonomie de la volonté* no Direito francês.

²⁴⁴ SHAPP, *ibid.*, p. 35.

²⁴⁵ SHAPP, *ibid.*, p. 42.

²⁴⁶ SHAPP, *ibid.*, p. 42. “Es por conseguinte caracterizado mediante la relacion de tensión entre libertad de eleccion e institución com el concepto de libertad moral de Kant y el concepto de Hegel de las “relaciones éticas señaladas”.”

²⁴⁷ SHAPP, *Jan. Op. Cit.* p. 51. *pode retirar?*

Sob essa alcunha, a liberdade do indivíduo, posta sob os tradicionais postulados do Direito Liberal, colocava no centro de seu foco a simples vontade humana, livre e desembaraçada, de modo a reger principalmente sua vida econômica.

Sob esta óptica, o ser humano deveria ser livre para travar seus negócios, sem qualquer interferência do Estado. Essa era a *ratio* de tal direito. Frederico Eduardo Zenedin Glitz²⁴⁸, inclusive, ressalta justamente a autonomia da vontade como uma verdadeira consagração do Liberalismo.

Sob este aspecto, o âmbito de liberdade do ser humano foi eminentemente focado em sua liberdade contratual, de maneira a viabilizar a circulação livre de bens e valores – do patrimônio do ser humano.

A liberdade, sob as idéias liberais de John Locke²⁴⁹, estaria voltada para uma garantia com foco muito maior ao patrimônio do que, de fato, em relação ao ser humano.

A estrutura da liberdade, sob o paradigma liberal (sob os aspectos patrimônio e contrato), como alertado por Glitz²⁵⁰, foi estruturada no sistema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento e da igualdade formal entre as partes.

A vontade, exercida ainda que sem opção pelo aceitante, em face das circunstâncias de suas necessidades, possuía sua ênfase de maneira muito clara, com sua conseqüente vinculação ao conceito de autonomia e liberdade. A partir dessa “aceitação”, criava-se a “lei *inter partes*”

As idéias de Locke tão somente mudaram de matizes, mas conservaram o esboço original jusnaturalista-contratual, valorizado na sociedade civil, em bons objetivos inefáveis pelo caráter de dominância do interesse do homem particular e concentrador de poder.

²⁴⁸ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 211.

²⁴⁹ LOCKE, 2006.

²⁵⁰ GLITZ, op. cit. p. 211.

Hoje, o colorido da realidade torna-se ainda mais cruel em um liberalismo sob novo formato, o chamado neo-liberalismo, cada vez mais atrelado às vontades do capitalismo globalizado e excludente.

O neo-liberalismo, assim, está instituído sobre um poder difuso, mesclado em forte tendência de inflação legislativa, oscilando ao sabor de manobras de interesse, restringidas às “leis medidas”, para momentos somente emergenciais, pensando no patrimônio, e não nas pessoas²⁵¹.

Desrespeitam-se culturas, não concedem liberdade de escolha, senão uma liberdade enquadrada nos padrões globais. A antropologia dos grupos locais e mesmo urbanos no âmbito moderno detectam um campo de liberdade restrito no que considera viável ao sistema.

As formas mais cruas do favoritismo, do clientelismo, e até mesmo uma nova versão do coronelismo, como fruto da dinâmica em que foi produzida toda uma ideologia observada pela antropologia urbana²⁵², comprovam a influência que a extrema liberdade pode conferir ao potencial de lesividade do poder privado.

Não obstante tal quadro de formação urbanas na sociedade, há a realidade mandonista²⁵³, observada no brocardo popular do “manda quem pode, obedece quem tem juízo”, a que Simmel²⁵⁴ traduz como uma dissociação da realidade, como uma das formas mais básicas de socialização, marcando os padrões a serem seguidos por cada indivíduo.

²⁵¹ Neste mesmo sentido, pode-se dizer de LOCKE, 2006, p. 98-100. Em sua visão, liberdade, vida e patrimônio praticamente se equivalem. O arbítrio do homem era observado no estado de natureza, enquanto a liberdade era regulada pelo poder legislativo, que a garantia, na mesma medida que a vida e a propriedade, uma vez que a propriedade era o que viabilizaria a própria vida e liberdade do ser humano.

²⁵² Acerca da questão da preservação da autonomia e individualidade da existência do homem moderno como um dos problemas mais graves da vida moderna, oriundos das forças sociais, herança histórica e cultura externa, torna-se claro a forte influência na formação da cidade, e da dinâmica da formação urbana e de toda a convivência específica de determinados grupos sociais. Nesse sentido, SIMMEL, Georg. **O Fenômeno urbano**. Rio de Janeiro: Zahar, ANO. p. 11.

²⁵³ Termo utilizado pela antropóloga Dra. Mônica Prates, para designar as relações de sujeição surgidas no seio de uma determinada cidade, análoga à lógica do coronelismo. Quem ostente nome de influência econômica ou social tem assim um “poder de mando” sobre os demais, como em um pacto de silêncio. Seria como o medo provocado por se desentender com o filho de uma pessoa influente, medo de perder o emprego, medo de um processo ou demais retaliações. Seria a força do poder simbólico, ou a “força invisível”, que ainda que não venha a ser exercida, viria a fazer parte dessa lógica.

²⁵⁴ SIMMEL, *ibid.*, p.18.

A lógica mandonista, neste aspecto da busca pelo individual, traduzir-se-ia sob a lógica do processo de individualização acarretado pela liberdade do exercício do poder privado, seja ele pela óptica econômica, seja ela pela óptica social.

Como já foi apresentado no primeiro capítulo, há toda uma formação simbólica, não obstante a mescla com a ideologia imposta em determinada sociedade. Assim por dizer, da submissão não apenas de um grupo a outro, mas a de um indivíduo em relação a outro, ou ainda, em uma obediência tácita a determinadas pessoas da cidade.

Tais pessoas, por meio de todo um processo histórico de formação de conceitos e preconceitos, possuem fortes influências ou detêm um poder, ainda que simbólico, exercem força de ameaça de uma violência simbólica.

Essa violência simbólica é exercida principalmente a partir de todo o seu capital econômico, mas também social, ou mesmo apenas cultural, o que impõe situações em que desrespeita os direitos humanos da pessoa violada.

Há, assim, um pseudo respeito à lei que confere a ordem imperiosa da conservação da dignidade da pessoa humana como seu pano de fundo, com o discurso muito mais voltado aos valores desiguais da sociedade do que ao discurso técnico do direito.²⁵⁵

Deste modo, o homem é visto como livre, não obstante, sua liberdade fica adstrita ao que os interesses privados entendem por âmbito de liberdade, ainda que isso fira a personalidade da própria pessoa, que fica a mercê do mundo globalizado e seu discurso falacioso da “igualdade e liberdade para todos”.

Sob essa lente esquizofrênica da sociedade, a autonomia da vontade se traduz como a mera liberdade do ser individualmente considerado. Mas não era uma liberdade plena, uma vez que era materialmente desigual.

É nesse sentido que a eficácia dos direitos fundamentais tão somente perante o Estado torna-se insuficiente, tornando-se necessária florescê-la no âmbito de eficácia entre particulares.

²⁵⁵ Nesse sentido, RINALDI, Alessandra de Andrade. **Marginais, delinqüentes e vítimas**: um estudo sobre a representação da categoria favelado no tribunal do júri na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, [2005?]. p. 304.

A abstenção do Estado e a mera conferência de livre arbítrio, e não apenas liberdade aos indivíduos não garantiriam a plenitude e efetividade dos direitos fundamentais, pois diversos foram os abusos viabilizados por esta esfera ampliada de liberdade em prol do mercado, e não em prol do homem.

A liberdade não é desta forma, igualitária, não trata os indivíduos isonomicamente. Quem detém mais condições de liberdade para o exercício do poder prepondera, impõe sua liberdade, sua liberalidade ao que não tem opção, e, pelas circunstâncias fáticas proporcionadas pelo discurso liberal, tem sua liberdade circunstancialmente cerceada.

A opção da necessidade de escolha não configura apenas uma adaptação à modernidade. O discurso e a propaganda maciça levam o ser humano a ser ludibriado, conduzido a realizar atos os quais violam a sua personalidade tão somente para se enquadrar nos padrões sociais.

A visão ainda é mais agravada na América Latina, um inteiro continente de modernidade tardia. O discurso neoliberal nela introduzido por Milton Friedman²⁵⁶ não falava sequer em democracia, simplesmente proclamava que,

[...] enquanto a liberdade efetiva de troca for mantida, a característica central da organização de mercado da atividade econômica é a de impedir que uma pessoa interfira com a outra no que diz respeito à maior parte de suas atividades.”

Assim, a visão dos direitos fundamentais tornava-se formalmente simplista e esquemática, dentro da sua enorme complexidade, em uma sociedade de economia capitalista, personificadora do mercado e coisificadora das pessoas.

A autonomia da vontade, basicamente, era quase sempre visualizada no âmbito do negócio jurídico, direcionado a um olhar exclusivamente de cunho econômico, adequado aos moldes liberais.

Essa visão, ainda que esteja paulatinamente mudando olhares de alguns doutrinadores, ainda persiste no pensamento de grande parte dos operadores do Direito.

²⁵⁶ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

Carlos Eduardo P. Ruzyk²⁵⁷ trabalha a idéia desse desenvolvimento teórico em relação a autonomia da vontade, ainda que vista quase que unicamente pela ocasião de um negócio jurídico. Porém, no âmbito do Direito Contratual forjado na modernidade, adverte o autor:

A nova teoria contratual, sem embargo, busca trazer um fundamento subjacente a esse escopo de ordem abstrata e patrimonialista, que vem ao encontro do atendimento de uma “racionalidade reprodutiva do sujeito”, na expressão utilizada por Hinkelamert, imposta ao Direito pelo princípio da dignidade da pessoa humana. (...) A liberdade contratual tem, assim, em sua matriz filosófica, sobretudo, as idéias de Locke (liberdade e propriedade), Adam Smith (liberdade e mercado) e Kant (liberdade e razão). (...) Essa vontade, porque voltada à esfera privada de cada um dos contratantes, é sempre justa, segundo a matriz kantiana. (...) A vontade por ele expressada não é, pois, autônoma: decorre de uma necessidade de sobrevivência, que não lhe permite pactuar conforme uma vontade livre.

O dogma da autonomia da vontade, assim, dentro do sistema oitocentista, foi identificada como teoria eminentemente contratual, embasadora do Poder Privado, identificada pela preponderância da vontade das partes, bem como sua declaração, como forma de externalização.

A declaração cabal da vontade, nesse sentido, era muito mais valorizada do que propriamente o íntimo da pessoa, seu completo discernimento acerca do que estava concordando.

O que importava nesse momento eram os *fins* econômicos, justificadores dos *meios* pelos quais se conseguisse alcançá-los. A falaciosa autodeterminação era escondida por trás da autovinculação.

Ou seja, o que realmente interessava era a vinculação à realização de um negócio de cunho econômico, e não a garantia da vontade livre, não viciada, plena e consciente, garantidora da dignidade humana. Garantia-se a liberdade unicamente para garantir a propriedade.

Esse panorama dava azo a uma série de arbitrariedades que acabaram por prejudicar o próprio mercado, quando da imposição do mais forte sobre o mais fraco.

Nesse sentido, a tão exaltada liberdade liberal configurava o próprio aniquilamento da autonomia do sujeito privado. Como bem ressalta Castro e Paulo Nalin²⁵⁸ a ampla autonomia da vontade

²⁵⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Panovsky. Os Princípios contratuais: Da formação liberal à noção contemporânea. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). **Direito Civil Constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 13-15.

²⁵⁸ DE CASTRO, Carlos Alberto Farracha; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. **Diálogos sobre direito civil**: construindo a racionalidade contemporânea. p. 106.

Na qual se alavancava o Estado Liberal clássico, foi a antítese da própria liberdade, pois em espaços amplos de atuação a tendência é o aniquilamento do operador do mercado fraco pelo outro mais forte, conduzindo a derrocada do próprio mercado. O Estado Liberal viu-se, desta forma, compelido a mudar seu modo de atuação econômica, em vista do social e, sem ingenuidade, em vista de sua própria sobrevivência.

A teoria base da autonomia da vontade ainda é reproduzida por autores de base tradicionalistas, perigosamente ainda muito difundidos nas Faculdades de Direito.

Autores como Maria Helena Diniz²⁵⁹, Silvio Venosa²⁶⁰, dentre outros mais tradicionais ainda tratam do tema com viés extremamente patrimonial e com a vontade livre e desembaraçada das partes

Este fato é preocupante, pois se há a preocupação de mudar o pensamento do operador do Direito, dever-se-ia começar por onde os primeiros passos são dados: pelos estudantes universitários.

4.1.1.2 Da Autonomia Privada

Novos horizontes foram traçados em relação ao sujeito privado. Hoje fala-se na autonomia como poder de o sujeito regular-se, agir, desde que não perturbe ou viole direitos de terceiros. Isso é fato.

Francisco Amaral²⁶¹ distingue autonomia da vontade de autonomia privada nos seguintes termos:

Por muitos considerado como sinônimo de autonomia da vontade, com ela, a meu ver, não se confunde, pois a expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto “autonomia privada” significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa.

Sob essa óptica, seria um poder jurídico inerente ao indivíduo de criar, modificar, regular ou extinguir situações jurídicas. Não obstante, tal qual o conceito

²⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. v. I, p. 44-45.

²⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 87-95.

²⁶¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada.R. CEJ, Brasília n. 9, p. 25 a 30, set/dez. 1999.

de autonomia da vontade, as bases de derivação e limitação deste poder se encontram na lei.

A definição de E. Roppo Scaparone²⁶² não seria outra. Seguindo a raiz grega da palavra “autonomia”, define-a primeiramente como o poder de dar a si próprio a regulação de sua conduta, assim como se impor contra as autoridades externas.

Desta forma, seguindo o autor, na linguagem do direito autonomia privada designaria o *poder* que o Estado reserva aos sujeitos de direito privado (grupos ou indivíduos) de constituírem-se e conformarem-se segundo a própria vontade.²⁶³

Até mesmo autores portugueses, cuja Constituição prevê a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais entre particulares, acabam por mediatizar sua aplicabilidade em torno apenas dos limites da lei privada sobre essa noção de poder.

O autor lusitano Pedro Pais de Vasconcelos²⁶⁴ assim define a autonomia privada como “A autonomia não significa a liberdade de estipulação de quaisquer conteúdos negociais. São vários os preceitos legais, no Código Civil, que limitam a liberdade de estipular o conteúdo dos contratos dos negócios”.

Nesse sentido, a autonomia privada, conquanto *liberdade* delimitada no âmbito privado, não se configura como um direito fundamental. Sob esta configuração, é vista como princípio basilar do Direito Privado, mais especificadamente baliza o Direito das Obrigações e Direito Contratual.

A faceta da autonomia privada como princípio basilar do Direito Privado não mudou muito seus ares em relação à doutrina liberal e ao dogma da autonomia privada.²⁶⁵

²⁶² SCAPARONE, E. Roppo. **Diritto pubblico e diritto civile**. Roma: Laterza, 1998. p. 54-55. O autor analisa brevemente a autonomia privada no liberalismo, em que indica que neste a autonomia privada não possuía limites – O Estado deixava o sujeito de direito privado livre para os negócios jurídicos.

²⁶³ Tal aceção, conforme assevera Daniel Sarmiento, tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com essas escolhas mas *desde que* elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. SARMENTO, 200b, p. 154.

²⁶⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. Lisboa: Lex, 1999. V. I, p. 174. Destaca-se que mais uma vez se observa ainda o cunho patrimonialista da proteção a autonomia individual.

²⁶⁵ Porém sem esquecer a lição de Piangieri de que “Se toda norma exprime sempre um princípio, este deve ser confrontado com os princípios fundamentais”. PERLINGIERI, 1999, p. 75.

Isso porque grande parte dos autores não desatrelou a autonomia privada como esfera de atuação unicamente no âmbito patrimonial, assim como estabeleceu os limites da autonomia privada tão somente na lei.²⁶⁶

O que antes era chamado de autonomia da vontade passou a se chamar de autonomia privada, desta vez corporificada principalmente no Direito Privado, mais especificadamente no âmbito Direito Civil.

O Direito Privado, desta forma, passou a ser por excelência a intervenção estatal no campo da autonomia privada, viabilizada especificamente na lei, que confere amplo âmbito de liberdade aos particulares.

Logicamente, conforme ponderado por Daniel Sarmento, há limites para a lei e para o legislador, que devem respeitar as liberdades essenciais da pessoa, como as liberdades de expressão, religião, de associação, dentre outras.²⁶⁷

Sob este aspecto positivista que além de regular as relações entre particulares, passou a regular também as relações privadas de maneira geral, englobando as sociedades, companhias, dentre outros, daí que Francisco Amaral define como poder de autorregulação privada.²⁶⁸

A autonomia privada surgiu, desta forma, com nova roupagem, em nova versão da autonomia da vontade do pensamento liberal, só que desta vez mais adequada aos padrões positivo-legalistas, e seus ideais de segurança jurídica.

A “lei” contratada entre as partes passaria a estar sempre de acordo com a *lei* exarada pelo Poder Legislativo do Estado, dentro da lógica “o que não estiver proibido, está tacitamente permitido”, de forma a garantir a continuidade dos ideais liberais.

Desta forma, o juízo sobre o mérito do negócio jurídico seria realizado para mero exame da licitude, tendo por limites a lei, a moral e a natureza, que devem

²⁶⁶ Assim o é também o autor Francisco Amaral, ao afirmar que não se aplica o âmbito da autonomia privada, ou aplica-se de modo restritíssimo, em matéria de estado, capacidade das pessoas e da família, tendo como atuação por excelência o Direito Obrigacional, no qual o contrato figura como lei entre as partes.

²⁶⁷ SARMENTO, 2006b, p. 156.

²⁶⁸ AMARAL NETO. 1999.

estar dispostas em razão dispositiva e não injuntiva, sob pena de “aprisionar” a liberdade das pessoas²⁶⁹.

Falar em abertura de interpretação limitadora do direito à autonomia privada seria falar unicamente à letra da lei privada, em suas cláusulas gerais e conceitos abertos, e não numa acepção maior, uma amplitude de princípios.

Isso acabaria por remeter mais uma vez à tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais entre particulares, aprisionando os direitos fundamentais do sujeito privado no campo do Direito Privado, que fica à mercê, mais uma vez, da liberdade *econômica*.

Cunhado sob essa visão eminentemente patrimonialista, a autonomia privada era vista exclusivamente sob o enfoque patrimonial, ou seja, a autonomia como liberdade contratual e patrimonial²⁷⁰. Diga-se que esses direitos fundamentais de cunho patrimonial tem como conseqüências imediatas

O princípio da liberdade contratual, a força obrigatória dos contratos, o efeito relativo desses contratos, o consensualismo, a natureza supletiva, dispositiva da maioria das normas estatais e ainda a teoria dos vícios de consentimento.²⁷¹

O âmbito de autonomia que se pode observar, portanto, está diretamente voltado a garantir o patrimônio, o negócio jurídico celebrado, e não a dignidade da pessoa. Exemplificativamente, se ocorrer onerosidades excessivas, ou em relação ao efeito reflexo que poderá haver entre terceiras pessoas não celebrantes, ou ainda em outros inúmeros âmbitos de proteção ao indivíduo.

Ainda que doutrinadores de Direito Privado falem hoje das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, princípio da função social, relativização dos efeitos mediante

²⁶⁹ VASCONCELOS, 1999, p. 174-175.

²⁷⁰ Não se cogitava, nesse momento, de falar na ponderação de outro direito fundamental do sujeito privado (também considerado autonomia privada), que seriam as “liberdades existenciais” citadas por Daniel Sarmiento, como uma das facetas da liberdade previstas na Constituição de 1988 (como os direitos a intimidade, liberdades de comunicação e expressão, religião, associação, profissão, defesa, dentre tantos outros), diversas das liberdades públicas ou patrimoniais, e também garantidora da dignidade humana, e que, no caso concreto, deveria ser atribuído um mesmo valor para sua equilibrada ponderação. Isso seria coroar a dignidade humana, pondo o homem como “a medida de todas as coisas”, e não recair em um coletivismo que se inclina cada vez mais para a defesa do capital em vez da humanização do Direito. Seria, por fim, cumprir a supremacia constitucional, uma vez que a Constituição brasileira coloca o “ser” antes do “ter”, protegendo os direitos patrimoniais tão somente para concretizar valores ligados a realização existencial da pessoa e à defesa de interesses socialmente relevantes. SARMENTO, 2006b, p. 177-179.

²⁷¹ AMARAL NETO, 1999.

terceiros²⁷² ou da contextualização dos negócios jurídicos na Constituição de 1988, a incidência dos direitos fundamentais não se faz clara.

A liberdade continua tão privilegiada em detrimento dos direitos fundamentais do indivíduo que o uso das cláusulas gerais continua a servir os interesses estritamente patrimonialistas do Direito Privado.

É curial destacar ainda que esta mesma autonomia baseia-se no direito fundamental da liberdade, ou seja, a autonomia privada faz parte dos próprios direitos fundamentais, faceta esta não apresentada sob este enfoque da autonomia privada.

Todavia, voltando-se ao grande arcabouço dialético do Direito Subjetivo, constatou-se que esta liberdade não deveria constar de arbítrio, sob pena de violar direitos de outros particulares,

Não obstante, no momento em que surgiu essa nova feição da autonomia do indivíduo como sujeito do Direito Privado, de fato ganhou novos alcances, estabelecendo determinados limites que outrora não existiam.

A própria cláusula da função social, nas palavras de Francisco Amaral²⁷³, impôs a condição de considerar a sobreposição dos direitos da sociedade em relação aos direitos do indivíduo sem implicar em uma anulação da pessoa humana.

Seria, assim, uma “indicação programática” regulada pelo próprio Direito Privado em prol do desenvolvimento dos critérios de justiça distributiva, que deveria superar o individualismo jurídico e privilegiando os direitos da coletividade.

Essa grande faceta da autonomia privada, desgarrada do seu sentido fundamental de liberdade e que deveria conviver harmoniosamente com os demais direitos fundamentais, acaba por prejudicar seu objetivo de proteção ao sujeito privado.

Isso porque, como parâmetro do direito privado, a liberdade torna-se alheada de seu compromisso e respeito com os demais sujeitos com os quais se interage,

²⁷² TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 71-127.

²⁷³ AMARAL NETO, op. cit.

vivendo em função da forte inquinação patrimonialista ainda vigente no ordenamento jurídico vigente.

Isto porque, como destacado por Daniel Sarmento²⁷⁴, essa autonomia, ainda que no Direito Privado, não pode ser absoluta, tanto que pode ser conciliada com a esfera de outras pessoas com idêntica quota de direitos.

O poder de sujeição, portanto, deve ser limitado, não sendo possível ao legislador prever todas as ocasiões possíveis a serem tuteladas em face de abusos do exercício desse direito, ou da sua violação espontânea.

O grande ponto a ser destacado no Poder Privado, sendo o núcleo do presente trabalho, a autonomia privada constitui amplo paradoxo, pois configura grande ameaça aos direitos dos particulares, mas também um importante Direito Fundamental.

4.2 OUTRA FACE DA AUTONOMIA PRIVADA: A AUTONOMIA PRIVADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SEU TRATAMENTO ENQUANTO TAL

É certo que a autonomia privada é também base para a realização livre e firmação de pactos, que configuram fontes das obrigações.

Mas autonomia privada vai além. Conforme afirmado anteriormente, qualquer que seja a liberdade dos particulares em relação a sua vida privada, configura o âmbito da autonomia privada. Assim leciona Pietro Perlingieri²⁷⁵:

A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio jurídico patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas, sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa. O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo lucro possível: A intuitiva diferença entre a

²⁷⁴ SARMENTO, 2006b, p. 155.

²⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 275-276.

venda de mercadorias – seja ou não especulação profissional – e o consentimento a um transplante corresponde uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados pela Constituição.

Na visão de Perlingieri, com razão, os atos de autonomia de cada sujeito privado têm fundamentos diversificados e não devem ser reconduzidos unicamente à liberdade econômica ou liberdade de contratar.

A liberdade de agir conforme sua escolha à saúde, à vida familiar, e à participação nas formações sociais e culturais já são grandes exemplos dados pelo autor italiano.²⁷⁶

A própria liberdade de escolha em que religião seguir, ou a liberdade em geral sobre a própria vida como o que comer, o que vestir, ou mesmo como o poder de influenciar a escolha de familiares ou amigos, desta forma podem se enquadrar como âmbitos de alcance na autonomia privada.

Isso porque a autonomia privada é inerente à pessoa, e não a um grupo delas em prol de uma finalidade econômica. A autonomia, sob este ponto de vista, é a via do poder privado, que é livre para atuar em sua liberdade como direito fundamental coordenadamente em relação aos demais direitos fundamentais a que lhes seja inerente.

Nesse sentido, prossegue-se nas palavras do mestre italiano²⁷⁷:

A doutrina da autonomia privada não corresponde à teoria geral do contrato, ainda que as aquisições alcançadas nesta matéria devam ser consideradas em toda a sua importância; superou-se o dogma do caráter sacro e inviolável do poder de autonomia e colocaram-se em evidência os limites à extensão desse poder (e o sentido dessa limitação).

Deste ângulo, a autonomia não se apresenta como um valor em si, não representando mais um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais.²⁷⁸

Com o agigantamento do privatismo, pôs-se a autonomia privada a par do estudo da tutela das liberdades no âmbito dos direitos fundamentais, deslocando-a a um ramo específico do Direito: O Direito Privado.

²⁷⁶ PERLINGIERI, 1999, p. 276.

²⁷⁷ PERLINGIERI, ibidi., p. 277.

²⁷⁸ Nesse sentido, PERLINGIERI, 1999, p. 277.

A autonomia privada, assim, como dito outrora, possui dois grandes sentidos: o clássico, conferindo caráter de ameaça à violação de direitos, embasando-se em sentido patrimonialista; e o sentido atual, o personalista ético, que propõe reconciliação da autonomia privada com os Direitos fundamentais.

Este último sentido melhor se coaduna com o atual estágio de constitucionalização do Direito, mais especificadamente, o Direito Privado. Ademais, pela própria coerência²⁷⁹ do sistema constitucional, utilizando-se do sistema do constitucionalismo “em rede”, em que a Constituição seria uma verdadeira “teia” a que se deveria interpretar tudo de acordo com suas regras e princípios, com a autonomia privada não poderia ser diferente²⁸⁰.

Assim, a partir da dignidade humana contemplada direta ou indiretamente nas constituições modernas, contemplando a humanidade e o personalismo ético em detrimento ao patrimonialismo do passado.

Partindo-se da necessidade da exaltação da dignidade da pessoa humana, em seus mais amplos aspectos, como estado de realização da personalidade de uma pessoa, como postulado geral para todos os demais Direitos fundamentais, examinar-se-á então o âmbito da eficácia dos direitos fundamentais. Mas para tal, é necessário discorrer acerca desta mesma dignidade e sobre a concretização de direitos na conjuntura atual.

A autonomia privada, a partir do fenômeno da publicização do Direito Privado, e com o advento da Constituição Federativa do Brasil de 1988, essa nova faceta do Direito fundamental de Liberdade, possui a força do reconhecimento da eficácia imediata dos Direitos Fundamentais entre particulares.

²⁷⁹ A que basicamente Dworkin atrela ao que chama de “integridade no Direito” em sua obra “O Império do Direito”, para a busca de um ideal construtivo do Direito em coerência com o sistema como um todo entremeadado, como base para a construção de um conceito construtivista-interpretativo do Direito, a partir de uma lente moral. DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁸⁰ Noberto Bobbio, embora fale na limitação da autonomia privada pela lei em relação ao legislador ordinário, pela sua forte linha positivista, fala na interpretação jurídica para evitar antinomias não toleradas pelo direito. Propõe, assim, critérios à sua solução, em prol da coerência do ordenamento jurídico, alegando que “num ordenamento jurídico não devem existir antinomias”, não devendo ser criadas normas incompatíveis com outras normas do sistema, como forma de justiça do ordenamento, em muito especial quando se trata da Constituição, lei maior de um ordenamento jurídico. Nesse aspecto, na Constituição Federal brasileira não há de se negar seu conteúdo humanista, de forma a não se negar a obrigação da coerência deste mesmo conteúdo em relação ao Direito Privado. BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 57-82.

Sob este enfoque, no início de sua obra adverte Perlingieri:

Existem pontos de confluência tão precisos entre o privado e o público que seria mais correto falar em Direito Civil do que de Direito Privado. O Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário.²⁸¹

Não obstante, o problema central, nesse sentido, é identificar de que forma e em que medida essa vinculação poderá ser aferida.

As situações de sujeição acabam por conferir complicadores ao dogma da autonomia privada. O desequilíbrio da situação entre os sujeitos de uma relação privada acaba por comprometer os alicerces da autonomia privada, que é a situação de liberdade e igualdade.

As teorias em torno dos poderes privados contribuíram para que ocorresse profundo questionamento em torno da autonomia privada, conduzindo-se a questão de que, ao adotar incondicionalmente esse princípio nas relações privadas, poderá acarretar a impunidade a completas violações dos Direitos Fundamentais pelos sujeitos privados.

Fato é que, por maior que seja a inflação legislativa, com leis privadas estabelecendo limites para diversas situações possíveis, não poderá abarcar toda e qualquer possibilidade de lesão que a ampla liberdade ao poder privado possa vir a causar, restando sempre brechas por onde se possa causar lesões a direitos.

Desta forma, justamente por ela ser direito fundamental, deverá agir como um, ou seja, deverá haver juízo de peso de importância quando de seu exercício, aplicação e controle.

Vieira de Andrade propôs a mediação na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais como necessidade de conciliação desses

²⁸¹ PERLINGIERI, 1999, p. 55.

valores fundamentais com a liberdade negocial e a autonomia privada no direito civil.²⁸²

Mas essa proposição seria inócua se não fossem conformados com os demais direitos fundamentais.

Com efeito, o correto seria uma reconciliação da autonomia privada, como direito fundamental, com os demais preceitos constitucionais. Isso porque a autonomia privada deverá adequar-se aos demais princípios constitucionais, e não os direitos fundamentais à autonomia privada.

A autonomia privada não pode ser vista como algo absolutamente apartado do direito fundamental da liberdade. Deverá assim ocorrer uma harmonização do princípio não somente com o Direito Privado, mas com o Direito Constitucional.

Não se fala em relativização no sentido de estabelecer uma perigosa relação de suprimir direitos do ser humano, mas sim conformá-los aos direitos dos demais, de maneira a equilibrar os pesos de importância envolvidos dentro do caso concreto – na medida e grau de concretização que exigir cada relação intersubjetiva.

4.2.1 Por uma reconciliação da autonomia privada com os demais direitos fundamentais

É fato que, conforme lição de Jane Reis Gonçalves Pereira²⁸³ “no século XIX operou-se um processo total de distanciamento entre os direitos fundamentais e o direito privado”. Com a autonomia privada esse fenômeno não foi diferente.

Desta forma, a faceta da autonomia privada, enquanto direito desgarrado da feição precípua de direito fundamental, deverá ser revista de modo a reconciliá-la novamente com os demais direitos fundamentais, que haviam sido separados pelo Direito Privado com fundo liberal.

²⁸² ANDRADE, 2001, p. 262.

²⁸³ PEREIRA, 2006, p. 436.

A autonomia privada, portanto, enquanto direito fundamental, deve harmonizar-se no sistema com os demais direitos constantes na Carta magna do país.

Nas palavras de Pereira²⁸⁴

A proteção da autonomia privada não é, de modo algum, incompatível com a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Se a tutela da autonomia for posta como um obstáculo intransponível à incidência direta dos outros direitos fundamentais nas relações privadas, o que se tem, em verdade, é uma regra de preferência abstrata em favor daquela.²⁸⁵

A necessidade de estabelecer a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares é uma realidade inafastável. Isso porque na teoria o funcionamento de mero mediatismo dos direitos fundamentais poderia funcionar perfeitamente coadunado com um pensamento puramente procedimentalista.²⁸⁶

Não obstante, na prática, nas complexas relações humanas, a efetividade não se observa para a garantia da dignidade humana meramente no campo procedimental.²⁸⁷

Pereira²⁸⁸ lembra que,

Nas relações desiguais (de poder) a proteção constitucional da autonomia privada não pode constituir óbice à incidência de outros direitos, já que, nesses casos, uma das partes não é autônoma. Em verdade, defendem a impossibilidade de os direitos fundamentais serem invocados em relações privadas de poder, com fundamento no princípio geral de liberdade, seria prestigiar uma noção puramente formal de autonomia da vontade.

²⁸⁴ PEREIRA, 2006, p. 488.

²⁸⁵ Prosseguindo com seu pensamento, a autora destaca que “ao admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privados*, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais.

²⁸⁶ Não se rechaça aqui totalmente certo tom de procedimentalismo. O procedimentalismo, na verdade, deve estar devidamente relacionado com o aspecto material do direito de maneira indissociável. O procedimento, nesse sentido, consubstanciaria a viabilidade da segurança jurídica, tal como o devido processo legal, bem como não pode se desvincular de seu fim maior da concreção da dignidade humana, projetada em seus aspectos em todos os direitos do ordenamento jurídico.

²⁸⁷ Como aduzido por Daniel Sarmiento, há limites para a própria lei. Existem, segundo ele, dimensões da autonomia privada tão relevantes para a dignidade humana que se torna necessário protegê-las até mesmo do legislador, encarnação da vontade das maiorias. SARMENTO, 2006b, p. 156.

²⁸⁸ PEREIRA, op. cit. p. 488.

Sem embargo, verifica-se que as duas primeiras correntes ora mencionadas, tanto a teoria negatória quanto a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais acabam por colidir com a corrente da supremacia constitucional.

Ou seja, a supremacia da norma maior de um Estado ficaria subordinada pela vontade das partes, que, em nome de uma nuance de liberdade exacerbada, ao lado da lei, possa infringir princípios fundamentais garantidores dos direitos humanos.

Daniel Sarmento lembra a situação atual da quebra do paradigma liberal, centrado no patrimônio e direitos correlatos, sendo que no Estado contemporâneo, o foco deve se deslocar para a esfera de decisões existenciais, de caráter afetivo, sexual, religioso, dentre tantos outros, que alargaram por demais o alcance da lei privada.²⁸⁹

E se a lei, lacunosa, não proibisse diretamente determinada situação a que colidiria com princípios, ou mesmo que colidiria com o postulado maior da dignidade humana? Poderia o particular se valer de tal situação para enquadrá-la no âmbito negocial?

Tal nuance de liberdade possui denominação própria no estudo do Direito Privado, denominação essa que passou a mudar ao longo dos tempos.

Sob esta óptica, Ingo Wolfgang Sarlet²⁹⁰ destaca os direitos fundamentais como exigência e concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que,

Verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana.

²⁸⁹ SARMENTO, 2006b, p. 158. O autor, celebrando a frase de Lacordaire, exalta que “entre o fraco e o forte, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza”. Muito embora essa frase seja de fundo eminentemente positivista, considerando que será o direito que irá libertar o que a plena liberdade é capaz de escravizar, evitando-se o que o autor chama de “darwinismo social”.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 86-87.

[...] Da mesma forma, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa [...]

Mas isto não é só. Condição de exigências e concretização perfaz-se, de igual maneira e importância, pela instrumentalização de todo o Direito, de maneira concatenada, servindo o Direito para o homem, e não o homem para o Direito.

E o Direito Privado não foge a essa regra sob a desculpa de conferir uma liberdade quase que sem limite aos sujeitos privados. Nesse sentido, os direitos fundamentais formam uma pauta de condutas.

Sob esta óptica, conforme continua Sarlet²⁹¹, a tutela da dignidade da pessoa humana é tarefa do Estado e de todos, em uma dimensão protetiva e promocional, dialeticamente construída nas relações intersubjetivas, em que um indivíduo, ao proteger a dignidade do outro, assegurará a sua própria.

Essa é a base do solidarismo²⁹² garantidor da eficácia do Direito em seus campos mais amplos, que, com efeito, faz com que a efetivação do postulado da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, de todos os direitos fundamentais seja dividida pelo âmbito público e pelo privado: a ambos deve haver uma realização, estado de equilíbrio e, concomitantemente, de controle, para ocorrer a viabilidade de concretização dos direitos fundamentais.

Na mesma esteira de raciocínio, Fabio Konder Comparato²⁹³, ressalta o aspecto da dignidade da pessoa humana em relação a outros mais vulneráveis, de maneira a ampliar o âmbito de proteção ao abuso dos mais fortes, fortificando as bases do princípio da solidariedade, de forma a constituir proteção bivalente, ora social, ora individual. Assim, conforme tal pensamento,

A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada surto de violência, os homens recuam,

²⁹¹ SARLET, 2001.

²⁹² O solidarismo, no presente trabalho, ressalte-se, não é tido na sua vetusta vertente comunitária, de trabalhar para se dignificar em prol da sociedade. O solidarismo utilizado no presente trabalho é a moderna noção de mútuo respeito aos direitos dos demais indivíduos em sua individualidade. É sair do individualismo egocêntrico para trabalhar o respeito à pluralidade.

²⁹³ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.

horrizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos [...]

Isto fez com que a figura do homem insculpida no vértice constitucional seja a do homem econômico, muito embora este também esteja juridicamente tutelado.

Assim também é a tutela do homem no plano existencial, projetando-se tanto aos titulares em si quanto ao coletivo, ou quando ao respeito universo de sua personalidade, dentre a qual se extrai, dessa mesma forma, sua liberdade.

Nesse sentido, não se fala em individualismo exacerbado, que incita liberdade exacerbada, mas em personalismo ético que talha um rosto em cada ser humano, formando uma esfera de liberdade limitada pelo âmbito de liberdade alheia.

Este é o binômio da igualdade versus liberdade: para ser livre, o sujeito de direito deve ser igual, pois se visto de maneira desigual, a liberdade do mais forte prepondera sobre a do mais fraco e, com isso, quebra-se a isonomia contratual a ser tratada no âmbito da autonomia privada.

No âmbito contratual, conforme ponderado por Paulo Nanin²⁹⁴, esta é a verdadeira forma de despatrimonialização personalizadora, que faz com que ocorra a prevalência do sujeito enquanto ser, em face do patrimônio.

Se outrora a visão do homem perante o Direito Privado era a puramente patrimonial, em mera isonomia formal, o processo de despatrimonialização cede lugar a um processo de personalização, e, ainda que a estética prevaleça sobre a ética na realidade, as bases teóricas iniciam um movimento com grande séqüitos, o do personalismo ético.

Esta é a forma de trabalhar com a isonomia material, de forma a garantir a pauta de liberdade de consentir, dentro dos limites transcendentais, concessões de direitos privados inerentes a determinado sujeito de direito envolvido em entabulação contratual.

Dever-se-ia rever o conteúdo do Direito Privado e de seus personagens. É necessário visitar e reconstruir os velhos conceitos e instituições paradigmáticas

²⁹⁴ NANIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2001. p. 250.

de modo a efetivar os direitos fundamentais, postos em primeiro plano na Lei Suprema do Estado brasileiro.

Nesse contexto, a responsabilidade emerge como consequência do exercício da liberdade geral de autodeterminação, uma vez que não se pode suprimir por inteiro as desigualdades *inter partes*, se não se quiser suprimir a própria liberdade, mas sim recorrer ao vetusto aforisma do “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, tudo no âmbito material e não meramente formal.

Assim se fazem os tempos de mudança. Impendeu-se por medida ao exercício da liberdade dos indivíduos ou organizações, para se fazerem compatíveis a liberdade jurídica de uns com a possibilidade de realização desta liberdade por outros, sobretudo os socialmente vulneráveis, em uma presunção de vontade.

Como ainda disposto por Ubillos, o poder público, de fato, caracteriza um ser amórfico e abstrato que burla direitos fundamentais quase que em tempo integral.

Bilbao Ubillos²⁹⁵ lembra a fome de destruição voraz e cada vez mais agigantada do poder privado, que transforma o poder da mídia em poder de um Tribunal de condenação, em um cruel quadro de exclusão e violações de direitos, e mesmo de violações diretas ao postulado da dignidade da pessoa humana. E assim resume o autor, com propriedade:

Os poderes privados constituem hoje uma ameaça para o desfrute efetivo dos direitos fundamentais não menos inquietante que a representada pelo poder público. E isto não é retórica, como insinuam alguns.

Prossegue assim o autor espanhol²⁹⁶,

O Direito não pode ignorar o fenómeno do poder privado. Tem que enfrentar essa realidade e dar uma resposta apropriada, que não poderá

²⁹⁵ UBILLOS, 1997, p. 243. “Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público. Y esto no es retórica, como insinuam algunos.”

²⁹⁶ UBILLOS, *ibid.*, p. 244-250. “El Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir, desde luego, por la vía de una adhesión incondicional al dogma de la autonomía privada. (...) No puede negarse, en efecto, la progresiva difuminación de la frontera entre las esferas de lo público y lo privado. La clásica contraposición se hace vez más ténue. Lo que hay realmente es un continuum, un progresivo entrecruzamiento.”

vir, desde logo, pela via de uma adesão incondicional ao dogma da autonomia privada.

[...]

Não se pode negar, com efeito, a progressiva difulminação da fronteira entre as esferas do público e do privado. A clássica contraposição se faz mais tênue. O que há realmente é um contínuo, um progressivo entrecruzamento.

Esta revisão exige novo enquadramento da autonomia privada, reconhecendo que as relações humanas estão em constantes situações de poder, logo, devendo ser regulado e pautado segundo as normas fundamentais da Constituição Federal.

Se a própria autonomia privada é reconhecida como uma forma de poder do sujeito de Direito Privado em seu âmbito de liberdade, seja de contratação ou até mesmo de escolhas em sua vida em sociedade, ela deverá ser ponderada, coordenada harmonicamente com os demais direitos fundamentais de outras pessoas as quais se convive.

A supremacia constitucional é sustentáculo das normas de direito fundamental. Ela agasalha e irradia os principais valores a serem atendidos pelo Estado e pelos particulares, uma vez que é a norma fundamental e fundamentadora de todo um ordenamento jurídico.

Sobre isto, é importante o ponto de vista realçado por Ubillos²⁹⁷

[...] tem uma grande transcendência, pois exclui que os direitos fundamentais e privado possam conceber-se na atualidade como compartimentos estanques, como mundos separados, impermeáveis, governados por lógicas diferentes”

Este reflexo constitucional no âmbito civilista opera uma superação da dicotomia direito público versus direito privado, em complementaridade necessária, ressaltando-se que o poder público não se esgota no Estatal.

Isto faz com que se observe o Direito Civil sob a perspectiva constitucional, principalmente em atenção em relação aos direitos fundamentais.

Nas palavras de Pereira²⁹⁸

²⁹⁷ UBILLOS, 1997, p. 258-262. “tiene una gran transcendencia, pues excluye que los Derechos constitucional y privado puedan concebirse em la actualidad como compartimientos estancos, como mundos separados, impermeables, gobernados por lógicas diferentes”

²⁹⁸ PEREIRA, 2006, p. 491.

A concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo de hermenêutica comprometido com o caráter normativo da Constituição.

Com efeito, conforme discorrido por Mattietto²⁹⁹, “além do atual papel hermenêutico, as normas constitucionais têm efetivo caráter de direito substancial”, de forma a construir

[...] uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da Sociedade contemporânea, entre os quais está o de dispor de um direito contratual que, além de estampar operações econômicas, seja primordialmente voltada à dignidade da pessoa humana.

E não haveria de ser diferente, pois, como complemento, Mattietto³⁰⁰ pondera que não se deve pensar sobre o Direito Privado, e destacando o mais privado dos Institutos, o contrato, de uma maneira isolada, “mas no contexto do ordenamento jurídico em que está inserido”.

Logicamente, deve-se considerar a fundamentalidade de Direitos Humanos que venham garantir a dignidade da pessoa humana que viva em solo nacional.

À guisa de exemplificação, no caso brasileiro, possuidor de uma Constituição eminentemente garantista em seu mais amplo aspecto, não haveria como negar, portanto, a ampla incidência dos direitos fundamentais dentro de todas as relações jurídicas.

Desta forma, evitar-se-ia o que se chamaria uma “esquizofrenia liberal”, criadora de dupla personalidade dos sujeitos de direitos: a de homem e a de cidadão, em uma descontinuidade entre a órbita pública e a privada³⁰¹

Porém, ainda assim uma das maiores dificuldades volta-se para a conciliação entre os direitos fundamentais e o princípio, também fundamental, da autonomia privada.

²⁹⁹ MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 164-168.

³⁰⁰ MATTIETTO, *ibid.*

³⁰¹ Nesse sentido, LOIS, Cláudia Caballero (org.). **Justiça e Democracia**: entre o universalismo e o comunitarismo. São Paulo: Landy, 2005. p. 25-26.

Isso não significa que tais direitos possam ser aplicados nas relações privadas da mesma maneira que possam ser opostos contra o Estado, uma vez que se está tratando de relações entre sujeitos, todos titulares de direitos fundamentais.

Daí que Daniel Sarmento³⁰² faz uma proposta de ponderação, uma necessidade de adaptações e especificidades na incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, e exemplifica com a seguinte assertiva:

[...] não é razoável exigir, com base na isonomia, que um indivíduo trate de forma igual todos os seus vizinhos, pois ele tem o direito de gostar mais de alguns do que de outros, de convidar alguns pra sua casa e outros não, e seria totalitária a ordem jurídica que pretendesse imiscuir-se nesta questão.”

Desta forma, está preservada a margem de arbítrio que o ser humano reserva para si e para o campo de sua racionalidade. O que se pretende é afirmar os direitos fundamentais como norma de conduta, harmonizadas com a autonomia inerente a cada ser humano.

O que se impõe, nessa reconciliação, é o respeito mútuo aos direitos fundamentais alheios, para sua não violação. O exercício da autonomia privada não pode ter primazia sobre os demais, mas deve obedecer, juntamente com eles, a toda uma ordem jurídica constitucional direcionada para a realização da personalidade da pessoa humana.

A proposta de ponderação proposta por Daniel Sarmento³⁰³ é clara e razoável, de modo a respeitar todo o ordenamento jurídico e a supremacia constitucional vigente. Utilizando-se da ponderação da autonomia privada com a igualdade, o autor prevê que

Quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e em menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaços para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.”

De fato que o poder da autonomia privada é um grande ponto de relevância para a definição do grau de incidência dos direitos fundamentais entre particulares, mas a ponderação se faz necessária, para a garantia do pluralismo social e a identidade coletiva dos integrantes de uma sociedade.

³⁰² SARMENTO, 2006b, p. 259.

³⁰³ SARMENTO, *ibid.* p. 261.

De toda sorte, a idéia de que os direitos fundamentais não vinculam apenas os chamados “poderes sociais”, mas também os particulares, ainda que em situações paritárias³⁰⁴ consubstancia as atuais aspirações do Direito Moderno, mais comprometido com a justiça do que com a letra da lei.

CONCLUSÃO

Hoje já não é mais novidade a alegação de que a supremacia constitucional estende seus fundamentos por todo o ordenamento jurídico do sistema vigente, mesmo sobre o âmbito do Direito Privado. Ocorre hoje o que se chama de publicização do Direito Privado.

³⁰⁴ Nesse sentido, SARMENTO, 2006b, p. 265.

Dentre os múltiplos temas trazidos à baila dentro deste fenômeno, um dos mais interessantes e importantes sem dúvida foi o da incidência dos direitos fundamentais sobre os sujeitos de direito privado, detentores de um poder de autonomia capaz, potencialmente, de sujeitar e até mesmo lesar as demais pessoas com que se relaciona.

Essa autonomia, decorrente do direito fundamental a liberdade é essencial para que a pessoa desenvolva e complete sua personalidade. Mas essa liberdade deveria ao menos no âmbito teórico, pressupor a igualdade.

Mas essa igualdade deve ser material, real, de forma a tratar os iguais igualmente e desigualmente os desiguais. Essa premissa de igualdade pressupõe limites, limites estes que a lei não poderá alcançar todas as ocasiões de violação de que o ser humano é capaz.

A liberdade, ou autonomia para o desenvolvimento da personalidade, assim, estaria viciada se não houvesse a igualdade material entre as partes. Esse quadro teórico rara ou nenhuma vez pode ser observado nas relações sociais, em que o ser humano vive em luta constante para firmar sua vontade.

O quadro é ainda pior quando se olha para um país de modernidade tardia como o Brasil, de tradição a separar grupos, desde os senhores de engenho aos coronéis. A autonomia discriminatória, capaz de gerar verdadeiras atrocidades na vida das pessoas, demonstra que o modelo liberal da autonomia privada como dogma deve ser modificado para a imposição de limites.

Esses limites podem ser inclusive quanto à liberdade das pessoas, liberdade entre particulares para o exercício do poder concernente não apenas ao Poder Público, mas muito especialmente ao Poder Privado.

Daí se poder falar que se os direitos fundamentais são instrumento de defesa subjetivos contra as agressões do Estado, deve-se transcendê-los ao plano interprivado contratual em sua razão maior, para equilibrar os pesos de importância entre liberdade e igualdade.

Isso porque há de se notar, pela evolução histórica e a realidade social contemporânea, que pouco a pouco pulsam valores cada vez mais fortes à questão

da valorização da dignidade da pessoa humana, núcleo básico de todos os direitos subjetivos.

Esta posição faz com que o reconhecimento dos direitos fundamentais em sua posição vertical Estado versus cidadão demonstre-se insuficiente para esta garantia, que deverá estar presente dentro das relações entre sujeitos oriundos da esfera privada, sejam elas contratuais ou sociais.

Logicamente a oposição dos direitos fundamentais não ocorre da mesma maneira em relação ao Estado, havendo formas de incidências diferenciadas. A obrigação de tratar todos igualmente não significa que as pessoas não tenham mais liberdade para o exercício de suas preferências.

O que se pretende abster são condutas que violem frontalmente os direitos fundamentais de um sujeito de direito privado para com outro, igualmente titular de direitos fundamentais, de forma que as relações possam tentar, ao menos em um plano ideal, equilibrar-se.

Desta forma, as normas constitucionais consagradoras dos direitos e garantias fundamentais devem ser obrigatórias e inteiramente cumpridas pelas pessoas privadas, sejam individuais ou coletivas quando entabulam negociações contratuais com outros sujeitos de direito privado.

Mas essa visão deve partir do princípio de que os Direitos fundamentais não são absolutos, tampouco suprimíveis, deverão adequar-se de maneira a serem analisados à luz do seu peso de importância, nas palavras de Dworkin, coadunando-se regras e princípios de modo a garantir os direitos fundamentais, em especial em seu postulado maior da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, tanto em nível de tratamento com o Poder Público como em um contrato entabulado entre particulares e até mesmo em suas relações de convívio, tenha-se ferramentas de modo a garantir o máximo possível os direitos fundamentais concernentes a todas as partes, garantia esta que possa ser amplamente reconhecida pelo Direito.

Ao menos pela sua necessidade e até mesmo pela harmonização do sistema e o ordenamento jurídico vigente no Brasil, muito feliz foi a promulgação de sua Constituição cidadã.

A obrigatoriedade da incidência dos direitos fundamentais, portanto, é necessária não somente para a garantia, mas como meio de efetividade dos direitos fundamentais, pois se unicamente amparadas pelos freios postos ao Estado Leviatã, a fraqueza do Estado simbolizará o inegável agigantamento (ainda maior) do Poder Privado, esmagando o hipossuficiente, e, assim, contradizendo a própria razão de ser humanística dos direitos humanos.

Para não recair em contradições e crises de inefetividade, faz-se mister a oposição dos direitos fundamentais oponível erga omnis, com eficácia contra o Estado e contra terceiros, como maneira de equilibrar a força dos poderes de ambos.

O reconhecimento desta eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é de suma importância para a realização do tão debatido e almejado acesso à justiça.

Em substituição à autonomia da vontade do ideário liberal, a autonomia privada surge em um primeiro momento como limite legal da liberdade contratual dos sujeitos de direito privado. Com a incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais há atuação limitadora endógena e exógena de essência dentro desta liberdade negocial, de maneira a, como diria Dworkin, aquilatar, em seus “pesos de importância”, caracterizando um mínimo de delimitação intrínseca e extrínseca legal e principiológica.

Logicamente isso não caracteriza cerceamento do direito fundamental da liberdade, como caracterizador das dignidades das pessoas envolvidas em um contrato. Assim, tal eficácia não caracterizaria um “duplo limite”, mas uma garantia da liberdade, em consonância ao respeito à liberdade do outro, pelas essências mais básicas do solidarismo moderno, de maneira a “conferir liberdade para ser livre”.

Com isso, não se suprime a liberdade de contratar, somente lhes confere garantia, uma forma de controle de excessos e abusos que caracterizam a velha

imagem antropológica da exploração do homem pelo homem, ainda mais acentuada com as tendências capitalistas globalizadas atuais.

Ocorre que a autonomia privada já configurava limite prévio à livre negociação contratual, um limite positivado. Então, falar em mais um limite, ainda maior, o limite dos direitos fundamentais, em um “duplo limite”, sem suprimir o direito fundamental da liberdade negocial seria então um desafio.

É exatamente por isso que o posicionamento do legislador e da jurisprudência nacional e estrangeira ainda é tímido e bastante polêmico, ainda que se seja cada vez mais se reconhecido o processo de inserção de axiomas da órbita pública dentro da esfera privada.

Países como França e Estados Unidos ainda restringem com certos temperamentos a aplicação dos direitos fundamentais. De uma maneira expressa, não há previsão da obrigatoriedade da presença dos direitos fundamentais dentro das relações privadas de uma maneira em geral. Não obstante serem países desenvolvidos, muitas injustiças são praticadas em decorrência dessa visão.

Isso porque o caráter irradiador dos direitos fundamentais se plasma dentro dos demais direitos, o que vem contribuindo para o processo de publicização do Direito Privado, como ocorrera com a promulgação do Novo *codex* civilista brasileiro, e de certa forma vem sendo bem aceita pela recente jurisprudência por meio de sua atividade interpretativa, inclusive sob os auspícios do Supremo Tribunal Federal.

A importância deste fato é tamanha que, ao realizar o giro paradigmático, aos esforços de uma viragem lingüística aos casos *in concreto*, modifica-se o olhar do jurista, em especial do magistrado, em relação às jurisprudências pátrias para a persecussão da justiça e de uma harmonização dos interesses sociais.

Há, portanto, reflexos da eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares, dentro da hermenêutica contemporânea pós-positivista, de modo a concretizar o grande esforço em prol do acesso à Justiça.

De fato, há um grande esforço, particularmente doutrinário, para trazer em ilações, respostas satisfatórias para o problema de uma verdadeira reconciliação do

estado de liberdade dos indivíduos, particularmente no que concerne à autonomia privada, de modo a concretizar os demais direitos fundamentais do ser humano.

É vital, para isso, a utilização das atividades de ponderação e a teoria principiológica, colocando em contraste as regras e os princípios insculpidos no texto constitucional que prezam pelos valores, tais como a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana, o tratamento isonômico, dentre outros tantos.

A tendência interpretativa em se considerarem princípios como matriz normogenética das regras, exerce juízo de adequação e ponderação *dentro do caso concreto*, agindo como baliza à aplicação dos direitos fundamentais dentro da esfera privada.

Como a análise especificamente das questões negociais entre particulares dá-se caso a caso, a interpretação construtivista é necessária para a concretização de seus ideais de justiça e mesmo seus ideais positivistas, já que boa parte dos direitos fundamentais são compostos por cláusulas gerais, que exige atividade interpretativa intensa, de maneira a ser incindível a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares e a hermenêutica em uma dependência recíproca.

Espera-se o desenvolvimento e a aceitação cada vez maior desse verdadeiro vetor de interpretação no Direito Privado, como mais uma forma de concretização do acesso à Justiça.

Para tanto, deve haver quebra paradigmática, a aceitação de novos princípios, novos instrumentos, a abertura para a interpretação dada pelos novos olhares no pospositivismo, não apenas nos operadores de direito presentes, como os futuros, desde os berços da cidadania e principalmente no âmbito das Universidades.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada. **R. CEJ**, Brasília, n. 9, p. 25 a 30, set./dez. 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na constitucional portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARENDT, Hanna. **As Origens do totalitarismo**. São Paulo: Schwarcz, 1997.

ATIENZA, Manuel. **El Sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. São Paulo: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Luciana; SENNA, Cristiane. Modelos serão obrigadas a fazer exames médicos para combater anorexia. **Revista Época**. N.444, Nov. 2006. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG75786-5856-444,00-MODELOS+SERAO+OBRIGADAS+A+FAZER+EXAMES+MEDICOS+PARA+COMBATER+ANOREXIA.html>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

BOURDIEU, Pierre **O Poder simbólico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Serviço de Jurisprudência. **Habeas corpus n.76.060-4 Santa Catarina**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS/STF/IT/HC_76060_SC%20_31.03.1998.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus**: HC 82424 RS. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs-stf>>. Acesso em: 27 jul. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recursos especial 450989** – Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS/STJ/IT/RESP_450989_RJ_13.04.2004.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Apelação civil 8148/98**. Disponível em: <<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003E4470ECAB8DDE5157388C1D1B314F6C1002EC30B1D54>>. Acesso em: 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST. **Recurso de revista**: RR 613 613/2000-013-10-00.7. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3487039/recurso-de-revista-rr-613-613-2000-013-10-007-tst>>. Acesso em: 20 nov. 2008.

CANARIS, Claus Wihelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, Mercado e Dignidade do Sujeito. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. **Diálogos sobre Direito civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da Identidade**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. Salvador: Podivm, 2007. V.1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. V. I.

DISTÚRBIOS afetivos: projeto de Lei sobre anorexia e bulimia. 2006. Disponível em: < <http://www.redepsi.com.br/portal/modules/news/article.php?storyid=3408>>. Acesso em: 02 fev. 2009.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1999.

FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar**: perguntas e respostas. Porto Alegre: Artmed, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la lei del Más Débil. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FERRERO, Guglielmo. **Los Genios Invisibles de la Ciudad**. Madrid: Tecnos, 1998.

FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. 22. ed. São Paulo: Graal, 2006.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

GEDIEL, José Antônio Peres. Autonomia do Sujeito e Biopoder. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

IGREJA para todas as tribos. Disponível em: <<http://www.comunidadeespirita.com.br/artigos/artigos2008/igrejas%20para%20todas%20as%20tribos.htm>>. Acesso em: 12 mar.2009.

PODER. In: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Francine. **Estou grávida de minha namorada**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI64032-15228,00-ESTOU+GRAVIDA+DA+MINHA+NAMORADA.html>>. Acesso em: 15 maio 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOIS, Claudia Caballero (org.). **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**. São Paulo: Landy, 2005.

MACEDO, Bispo. **O poder sobrenatural da fé**. Rio de Janeiro: Unipo, 2005.

MACHADO, Roberto. Introdução: por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. 22. ed. São Paulo: Graal, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. V.I.

MARMESTEIN, George. **50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELQUIOR, José Guilherme. **O Argumento liberal**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Jaline. **Igreja dos surfistas vai atrás de mais fieis em points dos jovens**. Disponível em: <<http://noticias.gospelmais.com.br/igreja-dos-surfistas-vai-atras-de-mais-fieis-em-points-dos-jovens.html>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

MODELO morre de anorexia aos 21 anos e com 40 kg. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,O1248775-EI306,00.html>>. Acesso em:

NANIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2001. p. 250.

OLIVEIRA, Canaan et al. **Compreendendo seu filho**: uma análise do comportamento da criança. Belém: Paka-Tatu.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PODER. In: HOUAISS, Antonio, e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001, p.2244.

RANGE, Bernard. **Psicoterapia comportamental e cognitiva de transtornos psiquiátricos**. São Paulo: Psy, 1995.

RINALDI, Alessandra de Andrade. **Marginais, delinqüentes e vítimas**: um estudo sobre a representação da categoria favelado no tribunal do júri na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, [2005?].

SANTOS, Carla Maia dos. **Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. 16 nov. 2008

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 86-87.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

_____. **Direitos humanos e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

SCAPARONE, E. Roppo. **Diritto pubblico e diritto civile**. Roma: Laterza, 1998.

SCHAPP, Jan. **Derecho civil y filosofia del derecho**: la liberdade em el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

SCHOPPENHEUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: Em 38 estratagemas. São Paulo: Topbooks, 1997.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Schwarz, 2004.

SIMMEL, Georg. **O Fenômeno urbano**. Rio de Janeiro: Zahar, ANO.

STALLARD, Paul. **Bons pensamentos - Bons Sentimentos**: manual da terapia cognitivo-comportamental para crianças e adolescentes. São Paulo: Artmed, 1995.

STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Poder e contrato: um diálogo com Michael Foucault. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STJ reconhece possibilidade jurídica de discutir ação sobre união homoafetiva. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/103794/stj-reconhece-possibilidade-juridica-de-discutir-acao-sobre-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

TARTUCE, Flávio. **Acórdão do STF - Horizontalização dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=160>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 3. Ed. São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Julgado do TJ/RS reconhecendo união homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=162>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

TEPPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudência del tribunal constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. Lisboa: Lex, 1999. V. I.

VELHO, Gilberto. **Individualismo e cultura**: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

VENOSA, Silvio de Sávio. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.