ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA VALIDADE NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS[1]

FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR VALIDITY UNDER THE PRIVATE RELATIONS

Rogério Magnus Varela Gonçalves*

RESUMO: O texto aborda a problemática da validade dos direitos fundamentais nas relações travadas entre os particulares, visto que remansoso o seu vigor no trato entre o indivíduo e o Estado. A matéria não é nova, sendo certo que o julgamento do caso Lüth (na Corte Constitucional da Alemanha, em 1958) foi de grande valia na historiografia dos direitos fundamentais, mormente no que tange às relações interprivadas. Ainda hoje, discute-se se a validade nas relações estabelecidas entre os cidadãos é mediata ou imediata, e este ensaio introdutório pretende, modestamente, enfrentar esta indagação do direito constitucional.
Palavras-chave: Direitos fundamentais. Validade. Particulares. Constitucional. Civil.

ABSTRACT: The text addresses the issue of the validity of fundamental rights in relations between individuals since it is of slow strength in dealing with the individual and the state. The matter is not new, given that the trial of the case Lüth (in the Constitutional Court of Germany in 1958) was of great value in the historiography of fundamental rights, especially concerning the inter private relations. Even today, we discuss if the validity in relations between citizens is direct or indirect and this introductory essay intends modestly to face this question of the constitutional law.
Keywords: Fundamental Rights. Validity. Private. Constitutional. Civil

1 Texto que se constitui em uma releitura (uma revisão parcial e reestruturação) de escrito anterior, publicado na revista eletrônica do Mestrado da Universidade Federal da Paraíba (*prima facie*, número 5).

* O autor é doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra; Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba; Professor da graduação e da pós-graduação do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Leciona na Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT/PB) e na Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Integra os quadros de professores de cursos presenciais com tutoria virtual (PROVIRTUAL) da Universidade Cândido Mendes perante a Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP). Ministra aulas nos cursos de pós-graduação do Centro de Ensino, Consultoria e Pesquisa da Universidade Potiguar (UnP). Também exerce, no Estado de Pernambuco, a atividade de magistério perante a Faculdade de Direito de Caruaru (FADICA). É advogado militante.

1 INTRODUÇÃO

Nota reflexiva introdutória: Não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si. Não basta, pois, limitar o poder político; é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas [2].

É inegável que o estudo dos direitos fundamentais tem merecido da doutrina constitucionalista, um papel de relevo. É igualmente indesmentível que um dos fatores primordiais para este destaque é a sua expansividade e a conseguinte necessidade de se tecerem considerações sobre os "novos" direitos fundamentais.

Com efeito, se no início os direitos em exame apenas serviam para aplacar a interferência estatal na vida privada[3] (direitos fundamentais de liberdade, igualmente considerados como sendo de primeira dimensão), hoje está assente, na doutrina, a existência dos direitos fundamentais de segunda (direitos sociais, com maior apego ao primado da isonomia), terceira (direitos de solidariedade) e quarta dimensões (direitos de preocupação global, ou seja, com vocação comunitária). Outrossim, já há quem cogite uma quinta dimensão dos direitos detentores de fundamentalidade.[4] Outra nota incontornável é a de que a maior importância da categorização supracitada está voltada para fins prioritariamente acadêmicos, porquanto não é lícito imaginar vagões estanques de direitos fundamentais, sendo certo que estes têm zonas de contato, independentemente da dimensão a que se atrelem.[5]

2 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional:** direitos fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4. p. 325

3 Quem bem retratou a função originária dos direitos fundamentais foi Reinhold Zippelius, para quem "*a função principal dos direitos fundamentais consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária*".
ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 419.

4 OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000. p. 97 e seguintes.

5 É de bom tom deixar registrado que o presente texto continua coerente com o que escreveu o seu autor na sua dissertação de Mestrado, notadamente no que se refere a uma abordagem acadêmica desta divisão dos direitos fundamentais em sua tetradimensionalidade, eis que a classificação adotada "*não tem o condão de pugnar pela impenetrabilidade de um direito de uma dimensão em outra distinta*".
GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito constitucional do trabalho:** aspectos controversos da automatização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 37.

Logo, merece ser consignado que, como a gênese da idéia dos direitos fundamentais tem um liame inquebrantável, com um certo afastar do Estado em face das liberdades individuais, durante muito tempo de imaginou que os supracitados direitos apenas seriam oponíveis em face do próprio ente estatal. Esta se nos aparenta a razão maior pela qual existe ainda espaço para tratar, com atualidade, da incidência dos direitos fundamentais na órbita privatística.

O vanguardismo da problemática (os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas) também decorre da conclusão de que o catálogo dos direitos fundamentais é aberto, existindo assim os direitos fundamentais atípicos.[6] Por conseguinte, indaga-se da aplicabilidade destes na esfera particular.

A tese predominante, entre os estudiosos, de que há um rol exemplificativo dos direitos fundamentais ganha pujança quando são verificadas várias mutações constitucionais aditivas, modificações estas que têm sido implementadas para albergar, sob o manto da fundamentalidade, novas conquistas da coletividade, ganhos estes decorrentes de mudanças sociais, culturais, políticas ou econômicas. É isto que tem ocorrido no plano relacional entre os direitos civil e constitucional, ramos do saber jurídico que têm encurtado antigas distâncias, em virtude da constitucionalização do direito civil ou da privatização do direito constitucional.[7]

A subdivisão da fundamentalidade em formal e material, difundida mundialmente por Robert Alexy, promoveu a abertura do catálogo constitucional a direitos materialmente fundamentais, e que ainda não foram

6 GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1995. O livro é indicado para quem pretende se aprofundar no estudo da abertura do sistema de direitos fundamentais a outros direitos não consagrados no Texto Constitucional.

7 As pontes entre o direito civil e o constitucional se constituem no objeto central dos livros indicados a seguir:
MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 207 e seguintes.
SARLET, Ingo Wolfgang (org). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2003.
____ (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2003.
____. "Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **A Constituição concretizada – construindo pontes para o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2000, p. 107 usque 163.
TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55 e seguintes.

constitucionalizados (positivados). Daí, a conclusão a que se chega é que existe uma progressividade do elenco de direitos que possuem essa natureza jurídica. No que pertine ao Brasil, é fácil diagnosticar que o parágrafo segundo do artigo 5º da atual Norma Ápice[8] prevê a inserção de outros direitos não textualizados naquele diploma legal.

A melhor doutrina constitucional já acenou neste sentido, apenas com variações de taxonomia. Para uns, há que falar em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais[9]. Para outros, a melhor opção terminológica é a da *norma com fattispecie aberta* ou ainda uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais*[10]. Há, ainda, quem fale em *compreensão alargada dos direitos fundamentais*[11]. Já o Tribunal Constitucional Alemão optou pela expressão *proteção dinâmica dos direitos fundamentais*[12]. Essa discussão (a abertura do *habitat* da fundamentalidade a novos direitos) é relevante para o tema a que se propõe analisar, eis que foi justamente o acúmulo progressivo de direitos fundamentais que lhe propiciou a incidência nas relações entre os particulares.

Contudo, as variáveis terminológicas, apontadas acima, se nos apresentam como de valia secundária, porquanto o que mais importa é a uni-

8 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

9 Dentre os defensores desta nomenclatura destacam-se (ordem alfabética):
ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 23/47. O autor em questão enfatiza o caráter aberto dos direitos fundamentais sob o argumento de inclusão, na ordem jurídico-constitucional interna, de normas internacionais (perspectiva universalista ou internacionalista dos direitos fundamentais), defendendo a idéia da Constituição material. No caso português este tirocínio ganha força com a literalidade do art. 16, § 1º da Constituição da República Portuguesa.
MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 162.
QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 48/57 e 165/168.

10 Dentre os defensores desta nomenclatura destacam-se (ordem alfabética):
BALDASSARE. Responsável pela clarificação do verbete "Diritti inviolabili", In: **Enciclopédia Giurídica**, v.11.
CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379/380.

11 HESSE, Konrad. **Grundrechte: Bestand und Bedeutung**, in: BENDA/MAIHOFER/VOEGEL (eds.), **Handbuch des Verfassungrechts, I**, Berlim, Nova Iorque, 1983. p. 85 - 89.

12 BVerfGE 32, 54 (*Kalkar* I); 49, 89 (*Betriebsbettretunsrecht*).

formidade doutrinária e jurisprudencial, no sentido de aceitar a idéia de constante complementação do catálogo dos direitos fundamentais. A partir dessa indisfarçável conclusão (rol aberto dos direitos fundamentais), é que o texto ora escrito pretende discorrer sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Outro fator determinante da validade dos direitos fundamentais, no trato entre os particulares, diz correlação com a tese, hoje reinante, de que estes possuem uma dupla dimensão: a) a subjetiva, que é tradicional, consistindo na abstinência estatal de intromissão na vida dos cidadãos (os direitos fundamentais como direitos de defesa) e; b) a objetiva, esta se revestindo de um caráter prestacional, eis que, ao Estado, não basta não desrespeitar os direitos inerentes ao seu elemento subjetivo (povo), pois ele deve se aplicar na missão de evitar que quaisquer outros indivíduos (mesmo alheios aos muros do próprio Estado) o façam.

Por fim, para colocar logo as cartas sobre a mesa, o texto ora confeccionado deseja enfrentar, mesmo que superficialmente, e ciente de que o leitor há de procurar fonte mais límpida de consulta, as seguintes questões da teoria constitucional:

a) a decisão firmada no célebre julgamento LÜTH[13] tem, nos hodiernos dias, aplicabilidade? Em caso positivo, ela é total ou parcial?;
b) a vagueza conceitual do que vem a ser tido por "direito fundamental" colabora ou não para o alargamento do seu rol e o perigoso surgimento de direitos quiméricos (também no campo das relações privadas)?;
c) existe validade dos direitos fundamentais nas relações privadas? Em caso de resposta positiva, ela é direta ou reflexa?;
d) em que medida as pontes construídas entre o Direito Constitucional e o Civil podem ou não se revestir de tentativa de dominação de um ramo do saber jurídico em desprestígio do outro?

Para bem responder aos questionamentos acima, é essencial lançar os olhos à história e à memória do estudo dos direitos fundamentais.

Destarte, como o vertente ensaio introdutório não concebe um es-

13 Julgamento ocorrido perante o Egrégio Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1958.

tudo meramente sincrônico do direito, preferindo a análise diacrônica, eis que a historicidade é importante na teorética jurídico-constitucional, permite-se investigar o caminhar histórico da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS: O ECOAR DE UM JULGAMENTO

A abordagem histórica da aplicabilidade dos direitos de índole fundamental na seara privada passa, necessariamente, pelo julgamento do caso LÜTH por parte da Corte Constitucional da Alemanha, precisamente em 1958.

Sendo assim, é de bom alvitre realizar uma breve digressão histórica do referenciado conflito de interesses deduzido em juízo, bem como da subsunção decisória que deixou marcas no que pertine ao enfrentamento da problemática.

O feito em tela dizia respeito à exibição ou não de uma película por parte da indústria cinematográfica germânica. O filme fora produzido pela cineasta Veit Harlan, notória adepta da ideologia da supremacia racial ariana, tendo sido boicotado - na sua exibição - por Erich Lüth, então Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo.

Em primeira instância, a produtora obteve êxito na sua pretensão, que era justamente a de declarar inconcebível o boicote. A tese vitoriosa perante o Tribunal Estadual de Hamburgo foi a de que o art. 826 da Norma Substantiva Civil da Alemanha dava guarida à pretensão autoral. Registre-se que o comando normativo infraconstitucional em epígrafe asseverava que "*quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano*".

Demonstrando a sua inconformidade com a decisão do Tribunal Estadual, Erich Lüth apresentou recurso específico (*Verfassungsbeschwerde*) à Corte Constitucional. O colegiado judicante houve por bem afastar a incidência do pré-falado art. 826, sob o argumento de que não se pode fazer uma interpretação das cláusulas gerais de direito civil em descompasso com os valores constitucionalmente protegidos. Disse, ainda, que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão: aí se incluindo a de

índole objetiva. Pugnou, por conseguinte, pela existência de uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), bem como agasalhou a tese dos deveres de proteção (*Schutzpflicht*)[14].

Por eficácia irradiante de direitos fundamentais, fenômeno jurídico igualmente conhecido como "vis expansiva dos direitos fundamentais"[15], tem-se que o direito privado estaria sucumbente aos mandamentos de índole constitucional. Haveria, por conseguinte, uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais, uma vez que, até mesmo o primado da liberdade da vontade das partes, uma das principais características do mundo privatístico, encontraria, na fundamentalidade, uma barreira. Aqui, o ajuste dos atores dos negócios jurídicos cederia espaço em prol da hierarquia normativa, que, tradicionalmente, prestigia a Constituição em detrimento de outros comandos normativos e/ou contratos *inter partes*. Em outras palavras, e em uma perspectiva estadual dos direitos fundamentais[16], pode-se teorizar

14 SARMENTO, Daniel. "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria" (251/314). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. O autor realiza, neste seu artigo, mui boa explicitação histórica do julgamento do caso Lüth, mormente entre as pp. 261/263. Ademais, traduz as principais passagens da decisão em análise que, em face da sua importância, vai aqui transcrita:
"A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferências das autoridades públicas. eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também do desenvolvimento histórico que levou à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países [...].
É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo desses direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas área da legislação, administração e jurisdição. Assim, é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito. O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado por intermédio dos seus dispositivos aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação", p. 262.

15 QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. A autora adota a terminologia da "vis expansiva dos direitos fundamentais" para fazer referência a incidência dos direitos jusfundamentais na órbita privada, mormente nas pp. 267/281.

16 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 13 e seguintes. O leitor pode ter acesso aos múltiplos prismas pelos quais se pode lançar o olhar da temática dos direitos fundamentais: a) perspectiva filosófica ou jusnaturalista; b) perspectiva estadual ou constitucional – que foi adotada no presente escrito; c) perspectiva universalista ou internacionalista.

que os direitos jusfundamentais exprimem uma ordem valorativa, e que tal opção axiológica há de estar assente em todo o cosmos jurídico de uma determinada Nação, aí se incluindo o mundo das relações privadas. É de bom alvitre referir que vários autores, a exemplo de Claus-Wilhelm Canaris, refutam a idéia da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, fato que será abordado pormenorizamente ao longo do texto.

Quanto ao item dos deveres de proteção conferido pelo julgamento LÜTH, deve-se ter em mente que houve uma transformação da interpretação do papel do Estado. Sim, se no primeiro momento se imaginava o Estado como sendo aquele de quem se há de proteger por meio das normas de índole fundamental, agora se exige do mesmo Estado que este, além dessa postura negativa em face dos direitos, liberdades e garantias dos indivíduos, na relação mantida com os administrados, também tome uma missão pró-ativa, ou seja, que seja um fiel fiscal da observância dos direitos fundamentais na relação interpessoal (relação entre os particulares). Em outras palavras, o mister do Estado foi aquilatado, eis que agora se pode cogitar da agressão estatal aos direitos fundamentais por ação (quando o ente público desrespeita qualquer direito fundamental do cidadão) e, também, por omissão (quando o Estado é omisso ou ineficaz na sua missão de defender os direitos fundamentais dos indivíduos no seu trato relacional privado).[17]

Deve-se colocar mais uma nota nesta discussão, qual seja: a da responsabilidade civil objetiva do Estado. Sim, o art. 37, § 6º, da Norma Cume do Brasil é claro ao pugnar pela responsabilização estatal, quer por ato, quer por omissão de seus agentes, causadores de prejuízos a terceiros. Sendo assim, forçoso concluir que, na atual conjuntura dogmático-constitucional brasileira, a inobservância pública do cânone dos deveres de proteção dos direitos fundamentais dá-lhe azo à responsabilização civil.

Registre-se que o eco do julgamento em análise foi tamanho que fez aguçar os ouvidos de vários detentores do poder constituinte, o que deixa

17 MENDES, Gilmar Ferreira (org). **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 208/210. Na referida obra o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil subdivide os deveres de proteção, clara decorrência de uma visão objetiva dos direitos fundamentais, em: a) dever de proibição; b) dever de segurança e c) dever de evitar riscos. Ademais, retrata pensamento da Corte Constitucional Alemã no sentido de que existe um direito subjetivo dos cidadãos de exigir do Estado o fiel cumprimento de suas atribuições de proteger, até mesmo em face de terceiros, os direitos daqueles.

extreme de dúvidas o seu relevo histórico-constitucional para o estudo da temática da eficácia externa (eficácia com relação a terceiros), ou dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais[18]. Apenas para exemplificar o argumento anterior, merece destaque que a Carta Constitucional de Portugal foi categórica e literal, sob inspiração do caso Lüth e outros processos análogos, em afirmar – no seu art. 18º/1 – da aplicação dos direitos jusfundamentais na órbita privada[19].

Entretanto, o que agora cabe indagar é se o modelo seguido pela Corte Constitucional Alemã é ainda aplicável em sua inteireza, ou se merece alguma revisão. Ressalte-se que esta inquietude já foi enfrentada, com muita propriedade, por CLAUS-WILHELM CANARIS. O catedrático da Universidade de Munique propôs uma verdadeira reconstrução crítica do caso Lüth[20], baseada – precipuamente – em dois fatores, a saber: a) a necessidade de uma separação estrita entre a eficácia de irradiação e a problemática da super-revisão e; b) a substituição da tese da "eficácia de irradiação" pelo recurso às funções dos direitos fundamentais de proibição de intervenção e de imperativo de tutela. Por questões metodológicas, e com o intuito de discorrer autonomamente sobre o assunto, o texto ora formulado se permite trazer a lume o pensamento de CANARIS, intercalando-lhe as idéias com considerações próprias.

O primeiro vício, na ótica de CANARIS, é o de se valer da teoria da eficácia de irradiação para modificar a natureza jurídico-institucional do Corte Suprema. Sim, ele advoga a tese de que não se pode transformar o Tribunal Constitucional em um órgão de super-revisão do que fora discutido nas variadas áreas de interesse, entre os particulares (esfera civil, comercial, laboral, etc). Com efeito, assegura que os Juízos Ordinários estão a perder sua força em prol do Juízo Extraordinário, que, pela análise recursal de grande parcela dos feitos apreciados anteriormente pelas Cortes Temáti-

18 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1286 e seguintes. Expressões utilizadas pelo autor com sinonímia ao primado da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada.

19 Artigo 18.º (Força jurídica)
1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. (redação com texto original)

20 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. Coimbra: Almedina, 2003.

cas Infraconstitucionais, tem como que deixado de ser Extraordinário para ser de consulta corriqueira, fator que lhe promove o emperramento. Sugere, então, para evitar o inchaço das funções do Tribunal Constitucional, como que a manifestação da relevância do caso *decidendo*.

Venia concessa, mas a proposta não tem o condão de evitar entraves processuais na Corte Ápice, visto que ela prevê que esta manifestação de relevância temática seja pronunciada pelo Juízo *ad quem* (Tribunal Constitucional), que teria de movimentar toda a sua máquina administrativa e judicante para a feitura dessa análise preliminar do feito. Logo, sob o aspecto processual-constitucional, sua proposta se torna inócua. Melhor seria, uma vez adotada a idéia da pertinência da matéria para análise na Corte Supralegal, deixar a cargo do Juízo *a quo* a manifestação da admissibilidade de envio ou não dos autos para a instância extraordinária (decisão esta passível de recurso, em casos específicos e raros). Em outras palavras, se o objetivo é desobstruir o Tribunal Constitucional, não se pode crer que o seu usual chamamento, para dizer da pertinência temática de algum conflito de interesses a ele encaminhado, vá alcançar o intento.

O segundo vício – já anunciado alhures – é o da adoção, por parte da Corte Suprema Germânica, da tese da eficácia irradiante. Segundo afirma, existe falha material no plano do direito constitucional, ao se defender a idéia em destaque (eficácia de irradiação), eis que ela não se revestiria de conceituação jurídica, sendo mera formulação metafórica transportada da linguagem coloquial. Aduz, ainda, que melhor solução seria a de substituir-se o vago critério, adotado pela Corte Constitucional Alemã, pelas funções usuais dos direitos fundamentais, mormente a da proibição interventiva e a do imperativo de proteção.[21]

Em tom de concordância com o jurista alemão, este breve estudo se permite adicionar uma nota: a fluidez do que venha a ser "eficácia de irradiação" ou, principalmente, a inexistência de critérios clarividentes de seus limites faz emergir a pessoalidade aplicativa do instituto. Tal fato entra em rota de colisão com os básicos preceitos da certeza e segurança jurídicas. Com efeito, não se apresenta razoável que o julgador, quando da apreciação

21 Idem, p. 131- 132.

decisória, possa alargar ou encurtar, a seu critério pessoal, os horizontes da eficácia de irradiação, sob pena ou de usurpação de competência legiferante (quando elastece em exagero os limites da eficácia de irradiação) ou de impedir o alcance dos axiomas constitucionalmente privilegiados (quando minimiza o alcance da eficácia de irradiação).

Logo, a aplicação do julgado Lüth e da teoria por ele representada é parcial nos atuais dias, mormente tendo em vista a necessidade de abertura do espaço teorético a outras possibilidades de enfrentamento da questão.[22]

Assim sendo, entende-se por suficientemente enfrentada a primeira das indagações inseridas no intróito deste ensaio.

Sim, não obstante a reafirmação da idéia da proibição de retrocesso dos direitos fundamentais e, agora, na Europa (e uma tendência crescente de adoção de critérios semelhantes em outros quadrantes do globo), da constitucionalização da norma européia mais favorável em sede dos direitos jusfundamentais (vide artigos 52 e 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia)[23], deve-se ser cauteloso, ou até mesmo estabelecer ba-

22 J. J. GOMES CANOTILHO, p. 1286 e seguintes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1286 e seguintes. O catedrático lusitano sugere, dentro das atuais tendências da questão da eficácia dos direitos fundamentais na órbita privada, a necessidade de soluções diferenciadas, muito embora não se deixe aqui de reconhecer que o autor em apreço firma posicionamento na defesa da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivados. Logo, a unicidade modelar sugerida no precedente Lüth há de ser substituída por uma abordagem mais alargada e verdadeiramente plural, objetivando levar em conta as variáveis decorrentes de especificidades dos processos posto ao conhecimento dos julgadores. Sugere, pois, uma metódica de diferenciação, na qual são vislumbrados cinco grandes grupos, que aqui cabe apenas referir: a) eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição; b) eficácia horizontal através de mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada; c) eficácia horizontal imediata e mediação do juiz; d) poderes privados e eficácia horizontal e e) o núcleo irredutível da autonomia pessoal.

23 **Art. 52 – Âmbito dos direitos garantidos**:
1 – Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente aos objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.
2 – Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiam nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Européia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos.
3 – Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não nos obsta a que o Direito da União confira uma proteção mais ampla.
Art. 53 – Nível de proteção:
Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

lizas para a "vis expansiva dos direitos fundamentais", sob pena de panfundamentalização. Em outras palavras, se é certo afirmar da necessidade da mantença do um espaço livre do direito, mais certo é falar da premência de se ter uma esfera pessoal e social em que a fundamentalidade não encontre lugar fértil para o seu desenvolvimento.

Observa-se que o julgamento Lüth, verdadeiro *leading case* sobre a abrangência da exigibilidade de observância privada dos direitos fundamentais, é paradigmático, e é ponto de partida obrigatório quer para quem concorda e comunga com o pensamento plasmado pela Corte Constitucional da Alemanha, quer para quem sugere, ou indica caminho novo no exame do assunto.

Eis, aqui, uma breve paragem pelas pegadas históricas do estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

3 A INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL COMO UMA DAS CAUSAS DO ALARGAMENTO DAS SITUAÇÕES JURIDICAMENTE PROTEGIDAS SOB O MANTO DA FUNDAMENTALIDADE

Já foram escritos rios de tinta acerca da dificuldade conceitual do que vem a ser um direito fundamental. Tal fato decorre, claramente, de sua natureza polissêmica. Esta polissemia e a conseguinte multiplicidade de enfoques possíveis ao instituto jurídico em apreço fizeram surgir duas correntes doutrinárias distintas: de um lado, existe a corrente minimalista dos direitos fundamentais, que se aproveita da carência de silhueta definida dos direitos jusfundamentais para apequenar-lhe o rol; de outro lado, existe a corrente maximalista dos direitos fundamentais, que se vale justamente da fluidez conceitual para aquilatar o elenco dos mesmos direitos fundamentais.

Hodiernamente, a corrente majoritária é a maximalista, como faz prova a clara receptividade constitucional aos novos direitos fundamentais, bem como o crescente número de tratados internacionais versando a matéria, e ainda a validação do primado da proibição de retrocesso.

Contudo, merece ser feito um alerta. Não há que confundir os direitos fundamentais reais com os quiméricos, porquanto a tentativa de uma

interpretação muito elástica da fundamentalidade pode desaguar no rasgo dos mesmos direitos. Em outras palavras, a banalização dos direitos fundamentais (com o crescimento desenfreado da enumeração dos direitos e, também, com a mutação de direitos de silhueta libertária para prestacional) pode acarretar a retirada da força dos reais e efetivos direitos fundamentais, que terão a diluição de sua importância em face da inserção de direitos utópicos; outrossim, existirão custos sociais muito elevados para o Estado, no sentido deste tomar para si a missão de efetivação dos direitos fundamentais, mesmo os que não têm – na essência – natureza de concessão de prestações públicas. A conseqüência mais visível seria a falência do Estado e, ao invés de proteção integral, ter-se-ia o óbito do órgão protetor e, por via de conseqüência, a salvaguarda passaria a ser mínima, ou não existir. Logo, não se pode ter uma visão maniqueísta do tema, sendo-lhe também premente a apreciação pelo viés da análise econômica do direito (*Law & Economics Scholarship*).

Não seria ilícito aduzir que normas de direitos fundamentais se apresentam – via de regra – como líquido que se amolda a vários recipientes, fator que, como já dito, dificulta uma conceituação ajustada dos direitos fundamentais e a conseguinte aplicabilidade de certos direitos na órbita privatística (eis que não se sabe, ao certo, se eles são ou não detentores de fundamentalidade).

Quem bem retratou esta situação foi J. J. GOMES CANOTILHO, falando mesmo em uma indeterminação propositada (metamorfose ambulante que tem por fito permitir adequações às mutações dos interesses dos governantes de plantão) do que venha a ser direito fundamental. Pede-se *venia* para transcrever-lhe o rico pensar:

> Como todos sabem, "fuzzy" significa em inglês "coisas vagas", "indistintas", "indeterminadas". Por vezes, o estilo "fuzzista" aponta para o estilo do indivíduo. Ligeiramente embriagado. A nosso ver paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais a carga metodológica da "vaguidez", "indeterminação", "impressionismo" que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de "fuzzismo" ou "metodolo-

> gia fuzzi".(p. 100) [...]
> Mas se, no que respeita ao indeterminismo "fuzzi", os juristas acompanham o discurso crítico sobre as ciências sociais, importa reconhecer que, mesmo nos estritos parâmetros jurídico-dogmáticos, os direitos sociais aparecem envoltos em quadros pictóricos onde o recorte jurídico cede o lugar a nubelosas normativas. É aqui que surge o "camaleão normativo". A expressão não é nossa. Foi utilizada pelo conhecido constitucionalista alemão J. Isensee há mais de quinze anos. Com ela pretendia significar a instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto – como o dos direitos sociais – quer a conteúdos normativos imanentes ao sistema (system-immanente) quer a conteúdos normativos transcendentes (system-transcendente). Esta indeterminação explicaria, em grande medida, a confusão entre conteúdo de um direito juridicamente definido e determinado e sugestão de conteúdo sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes. (p. 101) [24].

Ademais, existe uma clara tendência para se colocarem os direitos fundamentais sob o signo de *standards* abertos, o que vem reforçar a fluidez apontada acima.

Logo, o texto ora escrito, longe de tentar amesquinhar os direitos fundamentais, os quais, no mais das vezes, foram conquistados com derramamento de suor, lágrimas e até sangue, acredita que eles seriam mais protegidos, caso houvesse a especificação dos seus fins. Assim sendo, com a explicitação dos propósitos dos direitos em epígrafe, seria mais fácil diagnosticar quais são os reais direitos fundamentais, e aí, sim, cobrar do Estado que chancele a sua aplicabilidade entre os particulares (na medida da possibilidade desta exigibilidade).

Por fidelidade acadêmica, merece destaque que a idéia aqui defendida não é de todo original, eis que decorre de uma aplicação analógica do pensamento do Professor Humberto Ávila, que afirma, quando aborda a problemática dos princípios jurídicos, que "*quanto menos específico for o*

24 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 100-101. (Texto Metodologia Fuzzy e os camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais, p. 97-114).

fim, menos controlável será a sua realização".[25] Ora, esta linha de tirocínio, inicialmente pensada para o mundo principial, também se pode utilizar na órbita dos direitos fundamentais. Com efeito, se a robustez da aplicabilidade principiológica decorre da supressão da vagueza dos princípios, da mesma forma a maior pujança dos direitos fundamentais estará garantida com a delimitação mais aclarada do bem jurídico que se visa a proteger.

Adotando-se a regra da especificidade em relação à norma de direito fundamental, seria mais viável a divisão do joio do trigo (saber quais são os efetivos direitos fundamentais, separando-os dos utópicos ou quiméricos, bem como daqueles decorrentes de mudança de orientação governamental). Estas certeza e segurança jurídicas, por sua vez, fariam com que o Estado se pudesse desincumbir, com maior desenvoltura, da missão de conceder força eficacial aos direitos fundamentais, no âmbito das relações privadas.

Ante todo o exposto, entende-se por respondida, afirmativamente, a indagação "b", contida na parte vestibular deste estudo. Sim, a vagueza conceitual dos direitos em testilha, ao passo que colabora com o surgimento de novos direitos fundamentais de duvidosa fundamentalidade, faz também apequenar a sua efetivação, em virtude da diluição de sua importância entre direitos ilusórios (fenômeno da banalização ou vulgarização dos direitos fundamentais).

4 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SEARA PRIVADA: MEDIATA OU IMEDIATA? (POSIÇÕES MONISTAS VERSUS POSIÇÕES DUALISTAS E A EXISTÊNCIA DE UMA TERCEIRA VIA)

Outra questão que me merece abordagem autônoma é aquela correlacionada com o momento da incidência dos direitos fundamentais, na órbita privada. Neste particular, faz-se mister antecipar que não existe voz única na doutrina, por igual na jurisprudência.

Ao contrário, há uma clara dicotomia entre as linhas de pensamento. Existem, básica e historicamente, duas teorias principais: a monista e a dualista.

25 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 73.

A corrente monista advoga a tese de que, ante a supremacia constitucional e a conseguinte posição cimeira desfrutada pela Lei Fundamental, na estrutura verticalizada do direito, não se poderia fugir à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na órbita privada. Assim sendo, a norma de direito fundamental não teria como destinatário direto apenas o legislador (no institucional papel de elaborador de normas infraconstitucionais conformadoras dos direitos fundamentais), alcançando as relações interprivadas.

Apenas para clarificar a primeira linha de pensamento, o texto invoca as lições de Gomes Canotilho, que enquadra a discussão na metódica constitucional, asseverando que o Julgador, quando se deparar com uma lide em que se suscite o confronto entre a norma de direito fundamental e o mundo civil (norma civilística e/ou contrato *inter partes*), tem dois caminhos a trilhar, quais sejam: a) aplicar o direito privado, sem deslembrar da Carta Constitucional. Em outras palavras, havendo margem interpretativa da ordem jurídico-privada, deve-se ter em conta o princípio da interpretação conforme a Constituição. Merece o reforço de que só se pode admitir tal fato (interpretação conforme) nos casos em que o sentido da norma seja duvidoso[26]. b) Não sendo possível fazer-se uso da interpretação, conforme a Constituição, o magistrado haverá de pugnar pela incompatibilidade com a Norma Ápice (não receptividade, caso a norma civil seja pretérita ao *novel* ordenamento constitucional, ou inconstitucionalidade, caso a lei civil seja posterior aos novos direcionamentos supralegais) e, por via de conseqüência, deve desaplicar a lei civil. Prestigia-se, pois, a supremacia das normas constitucionais, como clara adoção da idéia de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, na relação interprivados. Também defendem, ou defenderam a mesma idéia, dentre outros, Vital Moreira[27], José João

26 O Supremo Tribunal Federal do Brasil já firmou entendimento de que o mecanismo de harmonização constitucional em exame só é passível de utilização quando a norma impugnada admitir, dentre várias interpretações ou ilações possíveis, uma que a compatibilize com a Lei Maior, sendo totalmente inadmissível em casos de o sentido da norma ser cristalino e unívoco. (STF – Pleno – Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.344-1/ES – Medida Liminar – Relator Ministro Moreira Alves, publicado no Diário da Justiça, Seção I, 19 de abril de 1996, pág. 12.212).

27 MOREIRA, Vital ; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 144 e seguintes.

Abrantes[28], Ana Prata[29], Juan Maria Bilbao Ubbilos[30], E. Chemerinsky[31] e I. Nerken[32].

Como forma de cristalizar a linha ideológica da corrente monista, pede-se *venia* para transcrever recente posicionamento da professora lusitana Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, que tece as seguintes considerações conclusivas acerca da problemática:

> Não há, na doutrina, uma posição unânime quanto aos direitos fundamentais que têm, à partida, na sua estrutura, uma projecção imediata no âmbito das relações jurídicas privadas. Esta dificuldade é um primeiro argumento a favor da tese que defendemos, que é a de que se deverá considerar que os particulares se encontram imediatamente vinculados aos direitos, liberdades e garantias previstos na CRP. Parece mais coerente tratar igualmente todos estes direitos (excluindo, evidentemente, aqueles que têm por destinatários exclusivamente os órgãos estatais) do que traçar fronteiras, muitas vezes artificiais, entre direitos que se devem considerar, desde logo, imediatamente vinculantes e direitos em relação aos quais essas questões não estão previamente resolvidas [33].

A dualista, por seu turno, entende que o princípio da liberdade contratual entre as partes não poderia ser restringido pela ordem normativa supralegal, até porque referido princípio também possui morada constitucional. Logo, pugnam pela validade apenas mediata dos direitos fundamentais na órbita privada, tudo no afã de fazer manter o espírito jusprivatístico.

28 ABRANTES, José João. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. p. 103. Registre-se quanto a este autor que houve uma viragem de seu pensamento e ele agora entende, como fruto de sua tese de doutoramento defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de Bremen, uma posição intermediária (aceitando a aplicação direta dos direitos fundamentais no tratamento entre o indivíduo e o Estado, bem assim entre indivíduos que estejam com uma situação de desequilíbrio real entre si). Tal fato ficará explicitado ao longo do texto, inclusive com a transcrição do novo entendimento do citado pensador.

29 PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 137.

30 BILBAO UBBILOS, Juan Maria. **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado:** la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana. Madri: McGraw-Hill. 1997. p. 11-19 (nota preliminar).

31 CHEMERINSKY, E. **Rethinking State Action**. p. 503-557.

32 NERKEN, I. A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the Civil Rights Cases and State Action Theory. **Revisa da Faculdade de direito de Harvard.** v. 12, 1977. p. 297 e seguintes.

33 CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 107.

Teorizam, os defensores desta corrente, que a vinculação primeira da norma de direito fundamental é firmada com o legislador, e só indiretamente ela poderia tocar o mercado jurídico privado (pessoas físicas e jurídicas).

Também, com o intuito de melhor explicar a segunda linha de pensamento, o texto se recorre dos ensinamentos de Mota Pinto que, no essencial, assevera que o direito civil não há de perder a sua autonomia e autenticidade quando necessário se fizer aplicar normas jusfundamentais. Ao contrário, entende o autor que, em face das características próprias e específicas das relações jurídico-privadas, existiria uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito civil, sempre com a utilização de mecanismos típicos deste ramo do direito. Assevera, ainda, que a liberdade contratual é um mandamento de índole constitucional, e que – ante o primado da unidade da Lei Maior – não estaria em posição de inferioridade em face das normas de direitos fundamentais. Logo, repele a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivados, asseverando que isso conduziria a uma indesejada rigidez, inautenticidade e irrealismo da vida jurídica havida fora dos muros estatais.[34] Também defendem a mesma idéia, dentre outros, Claus-Wilhelm Canaris[35], Lucas Pires[36], Menezes Cordeiro[37], Dürig[38], Leisner[39] e W. P. Marshall.[40]

Um dos fatores que propicia essa diversidade de posicionamento, entre os que se dedicam ao estudo do tema, é a diferença aplicativa dos direitos fundamentais. Na aplicação tradicional dos direitos fundamentais, há uma contraposição entre o Poder Público e o indivíduo, em que este último é detentor de direitos fundamentais, o que não ocorre com relação ao ente estatal. Já no que respeita à aplicação interprivado dos referidos direitos, existem dois indivíduos com interesses por vezes antagônicos, e sendo certo

34 PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral de Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 71 e seguintes.
35 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 53-54.
36 PIRES, Lucas. **Uma Constituição para Portugal**. Coimbra, 1975. p. 89.
37 CORDEIRO, Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil.** Lisboa: AAFDL, 1994. p. 327 e seguintes. v.1.
38 DÜRIG. **Grundrechte und Zivilrechtsprechung**, 1956. p. 157-176.
39 LEISNER. **Grundrechte und Privatrecht.** p. 378 e seguintes.
40 Marshall, W. P. Diluting Constitutional Righes: Rethinking State Action. **Revista da Universidade de Northwestern,** v. 80, n. 3, 1985. p. 558 e seguintes.

que ambos são detentores de direitos fundamentais.[41]

Relembre-se que a discussão em tela foi iniciada na doutrina germânica, tendo como principais debatedores IPSEN (a quem se atribui o batismo da problemática com o nome de "eficácia externa dos direitos fundamentais" – *Drittwirkung der Grundrechte*), LEISNER[42] e NIPPERDEY[43].

O texto faz, aqui, papel de agente multiplicador do alerta de Ingo Sarlet, para quem não se pode confundir o estudo da validade interprivado dos direitos fundamentais com o dever de observância de referidos direitos por parte do Legislador e do Magistrado. Sim, não obstante sejam matérias conexas, existe clara diferença técnica entre a validade externa dos direitos fundamentais (objeto central das linhas aqui traçadas) e a eficácia vertical dos direitos de fundamentalidade. Com efeito, é remansoso, na melhor doutrina, que a eficácia vertical dos direitos fundamentais é a que atrela os exercentes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.[44] Não há confundir a questão dos destinatários com a da vigência. Cita-se, a título exemplificativo, a Carta Constitucional vigente no Brasil, que estabelece – no §1º do art. 5º – que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". O constituinte brasileiro quis significar que a vigência das normas era automática, ou seja, que as normas em apreço gozavam de auto-aplicabilidade (*self executing*). Todavia, o mesmo elaborador constitucional silenciou com relação a quem poderiam ser opostos os direitos fundamentais (se só contra o Estado ou se também nas relações jurídicas interpessoais, e em que medida).

Feita a advertência, faz-se mister ressaltar a proposta de reformulação do pensamento da *state action* firmada por Bilbao Ubillos e por Chemerinsky, bem como citar as idéias centrais dos partidários de uma resposta acerca da validade dos direitos fundamentais nas relações inter-

41 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 511.

42 LEISNER, Walter. **Grundrechte und Privatrecht**. Munique, 1960.

43 NIPPERDEY, Hans Carl. "Die Grundrecht in Arbeitsrecht". In: **Archiv für die civilistische praxis**, 1964, p. 385-445.

44 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 337 (nota 344);
CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 54/55.

privadas calcada no caso concreto. Esta análise pontual dos casos permite uma solução intermédia ao problema, porquanto nem sempre se aplicariam imediatamente os direitos fundamentais na relação jurídica travada entre cidadão/cidadão.

Merece especial registro o pensamento de Bilbao Ubbilos que, sem olvidar o clássico pensamento da *state action doctrine*, identifica que as Cortes Judiciárias norte-americanas têm iniciado uma mudança na sua orientação tradicional, inclinando-se, agora, pela incidência imediata dos direitos fundamentais. Logo, houve uma superação da corrente doutrinária supracitada pela *public function doctrine*. O autor em destaque afirma que as emendas constitucionais XIII e XIV autorizaram o legislador americano a desenvolver "uma legislação apropriada" aos quadrantes constitucionais. Logo, teria havido uma opção pela incidência imediata dos direitos fundamentais na seara privada.[45]

Contudo, além da polarização da discussão entre os que defendem a corrente monista e os partidários do pensar dualista, novos argumentos são postos nesta discussão. Cria-se, verdadeiramente, uma terceira possibilidade de resposta à indagação formulada no título deste tópico. Sim, autores como Vieira de Andrade[46] afirmam que as duas correntes anteriormente explicitadas pecam pela resposta pré-concebida ao questionamento da validade dos direitos jusfundamentais na seara privada. Ele assegura que a resposta tanto pode ser pela aplicação direta, quanto pela indireta dos direitos fundamentais, em determinada relação jurídica privada. Destarte, qualquer resposta a priori é equivocada. Deve-se analisar o caso concreto para, só então, e tendo em vista um aceitável equilíbrio de forças entre os que pactuam, definir sobre a validade automática ou diferida dos direitos

45 BILBAO UBBILOS, Juan Maria. **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana**. Madri: McGraw-Hill. 1997. p. 8 e seguintes. A tese de doutorado do Professor Juan Maria Bilbao Ubillos enfrenta justamente esta questão (a polarização das ordens jurídicas positivadas e das consuetudinárias no sentido de majoritariamente nelas se defender, respectivamente, a eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais perante terceiros). O referido catedrático da Universidade de Valladolid, discordando da maioria dos autores de formação romanística, entende que a aplicação há de ser imediata e direta. O escrito engrossa as mesmas fileiras de pensamento, com um condicionamento claro: a existência de uma relação jurídica de desigualdade entre os privados.

46 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. p 254-264.

fundamentais entre os particulares.

Em outras palavras, é de entender que, se houver uma relação jurídica privada de poder, ocasião em que um dos particulares exerce sobre o outro uma incontestável superioridade, há de se aplicar – como forma de desfazimento da disparidade –, imediatamente, os direitos de índole fundamental. A aplicação direta dos direitos em apreço perpetraria um equacionamento da desigual balança negocial.[47] Para além da relação consumerista, em que é evidente que o consumidor se apresenta como a parte contratante mais débil, merece destaque a situação do contrato de trabalho, onde é cristalina a fragilidade do empregado em face do empregador e, por via de conseqüência, é premente a incidência de normas protetivas da relação de emprego, bem como a imediata incidência das normas de direitos fundamentais sociais.[48]

Contudo, caso a relação jurídico-privada seja típica, isto é, com os contraentes em patamar de igualdade negocial, não haverá que cogitar da necessidade de incidência das regras fundamentantes, visto que o cânone constitucional da isonomia já estaria salvaguardado. Logo, uma vez configurado o igualitário posto dos contraentes (*conditio sine qua non* para a não incidência direta dos direitos fundamentais nos negócios jurídicos formulados entre os privados), outros aspectos jurídicos haveriam de ser prestigiados, dentre os quais, poder-se-ia assim exemplificar: a) a liberdade negocial; b) autonomia privada no direito civil; c) boa fé entre os ajustantes; d) observância dos princípios gerais do contrato (objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei e agente capaz); e) vedação de contrariedade à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

Outros autores também já optam por um caminho semelhante ao proposto por Vieira de Andrade. Dentre os que já defendem uma posição

47 ANDRADE, José Carlos Vieira de: "Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", **Estudos de Direito do Consumidor**, n. 5. Coimbra: Editado pelo Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. p. 139-161.
___ "Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXVIII. Coimbra: Editado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002. p. 43-64.

48 DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho:** sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999. p. 121-199.

de permeio, o texto cita Ingo Sarlet[49], Otto Bachof[50], Jorge Miranda[51], Vasco Pereira da Silva[52], João Caupers[53] e Guilherme Machado Dray[54].

A síntese do pensamento apresentado acima é adequadamente feita por JOSÉ JOÃO ABRANTES, que se vale dos seguintes argumentos:

> Na verdade, visando garantir o "mínimo de liberdade", isto é, a autodeterminação substancial dos sujeitos jurídicos, os direitos fundamentais dirigem-se em primeira linha contra os poderes estaduais, colocados em posição privilegiada para atentar contra esse seu conteúdo essencial.
> A situação é análoga quando as relações privadas se processam entre sujeitos *desiguais*, quando existe uma relação de poder--sujeição, que, desde logo, pode afectar a autodeterminação da parte mais fraca. Os direitos fundamentais dever-se-ão então aplicar com a mesma legitimidade e nos mesmos termos em que se aplicam na relação entre o indivíduo e o Estado: porque as razões são idênticas, esses direitos valem de forma igual contra o Estado e contra as entidades privadas dotadas de poder, o que significa que os particulares poderão sempre, e de acordo com a própria intensidade do poder em questão, invocar os direitos fundamentais contra essas entidades poderosas.
> Nestas situações, vale a presunção de que a parte mais fraca não se autodetermina livremente, o que leva a que, em regra, os indivíduos e os grupos privados dotados de poder devam ser sujeitos à relevância (directa) dos preceitos constitucionais respeitantes a direitos fundamentais, só assim não sendo quando tal signifique um prejuízo injustificável para a área de liberdade que legal e constitucionalmente lhes é reconhecida[55].

49 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p 344.

50 BACHOF, Otto. Freiheit dês Berufs, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, III/1 p. 173, (nota 68).

51 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: tomo IV:** direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 326.

52 SILVA, Vasco Pereira da. "A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias", **Revista de Direito e Estudos Sociais**, ano 29, Abril./Jun. Coimbra: Almedina, 1987, 259-274.

53 CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Coimbra: Almedina, 1985. p. 174.

54 DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho:** sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999, p. 175-199.

55 ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 136.

O texto reitera-lhe o pensamento, no sentido de que a validade dos direitos fundamentais nas relações interprivados deve dar-se com a análise do caso concreto, em clara linha de concordância com as lições sumariadas acima.

Um questionamento interessante diz respeito ao contrato de flagelo terminal por canibalismo.[56] Essa é uma realidade dos nossos tempos. Vários são os *sites* da Internet em que os interessados nestas práticas de antropofagia têm promovido encontros, inicialmente virtuais e, posteriormente, efetivando-os pessoalmente. Em um dos casos recentes, e de maior notoriedade, o alemão Armin Meiwes matou, esquartejou e devorou, com a anuência da vítima, o berlinense Bernd Jürgen B.. Ter-se-ia, neste caso, um ajuste de vontades que reclamaria a incidência imediata dos direitos fundamentais com o fito de salvaguardo da vida? O texto entende que não, e por um fator muito simples. Não se trata, formalmente, de um contrato ou qualquer outro *nomen juris* que se assemelhe, eis que ausente uma das condições gerais para a negociação, a liceidade do objeto contratado. A discussão da aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação interprivada assenta numa negociação regular, ou seja, em que estejam presentes a capacidade dos contraentes, a forma escrita ou não defesa em lei e a licitude do objeto do contrato. *In casu*, como retirar a vida de outrem fere os mais rudimentares preceitos jurídicos, não há que falar – técnica e formalmente – em contrato. Por conseguinte, não se está diante de uma situação em que se permita discutir a aplicabilidade mediata ou imediata dos direitos fundamentais. Trata-se de fato humano bizarro e ilícito, que transborda do mundo civil, contratual ou constitucional, e que encontra, no direito penal, o local apropriado de apreciação.

Entrementes, apenas para exercitar o raciocínio, e partindo da premissa de que fossem ultrapassadas as formalidades básicas para a caracterização de uma regular relação jurídica interprivado, por óbvio os direitos fundamentais deveriam ter aplicabilidade imediata, pois o primado da autonomia de vontades não poderia se sobrepor, por atenção ao cânone da

56 O autor, sem apego formal às regras de citação, deixa consignado que a inusitada exemplificação contratual não surgiu de sua autoria, mas sim da incomum criatividade científica do professor GOMES CANOTILHO, quando de diálogo com o elaborador em data de 23 de novembro de 2004, precisamente na Sala do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

dignidade da pessoa humana, ao direito à vida.

Veja-se que, aqui, será aplicada uma ponderação de valores (*balancing* - Robert Alexy) para se saber se a autonomia da vontade (típica do direito Civil) deve ou não ceder espaços à automática incidência dos direitos detentores de fundamentalidade.

Por vezes, como foi o caso da Norma Ápice de Portugal (art. 18 da CRP) [57], o exercente do Poder Constituinte tem tomado para si a tarefa de tentar superar o impasse. Sim, na citada Lei Fundamental, por clara inspiração no julgamento do caso Lüth e dos estudos constitucionais já existentes à época de sua promulgação, os constituintes se posicionaram pela validade ampla dos direitos fundamentais, não se limitando às relações jurídicas travadas entre o Estado e o particular.

Desta forma, se em Portugal não há mais lugar para se discutir que os cidadãos são destinatários ativos e também passivos dos direitos fundamentais, cabe ainda tergiversar sobre como se efetivará esta questão nas relações cidadão/cidadão (se com ou sem a intermediação do legislador infraconstitucional, e se com ou sem a utilização de preceitos do direito civil).

No Brasil, tal discussão – que a princípio pode parecer um falso problema – tem como justificação adicional o fato de o constituinte ter quedado silente no que respeita aos destinatários dos direitos fundamentais, tendo-se limitado a apontar para a vigência imediata das normas jusfundamentais.

A melhor resposta a que se chega, neste momento, ao questionamento formulado na iniciação deste artigo, é a de que o caso concreto é que deverá ser apreciado para se saber da aplicabilidade imediata ou mediata dos direitos fundamentais na relação interprivado, pois qualquer resposta dada a priori (quer pugnando pela aplicação imediata, quer em sentido avesso) peca pelo pré-conceito, e não se adapta à idéia de maleabilidade constitucional aqui defendida.[58]

Sim, respeitando o pensamento e os pensadores que engrossam as

57 Constituição de Portugal
Art. 18.º (Força jurídica)
1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. (redação com texto original).

58 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 5. ed. Madri: Editorial Trotta, 2003. p. 14 e seguintes.

fileiras tradicionais (aplicação imediata ou mediata dos direitos fundamentais), este ensaio introdutório entende que existe espaço para um caminho intermediário, em que se busca um equilíbrio possível entre o Direito Constitucional e o Civil, de modo a fugir de fundamentalismos que terminariam por sufocar a autonomia privada, ou por diminuir a força normativa da Constituição. Resgatando indagação inserida no corpo da introdução deste estudo, vale enfatizar que a regra sugerida no texto, ou seja, a de análise do caso concreto para se apurar a forma de validação dos direitos fundamentais nas relações interprivados, tem aplicabilidade, quer nos direitos fundamentais típicos, quer nos atípicos.

Em virtude de tudo o que já foi exposto, é premente tecer breves comentários sobre a interrelação do Direito Constitucional com o Direito Civil, dado que não é razoável o texto passar ao largo desta discussão.

5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO[59]

Rios de tinta já foram escritos acerca da maior expansividade do direito constitucional, nos anos do pós-Guerra. O que comumente foi chamado de doutrina de neoconstitucionalismo seria justamente essa nova tendência de constitucionalização dos direitos[60] e, conseqüentemente, de uma Lei Fundamental de índole descritiva.

Afora isso, merece destaque que a presença estatal mais marcante na segunda metade do século XX (papel não desempenhado pelo Poder Público na ocasião da primazia dos ideais liberalistas burgueses), quando da maior incidência do constitucionalismo social e do ideário do *Welfare State*, acarretou um certo deslocamento de forças no mundo jurídico: a Carta Constitucional passou a ter mais relevo do que o mundo dos Códigos.[61]

59 CANOTILHO, J. J. Gomes. "Dogmática de direitos fundamentais e direito privado" (p. 191/215). In **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. Para o autor as expressões "constitucionalização do direito civil" ou "civilização do direito constitucional" denotam um inaceitável menoscabo de uma disciplina jurídica em relação a outra. *In casu*, a nítida matriz constitucionalista do texto decorre da formação acadêmica do autor e não do intuito de apequenar o direito privado.

60 SANCHÍS, Luis Prieto. "El constitucionalismo de los derechos", **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 71, ano 24. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. 47-72.

61 FACCHINI NETO, Eugênio. "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado", In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.11-60.

Sim, se em tempos idos se buscava no Código a expressão da máxima perfeição jurídica (Código Napoleônico de 1804), nos hodiernos dias é na Constituição que se busca melhor regular a vida em sociedade, e até mesmo com propostas de mudanças sociais.[62]

O panorama descrito acima tem propiciado um encurtamento distancial entre o mundo jurídico público e o privado. Com efeito, não se pode esquecer que a divisão do *habitat* jurídico nas searas publicista e privatista tem conotação de facilitar o enquadramento acadêmico dos diversos ramos da árvore jurídica. Nada mais. Logo, não se pode imaginar numa incomunicabilidade entre o direito público e o privado.

Com efeito, não são vagões estanques. Têm, entre si, uma clara ligação, quer por inspiração e eco constitucional para as novas ordenanças da vida civil ou comercial, quer em face da já citada constitucionalização de diversas diretrizes provenientes do direito privado, quer, ainda, em virtude da interpretação conforme a Constituição, que é firmada pelas Cortes de Justiça.

Logo, é dentro do contexto acima exposto que se pretende analisar a delicada questão da constitucionalização do direito privado. Tanto o tema é de especial relevo que alguns autores[63] chegam a afirmar que se está diante de uma verdadeira virada de Copérnico.

A viragem apontada acima consiste, segundo os escólios de Herbert Krüger, no fato de que os direitos detentores de fundamentalidade não mais estão condicionados ao legislador infraconstitucional, e sim este legislador é que deve ter, como norte de sua atividade legiferante, os direitos fundamentais.

Venia concessa, não se pode estabelecer, de forma tão apriorística, esta subordinação do direito privado ao direito público, como também não era acertado o pensamento antagônico (vigente na época do liberalismo e agora ressuscitado com o neoliberalismo). A maior prova do que se alega diz respeito à possibilidade de, mantendo-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais, haver uma participação do legislador infraconstitucional, no

62 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

63 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: tomo IV:** direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 311.
FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998. p. 317.

sentido de conformação dos referidos direitos, para a aplicabilidade do direito possível. Sim, as leis restritivas de direitos fundamentais denotam que a supremacia constitucional precisa se harmonizar com a realidade fática que pretende regular e, por via de conseqüência, há de ser analisada com parcimônia e critério, e não como um verdadeiro e indiscutível dogma.[64]

Já antecipando a resposta ao item "d" contido no intróito deste esboço, é de bom alvitre consignar que não se vê uma luta de forças entre os direitos civil e constitucional. Não se trata, aqui, de superação de um pelo outro, até porquanto é incontestável que a Carta Magna se situa não só em posição hierarquicamente privilegiada em face da legislação civil, mas de um pensamento convergente e sistemático do direito como macrocosmo.

Destarte, é vulgar, na doutrina, a assertiva de que foram construídas pontes entre o público e o privado. Entretanto, não se pode olvidar que tais ligações, ou contatos, não são vocacionadas para fazer dominar um ramo jurídico em desfavor do outro, mas sim para lhes permitir a comunicação necessária, justamente para evitar (ou minimizar) colisões, antinomias e lacunas jurídicas.

O direito retomou a discussão entre o público e o privado em virtude de mudanças no quadro fático. Com efeito, a influência dos ideais neoliberais e a conseguinte busca pelo Estado mínimo ocasionaram a abertura dos caminhos para a privatização da administração pública, e fez com que se utilizassem mecanismos contratuais usualmente ligados aos particulares, também quando presente o Ente Estatal (franquias, parcerias público privadas, contratos de gestão e afins). Aqui, verifica-se um claro exemplo de aproximação do público ao privado.

Em suma, mais do que "constitucionalização do direito civil" ou da "privatização do direito constitucional", o que importa é manter aberto o canal de diálogo entre estes ramos do saber jurídico. O que se defende é que se ultrapasse esse movimento pendular (ora a pender para o direito constitucional, ora para o contrário), dando espaço a deslocamento unifor-

64 Para quem quiser se aprofundar na adequação infraconstitucional dos direitos fundamentais é de bom consultar os dois livros indicados em seguida (ordem alfabética):
BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

me e em sentido convergente, porquanto a oscilação dificulta o andar para frente, e é justamente isso que o direito precisa, ter uma visão prospectiva para que possa regular, de forma satisfatória, a vida em sociedade.

6 CONCLUSÃO

O objetivo central deste escrito era responder aos questionamentos formulados na sua parte introdutória, o que já ocorreu ao longo do texto.

Todavia, entende-se que, em jeito de conclusão, e para além do que já foi respondido, ainda merecem ser postas algumas considerações finais, sem esquecer o cunho introdutório e não exauriente do vertente ensaio.

I - Trabalhos desta natureza geralmente invocam a terminologia da "eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas". Entretanto, cabe aqui reproduzir o alerta feito por Peces Barba[65] e Vieira de Andrade[66] sobre a imprecisão da expressão supracitada. Com efeito, é preferível a adoção dos termos "validade dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares" em face dos seguintes fatores:

a) a pretensão da salvaguarda jusfundamental dos indivíduos nas relações privadas possui natureza jurídica material, e não apenas processual. Logo, é mais técnico o uso do verbete "validade", em detrimento da palavra "eficácia".

b) a expressão "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais merece duplo reparo, eis que, além do já exposto acima, o outro equívoco consiste no fato de que ela dá a falsa idéia de que os particulares estarão em posição igualitária em todas as relações jurídicas travadas entre pessoas de direito privado. Isso não é verdade, posto que são várias as relações jurídicas travadas sem a participação estatal direta, em que um dos particulares contraentes está em posição de supremacia em face do outro particular negociante. A relação consumerista exemplifica esta questão. Sim, o poder econômico e o conhecimento técnico colocam o fornecedor de produto e/ou

65 PECES BARBA, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. Madri: Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 618.

66 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p 238 (notas 2 e 3).

serviço como que em uma posição privilegiada, em desprestígio do consumidor. Tanto isso é fato que é usual a criação de normas protetivas do consumidor, com o intuito de equilibrar essa balança, que lhe é desfavorável. Logo, não obstante seja uma relação firmada entre dois particulares, há uma certa verticalidade entre eles.

II – É necessário aclarar o que vem a ser, verdadeiramente, direito fundamental. A dificuldade conceitual decorre de sua multiplicidade de significações. Contudo, para a certeza e segurança jurídicas, é necessário o estabelecimento de balizas de fundamentalidade. Busca-se, com isso, encontrar um ponto de equilíbrio entre as teorias maximalistas e minimalistas de direitos fundamentais. Ademais, a explicitação conceitual ora requerida inibiria o agir de vários grupos de pressão, caracterizadores da sociedade jurídica cibernética (expressão evidenciada por DEUTSCH, *Politische Kybernetik*, 2ª ed. 1970, p. 53), e que têm por fito fazer minguar os direitos, liberdades e garantias.

III – Não se deve olhar para a matéria de forma a impedir a inclusão do olhar divergente. Em outras palavras, não se podem desprezar as idéias múltiplas acerca da validade dos direitos fundamentais na órbita privada, porquanto, em algumas situações, haverá a referida aplicação de modo direto e, em outras, de modo indireto, e em outros casos talvez nem seja aplicado.

III.1. – Para reforçar esta linha de tirocínio, não é por demais recordar as idéias do constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, para quem o direito constitucional há de ser flexível e dúctil, eis que – ante a variedade de situações fáticas e de pluralismos de universos culturais, éticos, religiosos e políticos – não se pode cogitar a existência de valores e princípios de caráter absoluto.[67]

III.2 – Ante essa maleabilidade constitucional, deve-se fazer uma aplicabilidade tópica dos direitos fundamentais na esfera privada[68], não perdendo de vista os contornos e entornos específicos da cada relação jurídica

67 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 5. ed. Madri: Editorial Trotta, 2003. p. 14 e seguintes.

68 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p 344.

interprivada, tudo com o intuito de compatibilizar a *voluntas constituiciones* com a autonomia da vida privada, no que ela não for diretamente contrária ao Texto Magno.

III.3 – Assim sendo, tem-se que as duas correntes tradicionais que se debruçam sobre a *vexata quaestio* (a monista e a dualista) incorrem no mesmo erro, a saber: estabelecem uma resposta à partida, sem o cuidado de apreciar o caso concreto.

III.4 – Não há confundir a opção pela análise isolada de cada caso com a inexistência de critérios para a aplicabilidade dos direitos fundamentais na órbita privada. Não se trata de ausência de tomada de posição. Longe disso. O texto apenas se filia ao pensamento de que as situações jurídicas em que houver discrepância entre o poder (econômico, social, cultural etc) de um privado em face do outro aflora a necessidade de – *em face dos primados constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana* – mitigação desta valência desigual, com a incidência imediata dos direitos fundamentais no mundo privado, o que não se mostra necessário numa relação entre particulares que estejam em patamar de simetria (relação privada típica).

IV – Seguindo a orientação de Vieira de Andrade e de Vasco Pereira da Silva, o texto entende que o problema da validade dos direitos fundamentais, na órbita privada (direta ou indireta), é um falso problema, pelos fatores adiante listados:

a) não raras vezes os pensamentos discordantes levam, aplicadas as idéias de cada grupo ideológico, a um resultado prático muito semelhante e aproximado. *In casu*, quer se opte pela eficácia direta, quer se eleja a eficácia indireta dos direitos fundamentais na órbita privada, os efeitos se mostram pouco distantes.
b) o pensamento de unidade do sistema jurídico, em que as normas hão de ser harmônicas entre si, faz minguar o cunho dialético entre as correntes monistas e dualistas, as quais são superadas pela análise do caso concreto (proposta dos defensores da pensar intermédio, e que repelem conceitos preestabelecidos nesta temática).

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

_____. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ÁVALA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. "Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", **Estudos de Direito do Consumidor**, n. 5. Coimbra: Editado pelo Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 139-161, 2003.

_____. "Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXVIII. Coimbra: Editado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 43-64, 2002.

BACHOF, Otto. Freiheit dês Berufs, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, **Die Grundrechte,** III/1, p. 173.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BILBAO UBBILOS, Juan Maria. **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana**. Madri: McGraw-Hill. 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CHEMERINSKY, E. **Rethinking State Action**.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Coimbra: Almedina, 1985. p. 174.

CORDEIRO, Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil,** Lisboa: AAFDL, 1994. v. I.

CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999.

DURIG. **Grundrechte und Zivilrechtsprechung**, 1956.

FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

GOÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito Constitucional do Trabalho: aspectos controversos da automatização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1995.

HESSE, Konrad. Grundrechte: Bestand und Bedeutung. In: BENDA; MAIHOFER; VOEGEL (eds.). **Handbuch des Verfassungrechts, I**, Berlim, Nova Iorque: [s.n.], 1983.

LEISNER, Walter. **Grundrechte und Privatrecht**. Munique: [s.n], 1960.

MARSHALL, W. P. Diluting Constitutional Righes: Rethinking State Action. **Revista da Universidade de Northwestern,** v. 80, n. 3, p. 558. 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____(org.). **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília, Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional:** Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.

MOREIRA, Vital; CANTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NERKEN, I. A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the Civil Rights Cases and State Action Theory. **Revisa da Faculdade de direito de Harvard**, v. 12, p. 297,1977.

NIPPERDEY, Hans Carl. Die Grundrecht in Arbeitsrecht. **Archiv für die civilistische praxis**, p. 385-445,1964.

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

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

PECES BARBA, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. Madri: Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1999.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral de Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PERIS, Lucas. **Uma Constituição para Portugal**. Coimbra: [s.n.], 1975.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2003.

_____ (Org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2001.

_____. (Org). **A Constituição Concretizada:** Construindo pontes para o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2000.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano. 24, n. 71, 2004.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. "A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias", **Revista de Direito e Estudos Sociais**, Coimbra, ano. 29, p. 259-274, abr./jun.1987.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 5. ed. Madri: Editorial Trotta, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.