



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

VINICIUS CARDONA FRANCA

APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS
RELAÇÕES PRIVADAS

Salvador
2009

VINICIUS CARDONA FRANCA

**APLICABILIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Ciências Econômicas e Sociais da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia

Salvador
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

VINICIUS CARDONA FRANCA

**APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS
RELAÇÕES PRIVADAS**

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2009.

F814

Franca, Vinicius Cardona,
Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas /por Vinicius
Cardona Franca. – 2009.
171 f.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito, 2009.

1. Direitos fundamentais 2. Direitos civis 3. Direito privado I. Universidade Federal da Bahia

CDU – 347
CDD- 342.085

À Luciana.

AGRADECIMENTOS

Este é um trabalho de uma só mente, mas de muitos corações.

Agradeço aos colegas e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, por todo o conhecimento partilhado e multiplicado, pelas críticas, sugestões, debates e mesmo dissensões, que ampliaram não apenas meus horizontes jurídicos, mas, sobretudo, os horizontes da minha maneira de ver o mundo.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Saulo Casali, com quem entendi o que é Direito Constitucional.

Um agradecimento especial à Dra. Maria Lúcia, que me ajudou a voltar a acreditar que a consecução deste trabalho seria possível.

Agradeço ao Professor Mestre Celso Sales Franca, grande incentivador da minha formação acadêmica. A você, pai, mais uma vez, muito obrigado.

Agradeço à minha mãe, Dina, por ter caminhado cada passo ao meu lado e por ter sentido tudo o que senti, o que só as mães são capazes de fazer.

Minha especial devoção a Luciana, a quem dedico este trabalho, sem cujas palavras de incentivo, sem cujo altruísmo, desinteresse e abnegação, este trabalho jamais haveria sido concluído.

Toda a minha gratidão Àquele que planejou tudo isso para minha vida e que influenciou as pessoas acima citadas. A Deus, criador e mantenedor da minha existência; autor e consumidor da minha fé. Como agradecer? Não tenho palavras. Só tenho louvor.

“Seria mais fácil fazer como todo mundo faz
Sem sair do sofá, deixar a Ferrari pra trás
Seria mais fácil, como todo mundo faz
O milésimo gol sentado na mesa de um bar

Mas nós vibramos em outra frequência
Sabemos que não é bem assim
Se fosse fácil achar o caminho das pedras
Tantas pedras no caminho não seria ruim”
(Humberto Gessinger)

RESUMO

O presente trabalho analisa problemas relativos à aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. Apresenta-se um esboço de parte do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, a partir de sua concepção clássica liberal, passando pelo modelo concebido para o Estado Social, até o momento chamado “pós-social”. São apresentados e analisados alguns dos principais marcos teóricos do Constitucionalismo contemporâneo, quais sejam os fenômenos da personalização do direito privado, da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os deveres de proteção. Aborda-se a tutela constitucional do princípio da autonomia da vontade e como ele se insere na idéia de um direito geral de liberdade na Constituição. São explorados os principais eixos temáticos da teoria dos princípios, sobretudo a distinção teórico-estrutural da norma jurídica entre regra e princípio, o fenômeno da colisão entre direitos fundamentais, a regra da proporcionalidade como método de solução de tais colisões e as possibilidades de tal teoria quanto à sua racionalidade no controle intersubjetivo da aplicação e das restrições a direitos fundamentais. Apresenta-se um questionamento sobre qual o papel da constituição e dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Discutem-se os principais modelos teóricos que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A seguir, aborda-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais chamados direitos de defesa, especialmente o direito ao devido processo legal e os direitos fundamentais não trabalhistas nas relações de trabalho. Por fim, é esboçada uma proposta para o problema da eficácia de direitos sociais, de caráter prestacional, e de direitos transindividuais nas relações privadas.

Palavras-chave: direitos fundamentais. Princípios. Ponderação. Eficácia. relações privadas. Constituição. autonomia da vontade.

ABSTRACT

The present work analyzes some of the problems related to the applicability of fundamental rights to private relations. It is presented a sketch of part of the historical development of fundamental rights, since its liberal classic conception, passing through the model conceived for the Social State, until the so called “after-social” era. They are presented and analyzed some of the main theoretical landmarks of the contemporary Constitutionalism, which correspond to the phenomena of the personalization of the private law, the radiant effectiveness of fundamental rights and the objective dimension of fundamental rights, as the duties of protection. It is presented an approach on the constitutional protection of the principle of autonomy of the will and the way it is inserted in the idea of a general right of liberty in the Constitution. The main topics on the principles theory are analysed, especially the theoretical-structural distinction of the legal norm in rule and principle, the phenomenon of the collision between fundamental rights, the rule of the proportionality as a method of solution of such collisions, and the possibilities of such theory as to its rationality in the control of the application and the restrictions of fundamental rights. A questioning is presented on the role of the constitution and the role of fundamental rights in the legal system. The main theoretical models that deal with the horizontal effectiveness of fundamental rights are analysed. Following, it is discussed the horizontal effectiveness of the fundamental rights called defensive rights, especially the right to a due process of law, and the non-labor fundamental rights in the labor relations. Finally, it is sketched a proposal for the problem of the effectiveness of social rights, of prestacional character, and transindividual rights in the private relations.

Key-words: Fundamental rights. Principles. Balancing. Effectiveness. private relations. Constitution. autonomy of will.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
1.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO	15
1.2 EFICÁCIA, EFETIVIDADE E APLICABILIDADE	17
1.3 MÉTODO	18
1.4 PLANO DE TRABALHO	19
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HISTÓRIA MODERNA E O DIREITO GERAL DE LIBERDADE	21
2.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E FUNDAMENTO POLÍTICO	21
2.1.1 O paradigma liberal	22
2.1.2 O paradigma social	25
2.1.3 O paradigma “pós-social”	31
2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	37
2.2.1 A personalização do direito privado	37
2.2.2 A eficácia irradiante dos direitos fundamentais	39
2.2.3 A importância do caso Lüth	42
2.2.4 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais e deveres de proteção	44
2.3 DIREITO GERAL DE LIBERDADE E AUTONOMIA DA VONTADE	45
2.3.1 A tutela constitucional da liberdade	46
2.3.2 Autonomia da vontade	51
2.3.3 Autonomia da vontade como princípio formal	54
3 TEORIA DOS PRINCÍPIOS	57
3.1 A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	59
3.2 O FENÔMENO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	61
3.3 RELAÇÃO DE PRECEDÊNCIA CONDICIONADA E LEI DE COLISÃO	63
3.4 A REGRA DA PROPORCIONALIDADE	64
3.4.1 O exame de adequação ou idoneidade	67
3.4.2 O exame de necessidade	68

3.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito	68
3.4.4 A decisão sobre o racionamento de energia sob o teste de proporcionalidade	70
3.4.5 Ponderação de regras	74
3.4.6 Colisões entre regras e princípios	77
3.4.7 As precedências <i>prima facie</i>	79
3.5 PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE	80
3.5.1 Ponderação e racionalidade no Supremo Tribunal Federal	85
3.6 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS	89
3.6.1 Suporte fático e âmbito de proteção dos direitos fundamentais	90
3.6.2 Teorias interna e externa das restrições	92
4 CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS PAPÉIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	98
4.1 AS DISTINTAS CONCEPÇÕES DO PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	98
4.1.1 A constituição-lei	99
4.1.2 A constituição-fundamento	99
4.1.3 A idéia de ordem-moldura	111
4.2 CONCEPÇÕES DO PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	117
5 A APLICABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	120
5.1 MODELOS TEÓRICOS	120
5.1.1 Negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas	120
5.1.2 Modelos de equiparação e imputação	121
5.1.3 Eficácia indireta ou mediata	122
5.1.4 Eficácia direta ou imediata	123
5.1.5 Os modelos dos efeitos horizontais na doutrina	124
5.1.6 O modelo em três níveis de Alexy	127
5.1.7 Regra da proporcionalidade e colisão de direitos fundamentais entre particulares: a crítica de Virgílio Afonso da Silva	128
5.2 APLICABILIDADE HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	

A AÇÕES NEGATIVAS (DIREITOS DE DEFESA)	133
5.3 A CLÁUSULA <i>DUE PROCESS OF LAW</i> NAS RELAÇÕES PRIVADAS: O <i>DRITTWIRKUNG</i> PROCESSUAL	139
5.3.1 Devido processo legal nos processos particulares em geral	141
5.3.2 Devido processo legal no adimplemento restritivo dos negócios	143
5.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO-TRABALHISTAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: O <i>DRITTWIRKUNG</i> LABORAL	144
5.4.1 O primado do trabalho e o modelo capitalista em vigor	144
5.4.2 Poderes empresariais <i>versus</i> direitos fundamentais no contrato de trabalho	146
5.4.3 Direito fundamental à igualdade	149
5.4.4 Direito fundamental ao devido processo legal	151
5.4.5 Objeção de consciência	155
5.4.6 Liberdade de expressão	155
5.4.7 Empresas de tendência	156
5.4.8 Direitos fundamentais à intimidade e à vida privada	156
5.5 APLICABILIDADE HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E TRANSINDIVIDUAIS	158
6 CONCLUSÃO	163
REFERÊNCIAS	166

1 INTRODUÇÃO

Os problemas que dizem respeito à dicotomia público/privado, Estado e indivíduo, bem como atuação dos poderes públicos *versus* liberdade do cidadão, têm sido objetos das múltiplas e mais variadas investigações por parte da Sociologia, da Ciência Política e do Direito, à luz de diversos matizes ideológicos e diferentes paradigmas.

Na seara da ciência jurídica, particularmente na sede do Constitucionalismo moderno, as questões citadas acima se consubstanciaram de forma especial na Alemanha a partir da década de 1950, na discussão acerca da “eficácia externa dos direitos fundamentais”, também chamada de “eficácia contra terceiros” (*Drittwirkung*), “efeitos horizontais dos direitos fundamentais” (*Horizontalwirkung*), ou ainda “eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada” (*Geltung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung*)¹. No julgamento do caso Lüth, em 1958, o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao desenvolver as idéias de ordem objetiva de valores, eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*) e dos deveres de proteção do Estado, preparou o terreno fértil para que se germinasse a idéia da eficácia horizontal.

Em palavras simples, trata-se da qualidade dos direitos fundamentais de terem seus efeitos aplicados às relações jurídicas privadas, entre sujeitos de direito privados, em situações jurídicas em que o Estado não esteja a figurar.

Para exemplificar, apresentam-se as seguintes questões: seria lícito a um condomínio aplicar penalidade a certo condômino, sem sequer ouvi-lo acerca do fato praticado, tendo em vista os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa? Seria aceitável que uma empresa despedisse empregado, por manifestar-se publicamente contra determinado produto que ela fabrica, considerando a liberdade constitucional de expressão? É de se admitir que instituições religiosas excomunguem seus membros, ignorando suas próprias normas *interna corporis*, tendo em conta o princípio constitucional do devido processo legal (*due process of law*)?

Mas por que tais questões consubstanciariam problemas passíveis de investigação pela ciência jurídica? No que tange a essa justificação, já é um lugar comum na doutrina se afirmar que, embora os direitos fundamentais, em sua acepção moderna, iluminista e principalmente liberal, hajam sido concebidos para ser opostos contra o Estado, as ameaças advindas dos poderes

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p.1286.

sociais privados e a desigualdade fática entre os indivíduos estão a requerer a vinculação dos sujeitos privados também como destinatários de direitos fundamentais, além de titulares deles. Isto está bem exemplificado no seguinte excerto de autoria de Walter Claudius Rothenburg²:

“Todavia, já se admite que, onde haja uma disparidade de poder social, à semelhança da diferença de poder entre o Estado e os particulares, devem ser considerados os direitos fundamentais. Por exemplo, é sustentável a tese do cabimento de habeas corpus contra constrangimento de particular (Superior Tribunal de Justiça - Recurso em Habeas Corpus Nº 4.120-0 - RJ, 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, julgamento em 29.04.1996, publicado no DJU de 17.06.1996, in RT 733:521), como quando diretor ou médico de hospital privado nega-se a conceder alta a paciente como forma de coagir ao pagamento das despesas. Nas grandes indústrias, os critérios de admissão e demissão de empregados já não podem ser discriminatórios ou arbitrários.

Muito embora essa idéia, que será a seu tempo explorada neste trabalho, seja *per se* correta e bem sirva de fundamento político à eficácia horizontal, não se mostra suficiente para justificar do ponto de vista teórico a aplicabilidade jusfundamental às relações privadas. Como se verá, com o auxílio da teoria dos princípios e das construções do Tribunal Constitucional alemão, a aplicabilidade horizontal decorre da própria estrutura de certos direitos fundamentais, enquanto de outros, não. Isto corresponde a uma primeira hipótese deste estudo.

Tendo em conta, portanto, que a vinculação dos particulares parece, *prima facie*, emergir da própria estrutura da relação entre certos direitos fundamentais e o restante do ordenamento jurídico, calha reproduzir aqui a pertinente questão posta por Ingo Wolfgang Sarlet³, segundo quem, “já que onde não se controverte talvez não haja o que controverter, é até mesmo de indagar até que ponto a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não poderia ser até um problema meramente ilusório”.

Trata-se de questão que merece a devida consideração. Seria, assim, o pretense problema da eficácia horizontal um cair no vazio? A resposta parece negativa. Problemas como os decorrentes da eficácia horizontal, por sua complexidade, albergam amplo espaço para

² ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 29 São Paulo: RT, p. 55-65, 1999. p.59.

³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.400.

exploração e aceitam constantes refinamentos. Em tempo, acerca dos problemas investigados pelas ciências sociais, assim afirmou Karl Popper⁴:

[...] A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém, também, descobrimos que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua.

Portanto ainda há o que ser explorado e refinado no tocante aos problemas advindos da eficácia horizontal. A própria construção dos problemas aqui propostos está baseada em explorações prévias da teoria da eficácia horizontal, assim como as conclusões aqui ao final sacadas podem servir de esteio a construções de novos problemas, ou reconstrução dos mesmos problemas sob diferentes prismas. Como vislumbrou Thomas Kuhn⁵:

[...] os cientistas nunca aprendem conceitos, leis e teorias de uma forma abstrata e isoladamente. Em lugar disso, esses instrumentos intelectuais são, desde o início, encontrados numa unidade histórica e pedagogicamente anterior, onde são apresentados juntamente com suas aplicações e através delas.

Por ser assim, só dizer que direitos fundamentais vinculam particulares não diz como e em que medida eles o fazem. A amplitude e intensidade da vinculação, é dizer, o *modus vinculandi*⁶, portanto, dão o tom do desafio. Justifica-se: não se pode pretender que direitos fundamentais vinculem os particulares tal como vinculam o Estado. Essa pretensão de absoluta vinculação esbarra no princípio da autonomia da vontade, ele mesmo um direito fundamental, corolário de um direito geral de liberdade positivado na Constituição.

Sem embargo dos eventuais choques entre certos direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada, um outro problema se identifica. Sucede que o tratamento teórico da eficácia horizontal, na doutrina na brasileira em particular, tem apresentado o grave equívoco de colocar o problema em termos de necessária oposição entre direitos fundamentais e autonomia da vontade, ao invés de compreendê-los numa relação de continência.

No mais das vezes, mesmo lançando mão da teoria dos princípios e da ponderação, muitos autores tendem a resolver o conflito sempre em favor de certo direito fundamental e em detrimento da autonomia privada. Isso ocorre em razão de certa concepção do papel da

⁴ POPPER RAYMUND, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p.13.

⁵ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9.ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2007. p.71.

⁶ SARLET, op.cit., p.401.

constituição e dos direitos fundamentais, de que partem *a priori* quase todos os autores, sem qualquer discussão prévia a respeito desse papel, e cujo debate consiste em verdadeira premissa do próprio problema da constitucionalização do Direito. O debate sobre a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode prescindir de uma discussão prévia acerca da relação entre a constituição e o restante do ordenamento jurídico.

À vista disso, o problema que se apresenta está em como construir um modelo teórico de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas que não se traduza sempre e necessariamente em eliminação do princípio da autonomia da vontade.

Para tanto, a hipótese básica deste estudo afirma que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser compreendida a partir de um modelo teórico que contemple a possibilidade de restrição e limitação dos direitos fundamentais, tanto pelo legislador ordinário quanto pela autonomia da vontade dos sujeitos privados, o que fatalmente desembocará na figura do juiz como solucionador dos conflitos decorrentes. Tal modelo deve ter fundamento numa adequada teoria dos princípios, na ponderação como elemento de um discurso racional de solução de colisões de princípios, e numa concepção de constituição que represente o compromisso entre a preservação e universalização das conquistas civilizatórias até aqui alcançadas, de um lado, e, de outro, um processo político que respeite a competência decisória do legislador e a autodeterminação do indivíduo.

1.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

Antes do enfrentamento do problema proposto, é necessário demarcar o campo da investigação a ser levada a cabo.

Em primeiro lugar, calha reconhecer que as premissas teóricas centrais aqui adotadas foram tecidas pela jurisprudência e doutrina alemãs, tendo em vista, sobretudo, a Lei Fundamental e os direitos fundamentais conforme positivados naquele documento. Este excuro, todavia, se propõe a abordar os efeitos horizontais tendo em vista, de forma preeminente, a vigente Constituição Federal brasileira e os direitos fundamentais nela catalogados. Mais importante do que isto, o presente trabalho tem em seu horizonte a realidade social, política e econômica do Brasil, pretérita, presente e numa perspectiva de futuro.

Isto não exclui o recurso a construções teóricas concebidas tendo em mira outros ordenamentos, especialmente, no caso deste trabalho, o ordenamento alemão, mesmo porque, em termos de dogmática dos direitos fundamentais, formular problemas e hipóteses de pesquisa apenas com base na realidade de um texto constitucional estanque apenas conduzirá a soluções de validade duvidosa ou limitado interesse prático, diante da complexidade dos problemas que se apresentam ao estudioso do Direito Constitucional.

Sem embargo, uma vez que se tenha em mira de forma preeminente a realidade brasileira, se faz necessário proceder a um corte com fulcro no nosso próprio catálogo jusfundamental. Sucede que há direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 que foram concebidos exatamente para ser exercidos em face de particulares, tais como os direitos trabalhistas do art. 7º, ou o direito de resposta, estabelecido no inciso V do art. 5º do mesmo documento. Tais direitos fundamentais, embora estejam a exigir a regulamentação, a promoção e a proteção por parte do Estado, com base num direito geral de liberdade e num direito geral de igualdade, têm como titulares sujeitos privados e como destinatários específicos, da mesma sorte, sujeitos privados. Essa categoria de direitos fundamentais, portanto, não desafia a aplicabilidade às relações jurídicas privadas, pelo que estão fora do campo de estudo ora proposto.

Situação diversa ocorre com alguns direitos de defesa no âmbito das relações trabalhistas. Cuida-se de direitos fundamentais não-trabalhistas, como direito fundamental à intimidade, à liberdade de expressão, à liberdade de crença, à igualdade e mesmo ao devido processo legal, que podem ser aplicados às relações de trabalho. Aos problemas daí decorrentes se dispensará o devido destaque no momento oportuno.

Há direitos fundamentais outros que, pela sua própria estrutura, têm como destinatário específico o próprio Estado, a exemplo da garantia contra a extradição do nacional ou os direitos constitucionais do preso⁷, pelo que sobre eles não cabe se cogitar de aplicabilidade às relações privadas. Esses direitos, evidentemente, se encontram fora do objeto de investigação aqui apresentado. Saber se certo direito fundamental tem por destinatário o Estado, o particular, ou ambos, está na interpretação na norma a partir do seu suporte fático⁸.

⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.08.

⁸ Cf. item 3.6.1.

1.2 EFICÁCIA, EFETIVIDADE E APLICABILIDADE

Alguns esclarecimentos se impõem quanto à adoção do signo “aplicabilidade”, bem como do uso eventual de “eficácia” em outras passagens deste trabalho. Ambos cuidam-se de signos polissêmicos tanto na linguagem vulgar quanto na linguagem da ciência do Direito.

A doutrina normalmente distingue, a partir das lições de Kelsen, entre eficácia jurídica e eficácia social da norma. Acerca dessa última, diz-se da “efetiva conduta praticada no meio social de acordo com comando imposto pelo enunciado normativo”; enquanto que eficácia jurídica equivale à “aptidão da norma para gerar, de forma mais ou menos intensa, conseqüências de natureza jurídica, regulando as condutas nela prescritas”⁹.

No mesmo passo, Maria Helena Diniz¹⁰ parece admitir tal distinção, quando assim vaticina:

Eficácia, como mais adiante explicaremos minudentemente, diz respeito às condições fáticas e técnicas da atuação da norma jurídica e ao seu sucesso.

A *eficácia* vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão da condição técnica de sua aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.

A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma ajustam, ou não, seu comportamento em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem, ou não, os comandos jurídicos, se os aplicam ou não. Casos há em que o órgão competente emite normas, que por violentarem a consciência coletiva, não são observadas nem aplicadas, só logrando, por isso, ser cumpridas de modo compulsório, a não ser quando caírem em desuso; conseqüentemente, têm vigência, mas não possuem eficácia (eficácia social).

A eficácia de uma norma, por sua vez, indica, em sentido técnico, que ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer, ou produzir, seus próprios efeitos jurídicos, porque se cumpriram as condições para isto exigidas (eficácia jurídica), sem que haja qualquer relação de dependência da sua observância, ou não, pelos seus destinatários.

A se aceitar uma tal distinção, portanto, estaremos diante de eficácia como um gênero, a albergar as espécies eficácia social e eficácia jurídica. Quanto ao conceito de aplicabilidade, doutrina há que, embora não o confunda com o gênero eficácia, o equipara ao conceito da espécie

⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p.137.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.30-31.

eficácia jurídica. Nesta senda, aplicabilidade é qualidade do que é aplicável, e norma aplicável é norma juridicamente eficaz. O próprio José Afonso da Silva¹¹ esclarece essa aproximação conceitual:

Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados sob prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.

Para os fins deste estudo, portanto, entende-se por eficácia jurídica a possibilidade de norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de gerar efeitos jurídicos (na medida de sua aplicabilidade), ao passo que a eficácia social (efetividade) engloba tanto a decisão judicial pela aplicação da norma juridicamente eficaz quanto os resultados concretos ou repercussões fáticas entre os atores sociais¹². É essa conceituação baseada nas lições clássicas de José Afonso da Silva no tocante à aplicabilidade das normas constitucionais.

1.3 MÉTODO

No que tange ao tipo de raciocínio a ser desenvolvido na investigação, isto é, ao método a ser utilizado, alinhamo-nos, sob marcada influência de Paul Feyerabend, ao entendimento de que a pesquisa social, em geral, e jurídica, em particular, não deve cingir-se a adotar um método único e absoluto.

O discurso jurídico, qualquer que seja seu conteúdo, pode estar fadado à inadequação ou à inexequibilidade prática caso seja construído tão-somente sobre bases tradicionais de racionalidade científica, olvidando os novos rumos da construção e aplicação do conhecimento. Dessarte, muito embora nenhum problema haja na adoção de um tipo específico de raciocínio, se faz premente a aceitação de uma flexibilidade de métodos na investigação jurídica, pois, consoante Feyerabend¹³:

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p.49-50.

¹² SARLET, op.cit., p.249.

¹³ FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2007. p.42-43.

Está claro, então, que a idéia de um método fixo ou de uma teoria fixa da racionalidade baseia-se em uma concepção demasiado ingênua do homem e de suas circunstâncias sociais. Para os que examinam o rico material fornecido pela história e não têm a intenção de empobrecê-lo a fim de agradar a seus baixos instintos, a seu anseio por segurança intelectual na forma de clareza, precisão, ‘objetividade’ e ‘verdade’, ficará claro que há apenas um princípio que pode ser definido em *todas* as circunstâncias e em todos os estágios do desenvolvimento humano. É o princípio de que *tudo vale*.

Conseqüentemente, de modo geral a investigação aqui proposta se desenvolverá através de método predominantemente dedutivo, pois buscará partir de premissas gerais, seguras e verossímeis acerca das questões relacionadas aos direitos fundamentais, ao princípio da autonomia privada e à teoria dos princípios, para somente então, a partir delas, sacar conclusões igualmente verossímeis em direção a especificidades. Não obstante, determinadas conjeturas poderão ser formuladas a partir de raciocínios tipicamente dialéticos, o que, segundo cremos, não terá o condão de comprometer a cientificidade das conclusões da investigação e sim, antes, as fortalecerá.

1.4 PLANO DE TRABALHO

O caminho a ser aqui percorrido consiste de quatro passos fundamentais.

No primeiro passo, apresentar-se-á um esboço de parte do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, a partir de sua concepção clássica liberal, passando pelo modelo concebido para o Estado Social, até o momento chamado “pós-social”, o qual sucedeu a crise do Estado-Providência. Após essa aproximação de cunho histórico, são apresentados e analisados alguns dos principais marcos teóricos do Constitucionalismo contemporâneo, quais sejam os fenômenos da personalização do direito privado, da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os deveres de proteção, que por seu turno ensejaram a idéia de constitucionalização do Direito, e como tais fenômenos se relacionam com a idéia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ainda no mesmo item, será abordada a tutela constitucional do princípio da autonomia da vontade e como ele se insere na idéia de um direito geral de liberdade na Constituição.

O segundo passo consiste de uma exploração dos principais eixos temáticos da teoria dos princípios, sobretudo da distinção teórico-estrutural da norma jurídica entre regra e princípio, do

fenômeno da colisão entre direitos fundamentais, da regra da proporcionalidade como método de solução de tais colisões e das possibilidades de tal teoria quanto à sua racionalidade no controle intersubjetivo da aplicação e das restrições a direitos fundamentais. Nesse ponto, será analisado o uso que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo da regra da proporcionalidade na solução de colisões entre direitos fundamentais. Outrossim, apresentar-se-á um esboço das principais linhas do tema das restrições a direitos fundamentais e como elas se relacionam com a teoria dos princípios.

O terceiro passo corresponde a uma tomada de posição sobre qual o papel da constituição e dos direitos fundamentais num dado ordenamento jurídico. Para tanto, apresentaremos distintas concepções de constituição e de direitos fundamentais. De maneira especial, entre as diferentes concepções aludidas, abordaremos alguns problemas da chamada Constituição dirigente e como tais problemas podem ou não estar relacionados com a proclamada crise da Modernidade. Como se verá, uma tomada de posição quanto ao papel da constituição e dos direitos fundamentais no ordenamento é sobremaneira valiosa para o tema aqui explorado, visto que algumas concepções deixam uma maior capacidade de conformação da ordem jurídica para o legislador ordinário e, sobretudo, para os atores privados, enquanto outras concepções tendem a restringir as competências reservadas ao legislador ordinário e aos particulares.

Após fixadas as necessárias premissas teóricas, enfrentaremos, no derradeiro passo, problemas específicos decorrentes do tema deste trabalho. Primeiramente serão discutidos os principais modelos teóricos que tratam da eficácia horizontal. A seguir, será abordada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais a ações negativas, isto é, os chamados direitos de defesa, especialmente no que concerne ao direito fundamental ao devido processo legal e também à aplicabilidade de direitos de defesa não-trabalhistas nas relações jurídicas laborais. Por fim, será esboçada uma proposta para o tormentoso problema da eficácia de direitos sociais, de caráter prestacional, e de direitos transindividuais nas relações privadas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HISTÓRIA MODERNA E O DIREITO GERAL DE LIBERDADE

O debate acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas não deve cingir-se apenas a uma abordagem dogmático-analítica do direito positivo, isto é, à pura análise dos princípios e regras constitucionais envolvidos e suas relações com a autonomia privada. Antes, uma discussão do tema que se pretenda profícua está a exigir um prévio mergulho nas principais transformações estruturais por que passaram o Estado e a sociedade, em geral, e o Direito, em particular, ao longo da História moderna e contemporânea.

O tema da aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais, como observou Daniel Sarmento¹⁴, “apresenta profundas conexões com a forma pela qual encaramos o Estado, a sociedade e os direitos humanos”. Não por outra razão, o objeto do presente estudo precisa ser situado num contexto mais amplo, qual seja o das diferentes cosmovisões e paradigmas acerca do Estado e da sociedade, em geral, e dos direitos fundamentais, em particular.

José Eduardo Soares Faria¹⁵ assevera que um paradigma:

[...] implica uma teoria básica, uma tradição científica e algumas explicações exemplares, que são aceitas pelos cientistas ao ponto de suspenderem o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas.

Ora, a compreensão hodierna dos direitos fundamentais, inclusive da sua eficácia horizontal, foi construída historicamente à luz de diferentes paradigmas, que de fato não constituem modelos estanques, incomunicáveis entre si, mas uma evolução gradual de diferentes mundividências, nas quais preponderaram de forma mais acentuada certas características dos Estados e das sociedades ocidentais.

2.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E FUNDAMENTO POLÍTICO

Por ser assim, o presente tópico cuida de descrever de forma sucinta e não exaustiva – advirta-se – os aspectos nucleares dos paradigmas liberal e social, além de cogitar sobre a possível emergência de um chamado paradigma “pós-social” dos direitos fundamentais, tendo

¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.17.

¹⁵ FARIA, José Eduardo Soares *apud* SARMENTO, op.cit., loc.cit.

por pano de fundo os impactos da globalização e da chamada Pós-Modernidade sobre o Direito, bem assim sua necessária repercussão sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

2.1.1 O paradigma liberal

O período histórico que compreendeu o fim da Baixa Idade Média e o final da Idade Moderna, como se sabe, foi marcado por profundas transformações na sociedade europeia. O poder político, fragmentado no Medievo, experimentou uma nova concentração nas mãos do soberano, fenômeno conhecido como Absolutismo. No plano econômico, com os Renascimentos Comercial e Urbano, verificou-se o advento e início da ascensão da burguesia enquanto novo grupo social produtor de riqueza. Em sentido contrário, observou-se o início de um enfraquecimento político e econômico da nobreza, desencadeando-se um lento e paulatino processo de extinção de seus privilégios estamentais.

Nada obstante, o Absolutismo Monárquico, outrora garantidor da ascensão econômica burguesa, passou a representar um entrave à consecução dos anseios daquela classe. O poder político absolutamente enfeixado nas mãos do príncipe e mesmo a persistência de alguns privilégios da nobreza e do clero - que não desapareceram num único momento e nem através do mesmo processo histórico nas diversas nações europeias - dificultavam o acesso da burguesia à participação na tomada de decisões políticas, que influíam diretamente nos interesses econômicos daquela classe produtora. Já detentora de poder econômico, a classe burguesa passou a aspirar ao poder político.

Diversos eventos históricos concorreram para alterar aquele estado de coisas. Pioneiramente, a Ilustração adveio como fundamento filosófico da necessidade da contenção do poder e do respeito às liberdades individuais. No paradigma liberal, o Estado foi concebido à luz do ideário contratualista de Rousseau e de Locke que, em suma, pugnava por um pacto entre governantes e governados, calcado na soberania popular e na democracia representativa, além da tripartição de funções estatais, sistematizada pelo próprio Locke e por Montesquieu¹⁶.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.28-29.

O triunfo da plataforma liberal teve como especiais marcos históricos a Revolução Gloriosa inglesa (1688), cujo marco jurídico foi o *Bill of Rights* (1689); a independência das 13 colônias inglesas na América do Norte (1776), à qual se seguiu a Constituição dos Estados Unidos da América (1787); e a Revolução Francesa (1789), tendo por marco jurídico, no mesmo ano, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁷.

Do ponto de vista econômico, o paradigma liberal revelava-se na lógica do *laissez faire, laissez passer*. Consoante essa lógica, o papel do Estado era mínimo: assegurar as condições macroeconômicas básicas e deixar que os particulares, em igualdade formal frente aos seus concidadãos, regulassem seus próprios interesses, livres o quanto possível da ingerência do Leviatã. A “mão invisível” do mercado cuidaria de solucionar os problemas sociais e redundaria na promoção espontânea do bem comum. Toda intervenção estatal no âmbito das relações privadas, máxime as econômicas, eram reputadas excepcionais e *prima facie* indesejáveis.

Do ponto de vista político-jurídico, o paradigma liberal revelou-se na vitória do Constitucionalismo Moderno, que consagrou o chamado “Estado Liberal de Direito”, também denominado “Estado Burguês de Direito” (Carl Schmitt) ou simplesmente “Estado de Direito” (*Rechtsstaat*, na linguagem da Escola de Direito Público alemã do século XIX)¹⁸. Os dois pilares estruturais do Constitucionalismo Moderno são facilmente visíveis nas declarações de direitos e nas constituições de então, quais sejam: o reconhecimento de direitos fundamentais individuais e a separação de poderes.

Em suma, na concepção liberal clássica, (a) o Estado é concebido enquanto um ente político e jurídico que deve ter os poderes definidos, limitados e controlados; (b) o Estado com poderes limitados é o Estado de Direito, no qual impera a lei e não a vontade de um monarca ou de um grupo de oligarcas; (c) a limitação dos poderes estatais é garantida por mecanismos constitucionais de controle, entre os quais preponderam os direitos fundamentais individuais e a separação de poderes¹⁹.

Todavia, fugiria ao escopo deste trabalho apontar com detalhes e profundidade todas as repercussões econômicas, políticas e jurídicas do paradigma liberal. No que respeita aos direitos fundamentais, em geral, e à sua aplicação horizontal, em particular, é comum a observação, na

¹⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Ibidem, p.69.

doutrina, de que o liberalismo político encarava os direitos fundamentais (vida, liberdades, integridade física, igualdade, etc.) somente enquanto limitações jurídicas ao poder do Estado, estranhas às relações jurídicas travadas entre os atores privados, é dizer, que os direitos fundamentais foram precipuamente concebidos para ser opostos contra o Estado tão-somente.

No entanto, uma investigação histórica atenta revela que, na ótica do jusnaturalismo contratualista legado pelo Iluminismo, os direitos do homem eram realidades pré-políticas, anteriores à fundação do Estado e, por conseguinte, plenamente aplicáveis às relações entre particulares. Daniel Sarmiento²⁰ demonstra essa realidade ao afirmar que:

Sem embargo, a própria origem contratualista das teorias sobre os direitos humanos induz à idéia de que, na concepção dos filósofos inspiradores do constitucionalismo, tais direitos também valiam no âmbito das relações privadas. De fato, se os direitos eram naturais e precediam a criação do Estado, é evidente que eles podiam ser invocados nas relações privadas, até porque, num hipotético Estado de Natureza, inexistiria poder público. Sob esta ótica, a criação do Estado através do contrato social não desvirtuava tal situação, pois o que justificava o poder estatal era exatamente a necessidade de proteção dos direitos do homem, em face dos seus semelhantes. Portanto, nas doutrinas jusnaturalistas, os direitos naturais valiam *erga omnes*, sendo concebidos como direitos de defesa do homem também em face de outros indivíduos e não apenas do Estado.

Virgílio Afonso da Silva formula raciocínio semelhante, ao negar pretensa distinção entre aquilo que seria uma função “clássica” dos direitos fundamentais, vale dizer, direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, e outras funções. Aduz o citado autor²¹:

Nos primeiros movimentos que culminaram com declarações de direitos fundamentais, especialmente a Revolução Francesa e o movimento pela independência das colônias britânicas na América do Norte, a idéia de direitos fundamentais que não fossem meras liberdades públicas, ou seja, direitos fundamentais que fosse mais do que meros direitos de defesa contra o Estado e que fossem pensados com o intuito de proteger os cidadãos nas suas relações entre si, era algo corriqueiro. A palavra-chave, nesse âmbito, é o direito à segurança, que nada mais é do que a expressão da idéia de que as violações a direitos fundamentais não partem somente do Estado, mas também dos outros cidadãos.

Vê-se, dessarte, que os direitos fundamentais de caráter individual, os assim chamados de primeira geração ou dimensão, ao menos em sua raiz histórica e concepção filosófica, deveriam

²⁰ Op. cit., p.27.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p.137-138.

ser aplicáveis não somente nas relações verticais, entre indivíduo-Estado, mas também nas relações entre particulares.

Tal constatação será de especial valia quando for apresentada, em momento oportuno, crítica no que toca à distinção entre o fundamento político da eficácia horizontal e seu fundamento teórico-jurídico.

2.1.2 O paradigma social

A despeito de suas inegáveis conquistas históricas, o modelo liberal revelou-se limitado e insuficiente para concretizar, em sua plenitude, o projeto iluminista de emancipação da condição humana. Tal aparente fracasso, consistente nos nefastos efeitos econômicos do liberalismo clássico, é descrito com precisão por Fábio Konder Comparato²²:

Mas, em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de promover livremente a sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança.

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século de XIX.

Como se vê, portanto, a igualdade formal preconizada pelo esquema liberal não logrou escamotear a abissal desigualdade material entre as pessoas, especialmente aquelas detentoras dos meios de produção e aquelas dependentes da prestação remunerada de sua força de trabalho. Deixados ao seu próprio alvitre, continuaram a exercer, uns sobre os outros, a opressão e a exploração, na medida em que o livre, desimpedido e desmedido poder econômico de alguns sujeitava a grande maioria à sua dependência em obter o mínimo existencial. Por outras palavras, num espaço onde o Estado, em regra, não podia se imiscuir, o forte, detentor dos meios de

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.52.

produção, subjugava o mais fraco, detentor tão-somente de sua força laboral, situação representada pela terrível idéia do darwinismo social.

O modelo liberal passou a ser alvo de proposições alternativas, tais como o socialismo utópico, que cria na possibilidade de a burguesia tomar a dianteira nas reformas sociais, e a doutrina social da Igreja, que, apesar de rejeitar a idéia marxista de luta de classes, pugnava pela instituição de direitos mínimos para o homem na sua condição de trabalhador, tendo por marco histórico a Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, editada pelo Papa Leão XIII²³. Ambas as proposições desempenharam papel de alto relevo no surgimento do Direito do Trabalho, que se desmembrou do Direito Civil e se consolidou como ramo jurídico autônomo.

O próprio modo de produção capitalista como um todo passou a ser atacado pelo socialismo científico de Karl Marx, para quem a democracia representativa e os direitos individuais liberais compunham tão-somente a superestrutura que emprestava um verniz de legitimidade à exploração econômica da classe proletária pela classe burguesa. Sustentava Marx que de nada aproveitava a abolição de privilégios estamentais baseados na origem, no nascimento ou na estirpe, típicos do mundo feudal, se eles fossem apenas substituídos por privilégios baseados na acumulação de riqueza, típicos do mundo do capital.

A sofisticação das teorias marxistas estava baseada em conceitos como o materialismo histórico, a mais-valia e a alienação. Marx radiografou de forma precisa a desagregação do homem provocada pelo capitalismo selvagem, consistente no esvaziamento do valor do trabalho humano, na medida em que o trabalhador era manejado apenas como mais um insumo no processo produtivo.

A perplexidade diante de tal realidade se revela na emblemática frase vazada no Manifesto do Partido Comunista²⁴: “Tudo que é sólido se desmancha no ar [...]”. A influência das idéias marxistas terminou por ensejar a eclosão da Revolução Russa de 1917, a qual estabeleceu aquilo se denominou socialismo real, bipartindo o mundo por quase um século e colocando em xeque a própria viabilidade da sobrevivência do modo de produção capitalista.

Entretanto, mediante sua capacidade auto-regenerativa, o modo de produção capitalista, que “ora recua, ora transige, ora vacila”²⁵, deu azo ao surgimento do Estado de Bem-Estar Social,

²³ SARMENTO, op.cit., p.32.

²⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 48.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.183.

à vista do receio de que os movimentos revolucionários se estendessem aos países de capitalismo avançado.

No plano político-econômico, a transição do Estado Liberal para o *Welfare State* se deveu à necessidade de criação de mecanismos estatais de supervisão dos agentes econômicos, cujos abusos a mão invisível do mercado já não lograva controlar. A incorporação de tecnologia ao processo produtivo cuidou de impulsionar a economia de escala, acarretando a concentração de capital e a formação de monopólios e oligopólios, prejudicando a livre concorrência e empurrando os pequenos produtores em direção à massa proletária submetida à força do capital industrial de então.

Á vista desse quadro, a própria sobrevivência do capitalismo se deveu, naquele momento, à assunção de uma postura pró-ativa por parte do Estado, no sentido de impor regras e limites ao livre jogo das forças do mercado. Um fator econômico conjuntural, que marcou historicamente a superação do modelo liberal, foi a grande crise econômica do período entre - guerras, cujo apogeu foi o *crack* da bolsa de Nova Iorque em 1929 e a Grande Depressão que se seguiu àquele evento. Destacaram-se assim as proposições do economista inglês John Maynard Keynes, que defendia um papel ativo do Estado no cenário econômico e cujas idéias foram adotadas pelo presidente Roosevelt para compor o conjunto de reformas conhecido como *New Deal*, na tentativa de soerguer a combalida economia norte-americana²⁶. A partir de então, o Estado, outrora conhecido como potencial antagonista do livre mercado e das liberdades individuais, passou de coadjuvante a protagonista no palco social.

No plano político-jurídico, o Estado-Providência foi marcado pela positivação constitucional de uma nova e ampla constelação de direitos, que demandavam prestações estatais destinadas à satisfação de necessidades básicas do cidadão, tais como a saúde, a educação, a previdência social, a moradia, entre outras “liberdades sociais”²⁷, que deveriam ser implementadas mediante políticas públicas interventivas. O regramento constitucional tornou-se assaz extenso e ambicioso, disciplinando, além da estrutura institucional básica do Estado e dos direitos e garantias individuais, um extenso leque de direitos sociais, que no sistema de posições

²⁶ SARMENTO, op.cit., p.34.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.52.

jurídicas fundamentais de Robert Alexy chamam-se “direitos a ações positivas fáticas e normativas”²⁸.

A esse respeito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta²⁹ observou que:

Assegurando os direitos sociais dos indivíduos, as Cartas Constitucionais desse período passam a incorporar também os direitos econômicos. Em consequência, o constitucionalismo clássico, erigido com o escopo de garantir as liberdades individuais e políticas e os direitos civis, cede lugar ao *constitucionalismo social*. As constituições abandonam, então, o modelo tradicional, fulcrado no liberalismo clássico, passando a representar um compromisso entre os grupos sociais em choque (progressistas e conservadores). A *instabilidade* e o compromisso caracterizam, pois, o *constitucionalismo social*.

Os marcos históricos daquela nova fase constitucional foram as pioneiras Carta mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919. Enquanto no Estado Liberal os direitos fundamentais correspondem basicamente a direitos de defesa e proteção do cidadão em face do arbítrio estatal, a impor uma postura passiva ao Poder Público, no Estado Social a tônica passa a ser direitos a prestações positivas, mediante os quais o cidadão é credor ou titular e o Poder Público é devedor. Segundo o paradigma liberal, o Estado se abstém para garantir a liberdade; de acordo com o paradigma social, o Estado intervém para promover a igualdade.

Assim é que os direitos fundamentais típicos do Estado Liberal, tais como vida, liberdades, incolumidade física e propriedade, ficaram conhecidos como direitos fundamentais de primeira geração, ao passo que os direitos fundamentais típicos do *Welfare State*, como a educação, saúde e previdência, foram denominados direitos fundamentais de segunda geração. É despidendo salientar que não se trata de substituição ou superação de uma geração por outra, visto que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Antes, a expressão “geração” apenas cuida de denotar o momento histórico em que os respectivos direitos foram consagrados constitucionalmente. De tal arte, muito embora haja parcela da doutrina que prefira a locução “dimensão” a “geração”, para efeito deste trabalho será utilizada a segunda expressão, desde que compreendida a partir do significado acima exposto.

Ademais, a classificação em gerações já não comporta, do ponto de vista teórico, a complexidade das diversas posições jurídicas fundamentais do sujeito diante do Estado, razão por

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.194-195.

²⁹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.135.

que outras classificações, como a teoria dos *status* de Jellinek ou o sistema de posições jurídicas fundamentais de Alexy se mostram mais próximos de um ideal de abrangência de tal complexidade.

Outra faceta digna de menção do paradigma social, melhor verificada após a queda dos regimes totalitários nazi-fascistas, foi a evolução do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social e democrático. Aqui se está a falar da própria questão da legitimidade do Estado e da ordem constitucional. No paradigma liberal, o Estado legitimava sua conduta na medida em que agia em absoluta submissão à lei, a saber, à lei em sentido formal, aquela emanada do processo legislativo, oriunda do Parlamento eleito através do voto dos cidadãos, em consonância com os postulados da democracia representativa.

Sucede que, consoante demonstrou a História do século XX, a crença cega na legitimidade da atuação do Estado sob a majestade da lei terminou por dar ao totalitarismo ares de legalidade, inatacável do ponto de vista formal. Com as lutas sociais pela participação política e a paulatina universalização do sufrágio, as camadas mais populares passaram a ter acesso ao poder político, desequilibrando a predominância da elite burguesa. Esse processo, somado à falência do esquema liberal, revelou a necessidade de o Estado encontrar real legitimação no atendimento dos objetivos populares. Assim é que o Estado Liberal de Direito, que se portava como um Estado Legislativo de Direito, evoluiu para um autêntico e pleno Estado Democrático de Direito³⁰.

Isto não significa que o Constitucionalismo social haja surgido apenas com a derrocada dos regimes nacional-socialistas. Ao contrário, o Constitucionalismo social é um fenômeno mesmo anterior à ascensão do nazi-facismo, haja vista as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. O que se está a afirmar aqui é que a queda de dois específicos regimes europeus autoritários colaborou para fomentar a idéia de um Estado não mais apenas democrático, mas um Estado democrático e social.

Entrementes, a ascensão da chamada constituição dirigente deu azo a uma série de problemas de ordem prática. Sucede que a consagração constitucional dessa nova geração de direitos, de caráter eminentemente prestacional, revelou a escassez de recursos estatais para fazer face a tantos novos compromissos. Assim, os direitos sociais e econômicos passaram a ser compreendidos como limitados à “reserva do possível”, motivo por que, durante muito tempo, a

³⁰ STEINMETZ, op.cit.,p.79.

maior parte da doutrina negou a justiciabilidade de tais direitos, que eram tomados como normas constitucionais puramente programáticas.

Muito embora essa aceção esteja atualmente superada, visto que hoje se reconhece plena juridicidade e eficácia aos direitos sociais, as normas constitucionais que positivam direitos sociais e econômicos continuam levantando inúmeras perplexidades no tocante à sua efetividade. Desse modo, é de se perguntar quem é constitucionalmente competente para escolher as prioridades nas despesas públicas no tocante aos direitos fundamentais sociais: o Poder Legislativo ou o Judiciário? É possível ao Judiciário compelir a Administração Pública a efetivar dado direito fundamental social, como a disponibilidade dum leito de hospital ou duma vaga em instituição pública de ensino, diante de limitação orçamentária para tanto?³¹.

Antes, porém, de se avançar no tema da crise do Estado Social, o que se fará no item subsequente, calha ainda uma observação sobre o Estado Social e sua repercussão na idéia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Muitos autores atribuem a origem da eficácia horizontal à passagem do Estado Liberal para o Estado Social e, conseqüentemente, ao advento dos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão.

É também uma idéia comum a assertiva de que o movimento do Estado Liberal para o Estado Social e o advento dos direitos sociais, econômicos e culturais ampliaram a significação dos direitos fundamentais e, como efeito, ensejaram sua extensão às relações privadas. É o que se percebe, por exemplo, no quanto afirmado por Zeno Simm³²:

Por isso as transformações sofridas pelo Estado e a evolução dos direitos fundamentais fizeram com que estes se tornassem também aplicáveis às relações privadas, entre particulares, especialmente para eliminar os reduzir as desigualdades entre as pessoas, na busca de uma igualdade material e não meramente formal, até porque os direitos fundamentais alicerçam-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

Idéia similar está presente em José João Abrantes³³:

³¹ SARMENTO, op.cit.p.37-38.

³² SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, n.11, vol.69, p.1287-1303, nov, 2005. p. 1293.

³³ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.29.

O Estado Social traz também, no que representa, sem dúvida alguma, o aspecto mais importante da nova concepção de direitos fundamentais, a *modificação do próprio sentido dos direitos e liberdades clássicas*, a que passa a ser reconhecida uma nova dimensão e uma nova função. Ao lado de uma dimensão subjectiva, tende agora a reconhecer-se a esses direitos uma *dimensão objectiva*, passando os mesmos a ser vistos como contendo (também) *normas de valor*, que devem valer para toda a ordem jurídica, isto é, não só para o direito público, mas também para o direito privado.

Contudo, sugerir que há uma relação direta de causalidade entre advento do Estado Social e eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é exato. É uma acepção que merece reservas, por sua imprecisão histórica.

De fato, o movimento do Estado Liberal para o Estado Providência deu azo a profundas transformações na concepção do papel dos direitos fundamentais, ampliando seu significado. Todavia, a idéia de eficácia horizontal não pode ter surgido automaticamente dos direitos fundamentais prestacionais, simplesmente pelo fato de que tais direitos foram designados para ser exercitados muito mais contra o Estado, destinatário principal da nova dimensão de direitos fundamentais.

Embora alguns direitos fundamentais de segunda geração tivessem (e tenham) os detentores do poder econômico como sujeitos passivos, a exemplo dos direitos trabalhistas, o fato é que, na viragem do século XIX para o século XX, o Estado era (como ainda é) o grande garante da realização de direitos fundamentais, e dele que se esperava (como ainda se espera) a intervenção no jogo das forças econômicas para assegurar trabalho, previdência social, saúde, educação, etc. Demais disso, como se viu no item precedente, até mesmo os próprios direitos fundamentais de defesa, à época em que vigia o liberalismo, eram oponíveis a particulares, razão por que resta inconcebível que a idéia de eficácia horizontal haja surgido com o advento do Estado Social e dos direitos fundamentais prestacionais.

2.1.3 O paradigma “pós-social”

A efetividade da ampla constelação de novos direitos prometidos pelo Constitucionalismo Social encontrou entraves num Estado hipertrofiado e burocrático, que já não conseguia se desincumbir da gama de tarefas a que se propusera. A efetiva implementação de políticas públicas, sobretudo de saúde e previdência, esbarrava em entraves como insuficiência de recursos financeiros e outras variáveis econômicas como o crescimento demográfico e o envelhecimento

da população, impulsionados pelos avanços da medicina e das condições de saúde pública em geral, a exemplo da ampliação do saneamento básico³⁴.

A crise sistêmica do *Welfare State* se revelou, de acordo com Bresser-Pereira (1998, p.34-36), na crise do custeio da previdência, na crise fiscal, na perda do crédito público e na insuficiência da prestação de saúde, educação e outros direitos sociais juridicamente consagrados.

Não fosse bastante, o já combalido modelo do Estado Social teve de se deparar com os efeitos inexpugnáveis da globalização econômica. O avanço do comércio internacional e a ampliação de mercados, impulsionados pelo vertiginoso desenvolvimento tecnológico da informática e das telecomunicações, terminaram por mitigar a importância das fronteiras nacionais e da capacidade do Estado de exercer controle sobre os fatores econômicos, bem assim de regulamentar e fiscalizar o mercado interno, além de implementar políticas públicas. Daniel Sarmiento³⁵ descreve com precisão esse quadro:

Enfim, a globalização vem alimentando o processo de esfacelamento do Estado - Providência, na medida em que vai corroendo o seu poder de efetivamente subordinar, de modo soberano, os fatores econômicos e sociais que condicionam a vida de cada comunidade política. Cada vez mais avulta a importância de variáveis exógenas sobre a economia nacional, sobre as quais o Estado - Nação não exerce nenhum poder.

Com a debilitação do Estado Social, ressurgiu das cinzas a idéia de Estado mínimo. Trata-se do fenômeno conhecido como neoliberalismo, ocorrido na década de 80 nos países de capitalismo avançado e nos anos 90 nos países periféricos, inclusive no Brasil³⁶. Cuida-se da crença de que o mercado, quando livre dos marcos compensatórios do Estado, é capaz por si só de produzir e distribuir riqueza e dar cabo das mazelas sociais. A idéia-mestra da doutrina neoliberal repousa em que, quanto menor a participação do Estado na economia, maior seria o poder dos indivíduos e mais rapidamente a sociedade poderia se desenvolver e progredir, para o bem dos cidadãos.

Não se cuida, por óbvio, de uma absoluta ausência do mercado no domínio econômico, visto que uma completa omissão estatal nesse campo não se fazia possível mesmo no auge do liberalismo clássico. A idéia do neoliberalismo consistiu muito mais na substituição de um

³⁴ SARMENTO, op.cit.,p.43.

³⁵ Ibidem, p.47.

³⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998. p.51-77.

Estado prestador, protagonista do fenômeno econômico, por um Estado regulador, coadjuvante do mercado, mas ainda assim limitador deste.

As proposições básicas desse modelo consistem em abertura de mercados internos, estrita disciplina fiscal com corte de gastos sociais, privatizações, desregulamentação de mercado, reforma tributária e flexibilização das relações de trabalho³⁷. Os investimentos despendidos para a realização dos direitos sociais são demonizados como responsáveis pelo déficit público e pela ineficiência dos agentes econômicos privados.

A fragilidade e dependência de muitos Estados nacionais, como o Brasil, e sua inaptidão para dirigir seus próprios rumos restam patentes diante do atual contexto da economia global, guiada por um punhado de megacorporações multinacionais, agentes do sistema financeiro como o FMI e Banco Mundial e algumas das maiores potências como os EUA, representadas no Consenso de Washington³⁸.

A volatilidade do capital financeiro, que circula pelo mundo eletronicamente, sem necessidade de qualquer transferência física, tem o condão de subordinar, sobretudo, os países periféricos, que se vêem compelidos a adaptar seu ordenamento jurídico aos ditames dos interesses daqueles agentes econômicos, sob pena de fuga em massa de investimentos³⁹. Assim é que as razões de mercado vão se impondo ao Direito, conformando-lhe e mudando-lhe as feições.

No modelo Social, via de regra, prevalece a constituição dirigente, analítica ou prolixa, que abunda em direitos fundamentais prestacionais, preceitos conformativos da ordem econômica, princípios e regras de intervenção estatal no mercado e programas de implementação de políticas públicas. Consoante o modelo neoliberal, todavia, a constituição deve apenas gizar os contornos do Estado, delinear sua estrutura básica e assegurar os direitos e garantias fundamentais clássicos de defesa, é dizer, estabelecer um sintético estatuto do Estado, sem qualquer pretensão de ingerência e direcionamento da vida econômica, exceto por alguns mecanismos básicos de controle. Por outros dizeres, a acepção neoliberal de constituição *quase* remete ao constitucionalismo anterior aos marcos mexicano de 1917 e weimariano de 1919.

Sem embargo, além dos impactos sofridos com a globalização e com o paradigma neoliberal, outro elemento irá reverberar fortemente sobre o Direito, em geral, e os direitos fundamentais, em particular: o advento da idéia da pretendida pós-modernidade. Em suma e

³⁷ SARMENTO, op.cit.,p.45.

³⁸ BONAVIDES, op.cit.,p.69.

³⁹ SARMENTO, op.cit.,p.47.

pobre síntese, segundo este suposto novo paradigma, a Modernidade teria falhado em seus objetivos, pois não logrou êxito em solucionar os principais problemas que assolam a humanidade. Assim, os pensadores ditos pós-modernos têm buscado desconstruir as principais categorias conceituais da Modernidade, como as idéias de progresso, de verdade, de justiça, o primado da ciência e da razão e a pretensão de universalidade dessas categorias⁴⁰.

Apontam-se como efeitos da crítica pós-moderna ao Direito a desconstrução de categorias como “direito subjetivo”, “sujeito de direito”, “interesse público”, dentre outras⁴¹. Rejeita-se o monismo jurídico, isto é, o monopólio de produção de normas jurídicas pelo Estado, e estimula-se o pluralismo, que reconhece outras fontes não-estatais de produção do Direito.

Outrossim, pretende-se um Direito mais flexível e adaptável à fluidez da realidade pós-industrial, ao invés do tradicional Direito coercitivo e sancionador. Consoante essa proposta, o Estado não deve impor ou proibir condutas, mas negociar, induzir, incitar comportamentos, a fim de levar os particulares à consecução de seus objetivos. Para tanto, fala-se em desregulamentação e deslegalização.

Substituem-se as formas heterônomas de resolução de conflitos, máxime a intervenção do Judiciário, por formas autônomas de composição, como a arbitragem e a mediação. Assim se esvai a rígida separação entre Estado e sociedade civil. Entre o indivíduo e o Estado despontam novas e inúmeras instâncias de exercício de poder⁴². Na pós-modernidade não haveria lugar para a constituição dirigente, pois uma tal perspectiva inadmite as idéias de universalidade e conformação plena das relações sociais, públicas e privadas, através de um estatuto jurídico único, que se pretende capaz de traçar por si só as balizas normativas da complexa e fluida realidade pós-industrial.

Voltaremos a abordar algo sobre o tema da pós-modernidade quando da discussão sobre o papel da Constituição e dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Em que pesem as incertezas, confusões e esforçados exercícios de futurologia da chamada crítica pós-moderna, ainda se fazem presentes os valores da Modernidade e, no âmbito do Direito, ainda há quem aposte nos projetos emancipatórios do Constitucionalismo. No que tange ao Brasil, persiste o modelo da constituição analítica, dirigente, generosa em consagrar tanto

⁴⁰ Ibidem, p.55-56.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Bueno Siebeneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.113-116.

⁴² SARMENTO, op.cit.,p.60-61.

direitos individuais quanto sociais e econômicos; que busca soluções compromissórias entre o abstencionismo liberal e as totalizações socialistas; que admite um capitalismo parcimonioso; que não olvida o mercado e tampouco se curva a ele.

Assim é que, no Brasil e alhures, se cogita acerca de um novo modelo de Estado, que busca se reerguer dos escombros da crise do *Welfare State*, mas que não pode ser rotulado de neoliberal, pois não se ausenta completamente da esfera econômica. Alguns o alcunham de Estado “pós-social”, o qual consiste num modelo subsidiário de Estado, que restitui aos atores privados algumas das atividades econômicas outrora sob seu controle, que vai buscar parcerias com a iniciativa privada e com o Terceiro Setor para prestação de serviços públicos e atividades de interesse coletivo, sempre sob sua fiscalização⁴³. Parece tratar-se de um modelo de compromisso entre o Estado Social e o paradigma neoliberal, porquanto nele não se verifica a pretensão de onipresença estatal na prestação de serviços públicos, nem a abstenção completa do neoliberalismo, que praticamente deixa o indivíduo à sua própria mercê.

Fala-se, aqui, no modelo de administração consensual, no qual o Poder Público buscará induzir os particulares a determinados comportamentos através de incentivos e sanções premiais, mas sem a coercitividade tradicional, conforme já explanado.

Mesmo o processo legislativo, tradicionalmente concebido enquanto pura expressão da democracia representativa, ganharia um novo componente: a produção de normas jurídicas através da negociação com os atores privados, procedimento este que se vê tanto em salutares audiências públicas abertas à sociedade civil quanto em suspeitas rodadas de negociação direta entre os detentores do poder político e os interlocutores do poder econômico. Isto, no entanto, nada representa de novo no jogo das forças políticas.

Para além desse quadro, assiste-se à quebra do monismo jurídico, enquanto instâncias privadas de poder social passam a editar normas, sob os auspícios do Poder Público, dirigidas ao âmbito de determinados setores especializados da economia, a exemplo do “Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária” editado pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR⁴⁴, que funciona como fonte de normas e verdadeiro tribunal para aquele setor.

⁴³ *Ibidem*, p.51.

⁴⁴ *Idem*.

Wilson Steinmetz⁴⁵ chama a atenção para o fato de que o poder é um fenômeno social amplo. Adverte ainda que constitui erro elementar a confusão entre poder e Estado e, por via de consequência, a confusão entre Direito e Estado, ranço do positivismo jurídico que sói permear muitos discursos, mesmo diante da complexidade social contemporânea. Aduz o aludido autor:

Há muito o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único. No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder, *(i)* ora no seio do Estado, com o objetivo de ocupação de espaços estratégicos de poder e eventual obtenção de vantagens (“apropriação privada do Estado”), *(ii)* ora com o Estado, hipótese na qual grupo(s) privado(s) se aliam aos governantes e/ou à burocracia estatal para fragilizar, restringir, neutralizar ou até impedir a ação de outro(s) grupo(s) privados, e *(iii)* ora contra o Estado, *e.g.*, ataques especulativos orquestrados por megagrupos financeiros privados nacionais e, sobretudo, internacionais.

Diante desse quadro, avulta a preocupação com a inexistência de legitimação democrática dessas instâncias privadas de poder, para editar normas de conduta nos seus círculos particulares de influência. No âmbito estatal, o poder político é atribuído a certos agentes mediante processo eleitoral aberto e dotado de variados mecanismos de controle, ao menos nas sociedades mais desenvolvidas politicamente. Num regime democrático, o exercício do poder é submetido a variados instrumentos jurídicos de controle, além da constante fiscalização da opinião pública.

As instâncias privadas de poder, todavia, na maior parte do tempo se encontram imunes a instrumentos públicos de fiscalização, sob os auspícios das liberdades individuais e da autonomia privada. Nelas, o indivíduo se encontra por vezes submetido a grave risco de opressão e negação de direitos fundamentais, situação que amiúde se revela mais difícil de combater, quando comparada à opressão estatal.

Não por outro motivo, à vista da presente realidade global, em que se exacerba o fosso das desigualdades sociais, e na qual a força reguladora do Estado é vulnerada e os poderes privados ocupam novos espaços, a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares se faz mais premente do que nunca, como forma de evitar retrocessos no processo histórico de afirmação dos direitos humanos.

Todavia – insistiremos – a desigualdade fática dos sujeitos privados, conquanto consista num dos principais fundamentos políticos da idéia de eficácia horizontal, não é seu único

⁴⁵ STEINMETZ, op.cit.,p.85.

fundamento e tampouco se aproxima do seu fundamento teórico, como elaborado a partir do esforço jurisprudencial alemão desde a década de 50. O tema será retomado.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Após a análise dos paradigmas históricos que moldaram a evolução dos direitos fundamentais, importa agora aludir aos principais marcos teóricos do constitucionalismo contemporâneo, a fim de se verificar sua influência no problema da aplicabilidade horizontal.

Ao longo do século XX, um dos principais marcos teórico-jurídicos correspondeu ao fenômeno da constitucionalização do Direito, que representou verdadeira virada de Copérnico na ciência jurídica, não somente no que tange à maneira de positivar o Direito, mas, sobretudo, no que respeita à maneira de interpretá-lo e aplicá-lo.

Só esse fenômeno, por sua complexidade, amplitude e principalmente suas agudas controvérsias, requer e merece uma pesquisa em sede própria. Sem embargo, os pontos cardeais da chamada constitucionalização do Direito têm o condão de justificar teoricamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e prover uma compreensão adequada dos seus principais problemas, motivo por que se faz preciso gizar alguns dos seus aspectos.

Nesse passo, o fenômeno da constitucionalização será aqui abordado através de alguns dos seus principais conceitos, a saber: (a) a personalização do direito privado; (b) a eficácia irradiante dos direitos fundamentais; e (c) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os deveres de proteção.

2.2.1 A personalização do direito privado

No contexto do paradigma liberal, o Direito buscava libertar-se dos laços que o atavam ao mundo feudal. Com a formação do Estado liberal, adveio o monopólio estatal da produção de normas jurídicas, no bojo da pretensão de universalidade e racionalidade do Iluminismo. O emblema máximo dessa concepção foi o Código de Napoleão, obra-prima da Escola Exegética, o qual pretendia cumprir a ilusória tarefa de disciplinar todos os aspectos da vida social. No mundo oitocentista, quando o Direito quase se reduzia ao Direito Civil, o Código de Napoleão contemplava uma realidade muito estanque e se dirigia a um destinatário principal: o homem comerciante, proprietário e chefe de família.

No século XX, entretanto, a realidade social e política tornou-se assaz complexa, forçando o Direito, outrora quase confinado ao Código, a passar a disciplinar um sem-número de inusitadas situações. Trata-se da descodificação do Direito, cujo marco inicial foi o advento do Direito do Trabalho, seguido da disciplina das relações de consumo e de variados outros campos da vida econômica.

Com o advento do Estado Social, a Constituição deixou de ser mero estatuto do Estado para se alçar à qualidade de norma máxima reguladora da vida em sociedade. A posição hierárquica superior da norma constitucional e a concepção de sua força normativa⁴⁶ fizeram surtir dois efeitos: a limitação do legislador ordinário, que passou a jungir-se aos preceitos constitucionais na confecção do direito privado, e a necessidade de se proceder a uma completa releitura hermenêutica dos seus vetustos princípios e institutos, não a fim de elidi-los, mas, antes, a fim de conformá-los aos princípios e mesmo aos valores consagrados constitucionalmente.

Controvérsias à parte, é possível asseverar que a constituição assumiu a posição de “astro-rei” do sistema jurídico, ao redor do qual gravitam todos os demais ramos, normas, princípios e institutos. De forma mais especial, assumiu a posição de epicentro do sistema o princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a constituir o paradigma máximo de interpretação e aplicação da constituição.

Daniel Sarmiento⁴⁷ fornece alguns exemplos dos reflexos dos princípios constitucionais sobre o Direito Privado, a saber: no Direito das Obrigações é relativizado o dogma da autonomia da vontade, com a proliferação de normas de ordem pública em benefício dos interesses coletivos; no Direito Contratual, avulta a preocupação com a boa-fé objetiva, com o equilíbrio contratual e se reconhece a função social do contrato; no Direito das Coisas, a função social da propriedade e da posse vão remodelar esses milenares institutos para adequá-los a vetores constitucionais como o direito à moradia e a tutela do meio ambiente; na responsabilidade civil, ampliam-se as hipóteses de responsabilidade objetiva fundadas na teoria do risco; no direito de família morre o patriarcalismo e ascende a igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos; no Direito Comercial, reconhece-se a função social da empresa.

Outro efeito inestimável da projeção dos princípios constitucionais sobre o Direito Privado foi o fenômeno da personalização e conseqüente despatrimonialização desse último. A

⁴⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.p. 15.

⁴⁷ SARMENTO, op.cit.,p.121.

tutela dos direitos da personalidade assumiu lugar destacado, sendo concebida enquanto verdadeira projeção da tutela dos direitos humanos na esfera privada⁴⁸. Ocorre que o Direito Privado, cuja ênfase era outrora a excessiva preocupação com o patrimônio, passou a enfatizar a disciplina e a proteção de variadas situações de cunho eminentemente existencial, ou ainda extrapatrimonial, que embora possam dar azo à pretensão de reparação pecuniária, em si mesmas não têm preço.

Esse deslocamento ocorrido no seio do Direito Privado, de ênfase na tutela de interesses patrimoniais para ênfase na proteção de interesses humanos existenciais, se revela de peculiar importância para a questão da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, discussão que será retomada em momento oportuno.

2.2.2 A eficácia irradiante dos direitos fundamentais

A idéia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais começa a adquirir contornos teóricos mais precisos a partir da construção, pela jurisprudência alemã, nos anos 50, das idéias de “ordem objetiva de valores” e “efeitos irradiantes” dos direitos fundamentais, sobretudo com os desdobramentos do famigerado caso Lüth.

Desde então, admitindo-se que os direitos fundamentais irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, inclusive vinculando o direito privado, ganhou força a idéia de eficácia horizontal. Na sua origem, início do século XX, entretanto, o projeto do Estado Social contava com sérios problemas de efetividade para vincular o Estado, e *a fortiori* os particulares. Ao discorrer sobre os percalços para a efetiva implementação de Weimar, Alexy⁴⁹ aduz:

O problema principal dos direitos fundamentais de Weimar era o de sua força de validade. [...] Na literatura bramia um litígio sobre isso, se e em qual proporção as normas de direitos fundamentais, do título de direitos fundamentais, eram meras proposições programáticas sem força vinculativa jurídica.

Não obstante, impende reconhecer que, embora não se possa falar em relação direta de causa e efeito entre Estado Social e eficácia horizontal, pode-se vislumbrar uma causalidade

⁴⁸ Ibidem, p.123.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.98.

mediata, pois a própria construção das idéias de ordem objetiva de valores e efeitos irradiantes pela Corte Constitucional alemã tem Weimar em sua gênese. Afirma Alexy⁵⁰:

O balanço positivo deve estar no início. Dele faz parte a teoria do ordenamento de valores dos direitos fundamentais, que nos anos 50 foi acolhida pela jurisprudência e, naturalmente, tem raízes de Weimar. Ela é – sem prejuízo de algumas irritações – a base para a irradiação dos direitos fundamentais sobre todos os âmbitos, portanto também sobre o direito privado.

Fique, pois, bem firmado que a doutrina da eficácia horizontal não surgiu automaticamente (e nem assim poderia ser) do advento do Estado Social. Somente com os avanços e retrocessos, enfim, com a gradativa e dialética afirmação dos direitos fundamentais sociais, desde Weimar até o pós - segunda guerra, puderam a jurisprudência e doutrina alemãs amadurecer a concepção de direitos fundamentais sociais, para só então desenvolver a idéia de eficácia horizontal. É esse um aspecto que, embora sutil e aparentemente despiciendo, passa ao largo da percepção de boa parte dos doutrinadores, segundo cremos.

Outra idéia, assaz repetida de forma não crítica, consiste na já mencionada suposição de que o Estado Social teria acentuado os poderes privados e sua virtual ameaça à dignidade humana e aos direitos fundamentais, razão porque a partir dele a eficácia horizontal se faria imprescindível. Todavia, dentro dessa perspectiva moderna de separação entre Estado e sociedade civil, os poderes privados, quer empresariais, corporativos, religiosos ou partidários, sempre constituíram, a um tempo, sinônimo de liberdade individual burguesa e potencial ameaça aos hipossuficientes, quer no Estado Liberal, quer no Estado Social, e *a fortiori* nos dias presentes, quando se cogita da fluidez e incerteza pós – modernas.

Não há o pretendido nexos entre advento do Estado Social e recrudescimento dos poderes privados. Há, sim, ao longo do desenvolvimento do capitalismo, uma linha ascendente de fortalecimento de poderes privados, sobretudo corporações multinacionais, megagrupos empresariais, em detrimento do poder do Estado e sua capacidade de dirigir os rumos da vida econômica e social, o que provocou, à época em que vigorava o Estado Social, a necessidade de estender o raio de alcance dos direitos fundamentais às relações privadas.

A eficácia irradiante significa reconhecer que os valores que subjazem à constituição e aos direitos fundamentais penetram e permeiam todo o ordenamento jurídico, condicionado não

⁵⁰ Ibidem, p.101.

só sua confecção, por parte do legislador, mas também sua interpretação e aplicação pela Administração e pelo Judiciário. De tal arte, quando verificada no seio de um regime democrático e de uma sociedade pluralista, a irradiação tem o condão de proporcionar “humanização” ao ordenamento jurídico, o qual forçosamente deverá ser relido pela comunidade de intérpretes à luz dos princípios insculpidos no Texto Magno⁵¹.

No que respeita à presente realidade constitucional brasileira, interessante é perceber como inúmeras normas infra-constitucionais, sejam civis, penais, processuais ou administrativas, editadas em contexto axiológico diverso, mais individualista ou mesmo autoritário, passaram a reclamar uma completa releitura após a redemocratização e o advento da Constituição de 88, seja através da adaptação interpretativa, seja através de mecanismos de controle de constitucionalidade como a técnica da interpretação conforme, ou seja ainda através da negação de sua eficácia jurídica mediante o fenômeno da não-recepção.

Nesse diapasão, Schuppert e Bumke, invocados por Virgílio Afonso da Silva⁵², apontam o legislador, o Judiciário e a doutrina como principais atores do fenômeno da constitucionalização.

O primeiro ator realiza esse desiderato através da adaptação da legislação ordinária às prescrições constitucionais e, nos casos das constituições dirigentes, concretizar o programa idealizado pelo constituinte por meio da própria lei ordinária.

O segundo ator, o Judiciário, tem papel de destaque na constitucionalização através do sistema de controle de constitucionalidade. O terceiro ator, a doutrina, embora ocupe uma posição secundária em relação aos primeiros, desincumbe-se desse papel através do esforço teórico - hermenêutico, fundamental para a atividade legislativa e, sobretudo, a atividade jurisdicional constitucional.

A apresentação da doutrina como ator fundamental do processo de constitucionalização se deve especialmente ao seu prestígio na Alemanha, onde se falava do “Direito dos professores” (*professorrecht*).

⁵¹ SARMENTO, op.cit., p.155.

⁵² Op.cit., p.43.

2.2.3 A importância do caso Lüth

O caso Lüth foi objeto de pronunciamento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958⁵³. A seguir, um pequeno excerto do julgado, segundo a tradução livre de Virgílio Afonso da Silva⁵⁴:

A Constituição que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.

O Tribunal Constitucional entendeu que o chamamento ao boicote levado a cabo por Lüth estava *prima facie* protegido pela liberdade de manifestação de opinião (artigo 5, alínea 1 da Lei Fundamental). Argumentou que, sempre que a aplicação de normas do direito civil conduz à limitação de um direito fundamental, deve haver uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes. O resultado da ponderação efetuada pelo Tribunal foi que ao princípio da liberdade de opinião deve ser dada a primazia diante de princípios em sentido contrário. Lüth, então, venceu⁵⁵.

Robert Alexy⁵⁶ esclarece que, através do caso Lüth, pela primeira vez a Corte Constitucional alemã pôde desenvolver uma perspectiva mais ampla ou holística dos direitos fundamentais, qual seja a de essa categoria não se esgota apenas na proteção de determinadas posições do cidadão frente ao Estado.

Prossegue a afirmar que a sentença Lüth reúne três idéias que formaram fundamentalmente o direito constitucional alemão. A primeira reside em que a proteção dos direitos individuais não se subsume apenas à garantia de direitos clássicos de defesa do cidadão

⁵³ ALEXY, op.cit., p.106. Erich Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, durante um festival de cinema em 1950, concitou o público, os produtores e os exibidores de cinema a boicotarem os filmes de Veit Harlan, a quem acusava de propagar a ideologia nacional – socialista durante o Terceiro Reich, especialmente através da película “Judeu doce”, principal filme da propaganda nazista anti-semita. O tribunal de segunda instância de Hamburgo condenou Lüth à obrigação de não-fazer, isto é, de omitir-se de cada chamamento ao boicote do novo filme de Harlan, “Amante imortal”, sob fundamento de que o chamado ao boicote violaria o § 826 do código civil, que proíbe ocasionar, “em um modo que infringe os bons costumes, um dano doloso a outrem”. Lüth interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Superior do *Land*, bem como reclamação constitucional diante do Tribunal Constitucional Federal.

⁵⁴ Op.cit., p.42.

⁵⁵ ALEXY, op.cit.,p.107.

⁵⁶ Ibidem, p.106.

contra o Estado. Por isso os direitos fundamentais personificam uma “ordem objetiva de valores”, idéia que foi amadurecida e desenvolvida *a posteriori* pela Corte. Depois o Tribunal referiu-se aos “princípios [...] que se expressam nos direitos fundamentais”. Assim, a primeira idéia fundamental lançada pela sentença Lüth pode resumir-se em que os direitos fundamentais detêm caráter não apenas de regras, como também de princípios.

A segunda idéia, intimamente imbricada com a primeira, consiste em que os princípios jurídico-fundamentais valem não apenas para as relações cidadão – Estado, mas, além, “para todos os âmbitos do Direito”. Assim é que surge a idéia de efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico.

A terceira idéia repousa em que tanto valores como princípios, dadas suas estruturas, tendem a colidir. Diante da colisão de princípios, diz o Tribunal alemão: “Torna-se necessária, por conseguinte, uma ponderação de bens”⁵⁷.

Destarte, foi a partir das noções de ordem objetiva de valores, eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*) e dos deveres de proteção do Estado que se preparou terreno fértil para que se começasse a sistematizar a idéia da eficácia horizontal. Na sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais funcionariam como regentes de todos os âmbitos do Direito, já que corresponderiam à decisão constitucional básica, ou ainda às bases da ordem jurídica⁵⁸.

Nessa perspectiva, o raio de incidência dos direitos fundamentais transcenderia a relação indivíduo – Estado para proteger a pessoa humana em toda e qualquer situação de perigo ou ameaça de aviltamento de suas posições jurídicas fundamentais, inclusive nas relações mantidas com outros particulares, que a um só tempo figurariam como titulares e destinatários de direitos fundamentais.

Sem embargo, Alexy⁵⁹ adverte que a tese da irradiação e a concepção dos direitos fundamentais enquanto ordem objetiva de valores podem ser manejadas de forma racional ou irracional. Tais teses não são *per se* certas ou erradas: elas apenas dizem muito pouco sobre como exatamente se opera a pretendida influência ou irradiação dos direitos fundamentais por todo o

⁵⁷ Ibid.,p.107-108.

⁵⁸ STEINMETZ, op.cit.,p.107.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.527.

ordenamento. A maneira como tal influência se dá consiste precisamente no objeto de estudo das teorias que procuram compreender os efeitos jusfundamentais perante terceiros.

2.2.4 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais e deveres de proteção

A teoria geral dos direitos fundamentais hoje afirma que ao Estado incumbe não somente se abster de violar tais direitos, mas, além, atuar positivamente no sentido de proteger seus titulares contra violações, ameaças ou agressões advindas de terceiros, quer um particular, quer um Estado estrangeiro. Essa é a dimensão dos direitos fundamentais enquanto deveres de proteção do Estado.

Hoje, garantir os direitos do homem significa protegê-los nos mais diversos contextos da vida social, quer públicos, quer privados. Segundo a construção do Tribunal Constitucional alemão, os deveres de proteção podem ser inclusive invocados quando o perigo ou ameaça não deriva da ação de qualquer pessoa em particular, mas advém de fenômenos da natureza que fragilizam a condição da pessoa, ou se origina em ameaça coletiva, como epidemia de HIV, v.g.⁶⁰. Ao lume dessa dimensão, os direitos fundamentais reclamam tutela estatal inclusive quando violados por particulares em detrimento de outros particulares, isto é, reclamam verdadeira eficácia horizontal.

Outrossim, no bojo da dogmática dos direitos fundamentais do segundo pós-guerra, o Tribunal Constitucional alemão desenvolveu a teoria da dupla dimensão – subjetiva e objetiva – dos direitos fundamentais. Segundo essa construção, os direitos fundamentais são concebidos primeiramente enquanto direitos subjetivos de liberdade do indivíduo diante do Estado e, depois, também, como um sistema de valores, como uma ordem objetiva de valores. Na sua dimensão objetiva, destarte, os direitos fundamentais funcionam como regentes de todos os âmbitos do Direito, já que correspondem à decisão constitucional básica, ou ainda às bases da ordem jurídica.

Esse caráter jurídico-objetivo é produto de uma teoria axiológica dos direitos fundamentais, desenvolvida pela mencionada corte constitucional⁶¹. Nessa perspectiva, a raio de incidência dos direitos fundamentais também transcende a relação indivíduo-Estado para proteger

⁶⁰ SARMENTO, op.cit.,p.162.

⁶¹ STEINMETZ, op.cit.,p.107.

a pessoa humana inclusive nas relações que trava com outros particulares, a um só tempo sujeitos ativos e passivos de direitos fundamentais.

Portanto, pelo quanto exposto até aqui, tendo em perspectiva a evolução histórica dos direitos fundamentais e alguns dos marcos teóricos do constitucionalismo contemporâneo, já não há negar que as relações jurídicas mantidas entre atores privados reclamam algum grau de vinculação aos direitos fundamentais. Essa vinculação, todavia, enseja uma série de problemas teóricos e práticos, a começar pela pergunta: até que ponto é possível elidir a liberdade individual do particular para vinculá-lo a um direito fundamental? Essa problemática será bosquejada no item que se segue.

2.3 DIREITO GERAL DE LIBERDADE E AUTONOMIA DA VONTADE

No Direito Constitucional alemão, a liberdade não é tutelada juridicamente apenas através de determinados direitos de liberdade, como liberdade de expressão, de profissão, de religião, como também e principalmente através de um direito geral de liberdade. A cláusula geral de liberdade é interpretada a partir do texto do art. 2º, § 1º da *Grundgesetz*, desde o pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal no caso Elfes, nos primeiros anos daquela Corte. Naquela assentada, o Tribunal interpretou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um direito à liberdade geral de ação. Desde então, em que pesem diversos e inevitáveis refinamentos, a Corte alemã tem se mantido fiel a essa acepção⁶².

A consequência principal dessa concepção de liberdade jurídica está em que a liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou se deixar de fazer o que se quer. A cada um é *prima facie* permitido fazer ou deixar de fazer o que se quer, caso nenhuma restrição ocorra sobre tal permissão. Por outro lado, cada um tem, *prima facie*, o direito em face do Estado a que ele não embarace sua ação ou abstenção, isto é, a que o Estado nela não intervenha, exceto em razão de uma restrição a tal direito⁶³.

Mas tal direito geral de liberdade não tutela apenas comportamentos comissivos ou omissivos do sujeito, como também situações e posições jurídicas do titular de direito

⁶² ALEXY, op.cit.,p.341.

⁶³ Ibidem, p.343.

fundamental, pelo que a liberdade geral vem a proteger não apenas o seu “fazer”, como também o seu “ser” fático e jurídico contra intervenções.

A outra consequência de relevo está em que, nesses termos, o direito geral de liberdade adquire um suporte fático amplíssimo, e o âmbito de proteção constitucional da liberdade é consideravelmente alargado. Para ser coerente, o Tribunal alemão, portanto, adotou como fórmula geral de restrição ao direito geral de liberdade uma cláusula restritiva igualmente ampla: o direito geral de liberdade encontra limite em “toda e qualquer norma jurídica compatível formal e materialmente com a Constituição”⁶⁴.

A última consequência relevante, esta de natureza procedimental, está na conclusão da Corte alemã de que “qualquer um pode argüir, por meio de uma reclamação constitucional, que uma lei que restrinja sua liberdade de ação não pertence ao ordenamento constitucional, porque ela (formal ou materialmente) contraria determinados dispositivos constitucionais gerais; nesse sentido, seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, §1º, teria sido violado”⁶⁵.

A idéia de um direito geral de liberdade, bem como seus corolários, segundo cremos, pode ser tranqüilamente aplicada ao Direito Constitucional positivo brasileiro. Há, no texto de 1988, uma cláusula geral de liberdade vazada no *caput* do art. 5º, lugar em que o constituinte garante a todos, brasileiros e estrangeiros residentes no país, o direito de liberdade. Além disso, o inciso II do mesmo artigo reza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesse texto, está presente muito mais que somente o princípio da legalidade, como é conhecida tal cláusula entre nós. Nele, se pode verdadeiramente enxergar um direito geral de liberdade, com todas as consequências apresentadas acima.

É a partir de uma tal perspectiva que a tutela da liberdade e a proteção da chamada autonomia privada serão abordadas neste trabalho.

2.3.1 A tutela constitucional da liberdade

A liberdade individual é uma das mais caras conquistas da Modernidade no seu viés liberal – conquista essa concretizada ao menos no plano jurídico-formal. Decerto que “liberdade”

⁶⁴ Ibid.,p.344.

⁶⁵ Ibid.,p.345.

consiste em signo polissêmico, cujos inúmeros significados e variantes filosóficas, teológicas e político-ideológicas não podem ser tratados nesta sede.

Para efeito do problema aqui tratado, porém, importa reconhecer que o direito geral de liberdade e as liberdades dele decorrentes, hoje juridicamente consagrados, são frutos de um processo histórico de afirmação e reconhecimento, por meio do qual o ser humano buscou livrar-se dos grilhões que condicionavam toda sua existência e maneiras de ser e fazer, fossem esses grilhões a força do Estado, da Igreja, da superstição, enfim, tudo que impedia o homem de traçar e percorrer seus próprios caminhos existenciais.

Essa busca é emblemática no pensamento cartesiano. Ao romper com a tradição escolástica, rejeitando as leituras eclesiais do mundo e também a autoridade dos sentidos (empirismo), Descartes soergueu aquele que se constituiu num dos maiores valores da Modernidade, qual seja a autoridade da razão, que embora pareça um conceito banal para o homem moderno, equivaleu a verdadeira revolução em seu tempo. Em seu *Discurso do Método*, afirmou Descartes⁶⁶: “[...] aprendi a não acreditar com demasiada convicção em nada do que me havia sido inculcado só pelo exemplo e pelo hábito; e, dessa maneira, pouco a pouco, librei-me de muitos enganos que ofuscam a nossa razão e nos tornar menos capazes de ouvir a razão”.

Assim é que o inaugurador do pensamento moderno sintetizou sua primeira regra do método⁶⁷:

O primeiro era o de nunca aceitar algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal; ou seja, de evitar cuidadosamente a pressa e a prevenção, e de nada fazer constar de meus juízos que não se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito que eu não tivesse motivo algum de duvidar dele.

Isto equivale a uma expressão epistemológica da busca humana pela liberdade. Na perspectiva filosófica do Iluminismo, a conquista da liberdade estava atrelada ao predomínio da razão enquanto guia do indivíduo. Só através dela ele poderia conhecer a si próprio e ao mundo em redor, bem como fazer as próprias escolhas existenciais. Essa perspectiva da liberdade até hoje permanece juridicamente tutelada, e é em função dela que cada indivíduo pode fazer suas próprias escolhas, tais como que carreira profissional seguir, como orientar sua conduta sexual, de que religião ser adepto, com que pessoa contrair núpcias e assim por diante.

⁶⁶ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Enrico Corvisieri. Disponível em: <<http://www.eduardostefani.eti.br/bennett/filosofia/discurso-metodo.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2007. p.03.

⁶⁷ *Ibidem*, p.07.

Já as revoluções liberais burguesas dos séculos XVIII e XIX foram motivadas por uma acepção mais restrita de liberdade, a saber, as liberdades econômicas, a autonomia do particular ante o Estado para praticar seu comércio e indústria livremente, cujo elemento garantidor era a participação da classe produtora na tomadas das decisões políticas.

Essa última acepção cristalizou-se juridicamente entre os princípios basilares do Direito Privado com o rótulo de **princípio da autonomia da vontade**. Trata-se do poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto-regulem seus próprios interesses ligados a seus bens, direitos, fins e pretensões. A autonomia da vontade manifesta-se como a atribuição de autodeterminação e de autovinculação dos particulares, que no exercício dos seus afazeres se tornam legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres⁶⁸. Essa é típica acepção civilística de autonomia da vontade ou autonomia privada, expressões que aqui serão manejadas de forma indistinta. Assim a concebia Orlando Gomes⁶⁹:

O Direito Positivo reconhece às pessoas o poder de provocar efeitos jurídicos por meio de certos atos. Tal é o território da *autonomia privada*, isto é, do poder atribuído ao particular de partejar, por sua vontade, relações jurídicas concretas, admitidas e reguladas, *in abstracto*, na lei.

Na conceituação de *autonomia privada* reúnem-se os dois institutos centrais do Direito Privado: a *propriedade* e o *contrato* ou o *negócio jurídico* que, sendo mais amplo, a este abrange.

Andrietta Kretz⁷⁰, em monografia sobre o problema da eficácia horizontal e o princípio da autonomia privada, assevera que:

Nas relações jurídicas, o indivíduo manifesta-se como entidade personificada juridicamente através de seu arbítrio, ou seja, capacidade de escolha que possui para fazer opções. Essa autonomia de arbítrio ou de vontade é que irá reger e determinar o comportamento, atuação e manifestação do pensamento do indivíduo em sociedade.

A capacidade de escolha do indivíduo, o direito de ser possuidor de autonomia da vontade para fazer opções, está intimamente associada à idéia de liberdade.

Autores há, especialmente de matriz civilista, que não admitem confusão entre autonomia privada e autonomia da vontade, e procuram extremar os respectivos conceitos. A civilista baiana

⁶⁸ STEIMETZ, op.cit.,p.190.

⁶⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.263.

⁷⁰ KRETZ, Andrietta. **Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005. p.17.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges, por exemplo, distingue autonomia jurídica individual de autonomia privada. Segundo aquela autora⁷¹:

Em sentido amplo, autonomia jurídica individual coincide com o conceito de liberdade jurídica, significando a faculdade de atuar licitamente. A licitude da conduta reside, nesse aspecto, na ausência de sua proibição.

O conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas conseqüência jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.

A mesma autora procura também extremar o conceito de autonomia privada e autonomia da vontade⁷²:

Não é a autonomia da vontade o poder que as pessoas têm de desencadear efeitos jurídicos voluntários. Esse poder é a autonomia privada, poder que, numa concepção positivista do direito, é atribuído pelo ordenamento jurídico aos sujeitos e que, portanto, só pode ser exercido nos limites deste. A vontade autônoma é requisito para a existência do negócio jurídico, mas não é suficiente para sua validade. Além da existência da vontade, observa-se se sua declaração e demais comportamentos que venham a ser necessários são conformes ao ordenamento jurídico.

Todavia, os embates entre as teorias voluntaristas e consensualistas, por mais valia que apresentem para o Direito Privado, são de pouca ou mesmo nenhuma serventia para solucionar os problemas advindos dos efeitos jusfundamentais entre particulares. Com efeito, essa discussão, por mais que fale em “princípio fundamental”, não consegue situar a autonomia privada ou autonomia da vontade dentro de um sistema coerente de posições jurídicas fundamentais. Isso, aliás, é tarefa da ciência constitucional. Além, é desnecessário, em sede deste trabalho, proceder a esse enfrentamento, visto que partimos de um conceito mais amplo, qual seja o de um direito geral de liberdade.

⁷¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.47.

⁷² Ibidem, p.54.

Portanto, conforme dito, para efeito deste estudo, “autonomia privada” e “autonomia da vontade” serão tomados como equivalentes, e oportunamente classificados dentro de um sistema de posições jurídicas fundamentais.

Enquanto um princípio do Direito Privado, essa acepção da liberdade individual consubstanciada na autonomia da vontade tem sido também contemplada pelo Constitucionalismo moderno, nos mais diversos documentos constitucionais desde o final do século XVIII até os presentes dias. Da mesma sorte, a história constitucional brasileira tem consagrado o princípio, que não ficou alheio à vigente Constituição.

Isto posto, impende questionar qual o interesse existente na idéia de autonomia da vontade para o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Sucede que a autonomia da vontade, como expressão de um direito geral de liberdade, é uma competência concebida para ser titularizada pelo indivíduo, e não pelo Estado. Este último deve guiar-se e atuar somente com estribo na Lei – lei em sentido estrito, aquela emanada do Poder Legislativo, representante do titular do poder e que deve agir no seu interesse, após jurar a Constituição como norma máxima de conduta.

Por isso que o Estado, o qual não possui um campo próprio de interesses para auto-regular conforme sua vontade, é completa e incondicionalmente vinculado aos direitos fundamentais, como forma de impedir o arbítrio e condicionar os poderes exercidos pelos agentes políticos. Já o indivíduo, o particular, por seu turno, é titular de uma esfera própria de autonomia, mediante a qual orienta seus próprios interesses, como corolário da dignidade humana que lhe é constitucionalmente assegurada. Ora, esse espaço de autodeterminação individual poderia ser excessivamente comprimido, de forma liberticida, se todos os direitos fundamentais fossem simplesmente transportados sem quaisquer adaptações para o campo das relações privadas, uma vez que o indivíduo, se considerado devedor de direitos fundamentais, é também credor deles⁷³.

Por ser assim, para bem compreender o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua relação com a autonomia privada, é necessário situar teoricamente esse último conceito, analisando a proteção a ele dispensada na vigente ordem constitucional brasileira, verificando suas limitações e, por fim, investigando se realmente consiste num princípio jurídico e quais suas implicações na aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais.

⁷³ SARMENTO, *op.cit.*, p.175.

2.3.2 Autonomia da vontade

A Constituição da República Alemã de Weimar (1919), em seu artigo 152.1, garantia de forma expressa a autonomia privada em sua acepção negocial, ao enunciar que: “no tráfico econômico imperará a liberdade de contratação a teor do estabelecido nas leis”. De outro lado, as constituições contemporâneas de maior influência, tais como a italiana, alemã, portuguesa, espanhola, brasileira e russa, não contêm texto com referência expressa e direta à autonomia privada, o que não significa que esse preceito não tenha fundamento constitucional, isto é, que não seja ele um bem constitucionalmente protegido⁷⁴.

No que respeita à vigente ordem constitucional brasileira, diversos são os dispositivos, esparsos por todo o Texto Magno, que dão fundamento à autonomia privada enquanto verdadeiro princípio constitucional, a saber: (a) a cláusula geral de liberdade, insculpida no art. 5º, *caput*; (b) o princípio da livre iniciativa, no art. 1º, IV e art. 170, *caput*; (c) o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, no art. 5º, XIII; (d) o direito de propriedade, art. 5º, *caput* e XVII; (e) direito de herança, art. 5º, XXX; (f) direito das classes profissional e econômica de regularem seus interesses por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, no art. 7º, XXVI, tutela da família, casamento e união estável, art. 226, *caput*, §§ 1º *usque* 4º⁷⁵.

Avulta de forma especial a livre iniciativa econômica privada como princípio fundamental não somente da ordem econômica (art. 170, *caput*), mas também da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), o que, por outros dizeres, significa franquear à sociedade civil o papel de protagonista do fenômeno econômico, do produzir, do comerciar e do investir, restado ao Estado papel apenas subsidiário e regulador nesse processo.

Ora, é força reconhecer que a livre iniciativa na seara econômica se apresenta inviável, se desacompanhada da consagração jurídica da autonomia privada, motivo por que, *a fortiori*, não há negar que a Constituição Federal de 1988 contemplou e consagrou a autonomia privada como um princípio fundamental, uma vez que constitui uma das bases desta República⁷⁶.

Se for certo que a Constituição de 1988 recepcionou o modo de produção capitalista em seus traços essenciais, consagrando a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, bem como a liberdade de empresa e a propriedade privada como direitos fundamentais, não é

⁷⁴ STEINMETZ, op.cit.,p.199.

⁷⁵ Ibidem, p.200.

⁷⁶ Ibidem, p.201.

menos certo que, elaborada sob o paradigma do *Welfare State*, a vigente carta política cuida de temperar a opção capitalista com inequívoca e expressa preocupação com o social, com a solidariedade e com a justiça distributiva, através de diversas fórmulas compromissórias⁷⁷.

Assim, constata-se que o art. 1º aponta como princípio fundamental da República não puramente a livre iniciativa, mas “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. No mesmo sentido, o art. 170, *caput*, antes mesmo de citar a livre iniciativa, menciona a “valorização do trabalho humano” como fundamento da ordem econômica, ordem esta cujo fim outro não é senão “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

A vigente constituição, portanto, cuida da livre iniciativa não como um fim em si mesmo, mas enquanto meio a fim de lograr a existência digna a todos, é dizer, realizar o próprio princípio da dignidade humana. Nesse sentido, inúmeras fórmulas de compromisso permeiam o Texto Magno, a saber: a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a proteção do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca do pleno emprego e a dispensa de tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte (art. 170, III, V, VI, VII e VIII, da Constituição Federal de 1988)⁷⁸.

É a partir dessa perspectiva que a autonomia privada deve ser encarada no Texto Constitucional de 1988. Nessa moldura, encontramos já um primeiro elemento limitante da liberdade individual, quais sejam as preocupações e finalidades sociais e coletivas traçadas pelo constituinte. Com efeito, a autonomia privada não pode se revestir de valor absoluto, pois tem de ser conciliada, primeiramente, com a quota de autonomia pessoal de cada indivíduo e, no mais, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, tais como a autonomia pública (participação democrática), a igualdade, a solidariedade e a segurança⁷⁹.

De outra banda, nem todas as manifestações da autonomia da vontade devem ser valoradas segundo o mesmo peso. Há determinadas manifestações da liberdade individual que reclamam superior consideração, pois se apresentam como de muito maior relevância para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso remete à distinção antes apontada entre interesses meramente patrimoniais e interesses existenciais. A Constituição de 88 parece ter

⁷⁷ SARMENTO, op.cit.,p.212.

⁷⁸ Ibidem, p.213.

⁷⁹ Ibid.,p.189.

admitido essa distinção, ao consagrar o princípio da autonomia privada. Nas palavras de Daniel Sarmiento⁸⁰:

Num sistema constitucional que põe o “ser” antes do “ter”, os direitos patrimoniais são protegidos tão-somente como meios para concretização de valores ligados à realização existencial da pessoa e à defesa de interesses socialmente relevantes; não como um fim em si.

O mesmo autor sustenta que, com base na atual configuração constitucional da autonomia da vontade, algumas ações humanas envolvem apenas escolhas de caráter existencial, e neste âmbito a liberdade individual deve ser mais intensamente protegida pelo Direito. Outros comportamentos dizem respeito apenas a questões de natureza meramente patrimonial e econômica, e neste caso a tutela jurídica da autonomia da vontade não deve ser apresentar tão marcante.

Há casos, porém, nos quais o agir humano respeita simultaneamente a aspectos existenciais e patrimoniais. Aí, o grau de proteção à autonomia individual vai estar na dependência da proximidade em relação aos ditos valores, isto é, quanto mais o comportamento do indivíduo disser respeito aos aspectos existenciais, maior será a proteção conferida à autonomia privada. Ao revés, quanto mais o comportamento visar ao atendimento de interesses econômico-patrimoniais, menor será a tutela conferida à autonomia da vontade.

Outrossim, mesmo no âmbito dos interesses patrimoniais, a autonomia da vontade deverá ser mais ou menos protegida consoante seja mais ou menos supérfluo o bem em questão. Sarmiento⁸¹ fornece o seguinte exemplo: a proteção à autonomia da vontade deverá ser mais forte no caso da alienação de uma jóia do que num contrato de compra e venda de um medicamento, pois sobre esse último incide mais fortemente o interesse social, que poderá mitigar a autonomia pessoal em nome da realização do interesse público e da dignidade humana.

Em suma, percebe-se que a vigente ordem constitucional brasileira confere ampla proteção à liberdade individual, não só no que tange à autonomia pública do cidadão, enquanto partícipe da tomada de decisão política, mas também no que respeita à autonomia privada, isto é, a faculdade conferida ao indivíduo de determinar e executar seus próprios interesses e projetos. Esse último viés manifesta-se tanto na dimensão existencial quanto na dimensão econômico-

⁸⁰ Ibid.,p.217.

⁸¹ Ibid.,p.218.

patrimonial da autonomia da vontade, sendo que a primeira recebe maior carga de tutela jurídica do que a segunda, enquanto meio de melhor realizar a dignidade humana.

Sem embargo de tudo quanto dito sobre as limitações à autonomia privada, e por mais valiosos e úteis que sejam os critérios apresentados, o fato é que as limitações e restrições à liberdade em geral e à autonomia privada em particular não podem ser definidas de modo apriorístico. Uma vez que se aceite se tratar de um princípio, seu âmbito de proteção, seu núcleo essencial e seus limites só podem ser aferidos num caso concreto, diante de uma colisão com outros direitos fundamentais e mediante o recurso à regra da proporcionalidade. Isto será objeto do capítulo 3 deste excurso, quando se dará especial atenção à teoria dos princípios como premissa central deste trabalho.

Sendo, portanto, a autonomia da vontade um princípio constitucional, é preciso verificar de que espécie de princípio se trata, e ainda a maneira como está imbricado com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

2.3.3 Autonomia da vontade como princípio formal

Ao proceder à sua análise da tensão entre eficácia horizontal de direitos fundamentais e autonomia privada, Virgílio Afonso da Silva⁸², com supedâneo das lições de R. Alexy, concebe esta última como um **princípio formal**. Segundo o mencionado constitucionalista, princípios formais consistem em “princípios que não são normas de conduta, mas normas de validade”. A principal característica dessa espécie de princípio é que ele fornece razões para a obediência a uma norma, independente do conteúdo de tal norma.

Em Alexy⁸³, o exemplo típico de princípio formal é o princípio da competência decisória do legislador, o qual preceitua que as decisões legislativas devem ser acatadas não porque são materialmente boas, mas porque se baseiam no princípio (formal) da competência democrática do legislador e da separação de poderes. Para Alexy, trata-se de um princípio formal porque ele não determina nenhum conteúdo, mas define quem determina conteúdos, pelo que poderia também se chamar de um princípio procedimental.

Analogamente, a autonomia da vontade vai desempenhar, no âmbito das relações privadas em que direitos fundamentais estão em jogo, uma função semelhante ao princípio da competência

⁸² Op.cit.,p.148.

⁸³ Op.cit.,p.615.

decisória do legislador, pois a autonomia privada equivale ao princípio (meramente formal) que fornecerá as razões para que um ato volitivo de um particular, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou de ambas as partes, seja aceito e considerado como válido⁸⁴.

No que toca ao tema aqui tratado, o que interessa na classificação da autonomia privada como um princípio formal é a maneira como esta espécie de princípio se relaciona com os princípios materiais, ou seja, como a autonomia da vontade vai se relacionar com os direitos fundamentais. Sendo assim, enquanto os direitos fundamentais, como princípios materiais ou substanciais que são, tendem a limitar a autonomia privada, o conceito de princípio formal pretende desempenhar exatamente a função oposta, qual seja garantir o respeito a essa autonomia mesmo nos casos em que há direitos fundamentais envolvidos⁸⁵.

Ainda Virgílio Afonso da Silva⁸⁶ alerta que:

É certo que, em uma ordem jurídica constitucionalizada, a autonomia privada tende, também, a definir se não houver alguma força contrária aos direitos fundamentais que, se levados isoladamente em consideração, tenderão a anular toda e qualquer competência (ou seja, a capacidade de um particular alterar a posição de outro particular) que a autonomia privada poderia garantir.

Ao partir, pois, do conceito de princípio fornecido por Robert Alexy, para quem princípios são mandamentos de otimização, isto é, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, Virgílio Afonso da Silva⁸⁷ sustenta que a autonomia privada enquanto um princípio formal desempenha o papel de força antagônica aos direitos fundamentais, a fim de que a liberdade nas relações privadas, um valor também consagrado constitucionalmente, não seja fagocitado e eliminado pelos direitos fundamentais que, como visto, surtem efeitos irradiantes por todo o ordenamento jurídico.

A teoria dos princípios será apresentada no capítulo que se segue, a fim de demonstrar que papel eles desempenham na resolução da tensão entre direitos fundamentais e a autonomia da vontade. Por ora, cumpre reconhecer que a autonomia da vontade ou autonomia privada é um valor e um princípio consagrado constitucionalmente, como consectário do próprio direito geral de liberdade, quer na realização dos interesses individuais de cunho existencial, quer na realização de interesses econômico-patrimoniais.

⁸⁴ SILVA, op.cit.p.149.

⁸⁵ Ibidem, p.150.

⁸⁶ Ibid.,p.152.

⁸⁷ Ibid.,p.153.

A autonomia da vontade, porém, tal como qualquer outro princípio, não se reveste de caráter absoluto, pois se depara, na mesma ordem constitucional, com a tutela de interesses públicos, que transcendem a esfera individual de ação e sobre ela exercem influência. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decerto representa uma mitigação da autonomia da vontade, a qual, por outro lado, não pode ser completamente eliminada *a priori* por constituir um princípio formal, que também demanda observância em razão de sua validade.

3 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Um estudo acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas ou qualquer investigação acerca de tema pertinente à dogmática dos direitos fundamentais - que se pretenda válida - não deve passar ao largo da abordagem dos principais eixos temáticos da teoria dos princípios.

De modo especial, a distinção estrutural da norma jurídica entre regras e princípios constitui verdadeira premissa das conclusões que serão sacadas ao fim deste excurso. Sem embargo, um alerta se faz necessário: este não constitui um estudo sobre a teoria dos princípios, nem se pretende aqui cumprir a hercúlea tarefa de debater todas as dificuldades do tema, o que por si requereria um estudo apartado. A serventia da teoria dos princípios para esta pesquisa outra não é senão o fornecimento de estruturas teóricas que permitam abordar com validade as colisões entre direitos fundamentais de particulares, envolvidos nas mais diversas espécies de relações jurídicas privadas.

Para tanto, a teoria dos princípios que nos servirá de maneira preeminente de ponto de partida é aquela formulada por Robert Alexy. Não se adotarão aqui as lições de Alexy como recurso a argumento de autoridade, tendência que já se pode vislumbrar em não poucos estudos de direitos fundamentais, por se cuidar de uma teoria que se pode classificar hoje como “vencedora”. Ora, de fato as propostas de Alexy têm sido objeto de intenso debate acadêmico, ora buscando-se refutá-las, ora querendo-se corroborá-las, ora tentando-se refiná-las, o que demonstra – reconheça-se – sua ampla penetração e, porque não dizer, ampla aceitação no Direito Constitucional.

Sendo assim, reitere-se, a teoria de Alexy aqui servirá de ponto de partida. Não se levará a cabo ampla discussão sobre suas arestas, inconsistências ou possíveis tentativas de redefinição ou refinamento. Não se levará a cabo, por exemplo, um cotejo entre a classificação de R.Alexy das normas jurídicas e aquela proposta por Ronald Dworkin, que as classificou em regras, princípios e políticas (*policies*)⁸⁸. Não obstante, algumas tentativas de redefinição e refinamento devem ser analisadas, como a proposta por Humberto Ávila.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sérios**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.22.

Outrossim, não se pode olvidar que Alexy tenha dedicado seus estudos a formular uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da constituição alemã. Reconhecer tal circunstância é quase uma obsessão daquele autor, que em diversas passagens de sua “Teoria dos direitos fundamentais” procura deixar inequívoco que sua pesquisa tem como parâmetro, antes de tudo, a realidade do Direito positivo constitucional alemão⁸⁹.

Todavia, não há negar a pretensão de universalidade de sua teoria, a qual, seja por razões metodológicas, seja em decorrência das dimensões analíticas e empíricas da dogmática jurídica, é amplamente aplicável, *mutatis mutandis*, a realidades constitucionais as mais diversas, inclusive a brasileira. As especificidades das regras e princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no entanto, poderão levar a conclusões diversas em *cases* de colisões de direitos fundamentais, ainda que se trate de posições jurídicas para as quais há teorias gerais aplicáveis a ordenamentos distintos, como o direito geral de liberdade e o direito geral de igualdade.

Dá-se a ver, portanto, a opção deste estudo pela diretriz de R.Alexy, o que não necessariamente implica a negação ou declaração de invalidez de teorias diferenciadas. Com lucidez, Luís Virgílio Afonso da Silva⁹⁰ alerta que:

Não é o caso de se debater se há classificação que seja melhor ou pior. Em geral, classificações - desde que metodologicamente sólidas - dificilmente podem ser julgadas com base em um maniqueísmo bom/ruim. Classificações, em geral, têm diferentes objetivos e a sua qualidade não pode ser avaliada de forma generalizante.

Posto isso, pode-se reconhecer que a dogmática constitucional conta hoje com referenciais teóricos e estruturas metodológicas que permitem solucionar, de forma racional e intersubjetivamente controlável, o problema da tensão entre direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares⁹¹.

Parte-se primeiramente da compreensão do fenômeno da colisão de direitos fundamentais. O passo seguinte consiste na teoria dos princípios conforme formulada por Robert Alexy, a saber: a distinção teórico-estrutural da norma jurídica em princípios e regras; a tese da

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.32.

⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.50-51.

⁹¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.203.

relação de precedência condicionada, formalizada na chamada lei de colisão; as estruturas de ponderação, que consistem no princípio da proporcionalidade e seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação de interesses); e a tese das precedências ou prioridades *prima facie*. Por-se-á em xeque, ainda, as possibilidades de tal teoria no que concerne à sua racionalidade e viabilidade de controle intersubjetivo. Ao cabo deste capítulo, serão esboçadas algumas linhas em redor do caro tema da restrição de direitos fundamentais, sem o que não se poderá solucionar ou sequer compreender os problemas que dizem com as tensões entre posições jusfundamentais nas relações privadas.

3.1 A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Na senda do pensamento de Alexy⁹², a solução reclamada pelo problema das colisões de direitos fundamentais reside em que se admitam limitações e sacrifícios que devem ser efetuados de um lado ou mesmo de ambos. A questão, assim, é como tais limitações e sacrifícios devem ocorrer. A resposta está em duas decisões essenciais acerca da estrutura da dogmática dos direitos fundamentais.

A primeira decisão respeita à força vinculativa dos direitos fundamentais, isto é, se se trata de normas juridicamente vinculativas ou não. Responde-se: direitos fundamentais são, em essência, direitos do homem transformados em direito positivo, que assim reclamam a devida institucionalização e, por conseguinte, a necessária justicialização. Alexy esclarece que o problema da colisão poderia ser artificialmente resolvido ao se eliminar a justiciabilidade dos direitos fundamentais, ou ao menos de parte deles, a exemplo dos direitos sociais, que poderiam ser caracterizados como apenas um apelo ou exortação ao legislador. Para o referido autor, entretanto, este não é um caminho viável. Direitos fundamentais são direitos e, por assim serem, juridicamente vinculativos e justiciáveis⁹³.

A segunda decisão determina se direitos fundamentais têm caráter de princípios ou de regras. Trata-se da distinção teórico-estrutural da norma em princípios e regras. Segundo Alexy, para muito além de uma diferença gradual – abstração e generalidade – há, sobretudo, uma diferença qualitativa: princípios são mandamentos de otimização e estabelecem deveres apenas

⁹² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.

⁹³ *Ibidem*, p.62-63.

prima facie, enquanto regras têm o caráter de mandamentos definitivos. Os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são comandos que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Estas últimas são, além de outras regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. Portanto os princípios admitem graus diferentes de realização e a ponderação é a forma de aplicação do Direito que os caracteriza⁹⁴.

Já as regras, como mandamentos definitivos, consistem em normas que ou são satisfeitas ou não são. Se válidas e aplicáveis, as regras estão a exigir o cumprimento do seu conteúdo *in totum*. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Não são suscetíveis de ponderação: a subsunção é sua forma característica de aplicação. As regras contêm, portanto, fixações no espaço do fática e juridicamente possível⁹⁵.

Alexy, entretanto, não afirma que os direitos fundamentais compõem-se apenas de princípios. Para a teoria dos princípios, segundo ele, os direitos fundamentais compõem-se de regras e, atrás e ao lado destas, se encontram os princípios. A contrafação de uma teoria dos princípios, assim, é uma teoria que afirma que direitos fundamentais compõem-se somente de regras. Esta poderia ser chamada de uma teoria das regras. Esse é um aspecto fundamental para se compreender seu pensamento.

A distinção assume especial interesse na maneira como se resolvem colisões entre regras e colisões entre princípios. Os conflitos entre regras podem ser solucionados de dois modos: (a) introduzindo-se uma cláusula de exceção em uma das regras, ou, não sendo isso possível, (b) com a declaração de invalidade de uma das regras, através dos critérios de resolução de antinomias, clássicos do positivismo jurídico, a saber: (i) critério cronológico, segundo o qual a regra posterior derroga a anterior (*lex posterior derogat priori*); (ii) critério hierárquico, consoante o qual a regra superior prevalece sobre a regra inferior (*lex superior derogat inferiori*); (iii) critério da especialidade, segundo a qual a regra especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*)⁹⁶.

Com efeito, há diversos interesses para uma tal diferenciação teórico-estrutural: sem essa distinção, não pode haver uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.86.

⁹⁵ *Ibidem*, p.87.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p.204-205.

uma doutrina válida acerca de colisões, ou sequer uma teoria satisfatória sobre o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico⁹⁷, que representam três elementos-chave também para a abordagem dos efeitos jusfundamentais nas relações privadas.

3.2 O FENÔMENO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Alexy⁹⁸, “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir”. Essa afirmação peremptória repousa em que a interpretação dos catálogos de direitos fundamentais, como tarefa primeira da ciência dos direitos fundamentais, encontra claros limites na própria estrutura dessa categoria normativa. É a estrutura dos direitos fundamentais que enseja sua inexorável colisão uns com os outros, o que por seu turno impõe limites às regras usuais de interpretação jurídica⁹⁹.

O conceito de colisão pode ser formulado de modo estreito ou amplo. Consoante a formulação estreita, colisões são somente aquelas em que apenas direitos fundamentais tomam parte. Essas são chamadas colisões em sentido estrito: quando o exercício ou realização do direito fundamental de um titular tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares. Colisões em sentido estrito podem se dar entre direitos fundamentais idênticos (v.g. vida *versus* vida; liberdade de reunião de dois grupos políticos *hostis*) ou entre direitos fundamentais distintos (v.g. liberdade de opinião *versus* honra/imagem)¹⁰⁰.

Do ponto de vista amplo, também se chamam colisões de direitos fundamentais aquelas em que direitos fundamentais colidem com algumas normas constitucionais que têm por objeto bens ou interesses coletivos. As colisões em sentido amplo são bem exemplificadas no dever legal da indústria de tabaco de colocar em seus produtos advertências sobre os riscos e prejuízos à saúde. Cuida-se de uma intervenção direta na liberdade de exercício profissional dos industriais do fumo e, dessarte, num direito fundamental.

Os bens ou interesses coletivos, entretanto, não figuram apenas como adversários dos direitos individuais. Antes, podem também consistir em meio ou pressuposto do cumprimento desses últimos. Assim, no caso da intervenção na liberdade da indústria de tabaco, imediatamente

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.p.85.

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.57.

⁹⁹ *Ibidem*, p.56.

¹⁰⁰ *Ibidem*,p.57-59.

se tutela um bem coletivo, a saber, a saúde pública; mas, mediatamente, interesses que também por direitos fundamentais individuais são protegidos, isto é, a incolumidade física e a própria vida do particular. Resta claro, assim, o caráter ambivalente do papel dos bens coletivos na segurança interna ou pública¹⁰¹.

No que tange às colisões jusfundamentais entre sujeitos privados, mais comum é a compreensão defendida por Wilson Steinmetz¹⁰², segundo a qual os conflitos entre direitos fundamentais e autonomia da vontade devem ser resolvidos como colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, isto é, direito fundamental *versus* bem constitucionalmente protegido.

Segundo o referido autor, ao menos no que respeita à vigente ordem constitucional brasileira, diversos são os dispositivos, esparsos por todo o Texto Magno, que dão fundamento à autonomia privada enquanto direito fundamental, a saber: (a) a cláusula geral de liberdade, insculpida no art. 5º, *caput*; (b) o princípio da livre iniciativa, no art. 1º, IV e art. 170, *caput*; (c) o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, no art.5º, XIII; (d) o direito de propriedade, art. 5º, *caput* e XVII; (e) direito de herança, art. 5º, XXX; (f) direito das classes profissional e econômica de regularem seus interesses por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, no art. 7º, XXVI, tutela da família, casamento e união estável, art. 226, *caput*, §§ 1º *usque* 4º¹⁰³.

Tratar-se-ia de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo exatamente porque a autonomia da vontade, como bem constitucionalmente protegido, desempenharia papel ambivalente de interesse ou bem coletivo e, concomitantemente, pressuposto ou meio de realização dos direitos individuais.

Sem embargo, dizer que a autonomia da vontade é direito fundamental, sem mais, não é bastante. Tal declaração, *per se*, não enquadra adequadamente a autonomia da vontade numa classificação aceitável das posições jurídicas fundamentais e, principalmente, pouco colabora para a formulação de propostas exequíveis quanto aos problemas decorrentes dos efeitos de direitos fundamentais nas relações privadas. Em busca disso, em momento oportuno mostrar-se-á o papel que a autonomia da vontade desempenha no ordenamento na qualidade de princípio formal.

¹⁰¹ Ibid.,p.60.

¹⁰² Op.cit.,p.202.

¹⁰³ Ibidem, p.200.

3.3 RELAÇÃO DE PRECEDÊNCIA CONDICIONADA E LEI DE COLISÃO

As colisões entre princípios requerem um método diferenciado de solução. Ocorre que não se faz possível introdução de cláusula de exceção e tampouco declaração de invalidez de um dos princípios em conflito, uma vez que, no plano dos direitos fundamentais, deve-se observar que se trata de normas com igual hierarquia constitucional.

No artigo “Sobre a estrutura dos princípios jurídicos”, Alexy¹⁰⁴ assevera:

Apenas a teoria dos princípios pode explicar porque uma norma, posta de lado numa decisão de balanceamento, não é nem violada, nem parcialmente ou totalmente tornada inválida. A idéia de otimização é necessária para compreendermos a dimensão do peso no caso de uma norma, em contraste com sua validade. Isto tem inúmeras conseqüências na dogmática jurídica. Uma teoria adequada dos limites de um direito, por exemplo, não é possível sem a teoria dos princípios.

É com fulcro nas circunstâncias relevantes do caso concreto que um princípio terá de ceder diante do outro, pois são as circunstâncias que determinam o peso relativo de cada princípio no caso concreto. Contudo, ao contrário do que sucede com as regras, um princípio que preferiu a outro num dado caso não necessariamente terá a mesma precedência diante de outras circunstâncias fáticas.

Alexy afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos, prevalecendo o princípio de maior peso. Esse procedimento racional de identificar e valorar as condições sob as quais, no caso concreto, um princípio precede ao outro e de fundamentar por que, sob certas condições, ocorre essa precedência, consiste no método de ponderação de bens. Isso remete a dois outros elementos fundamentais da teoria dos princípios de Alexy: a relação de precedência condicionada, formalizada na lei de colisão, e a regra da proporcionalidade¹⁰⁵.

A determinação da **relação de precedência condicionada** consiste em que: “[...] tomando em conta o caso, indicam-se as *condições* sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”. O modo pelo qual se determinam essas condições requer se utilize a metáfora do peso. Diz, então, Alexy: “o princípio

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*. vol. 3, p.153-167, jan, 2005. p.162.

¹⁰⁵ STEINMETZ, op.cit.,p.207.

P1 tem, no caso concreto, um peso maior que o princípio oposto *P2* quando existem razões suficientes para que *P1* preceda a *P2*, sob as condições *C* dadas no caso concreto”¹⁰⁶.

Peso, portanto, significa razões suficientes. Sendo assim, Alexy formula a chamada **lei de colisão**, válida para a descrição de todas as soluções de colisões de princípios: “as condições sob as quais um princípio precede ao outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”.

Essa lei de colisão é importante não só porque descreve a estrutura lógica da solução da colisão, mas também porque indica o que precisa ser fundamentado, isto é, o resultado que se alcança com a ponderação. Por outros dizeres, a regra de precedência ou preferência de um princípio diante de outro – generalizada na lei de colisão – que expressa uma relação de precedência condicionada, é resultado de um mecanismo de ponderação.

Como, entretanto, se opera esse mecanismo, consiste no próximo item da teoria de Alexy: as assim chamadas estruturas de ponderação, isto é, a regra da proporcionalidade e seus elementos.

3.4 A REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Se a ponderação é o método por excelência de solução de colisões entre princípios, tal operação se dá mediante a chamada regra da proporcionalidade. Antes, porém, de se apresentar um bosquejo do que isso vem a significar, calha discutir a terminologia empregada, isto é, qual a razão de se falar em “regra”, bem como em “proporcionalidade”.

Não é incomum se encontrar em toda a sorte de doutrina referências a “princípio”, “regra”, “máxima” ou mesmo “postulado” da proporcionalidade. Para preservar a coerência com o que até aqui se sustentou, o emprego do signo “princípio” não se mostra adequado, visto que, na linha aqui adotada, princípio é espécie de norma que exige que algo se faça na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. A proporcionalidade, por seu turno, tem estrutura de regra, já que impõe um dever definitivo: se for a hipótese de aplicá-la, não se perguntará sobre condicionantes fáticas e jurídicas do caso. Sua aplicação é algo que se impõe diante da constatação de uma colisão de princípios¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Ibidem, p.208.

¹⁰⁷ SILVA, op.cit.,p.220.

Conforme esclarece Virgílio Afonso da Silva¹⁰⁸, a denominação “máxima” corresponde à melhor tradução literal do alemão. Tal denominação, contudo, além de soar estranha à linguagem jurídica brasileira, pode transmitir a idéia de mera recomendação, ao invés de transmitir a idéia de dever¹⁰⁹.

Humberto Ávila¹¹⁰ sustenta se tratar a proporcionalidade de um “postulado normativo aplicativo”. Para esse autor, tal categoria normativa consiste em:

[...] normas imediatamente metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau.

Não obstante, a seguinte objeção ao uso da locução “postulado normativo aplicativo” é apresentada por Virgílio Afonso da Silva¹¹¹: embora de fato a proporcionalidade não seja uma regra de conduta, mas uma regra acerca da aplicação de outras regras, assim como as regras de solução de antinomias – lei posterior derroga lei anterior; lei superior derroga a inferior; e lei especial, a geral – o uso da expressão “postulado normativo aplicativo” em nada contribui para a clareza conceitual do que seja proporcionalidade. Embora seja compreensível o uso da expressão, deve se ter em mente que tais postulados em essência têm estrutura de regra.

Importa ainda esboçar breve digressão sobre o porquê do termo proporcionalidade, porquanto com frequência se faz confusão com a chamada **razoabilidade**. No discurso jurídico, quer na doutrina, quer na própria jurisprudência do STF, muita confusão já foi feita entre “princípio” da razoabilidade e “princípio” da proporcionalidade. Não há, todavia, qualquer fungibilidade entre seus respectivos conceitos. Aliás, a confusão entre eles pode – isso sim – levar a verdadeira arbitrariedade, irracionalidade e decisionismo judicial.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Todavia, ao apresentar ao público brasileiro em 2008 sua tradução para o português da *Theorie der Grundrecht* de R.Alexy, Virgílio Afonso da Silva fez opção pelo uso da locução “máxima da proporcionalidade”. O tradutor justificou sua opção: procurou reproduzir a intenção do autor de marcar a diferença entre *Prinzip* e *Grundsatz*. Ambos podem, em certos contextos, ser traduzidos por “princípio”. Alexy, no entanto, evita falar em princípio da proporcionalidade, já que reserva a palavra “princípio” para designar norma que pode ser otimizada, o que não ocorre com a proporcionalidade, que tem estrutura de regra. Por ser assim, Virgílio Afonso, embora prefira falar em “regra” da proporcionalidade, escolheu traduzir *Grundsatz* por “máxima”.

¹¹⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.122.

¹¹¹ Op.cit., p.221.

A regra da proporcionalidade distingue-se da razoabilidade não apenas pela sua raiz histórica, mas – e principalmente – pela sua estrutura. É recorrente na doutrina a afirmação de que a razoabilidade e, por conseguinte, a proporcionalidade, teriam origem na *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Magna Carta das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês)¹¹². Naquele documento se faz menção expressa à razoabilidade, logo ali estaria a origem de tal conceito jurídico – pensam alguns. Isto, no entanto, não é exato.

Sucedo que a mera presença do signo “razoabilidade” na Magna Carta de 1215 não corresponde à significação que a ciência jurídica mais recentemente emprestou ao termo. Atente-se para o fato de que, na Inglaterra, fala-se em **princípio da irrazoabilidade** e não em razoabilidade, e sua origem não está na Magna Carta de 1215, mas numa decisão proferida em 1948, que ficou conhecida como **teste Wednesbury**. Nessa decisão, afirmou o Tribunal inglês: “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir”. Dá-se a ver, assim, que o teste de irrazoabilidade é muito menos rigoroso que a regra da proporcionalidade. Com efeito, nos termos da decisão Wednesbury, exige-se que se afaste aquilo que é absurdamente irrazoável. Por outros dizeres, corresponde à proibição do excesso¹¹³.

Já a regra da proporcionalidade, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, surgiu como forma de controle das leis restritivas de direitos fundamentais e não corresponde a um mero *topos*, um cânone ou pauta utilizada eventualmente para afirmar que os atos estatais devem ser razoáveis ou não absurdos. Cuida-se de regra inteiramente diferenciada em sua estrutura e finalidade, que conta elementos racionalmente definidos, destinados a controlar, com a maior racionalidade possível, as restrições a direitos fundamentais¹¹⁴. Senão, vejamos.

Adequação ou **idoneidade**, **necessidade** e **proporcionalidade em sentido estrito** são os elementos constitutivos daquilo que na doutrina e jurisprudência constitucionais contemporâneas, de matriz germânica, chama-se **regra da proporcionalidade**.

¹¹² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.69.

¹¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, p.23-50, abr, 2002. p.29.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.30.

Nos exames de adequação ou idoneidade e de necessidade, a otimização diz respeito às possibilidades fáticas.

3.4.1 O exame de adequação ou idoneidade

Se certa ação estatal intervém no âmbito de proteção de determinado direito fundamental, a medida restritiva empregada deve ter um escopo constitucionalmente legítimo, que deve consistir na realização de outro direito fundamental¹¹⁵. O exame de adequação exige que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva – o meio, a medida – do direito fundamental enseja o alcance da finalidade perseguida. Deve-se excluir o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem ao menos fomentar o princípio colidente, cuja realização eles pretendem servir¹¹⁶. Dessarte, o exame de idoneidade consubstancia-se na seguinte indagação: a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?

Questão de relevo é saber se a medida restritiva deve realizar por completo ou ao menos fomentar a finalidade buscada. A distinção vai muito além de uma mera filigrana teórica, pois a opção por um ou outro grau de realização pode fazer toda a diferença no resultado final da ponderação, isto é, no direito fundamental cuja aplicação prevalecerá no caso concreto.

Virgílio Afonso da Silva¹¹⁷ sustenta que a exigência da realização completa da finalidade perseguida é contraproducente, pois dificilmente se saberá com alto grau de certeza *a priori* se a medida restritiva de fato é capaz de realizar *in totum* o objetivo perseguido. Não raro tanto o legislador como o juiz são obrigados a agir em situações de incerteza empírica, e previsões sobre a possibilidade de plena realização do fim almejado encontra óbice nos limites da cognição. Por ser assim, a opção pelo fomento da finalidade querida com a medida restritiva é mais segura, racional e consentânea com a idéia-mestra da teoria dos princípios, a saber, a idéia de otimização.

Demais, ao longo da história jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, o verbo usado de modo recorrente é *fördern*, cuja melhor tradução do alemão para o português é de fato

¹¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo, 2005. p.222.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.110.

¹¹⁷ Op. cit., p.223.

“fomentar” ou “promover” e não “alcançar” ou “realizar”¹¹⁸. Parece corresponder à idéia de promover a finalidade buscada tanto quanto possível, e não à idéia de necessariamente alcançá-la completamente.

3.4.2 O exame de necessidade

O exame de necessidade questiona se, entre os meios restritivos disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos gravoso ao direito fundamental em questão¹¹⁹.

Trata-se de um teste comparativo, que aceita um ato estatal como necessário quando comparado a alternativas igualmente hábeis a lograr a mesma finalidade. Suponha-se uma medida M1, que limita o direito fundamental D, mas promove o objetivo O. Caso haja uma medida M2, que seja adequada para fomentar O com a mesma eficiência de M1, mas restrinja D com menor intensidade, segue-se que a M1 não é medida necessária. Sendo assim, conclui-se que duas são as variáveis a serem consideradas no teste de necessidade: a eficiência da medida na realização do objetivo proposto e grau de restrição ao direito fundamental atingido¹²⁰.

3.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito demonstra o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas, pois leva em consideração as regras e, sobretudo, os princípios em sentido contrário.

Ordena-se que os meios eleitos devem se manter em uma relação razoável com o resultado perseguido. Esta regra tem por objeto a ponderação propriamente dita, e é sintetizada por Alexy no que por ele foi chamado de **lei da ponderação**, que reza: “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

¹¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, p.23-50, abr, 2002. p.36.

¹¹⁹ Op. cit., p.110.

¹²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo, 2005. p.72-73.

Tal operação é realizada em três passos ou graus. O primeiro passo reside em aferir o grau de prejuízo ou não cumprimento de um princípio. O passo seguinte consiste em verificar a importância do cumprimento ou realização do princípio em sentido contrário. No derradeiro passo, requer-se atestar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo do outro¹²¹. Este último passo ou grau da regra da proporcionalidade em sentido estrito é o que Alexy chama de “ponderação no sentido restrito e verdadeiro”¹²².

Luís Virgílio Afonso da Silva¹²³ lança luzes sobre o teste de proporcionalidade em sentido na passagem que abaixo se transcreve:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo essencial* de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.

Alexy¹²⁴ divide o grau de restrição de um direito fundamental e o grau de realização do princípio colidente em três categorias: “leve”, “moderada” e “séria”, ou “pequena”, “média” e “alta”. A partir dessa graduação de restrições, afirma ser possível sacar juízos válidos e chegar a resultados racionais na solução de colisões de direitos fundamentais. Para tanto, apresenta seu conhecido exemplo do dever imposto aos fabricantes de produtos derivados de tabaco de imprimirem nas embalagens informações sobre os riscos do fumo à saúde. Tal seria uma intervenção leve no direito fundamental à liberdade profissional. Uma intervenção séria corresponderia à total proibição da comercialização de produtos derivados do tabaco, a fim de fomentar o direito fundamental à saúde. Entre os extremos “leve” e “sério”, poder-se-ia imaginar uma série de medidas restritivas classificáveis como “moderadas”. Exemplo de uma medida

¹²¹ ALEXY, op. cit., p.111.

¹²² Ibidem, p.68.

¹²³ O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, p.23-50, abr, 2002. p.41.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Epílogo à la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2004. p.33.

restritiva moderada é a proibição de máquinas automáticas de vendas de cigarros em conjunto com a restrição de venda de cigarros em determinados estabelecimentos.

A possibilidade de formulação desses tipos de juízo foi alvo de intensas críticas, por supostamente padecer de racionalidade e dar azo à arbitrariedade. Ao tema da racionalidade na teoria dos princípios voltaremos em momento oportuno.

3.4.4 A decisão sobre o racionamento de energia sob o teste de proporcionalidade

O esboço das linhas mestras da teoria dos princípios, enquanto mais importantes premissas deste trabalho, outro objetivo não tem senão o de fundamentar de maneira racional propostas de solução para os problemas que decorrem dos efeitos jusfundamentais nas relações privadas.

Todavia, a ótima compreensão da teoria dos princípios, especialmente no que concerne à regra da proporcionalidade e suas sub-regras, restaria prejudicada caso viesse desacompanhada de exemplos que pudessem esclarecer como funcionam as estruturas de ponderação em sua dimensão dogmático-empírica.

Por ser assim, e tendo ciência de que os elementos da teoria dos princípios não se subsumem apenas à dimensão dogmático-analítica, citaremos uma decisão do Supremo Tribunal Federal, apresentada por Virgílio Afonso da Silva como exemplo da regra da proporcionalidade na realidade da prática jurisprudencial.

Cuida-se da decisão proferida nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 9-6, ocasião em que o STF julgou a constitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº. 2.152-2, que instituiu no Brasil o racionamento de energia elétrica. Ora, o objetivo do plano de racionamento, como estabeleceu o art.1º da MP, era “compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica”. A medida restritiva, portanto, era a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que ultrapassassem as metas máximas de consumo, com vistas à tutela do direito de acesso à energia, enquanto bem coletivo¹²⁵.

Poder-se-ia duvidar de que a suspensão de fornecimento de energia ao consumidor, por si só, seria medida adequada a impedir interrupções generalizadas do fornecimento de energia.

¹²⁵ SILVA, op.cit., p.37.

Contudo, devido a seu caráter coercitivo, a medida, decerto, ao menos fomenta a realização desse objetivo. Destarte, a outra conclusão não se pode chegar, senão a de que a medida passa pelo teste de adequação, nos termos da regra da proporcionalidade¹²⁶.

No que respeita ao teste de necessidade, deve-se proceder ao cotejo da medida restritiva do consumo de energia elétrica com outras medidas igualmente capazes de promover o mesmo objetivo, mas que representem menor grau de restrição ao cidadão. Com efeito, a medida coercitiva “ameaça de suspensão do fornecimento de energia” restringe um amplo leque de posições jurídicas fundamentais.

Em primeiro lugar, a restrição recai sobre o direito fundamental a um serviço público de primeira necessidade. A restrição parece demasiadamente desigual, pois o estabelecimento de cotas baseadas na média de consumo dos meses anteriores faz com que àqueles que sempre economizaram energia seja atribuída menor margem de consumo. Resta também restringido, portanto, o princípio da igualdade de todos perante a lei (CF/88, art. 5º, *caput* e I). Outros direitos fundamentais sofrem restrição com a medida: o direito à livre iniciativa, o direito ao trabalho e quiçá em situações extremas o próprio direito à vida¹²⁷.

Virgílio Afonso sustenta que, à época, se propuseram diversas outras medidas restritivas menos gravosas e que fomentavam com igual capacidade o objetivo perseguido de evitar o colapso energético. Sendo assim – raciocinou o autor – a medida fixada pela Medida Provisória editada pelo Presidente da República deveria ser reputada desnecessária e, por conseguinte, desproporcional¹²⁸. Não foi o que decidiu o STF.

A crítica do professor Virgílio Afonso da Silva é procedente na parte em que demonstra como a decisão do STF não foi argumentativamente válida à luz da teoria dos princípios, visto que a Corte não submeteu o racionamento ao teste de necessidade, a prejudicar, portanto, a racionalidade da decisão.

Sem embargo, se por um lado o STF não fez o devido cotejo entre o racionamento e outros meios restritivos menos gravosos, de outro lado Virgílio Afonso da Silva não se desincumbe de apresentar outras possíveis medidas alternativas. Sucede que vislumbrar medidas alternativas esbarra nos limites cognitivos do intérprete e aplicador do Direito. Quem não consegue enxergar e propor alternativas menos gravosas certamente aceitará a medida sob análise

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Ibidem, p.38.

¹²⁸ Ibid.,p.39.

como necessária. Virgílio Afonso, todavia, reputou o racionamento como desnecessário sem, contudo, apontar os meios menos gravosos que pudessem igualmente fomentar a prevenção do colapso.

Outro ponto que merece maiores cuidados na questão debatida: de fato, foram divulgados na imprensa especializada, bem como noutros meios de comunicação, diversas alternativas aparentemente menos gravosas ao racionamento. Ocorre que, na análise levada a cabo por Virgílio Afonso da Silva, a medida restritiva identificada e colocada à prova não foi o racionamento, mas a ameaça de suspensão de fornecimento de energia àqueles que ultrapassassem as cotas. Há abissal diferença entre ambas as medidas, com conseqüências indeléveis para a validade das conclusões apresentadas no caso. Uma coisa é se questionar a necessidade do plano de racionamento como um todo. Outra é se questionar apenas um certo aspecto do plano: a ameaça de suspensão. Não se diga que, pela relação de continência entre ambos, questionar o racionamento implica questionar a ameaça de suspensão. Primeiro porque poderia haver o plano de racionamento com outra medida que não a ameaça de suspensão. Segundo porque, por razões procedimentais, o juiz constitucional precisa se ater ao objeto da ação de controle intentada¹²⁹. Nesse caso, a ADC teve por objeto apenas os artigos 14 a 18 da MP, que estabeleciam a medida coercitiva de suspensão.

De fato – repita-se – diversas alternativas houve ao plano de racionamento como um todo. Contudo, tendo em vista que na ADC somente o aspecto da ameaça de suspensão foi objeto de questionamento, e partindo-se da premissa de que o plano como um todo não fora atacado, portanto válido e legítimo *a priori*, pergunta-se: poder-se-iam vislumbrar medidas alternativas menos gravosas que a ameaça de suspensão, que pudessem igualmente fomentar a prevenção do colapso, dentro do contexto do plano de racionamento? É possível que sim. O que se quer demonstrar aqui, todavia, é a necessidade de se refinar ao máximo os elementos da operação de ponderação. Em sua análise, Virgílio Afonso da Silva identificou uma medida restritiva e efetuou o teste de necessidade com outra.

Ora, caso o intérprete e aplicador do Direito venha a se perder ao longo da argumentação, deixará arestas que fatalmente comprometerão a validade de sua conclusão. O caso relatado acima parece aquela hipótese recorrente de se tomar uma decisão *a priori* para se fundamentar *a*

¹²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p.169.

posteriori, risco do qual nenhum intérprete está isento. Contudo, os elementos da teoria dos princípios devem ser manejados com a maior precisão possível, a fim de que não se dê oportunidade àqueles que a acusam de propiciar a irracionalidade e o decisionismo.

Resta submeter a questão ao exame de proporcionalidade em sentido estrito. Aqui há dois caminhos. Caso seja seguida a conclusão de Virgílio Afonso, o teste de proporcionalidade em sentido estrito fica prejudicado, visto que, embora tenha superado o teste de adequação, a medida restritiva não logrou superar o exame de necessidade. Como os três passos são subsidiários, partindo-se da adequação, passando-se pela necessidade até se chegar à proporcionalidade em sentido estrito, o exame dessa última torna-se despiciendo, uma vez considerada desnecessária a medida.

A *contrario sensu*, caso se considere a medida necessária, deve-se superar o exame da otimização quanto às possibilidades fáticas e se adentrar o terreno movediço das possibilidades jurídicas. Isto significa submeter a questão ao crivo da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, que, como mencionado, corresponde à lei de colisão, segundo a qual “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

No exemplo apresentado, trata-se de (1) verificar qual o grau de prejuízo aos mencionados direitos fundamentais ao serviço público de primeira necessidade, ao princípio da igualdade, à livre iniciativa, ao direito ao trabalho e mesmo à vida; (2) aferir o grau de importância da realização do direito fundamental de todos ao acesso à energia elétrica, enquanto bem coletivo constitucionalmente tutelado; e (3) proceder ao devido sopesamento, a fim de atestar se a importância da realização do citado bem coletivo justifica o grau de prejuízo aos direitos fundamentais primeiramente mencionados.

Reputamos o grau de prejuízo aos supracitados direitos fundamentais como “moderado”, nos termos de Alexy, e o grau de satisfação do bem coletivo colidente como “alto”, pelo que consideramos a medida proporcional e, dessarte, compatíveis com a Constituição os dispositivos legais questionados. O tempo provou que o racionamento não causou maiores traumas aos titulares de direitos fundamentais, exceto por algum desconforto em não se poder consumir energia na medida do poder aquisitivo de cada um. Por outro lado, certamente contribuiu substancialmente para evitar o colapso, ao lado de outras providências tomadas pelo administrador público.

Contudo, reconheça-se que esta é uma análise *a posteriori*. No momento da prolação da decisão pelo STF, não era possível se preverem todas as conseqüências da adoção daquele plano de racionamento para os titulares de direitos fundamentais, nem era possível se saber com absoluto grau de certeza empírica se o plano realizaria ou mesmo fomentaria o objetivo almejado. A argumentação poderia suplantar a limitação cognitiva do intérprete/aplicador do Direito? Aqui, vulnera-se um flanco na teoria dos princípios para as críticas à ponderação quanto à sua racionalidade. Antes do enfrentamento desse tema, outros dois aspectos da teoria dos princípios merecem análise.

3.4.5 Ponderação de regras

Outra tentativa de refinamento da teoria dos princípios que merece comentário é a proposta de Humberto Ávila, cujo objetivo foi aprimorar a distinção teórica entre regras e princípios especialmente no que toca ao seu interesse principal: a forma de solução de conflitos que envolvam essas espécies normativas.

Consoante Ávila¹³⁰, “[...] não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios *possuem* uma dimensão de peso”.

Em suma, a proposta de Ávila consiste em combater a idéia de que a ponderação seria a forma por excelência de solução de colisões entre princípios, enquanto a subsunção seria o método próprio de resolução de conflitos entre regras, isto em decorrência do fato de que também as regras seriam possuidoras de uma dimensão de peso. No mesmo lugar, assevera aquele autor¹³¹:

Também não é coerente afirmar que somente os princípios possuem uma dimensão de peso. Em primeiro lugar, há incorreção quando se enfatiza que somente os princípios possuem uma dimensão de peso. Como demonstram os exemplos antes trazidos, a aplicação das regras exige o sopesamento de razões, cuja importância será atribuída (ou coerentemente intensificada) pelo aplicador. A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam resguardar. As interpretações, extensiva e restritiva, são exemplos disso.

¹³⁰ Op.cit.,p.52.

¹³¹ Ibidem, p.59.

Na esteira do pensamento de Ávila, portanto, seria possível afirmar que uma regra pode dar preferência a outra, numa determinada situação de conflito, sem que seja inquinada de invalidade e expurgada do ordenamento, na forma proposta por R. Alexy¹³². Ávila não entende a aplicação das regras como uma questão de *all or nothing*.

A fim de provar seu argumento de que não somente os princípios, como também as regras, possuem dimensão de peso, Humberto Ávila lança mão de dois exemplos. O primeiro diz que uma regra do Código de Ética Médica determina ao médico que diga toda a verdade ao paciente sobre sua doença. Outra, colidente, determina que o médico utilizará todos os meios disponíveis para curar o paciente. Diante desse quadro, Ávila pergunta: “Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade?”¹³³.

O exemplo padece de um problema. A segunda regra, consoante a qual o médico lançará mão de todos os meios para curar seu paciente, tem um suporte fático restrito a um leque de condutas comissivas, a saber, o uso de todas as terapêuticas cientificamente disponíveis no tratamento da doença. Já a conduta “não contar a verdade sobre a doença” consiste em conduta omissiva que, a rigor, não fere o suporte fático da segunda regra. Por esse raciocínio simplista, que apresentamos *ad argumentandum*, o médico poderia se valer de todas as técnicas disponíveis e ainda assim contar a verdade ao paciente, e não estaria violando a regra. Pode-se, com razão, contra-argumentar no sentido de que a omissão da verdade, numa interpretação extensiva do texto, está inclusa no suporte fático da regra que, em essência, ordena tudo fazer para curar o paciente. É possível tudo fazer para curar um paciente? O médico certamente fará tudo quanto possível, mas isto, é claro, “dentro das possibilidades fáticas existentes”.

Aqui chegamos a um ponto crucial, que corresponde à crítica de Virgílio Afonso da Silva ao exemplo de Ávila. A questão repousa em saber se as normas do Código de Ética Médica, apresentadas por Ávila, seriam mandamentos definitivos (regras) ou mandamentos de otimização (princípios).

Virgílio Afonso critica a posição de Ávila nos seguintes termos¹³⁴: “[...] com base em que parâmetros essas duas normas em colisão foram classificadas como regras? Responder a essa

¹³² SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo, 2005. p.72.

¹³³ ÁVILA, op.cit.,p.53.

¹³⁴ Op.cit., p.73.

pergunta parece-me de fundamental importância, mas Ávila não o faz”. Está claro que as normas citadas têm estrutura de princípios e impõem deveres *prima facie*, e não estrutura de regras, como quer Humberto Ávila. Tal qual princípios que são, a colisão apresentada está sujeita à ponderação, nos termos da teoria de Alexy, razão por que a crítica de Ávila, nesse ponto resta prejudicada.

O segundo exemplo de Ávila, mais facilmente refutável, consiste em conflito entre a regra extraída do art.1º da Lei nº. 9.494/97, que proíbe concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública que esgote no todo ou em parte o objeto litigioso, e a regra extraída da interpretação do art.1º da Lei nº. 9.908/93 do Estado do Rio Grande do Sul, a qual determina que o Estado gaúcho deve fornecer gratuitamente medicamentos especiais àqueles que deles necessitarem e não puderem custeá-los¹³⁵.

Ávila enxerga aí um conflito de regras, cujo método de solução não deve ser necessariamente a declaração de invalidade de uma delas e conseqüente expulsão do ordenamento jurídico. Segundo aquele autor, o juiz deve atribuir um peso maior a uma delas, tendo em vista a finalidade que cada uma visa a tutelar: a primeira, o que Ávila chama de “intangibilidade da destinação já dada pelo Poder Público às suas receitas”, o que chamaremos simplesmente de princípio formal da competência decisória do legislador, para ser coerente com o sistema de posições jurídicas fundamentais de Alexy; e a segunda, a finalidade de preservação da vida do cidadão.

Todavia, note-se que a primeira regra é formada de um amplo suporte fático, que alberga toda espécie de provimento antecipatório que esgote o objeto em lide. A segunda regra, por seu turno, é formada de um suporte fático mais restrito e determinado, a saber, o dever do Estado de prestar medicamento excepcional a quem necessitar sem poder custear.

Como observou Virgílio Afonso¹³⁶, é possível ver aí uma relação de generalidade e especialidade, pelo que resta instituída uma exceção à primeira regra, nos termos da máxima (em verdade, regra) *lex specialis derogat lex generali*. Caso a vida do postulante esteja em perigo e somente a antecipação do provimento final pelo juiz seja capaz de preservá-la, está-se diante do dever especial.

¹³⁵ Op.cit.,p.53.

¹³⁶ Op.cit., p.75.

Ao contrário do primeiro exemplo, aqui de fato se está diante de um conflito de regras. Contudo, a forma de solução do conflito é a subsunção e não a ponderação, como quer Ávila. A ponderação, aqui, é desnecessária e mesmo inconveniente, visto que envolve um ônus argumentativo muito maior, mais dispendioso e que em verdade é reservado aos casos difíceis, e não a uma hipótese como a apresentada, que pode ser facilmente decidida através de regras de aplicação previstas no próprio ordenamento.

3.4.6 Colisões entre regras e princípios

Embora aos conflitos entre regras, dada sua estrutura, não seja aplicável a ponderação como método de solução, é preciso admitir a possibilidade de antinomias entre princípios e regras, que de fato a todo tempo soem ocorrer.

Exemplo disso se vê na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3197, proposta perante o Supremo Tribunal Federal para se obter a declaração de invalidade da Lei nº 4.151/2003 do Estado do Rio de Janeiro, cujos artigos 1º e 5º determinam que do universo de vagas em todos os cursos oferecidos pelas universidades estaduais fluminenses, no mínimo 45% fica reservado para estudantes carentes, sendo que, destes 45%, 20% destina-se a estudantes negros, 20% para estudantes oriundos da rede pública estadual de ensino médio e 5% reservado a pessoas portadoras de deficiência e integrantes de minorias étnicas. Inconfundível, neste caso, a colisão entre a regra extraída dos textos dos artigos 1º e 5º da lei fluminense e o princípio constitucional de igualdade formal, presente na cabeça do art.5º da Constituição Federal de 1988.

Outro conflito entre regra e princípio se encontra no Recurso Extraordinário nº 251445/GO, em que o STF cuidou de hipótese de utilização de prova obtida por meio ilícito no processo penal¹³⁷. Nesse julgado, vislumbra-se conflito entre a regra constitucional que veda o uso de prova ilícita no processo (art.5º, LVI) e o princípio constitucional consubstanciado no

¹³⁷ No mencionado RE, o recorrente postulava a nulidade do processo penal que resultou em sua prisão, tendo em vista sua condenação com fundamento em material probatório obtido por meio ilícito. O réu havia sido condenado pela prática de fato tipificado no art.241 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), segundo o qual pune-se com pena de reclusão de 2 a 6 anos e multa “apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou Internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente”. Sucede que uma das vítimas furtara do consultório profissional do réu, inclusive mediante arrombamento do seu cofre, fotografias que provavam a prática delituosa, entregando-as em seguida à autoridade policial, a partir do que foi instaurado inquérito e, conseqüentemente, movida ação penal.

interesse público da persecução penal, o qual, no sistema de posições jurídicas fundamentais, decorre do dever de proteção do Estado.

Já no Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC, o STF deparou-se diante de conflito entre o princípio contido no *caput* e § 1º do art. 215 da Constituição, consistente no direito fundamental à proteção e ao incentivo das manifestações culturais, e regra contida no § 1º, inciso VII do mesmo artigo, que estabelece o dever do Estado de, na forma da lei, inibir tratamento cruel aos animais¹³⁸.

A colisão entre regras e princípios é certamente um dos aspectos menos claros e mais problemáticos da teoria dos princípios de Alexy, de fato não enfrentado à exaustão por aquele autor. Para um tal tipo de colisão, duas respostas afigurar-se-iam possíveis: (a) seria necessário o sopesamento entre ambos a fim de determinar qual deles prevalecerá para o caso. O problema dessa tese é o prejuízo à idéia de que regras estabelecem deveres definitivos, porquanto a ponderação estaria a afastar uma regra válida e aplicável, sem que ela perca sua validade. Demais, as regras, por definição, carecem de dimensão de peso, imprescindível para aplicação da ponderação; (b) na segunda resposta, a colisão seria resolvida no plano da validade. A dificuldade está em aceitar que, se um princípio tiver de ceder a uma regra, terá de ser expelido do ordenamento. Isso prejudicaria a premissa de que a validade de um princípio não é afetada quando sua aplicação é restringida em face da aplicação de norma colidente¹³⁹.

Excluídas, pois, as respostas aventadas acima, a solução comum da doutrina para os casos de colisões entre regras e princípios está de fato na aplicação do sopesamento. Contudo, esse sopesamento não se dá entre o princípio e a regra colidente, mas entre princípio e o princípio contrário no qual a regra se baseia¹⁴⁰.

A se aceitar esse raciocínio, os três casos apresentados acima não consubstanciarão conflitos entre princípios e regras, mas, respectivamente: colisão entre princípio da igualdade em sua dimensão formal e princípio da igualdade em sua dimensão material, no qual se baseia a regra instituidora de cotas; dever de proteção do Estado consubstanciado em princípio do interesse público na persecução penal, como bem coletivo, de um lado, e princípio do devido

¹³⁸ Este RE teve origem em Ação Civil Pública proposta pela Associação Amigos de Petrópolis Patrimônio Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia, em que se buscava a condenação do Estado de Santa Catarina a adotar medidas legislativas e materiais que coibissem a tradicional “farra do boi”, festejo catarinense de origem açoriana em que se infligem toda sorte de maus-tratos a gado bovino.

¹³⁹ SILVA, op.cit., p.59.

¹⁴⁰ Ibidem, p.60.

processo legal, em que se baseia a regra de vedação à prova ilícita; e direito fundamental à proteção e ao incentivo das manifestações culturais, de um lado, e, de outro, direito fundamental a meio ambiente ecologicamente equilibrado, princípio no qual se baseia a regra que impõe ao Estado dever de coibir tratamento cruel a animais.

Virgílio Afonso da Silva¹⁴¹ enxerga o seguinte problema com esse tipo de solução: ele pode levar a crer que o aplicador do Direito é livre para em qualquer situação afastar uma regra em função de um princípio mais importante. Isso daria azo a alto grau de insegurança jurídica, sendo a segurança um valor garantido, inclusive, pelo respeito à competência decisória do legislador que instituiu a regra afastada. Por tal razão, o professor do Largo de São Francisco prefere falar não numa colisão propriamente dita entre regra e princípio, mas simplesmente compreender a regra como o produto de um sopesamento, dantes realizado pelo legislador, entre os princípios em causa. O produto do sopesamento do legislador é a regra positivada, e a relação entre tal regra e o princípio não consiste numa relação de colisão, mas numa relação de **restrição**. A regra é a expressão da restrição e é aplicada por simples subsunção.

O tema é tortuoso e nem Virgílio Afonso ou o próprio Alexy fecham a questão, que por sua complexidade requereria estudo próprio. Resta-nos dizer que as preocupações acerca da segurança jurídica, ainda que válidas, são muito menos importantes que a preocupação com a racionalidade da idéia de sopesamento entre princípio e outro princípio no qual uma regra se baseia. Sucede que Alexy não se aprofunda nos conceitos aí envolvidos, especialmente no que tange à natureza da relação entre regra e princípio que a consubstancia. Por ora, diremos que o tema da segurança está contido no tema mais amplo da racionalidade, que será esboçado neste excursão.

3.4.7 As precedências *prima facie*

Um outro importante elemento da teoria dos princípios de Alexy repousa na tese das **precedências *prima facie***. Se não é possível estabelecer uma hierarquia absoluta e genérica entre princípios, dada sua idêntica posição hierárquica *in abstracto*, por outro lado é possível criar uma certa ordem – uma “ordem fraca” – no campo dos princípios.

¹⁴¹ Ibid., p.61.

Alexy traz o exemplo do caso *Lebach*¹⁴², quando a Corte Constitucional alemã estabeleceu, num primeiro momento da argumentação, uma precedência geral da liberdade de informação ante a proteção da personalidade, na hipótese de “informação atual sobre delito grave”.

As precedências *prima facie* não estabelecem a preferência geral de um princípio, mas sim um ônus de argumentação em favor dele, no caso concreto. Destarte, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação em favor de um princípio e, por conseguinte, uma carga de argumentação contra o princípio antagônico, que pode ser invertida se porventura, num outro caso concreto, as razões de realização do princípio antagônico se mostrarem mais fortes¹⁴³.

3.5 PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE

A teoria dos princípios, especialmente no que tange à idéia de sopesamento, foi alvo de algumas críticas metodológicas. Os ataques dizem respeito, em linhas gerais, a uma ausência de critérios racionais de decidibilidade, de que estaria a padecer a técnica do sopesamento.

Será analisada aqui especialmente a crítica de Jürgen Habermas, que Alexy¹⁴⁴ denominou de “alerta para o perigo de uma insuficiência de direitos fundamentais”. As reservas habermasianas procuram denunciar aquilo que o pensador de Frankfurt chamou de “autocompreensão metodológica falsa do controle de constitucionalidade”¹⁴⁵, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e por doutrinadores como o próprio Alexy.

¹⁴² A emissora de televisão ZDF divulgou a exibição de um documentário que denominou “O assassinato de soldados em Lebach”. Tratava-se de um crime no qual quatro sentinelas de um depósito de munições do Exército alemão, o qual ficava situado perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e as armas guardadas foram roubadas. Um dos co-autores, que fora condenado a pena de prisão, estava prestes a obter liberdade à época da exibição do documentário. O preso pretendia sustar a exibição do programa, ao argumento de que o documentário, que o citava nominalmente e o exibia por meio de fotos, violava seu direito fundamental tutelado pelos artigos 1º, §2º e 2º, §1º da Lei Fundamental, especialmente porque sua ressocialização se encontraria ameaçada. O Tribunal Estadual indeferiu seu pedido de medida cautelar e a Corte Superior Estadual negou provimento ao recurso por ele interposto, pelo que o condenado ajuizou reclamação constitucional em face dessas decisões. O Tribunal Constitucional estabeleceu, no primeiro momento, uma precedência geral e *prima facie* do direito fundamental à liberdade de informação por meio da radiodifusão em face do direito fundamental à proteção da personalidade. Todavia, mediante a ponderação, a Corte, nesse caso, inverteu a carga de argumentação em favor da proteção da personalidade e contra a liberdade de informação, pelo que decidiu que tendo em vista a “repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais investido de um interesse atual pela informação”, que “coloca em risco a ressocialização do autor”, a proteção da personalidade passa a ter precedência sobre a liberdade de informar, o que resultou na proibição da exibição do documentário (ALEXY, 2008, p.100-102).

¹⁴³ STEINMETZ, op.cit., p.214-216.

¹⁴⁴ **Epílogo à la teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2004. p. 15.

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Bueno Siebeneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 314.

De acordo com Habermas¹⁴⁶, o modelo da ponderação rouba dos direitos fundamentais sua força normativa. Tomar os direitos fundamentais, isto é, normas, enquanto valores sujeitos a uma otimização de maior ou menor intensidade equivale a afrouxar ou amolecer a força normativa dos direitos fundamentais. Se o preenchimento do mandamento de otimização não puder ser sacado da própria norma, a aplicação do princípio no espaço do que é faticamente possível imporá uma ponderação “orientada por um fim”. A interpretação ponderada do Direito cai numa “realização concretizadora de valores referida a casos”.

Habermas¹⁴⁷ não aceita que se confundam normas ou princípios jurídicos e valores. As normas e princípios possuem um sentido deontológico, ao passo que valores têm um sentido teleológico. Normas válidas devem obrigar seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a comportamentos que preenchem expectativas generalizadas; os valores, por seu turno, são “preferências compartilhadas intersubjetivamente”. As normas detêm uma pretensão de validade binária, isto é, podem ser válidas ou inválidas. Já os valores definem relações de preferência, o que significa que alguns bens são mais atrativos do que outros, pelo que o assentimento do intérprete a proposições valorativas pode ser maior ou menor. Normas diversas não podem contradizer umas às outras, se se pretendem válidas no mesmo círculo de destinatários, e devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Só os valores, por outro lado, podem concorrer para obter primazia através de configurações flexíveis.

Habermas quer dizer que aderir à ponderação significa despedir-se da razão. Essa consequência é expressa na seguinte passagem do seu *Faktizität und Geltung*¹⁴⁸:

Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.

A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização.

[...]

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de*

¹⁴⁶ Op.cit., p.315.

¹⁴⁷ Ibidem, p.316-317.

¹⁴⁸ Ibid., p.321-322.

preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.

Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.

Muito embora não seja este o espaço adequado para aprofundar o importantíssimo debate acerca da validade da teoria dos princípios, que se encontra na vanguarda da dogmática dos direitos fundamentais e da teoria da justiça constitucional, importa registrar aqui ao menos parte da réplica de Alexy às objeções de Habermas.

Alexy¹⁴⁹ argumenta que a estrutura formal da argumentação do Tribunal Constitucional Federal está sintetizada numa regra, chamada “regra da desproporcionalidade”. Essa regra produz uma relação racional entre uma decisão sobre graus de intensidade da intervenção e uma decisão sobre a proporcionalidade. Na primeira decisão, estão os dois primeiros passos do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, quais sejam o de verificar o grau de não cumprimento de um princípio e o de aferir o grau de realização do princípio colidente. Na segunda decisão está o último passo: ver se a importância do cumprimento de um princípio justifica o prejuízo do outro, isto é, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro. A decisão sobre os graus de intensidade constitui o fundamento para a decisão sobre a proporcionalidade, que por sua vez gera, como toda e qualquer decisão judicial, apenas uma **pretensão de correção**. A pretensão de correção abre as portas para outro estágio da teoria de Alexy: a teoria do discurso, como uma teoria procedimental da razão prática¹⁵⁰.

Para Alexy¹⁵¹, a ponderação não se faz arbitrária ou irrefletidamente, pois a aplicação dos modelos ou ordens hierárquicas de que fala Habermas está assentada na argumentação, e os “argumentos são a expressão pública da reflexão”. As intervenções nos direitos fundamentais justificam-se racionalmente, pois, ao passo que as intervenções são feitas, os direitos fundamentais ganham em solidez, pois para eles cria-se um núcleo resistente. Assim, preserva-se o “muro de fogo” que Habermas considera faltar à ponderação, isto é, a preservação do caráter

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.114.

¹⁵⁰ Ibidem, p.25.

¹⁵¹ Ibid., p.115.

normativo dos direitos fundamentais, que para ele estaria sendo afrouxado ou amolecido pela teoria dos princípios¹⁵².

Ademais, em que pese ser o processo de sopesamento um processo racional, isto não significa que ele levará sempre a uma única solução possível para cada caso concreto. Decidir sobre a solução a ser considerada como correta para o caso depende de valorações que não estão sujeitas ao controle do próprio processo de sopesar. O sopesamento, assim, consiste num procedimento aberto, que conduz a uma abertura do sistema jurídico determinado pelas normas de direitos fundamentais. A consequência é a abertura do sistema jurídico **em face da Moral**¹⁵³.

Virgílio Afonso da Silva¹⁵⁴, por sua vez, alerta para o fato de que o ponto de partida para qualquer discussão sobre a interpretação e aplicação do Direito consiste em se reconhecer que é impossível encontrar um padrão de racionalidade que exclua por completo toda e qualquer subjetividade nessa interpretação e aplicação. Não é correta a suposição de que a ponderação enseja excesso de subjetividade e por consequência a irracionalidade, enquanto a subsunção consistiria em método perfeito no quesito racionalidade.

Com efeito, o modo tradicional de interpretação do Direito está assentado sobre um modelo de racionalidade científica que se propôs a expulsar todas as “interferências” que pudessem se interpor entre o sujeito e o objeto. A racionalidade moderna, desde Descartes e Bacon, pretendia alcançar a verdade somente através da razão humana, através da qual o homem tudo poderia bem conhecer se evitasse um conhecimento prévio vulgar, o qual impedia o alcance pleno do sentido do ente.

Esse modelo ensejou a construção de uma Hermenêutica que passou a rejeitar o papel dos conceitos pré-constituídos no processo de interpretação, até que a nova Hermenêutica filosófica veio resgatar e reconstruir o papel dos preconceitos na experiência humana em geral e do intérprete e aplicador do Direito em particular.

O novo paradigma lingüístico do pensamento filosófico rompe com a dicotomia sujeito-objeto própria da tradição metafísica clássica, que alternava ora no sujeito, ora no objeto, de modo que, a partir dele, não mais se compreende a linguagem como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Sendo assim, o sujeito, no seu labor interpretativo, somente

¹⁵² Ibid.,p.116.

¹⁵³ **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.543-544.

¹⁵⁴ Op.cit.,p.190.

pode interpretar a partir dos pré-juízos ou pré-conceitos que compõem seu patrimônio cultural, filosófico, ideológico, político, religioso, jurídico e estético, ou seja, o seu **estar-no-mundo**.

Não por outra razão, Hans-Georg Gadamer sustenta que a interpretação da norma jurídica é uma tarefa produtiva, criativa, e não meramente reprodutiva de sentido, e nem assim o pode ser. O intérprete não pode apreender o conteúdo da norma de um ponto de vista situado fora de sua existência histórica, mas somente a partir da situação histórica concreta na qual se situa, para o que concorrerão fortemente, como elementos da pré-compreensão, a autoridade e a tradição, que embora banidas pela racionalidade moderna de matriz cartesiana, são resgatadas por Gadamer como elementos essenciais da fusão de horizontes que ocorre no encontro entre o sujeito e o objeto linguisticamente mediado.

Essa postura de abertura do intérprete, no entanto, não equivale a uma suposta neutralidade diante do objeto ou anulação absoluta dos próprios juízos prévios. O que vale é dar-se conta dos próprios preconceitos, apropriar-se deles, a fim de conscientemente confrontá-los com o sentido do texto. É a aceitação desse caráter essencialmente preconceituoso da compreensão que apresenta e expõe a amplitude do problema hermenêutico¹⁵⁵.

A partir da idéia heideggeriana de círculo hermenêutico, Gadamer afirma que o compreender é dotado de um movimento circular: a antecipação de sentido que remete ao todo somente chega a uma compreensão explícita na medida em que as partes que se determinam desde o todo, por sua vez, determinam o todo. Compreender significa, primariamente, entende-se na coisa e apenas secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal.

Depreende-se, pois, da perspectiva gadameriana, que os preconceitos, pré-noções, juízos prévios ou ideologia não devem ser temidos, disfarçados ou ocultados, pois representam elementos essenciais do processo de compreensão. Sustenta, pois, que¹⁵⁶:

[...] uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas. [...] São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.

¹⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini – 7ª edição – Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p.360.

¹⁵⁶ Ibidem, p.359.

Para concordar com Virgílio Afonso¹⁵⁷, a racionalidade possível não advém de uma tarefa mecânica de uma operação estritamente lógica efetuada pelo juiz, mas do estabelecimento de parâmetros que ensejem o diálogo intersubjetivo a fim de alcançar um certo controle da argumentação. A segurança jurídica e a previsibilidade do ofício jurisdicional dependem menos do método de aplicação do Direito e de solução de colisões entre direitos fundamentais do que de um acompanhamento crítico e da cobrança diuturna por coerência e consistência das decisões, especialmente por parte do Tribunal Constitucional. Esse papel de diálogo intersubjetivo entre a doutrina e a jurisprudência é o que Alexy chamou de “expressão pública da reflexão”.

Isso remete à reflexão de Karl Popper sobre a busca pela objetividade das ciências, que *mutatis mutandis* pode se aplicar ao diálogo entre a doutrina ou mesmo entre a doutrina e a jurisprudência. Afirmou Popper¹⁵⁸:

[...] a objetividade de uma ciência não é uma matéria dos cientistas individuais, porém, mais propriamente, o resultado social de sua crítica recíproca, da divisão hostil-amistosa de trabalho entre cientistas, ou sua cooperação e também sua competição. Pois esta razão depende, em parte, de um número de circunstâncias sociais e políticas que fazem possível a crítica.

O próprio Alexy¹⁵⁹, aliás, reconhece que “embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método”.

Por ser assim, muito embora seja certo que a teoria dos princípios e a ponderação não ensejem uma racionalidade absoluta, cremos que, dentre aquilo que até agora se propôs em termos de aplicação do Direito, elas representam alguma coisa que mais se aproxima de um ideal de racionalidade.

3.5.1 Ponderação e racionalidade no Supremo Tribunal Federal

É interessante observar como, de fato, o uso inadequado da ponderação pode conduzir à irracionalidade. É o que se pode perceber em não poucas decisões na história recente da jurisprudência do STF.

¹⁵⁷ Op.cit., p.191-195.

¹⁵⁸ POPPER RAYMUND, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p.23.

¹⁵⁹ Op.cit., p.594.

Mesmo parte da doutrina brasileira revelou uma certa incompreensão de como o STF vinha fazendo uso da ponderação e da proporcionalidade em seus julgados. Ana Paula de Barcellos¹⁶⁰, por exemplo, afirmou:

A doutrina registra que o principal instrumento metodológico da concordância prática era (e é) a idéia de proporcionalidade, analiticamente desenvolvida em suas três fases (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) pela doutrina alemã e já amplamente incorporada pela doutrina e prática jurisprudencial brasileiras.

Isso é apenas em parte exato. A ampla incorporação de que fala a autora leva consigo uma boa dose de aplicação equivocada da regra da proporcionalidade, constante confusão dela com o princípio da razoabilidade e utilização de ambos conceitos como sinônimos.

Na doutrina e na jurisprudência brasileiras, pôde-se ver por algum tempo a invocação da proporcionalidade como um mero recurso a um *topos*, um coringa da argumentação, com função mais retórica que sistemática¹⁶¹. Exemplo disso é o seguinte excerto de texto de Ana Paula de Barcellos¹⁶²:

O objetivo final do processo de ponderação será sempre alcançar a concordância prática dos enunciados em tensão, isto é, sua harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída da hipótese. Para isso, a concordância prática, na qualidade de diretriz metodológica, pode valer-se de todo o arsenal hermenêutico disponível: os elementos clássicos de interpretação, a equidade, a proporcionalidade, as técnicas modernas de interpretação constitucional, etc.

Afora o fato de que a teoria dos princípios, a aceitação de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais e a adoção da teoria externa quanto a restrições desses direitos estão a exigir, em muitos casos, a possibilidade de sacrifício completo de uma posição jurídica fundamental em detrimento de outra – o que amiúde exclui a pretensão do alcance de uma concordância prática¹⁶³ – o mais interessante no trecho citado é que, aí, a proporcionalidade está visivelmente inserida num catálogo de *topoi*, um dispositivo que pode ser eventualmente acionado pelo julgador através de uma fundamentação eminentemente tópica.

¹⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.83.

¹⁶¹ SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, vol. 798, p.23-50, abr, 2002. p.31.

¹⁶² Op.cit.,p.133-134.

¹⁶³ Sem embargo, a própria Ana Paula de Barcellos reconhece essa circunstancia noutra passagem.

Não discutiremos a validade da Tópica como instrumento hermenêutico. Apenas é preciso deixar claro que esse uso da proporcionalidade não corresponde ao adotado como premissa deste trabalho, mesmo porque, segundo cremos, ele pouco contribui para o alcance de um ideal de racionalidade na prática jurisprudencial.

Como observa Virgílio Afonso da Silva¹⁶⁴, a jurisprudência, ao pretender afastar alguma conduta reputada abusiva, sacava a fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”. No mesmo lugar, o autor exemplifica sua constatação com o seguinte excerto de decisão liminar no HC n° 76.060-4:

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais –, é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.

O Tribunal cinge-se a citar a proporcionalidade como elemento de importância para a solução de colisões entre direitos fundamentais, mas não se desincumbe de fazer um uso estruturado dessa regra, de modo a submeter a colisão ao crivo dos três passos – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – imprescindíveis a fim de se chegar a um juízo válido a racional acerca do direito fundamental a preponderar.

Antes, comum é se encontrar na história jurisprudencial do STF o recurso ao seguinte silogismo: (a) a Constituição consagra o princípio da proporcionalidade; (b) o ato impugnado é desproporcional; (c) o ato impugnado é inconstitucional. O silogismo é formalmente perfeito, entretanto mascara premissas de fundamentação duvidosa que prejudicam a validade das conclusões em face de um exame mais rigoroso¹⁶⁵. Uma premissa de fundamentação duvidosa está, por exemplo, na constatação de que certa medida restritiva de direito fundamental é desproporcional. Caso não se demonstre o porquê da desproporcionalidade, qualquer conclusão em redor da inconstitucionalidade da medida restará fragilizada. A teoria dos princípios e o recurso ao sopesamento, por sua vez, são capazes de levar o intérprete a fixar essa premissa com razoável grau de segurança e racionalidade.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ Id.

Outro exemplo está no já citado RE 251445/GO, cujo relator foi o Min. Celso de Mello, em que a Corte deliberou sobre o uso de provas ilícitas no processo penal. A certa altura do seu voto, disse o Min. Celso de Mello que:

[...] não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado.

Dá-se a ver, aí, a confusão entre razoabilidade e proporcionalidade e, além, a imprecisão quanto a sua estrutura, visto que o relator fala em “critério” e em “princípio”.

Essa decisão do Min. Celso de Mello seguiu em parte uma linha assentada pela Corte no sentido de inadmitir o recurso à proporcionalidade para excepcionar a regra de vedação ao uso de provas obtidas por meio ilícito. O problema com essa decisão é que ela exclui *a priori* a proporcionalidade sem maiores considerações sobre o porquê de sua invalidez, apegando-se a temores quanto a um possível retorno do autoritarismo e da violação institucionalizada de direitos humanos, o que representa um bom exemplo da concepção democrático-funcional dos direitos fundamentais, de que se falará em tempo oportuno.

Situação diversa é o HC 79.512-9/RJ, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. Naqueloutra assentada, a Corte não nega a possibilidade de recurso à proporcionalidade, mas afirma que a ponderação já fora efetuada pelo legislador constituinte, que, ao positivizar a regra de vedação ao uso de prova ilícita, optou pela proteção à dignidade da pessoa humana, em detrimento do interesse público da persecução penal.

Não se discutem nesse momento as conclusões nos dois julgados citados, mas sim suas premissas, visto que o interesse no momento é avaliar o grau de racionalidade com que o STF tem tratado a regra da proporcionalidade. Nesse último aresto, as premissas parecem bem assentadas; no primeiro, estão gravemente prejudicadas.

Em sentido contrário, um louvável uso da proporcionalidade está na ADIN 3510-0/DF, um dos mais célebres *hard cases* da história do STF, que resultou numa das mais acompanhadas, debatidas, monitoradas, criticadas, aplaudidas, vaiadas e celebradas decisões da Corte. Independente de suas conclusões, o amplo debate social que se seguiu à propositura da ação e a histórica abertura das portas do STF às razões da comunidade de intérpretes, mediante a

realização de audiências públicas, terminaram por fortalecer a legitimação da Corte no seu papel de Tribunal Constitucional.

Trata-se da decisão quanto à constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/05 – Lei de Biossegurança, regra segundo a qual se permitiu no Brasil, para fins de pesquisa e terapia, o uso de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados nesse procedimento, uma vez atendidas as condições fixadas nos incisos I e II e parágrafos 1º, 2º e 3º do citado dispositivo.

O Min. Carlos Ayres Britto assim entendeu: “[...] o que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa [...]”. O relator constatou que o legislador ordinário, ao positivar a regra contida no art.5º da Lei de Biossegurança, efetuou um juízo de ponderação entre a vida e dignidade humana, de um lado, e os direitos fundamentais à saúde e à livre expressão da atividade científica (art.5º, IX, CF/88), de outro, criando assim uma regra restritiva a direito fundamental adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, pelo que, fundamentado ainda num amplo catálogo de razões (algumas inclusive retóricas, reconheça-se), votou pela compatibilidade vertical da regra impugnada pelo Procurador-Geral da República.

O que se pretendeu aqui demonstrar é que, embora nos marcos da teoria dos princípios (segundo Alexy) a ponderação possa conduzir a juízos muito próximos de um ideal de racionalidade, por outro lado o recurso meramente tópico e retórico à proporcionalidade pode, isto sim, levar ao verdadeiro decisionismo e irracionalidade, a prejudicar o próprio papel constitucional do Judiciário em geral e do Supremo Tribunal Federal em particular.

3.6 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tema das restrições aos direitos fundamentais está diretamente ligado à teoria dos princípios. Isto porque a regra da proporcionalidade, como modo solução de colisões, opera exatamente no controle dessas restrições, que decorrem do entrelaçamento de posições jurídicas fundamentais.

Não por outra razão, cremos ser desaconselhável abordar a teoria dos princípios sem fazer opção entre as teorias que procuram compreender as idéias de âmbito de proteção e de suporte

fático dos direitos fundamentais, bem como os próprios limites ou restrições dos direitos fundamentais.

A ser assim, restará um pouco mais sólida a teoria jurídica base que serve de premissa na presente abordagem dos problemas decorrentes dos efeitos horizontais de direitos fundamentais.

3.6.1 Suporte fático e âmbito de proteção dos direitos fundamentais

O conceito de suporte fático é tão elementar quanto importante na Teoria Geral do Direito e, no entanto, incrivelmente pouco explorado do ponto de vista teórico. A aplicação de tal conceito está presente sobremaneira na práxis do Direito Penal e no Direito Tributário, ao se falar, respectivamente, em tipo penal e fato típico, assim como em hipótese de incidência e fato gerador. Tais conceitos são mais bem compreendidos ao se falar na distinção entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto.

O suporte fático abstrato corresponde aos “fatos ou atos do mundo que são descritos por uma determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica”¹⁶⁶. O suporte fático concreto, por sua vez, equivale à “ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos e atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou”¹⁶⁷. A ser assim, tipo penal e hipótese de incidência correspondem ao conceito de suporte fático abstrato, enquanto fato típico e fato gerador estão contidos no conceito de suporte fático concreto.

O interesse do conceito de suporte fático para o tema das restrições a direitos fundamentais é perceptível ao se perguntar se certo ato ou fato estaria protegido por determinada norma que garante um direito fundamental, ou se determinada conduta estatal estaria ou não a configurar uma intervenção no respectivo âmbito de proteção.

Com supedâneo na lição de Martin Borowski, Virgílio Afonso da Silva¹⁶⁸ apresenta a seguinte definição ao conceito de âmbito de proteção: “[...] o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental” e, nesse passo, bens protegidos corresponderiam a “[...] ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa”.

¹⁶⁶ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo, 2005. p.82.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Ibidem, p.88.

Consoante Alexy¹⁶⁹, embora âmbito de proteção e suporte fático correspondam a conceitos distintos, ambos dizem respeito àquilo que uma norma de direito fundamental garante *prima facie*, isto é, sem se considerarem possíveis restrições. O autor oferece exemplo da norma constitucional que permite a cooptação religiosa, cujos operadores deônticos poderiam se apresentar nos seguintes termos: “se uma conduta constitui cooptação religiosa, então ela é *prima facie* constitucionalmente protegida”. O suporte fático de uma tal norma seria constituído da ação de cooptação religiosa e seu âmbito de proteção incluiria todas as condutas que representassem proselitismo dessa espécie. Segundo Alexy, portanto, âmbito de proteção e suporte fático coincidem totalmente em seus efeitos, é dizer, aquilo que é incluído no suporte fático é igualmente incluído no âmbito de proteção.

Entrementes, mais importante para este trabalho é a distinção entre os conceitos de suporte fático amplo e suporte fático restrito, dado seu direto interesse no controle das restrições a direitos fundamentais. A idéia básica das teorias que compreendem o suporte fático de modo restrito é a não-garantia ou exclusão *a priori* de certas ações, situações ou posições jurídicas do âmbito de proteção da norma de direito fundamental, que poderiam em tese nessa norma ser subsumida¹⁷⁰.

Exemplo claro de uma concepção restrita do suporte fático dos direitos fundamentais está na ADIn 2566, agitada pelo Partido Liberal – PL em 2001. Ora, o art.4º, §1º da Lei nº 9.612/98, que disciplina a atividade de radiodifusão comunitária, proibia “o proselitismo de qualquer natureza” na programação das emissoras. A citada agremiação partidária impugnou o dispositivo, sob argumento de que a proibição constituiria censura inconstitucional, a violar os arts. 5º, IV, VI e XI e 220 da Constituição. Em sua defesa da norma impugnada, o Advogado-Geral da União sustentou que, embora a liberdade de expressão seja de fato inviolável, a cooptação religiosa diferiria do direito à livre expressão do pensamento e, portanto, não estaria albergada por tal direito fundamental¹⁷¹.

Percebe-se, dessarte, que a defesa da vedação ao proselitismo não esta baseada numa restrição ao direito de liberdade de expressão ou de imprensa, mas, antes, numa exclusão apriorística do ato de cooptação do âmbito de proteção desse direito fundamental.

¹⁶⁹ Op.cit.,p.302-303.

¹⁷⁰ SILVA, op.cit.,p.98.

¹⁷¹ Ibidem, p.145-146.

Já uma concepção ampla do suporte fático dos direitos fundamentais irá admitir que toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que faça parte do “âmbito temático” de certo direito fundamental deverá estar incluída no âmbito de proteção desse último, independente da consideração de outras variáveis. Trata-se realmente de uma ampla abertura da proteção. A partir de uma tal concepção, pergunta-se o que vem a estar protegido *prima facie*. Se se pergunta o que se protege com o direito à livre manifestação do pensamento, dentro dessa concepção dir-se-á que se protegem todas e quaisquer manifestações do pensamento, não importa seu conteúdo, forma e modo¹⁷².

Tal amplitude da proteção, todavia, não implicará direitos absolutos, mas na definição de algo que é protegido *prima facie* e que poderá sofrer restrições. Tais restrições, contudo, não advirão da exclusão *a priori* de certas posições do âmbito de proteção da norma, mas do resultado da colisão entre direitos fundamentais que se opõem, o que conduz às teorias sobre as restrições aos direitos fundamentais, o que se explanará a seguir.

3.6.2 Teorias interna e externa das restrições

A relação entre direitos fundamentais e a suas restrições é compreendida na doutrina a partir de dois pontos de vista, basicamente: das teorias interna e externa.

Consoante a teoria externa, duas coisas distintas se verificam: o direito e aquilo que o restringe, entre os quais há uma relação de restrição. Nessa ótica, há o direito em si, não restringido, e aquilo que resta do direito após a ocorrência da restrição: o direito restringido. Na teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe uma relação necessária. Tal eventual relação é criada a partir de uma necessidade, externa ao direito em si, de se conciliarem os direitos diversos que se entrecrocaram no âmbito de um ordenamento¹⁷³. Nas palavras de Luiz Fernando Calil de Freitas¹⁷⁴: “a teoria externa lida com a diferenciação do âmbito de proteção, que se afere com a consideração exclusivamente da norma jusfundamental, e o âmbito de proteção efetivo, resultante da incidência das restrições externas sobre o âmbito primitivamente estabelecido pela norma”.

¹⁷² Ibid., p.139.

¹⁷³ ALEXY, op.cit., p.277.

¹⁷⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.138.

Há, ainda, um fundamento político para a teoria externa, bem expressado no escólio do supracitado Luiz Fernando Calil de Freitas¹⁷⁵:

De fato, a teoria externa ou, como também é conhecida, o pensamento de intervenção e limites, tem como pano de fundo a proteção e a defesa da liberdade e da propriedade contra as intervenções estatais, caracterizando a designada teoria liberal dos direitos fundamentais. Na concepção liberal do Estado e dos direitos fundamentais, por ser a liberdade considerada como um direito anterior à existência do ente estatal e vigendo a estrita separação entre Estado e sociedade, erige-se o princípio da repartição como *princípio básico de distribuição*, significando ele que a anterioridade da liberdade do indivíduo relativamente à existência do ente estatal faz dela (liberdade) em princípio *ilimitada*, enquanto a possibilidade do Estado nela interferir é em princípio, *limitada*. [...]

Destarte, a teoria externa parte da noção de que o conteúdo dos direitos fundamentais é ilimitado e, sendo a liberdade e a propriedade direitos pré-estatais, toda e qualquer intervenção ou restrição deve se dar através de lei em sentido formal e material, passível de sindicabilidade quanto à sua adequação à previsão constitucional de reserva legal, é-lhe exterior.

A teoria interna, por seu turno, propugna que não há duas coisas, a saber, o direito e sua restrição, mas apenas um único ente: o direito com um determinado conteúdo. Aqui, o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite¹⁷⁶. Aqui, a definição dos limites de cada direito é algo interno a ele, pelo que se fala em “limites imanentes”¹⁷⁷.

Na teoria interna, a fixação dos limites de um direito não é definida ou influenciada por aspectos externos, sobretudo colisões com outros direitos. A consequência disso é a impossibilidade de distinção entre direito definitivo e direito *prima facie*, como decorrência da unificação entre o direito e seus limites imanentes. Portanto, a teoria interna está a exigir que direitos tenham sempre estrutura de regras¹⁷⁸.

Enquanto a teoria externa supõe a necessidade de restrição aos direitos fundamentais, restrição esta decorrente da fatal colisão com outras posições jusfundamentais, a teoria interna se vale da idéia de limite para afastar tanto a idéia de colisão quanto a idéia de restrição que a colisão exige. Todavia, a fim de não recorrer à idéia insustentável de direitos absolutos, a teoria interna pugna pela existência de limites implícita ou explicitamente definidos pela própria Constituição, isto é, os próprios limites imanentes¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Ibidem, p.139.

¹⁷⁶ ALEXY, op.cit., p.277.

¹⁷⁷ SILVA, op.cit.,p.165.

¹⁷⁸ Ibidem, p.167.

¹⁷⁹ Ibid.,p.171.

Adere à possibilidade de limites imanentes e, portanto, à teoria interna, por exemplo, Manoel Jorge e Silva Neto¹⁸⁰, segundo quem:

Mesmo que dado direito fundamental esteja previsto sem qualquer contenção firmada pelo legislador constituinte originário, isso não deve engendrar conclusão de que poderá ser exercido sem peias ou limites, principalmente porque a idéia poderia reconduzir à prevalência absoluta de um direito fundamental em face do outro, também protegido pela Constituição, redundando, assim, em ofensa aos princípios da unidade e da concordância prática. [...] Ocupa, nesse passo, destacada posição a “teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais”.

A fim de esclarecer como a teoria interna compreende os limites dos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva¹⁸¹ transcreve alguns exemplos apresentados por Vieira de Andrade: sacrifícios humanos não são garantidos pela liberdade religiosa, assim como a calúnia não é garantida pela liberdade de expressão. Com isto se quer dizer que tais direitos fundamentais – liberdade religiosa e de expressão – têm seus limites consignados implícita ou explicitamente no bojo do texto constitucional. Tais são os limites imanentes. Na perspectiva da teoria interna, não há falar em restrições aos direitos fundamentais ou colisões, mas de limites que decorrem da própria constituição. Fala-se, pois, que esses limites fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais, visto que não se pode admitir direitos ilimitados, sendo a tarefa da interpretação constitucional definir tais contornos.

A partir dos exemplos de Vieira de Andrade, depreende-se que a teoria interna está diretamente ligada a uma concepção restrita do suporte fático dos direitos fundamentais.

Enquanto na teoria externa as colisões constituem novas restrições, no âmbito da teoria interna a interpretação constitucional cinge-se a declarar limites previamente existentes¹⁸².

Canotilho empresta à locução “limites imanentes” uma significação própria, visto que os compreende não como limites apriorísticos revelados pelo intérprete, mas como produto do sopesamento entre posições jusfundamentais colidentes. Para Virgílio Afonso da Silva¹⁸³, um tal uso da expressão “limites imanentes” é desaconselhável, já que a esse signo ficou marcado como contraposição à idéia de restrição decorrente da ponderação, além do fato de que não se poderia

¹⁸⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 626-627.

¹⁸¹ Op.cit.,p.170-171.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Ibidem, p.218.

designar como “imane” uma espécie de limite que decorre e depende do caso concreto e não da essência dos contornos do direito fundamental.

Canotilho¹⁸⁴, todavia, em outro lugar, após esboçar os argumentos principais contra a teoria externa, demonstra maior simpatia pela idéia da imprescindibilidade da ponderação como solução das colisões e, portanto, como forma de restrição dos direitos fundamentais, ao afirmar que:

Se alguma diferença hoje existe, talvez seja a de que a teoria externa e do *Tatbestand* alargado permitem adaptar-se melhor aos desafios da *inclusividade* e da *multiculturalidade* com que hoje se defronta a justiça constitucional do que as teorias interna e teoria do *Tatbestand* restrito, sedimentadas em sociedades civis, tendencialmente mais homogêneas.

Com efeito, não são poucos os problemas decorrentes da aceitação da teoria interna. As dificuldades começam na definição daquilo que é protegido, dentro dos limites imanentes, e do que não é protegido. Trata-se das mesmas dificuldades da teoria do suporte fático restrito. Ana Paula de Barcellos¹⁸⁵ esboça os problemas dos limites imanentes nos seguintes termos:

A teoria dos limites imanentes não propõe qualquer método pelo qual seja possível apurar o que se encontra dentro desses limites e o que está fora deles. Como fixar, em cada caso, as coordenadas por onde deve passar a linha de fronteira entre esses dois espaços? É evidente que, se todos os envolvidos estiverem de acordo acerca dos limites de um determinado direito, a ponderação não será necessária ou qualquer outra técnica sofisticada, simplesmente porque não haverá conflito e sequer será preciso discutir a questão. Mas e se o tema for controvertido? Por qual fundamento uma posição acerca dos limites imanentes – a que defende, por exemplo, um sentido mais amplo para o direito – deve prevalecer em detrimento de outra? Na verdade, independentemente da forma pela qual se queira denominar o processo de decisão na hipótese, o intérprete não escapará de empregar um raciocínio ponderativo. E, assim, aos problemas associados à ponderação agrega-se um novo, que é o fato de encobrir-se a ocorrência de uma ponderação. Este é um ponto importante. Se o processo interpretativo corresponde a uma simples declaração de limites imanentes e pré-existentes do direito, o intérprete sente-se livre do ônus argumentativo que acompanha a ponderação. Há mais espaço para o arbítrio e para o abuso.

¹⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.214-215.

¹⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 69-70.

É de se concluir, pois, que a teoria interna e o recurso aos limites imanentes estão diretamente ligados a uma acepção restrita do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que, como visto, cuida-se de uma forma de auto-limitação desses direitos através, basicamente, da exclusão *a priori* de certas condutas e posições jurídicas do suporte fático da norma. Não há negar, pois, uma diminuição na proteção dos direitos fundamentais. Procura-se proteger o núcleo do direito através de exclusão de condutas e posições, o que redundará, em verdade, em prejuízo ao catálogo de posições jurídicas do indivíduo.

A teoria externa, por seu turno, está vinculada a uma concepção ampla do suporte fático dos direitos fundamentais e do seu âmbito de proteção, visto que, ao admitir um amplo leque de condutas, ações e posições protegidas, admite automaticamente um aumento na colisão entre direitos fundamentais, que devem ser solucionadas mediante o recurso ao sopesamento. A decorrência disso é que as restrições são externas ao direito e oriundas do resultado da ponderação, que pode consistir na aplicação jurisdicional da regra da proporcionalidade, afastando num caso concreto a aplicação de um princípio sem afastar sua validade no ordenamento, ou a criação, pelo legislador ordinário, de uma regra restritiva ao direito fundamental, também como resultado da ponderação.

Nessa linha, e com supedâneo na teoria externa e numa concepção ampla do suporte fático e do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, Alexy apresenta seu conceito de restrição. Diz o professor de Kiel: “restrições a direitos fundamentais são **normas** que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”. E ainda: “**normas** são restrições a direitos fundamentais somente se forem *compatíveis com a Constituição*”¹⁸⁶.

Tais normas equivalem às chamadas reservas legais constitucionais, mediante as quais o constituinte, no exercício de sua competência decisória, cria normas mandatórias e proibitivas aos cidadãos, consistentes nas próprias normas restritivas de direitos fundamentais. Essas normas, que obviamente podem consistir em regras ou em princípios, irão decorrer diretamente da Constituição ou indiretamente dela, nesse último caso mediante a atividade legislativa ordinária, autorizada pela Constituição a restringir direitos fundamentais.

Fala-se, pois, em *restrições diretamente constitucionais*, quais sejam aquelas oriundas de normas (princípios ou regras) de hierarquia constitucional, e em *restrições indiretamente*

¹⁸⁶ Op.cit.,p.281. Negrito acrescentado.

constitucionais, aquelas outras que são produtos da atividade legislativa ordinária, autorizada por norma de competência de caráter constitucional.

Exemplo das primeiras é a cláusula restritiva do direito de reunião, presente tanto no texto constitucional alemão quanto no brasileiro, vazada nos termos “pacificamente e sem armas”. Tal cláusula expressa uma regra que transforma os direitos *prima facie* decorrentes da liberdade de reunião em não-direitos definitivos¹⁸⁷.

Exemplo das segundas está no art. 76 da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina às emissoras de televisão, no horário recomendado para o público infante-juvenil, exibir apenas programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Tal determinação certamente restringe o direito fundamental à liberdade de imprensa, mas decorre de um sopesamento, levado a cabo pelo legislador, entre tal direito fundamental e a proteção à criança e ao adolescente, igualmente um direito fundamental de sede constitucional¹⁸⁸.

À guisa de conclusão deste tópico, resta reconhecer que aquele que se vale da teoria dos princípios como premissa teórica está forçado a aderir aos pressupostos da teoria externa das restrições a direitos fundamentais, consubstanciadas numa concepção ampla do âmbito de proteção e do suporte fático, uma vez que somente nelas, como visto acima, o recurso à ponderação como solução de colisões se justifica, ao contrário do que sucede ao se aderir a uma teoria interna e conseqüente concepção restrita do suporte fático e do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

¹⁸⁷ ALEXY, op.cit.,p.287.

¹⁸⁸ SILVA, op.cit.,p.183-184.

4 CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS PAPÉIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A seguinte questão é oportunamente formulada por Virgílio Afonso da Silva¹⁸⁹: “Qual é o papel da constituição na ordem jurídica de um país? Que tipos de constituição são possíveis, no que diz respeito a esse papel e no que diz respeito à sua relação com o direito privado?”.

Cuida-se de um tema de alto relevo, que não raramente passa ao largo dos manuais de Direito Constitucional. Com efeito, a maioria da doutrina se reserva a expor a famigerada classificação das constituições, consubstanciada em tipos dicotômicos tais como rígidas/flexíveis, escritas/não-escritas, promulgadas/outorgadas e dogmáticas/históricas¹⁹⁰, de limitado interesse teórico ou prático.

Todavia, o debate sobre a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode prescindir de uma discussão prévia em redor da relação entre a constituição e o restante do ordenamento jurídico.

Não é bastante, para tanto, reconhecer que a constituição se situa no topo da pirâmide normativa: é preciso ir além. Assim sendo, o interesse do questionamento proposto reside na seguinte constatação: algumas concepções do papel da constituição e dos direitos fundamentais deixam uma maior capacidade de conformação da ordem jurídica para o legislador ordinário e, sobretudo, para os atores privados. Ao revés, pode-se afirmar que, quanto mais onipresente for a constituição, mais restritas serão as competências reservadas ao legislador ordinário e aos particulares mediante a autonomia privada¹⁹¹.

4.1 AS DISTINTAS CONCEPÇÕES DO PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Faz-se necessária, portanto, uma exposição das principais acepções do papel da constituição, esboçadas a seguir.

¹⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.109.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40-42.

¹⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p.109-111.

4.1.1 A constituição-lei

Virgílio Afonso da Silva¹⁹² faz alusão a uma primeira e mais remota concepção do papel da constituição, que pode ser chamada de **constituição-lei**. Nesse sentido, a constituição em pouco se diferencia da lei ordinária. Os dispositivos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, aqui, teriam uma função meramente indicativa, pois apenas apontariam ao legislador ordinário um possível caminho, a que ele não estaria necessariamente jungido. Nessa concepção, a constituição não está acima do legislador, mas à disposição dele. Cuida-se da típica acepção oitocentista de constituição, inaplicável à maioria das democracias constitucionais contemporâneas.

Entretanto, esse papel da constituição só pode ser aceito, cremos, sob um prisma sóciopolítico. É que mesmo as constituições oitocentistas, de matriz fortemente liberal, tinham o papel – ao menos do ponto de vista jurídico – de conter o poder do Estado sobre o indivíduo e a sociedade, mediante a vinculação aos direitos fundamentais, bem como instituir o esqueleto institucional do Estado. Do ponto de vista jurídico, o fenômeno do constitucionalismo moderno nunca desvinculou o legislador da força normativa da constituição. Aqui se está a falar, por óbvio, do constitucionalismo europeu continental.

Portanto, um conceito de constituição-lei pode ser aceito do ponto de vista político, à época em que as razões do Parlamento amiúde se sobrepunham sobre as razões do constituinte, sem a contenção contra-majoritária da jurisdição constitucional, o que levou Ferdinand Lassalle¹⁹³ a distinguir a constituição real de um país, segundo ele constituída dos fatores reais de poder, da constituição jurídica, a que chamou de mera “folha de papel”.

4.1.2 A constituição-fundamento

A segunda concepção é a chamada **constituição-fundamento**, também conhecida como **constituição-total**. A idéia central desse conceito reside na reivindicação de que a constituição é a lei fundamental, não somente do Estado e das atividades relacionadas a ele, mas também a lei fundamental de toda a vida social. O legislador, aqui, é quase reduzido a mero intérprete da

¹⁹² Ibidem, p.111-112.

¹⁹³ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p.32.

constituição, a quem incumbe realizar os direitos fundamentais e os programas estabelecidos na norma constitucional.

Uma expressão emblemática dessa concepção de constituição é a teoria da sociedade aberta de intérpretes, de Peter Häberle. Muito embora não sustente diretamente o conceito de constituição-total, a teoria da interpretação propugnada por Häberle expande de tal forma o raio de abrangência do papel da constituição que termina por refletir a idéia de norma constitucional como reguladora de toda a vida em sociedade¹⁹⁴. É o pensamento de Häberle¹⁹⁵:

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la. [...] Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. [...] Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

Isso significa pretender que praticamente todas as condutas humanas sejam ao mesmo tempo reguladas pela constituição e manifestação de uma interpretação constitucional. Nesse passo, quase nenhum aspecto da vida em sociedade estaria alheio à incidência das normas constitucionais¹⁹⁶.

Outra expressão significativa da concepção de constituição-fundamento é a idéia de constituição dirigente. A despeito das variadas formas como o dirigismo constitucional pode se manifestar em diferentes ordenamentos jurídicos, a idéia básica subjacente é a tendência totalizadora de fixar um programa de ação para transformar a sociedade. Essa missão transformadora e libertária está bem estampada no seguinte excerto de Eros Grau¹⁹⁷, acerca do art. 3º, III da Constituição brasileira de 1988:

¹⁹⁴ SILVA, op. cit., p.112.

¹⁹⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 13-15.

¹⁹⁶ SILVA, op.cit.,p.113.

¹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 - interpretação e crítica.** 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.199.

Objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é ainda o de *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art.3º, III).

[...]

O enunciado do princípio expressa, de uma banda, o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais. Eis um quadro de subdesenvolvimento, incontestado, que, todavia, se pretende reverter. Essa reversão nada tem, porém, em relação aos padrões do capitalismo, de subversiva. É revolucionária apenas enquanto votada à modernização do próprio capitalismo. Dir-se-á, aí, que a Constituição nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias.

É o próprio texto constitucional, destarte, que dá razão a quem afirme que o ideário da Revolução Francesa ainda é revolucionário – então sim: *revolucionário* – entre nós. Nada mais projeta, revolucionariamente, senão que homem deixe de ser vadio e pedinte (o que é corrente), para tanto cumprindo que no mínimo se lhe assegure direito ao trabalho e condições de dignidade. O programa que propõe não é senão o de instalação de uma sociedade estruturada segundo o modelo do *Welfare State*; e, porque seja assim, a quantos sustentem que a Constituição de 1988 postula *mais* bem-estar para a sociedade brasileira cumpre respondermos rememorando diálogo entre personagens de Lewis Carroll:

'Take some more tea', The March Hare said to Alice, very earnestly.

'I've had nothing yet', Alice replied in an offended tone: *'so I can't take more'*.

À vista de uma tal concepção, naturalmente a liberdade do legislador ordinário para conformar o restante do ordenamento jurídico será mitigada, e a atividade legislativa será encarada apenas como forma de realizar a constituição. As normas constitucionais, aqui, não somente irradiam efeitos pelos demais ramos do Direito: elas passam a determinar o conteúdo deles por completo. A concepção de constituição-fundamento, portanto, não apenas está ligada à idéia de constitucionalização do Direito, visto que tende a rebaixar o ordenamento infraconstitucional à mera condição de concretização da Norma Ápice. Antes, essa concepção também faz surtir conseqüências indeléveis sobre as relações entre particulares, que sob diversos aspectos passam a ser reguladas diretamente pela constituição, a vulnerar, assim, o papel da autonomia da vontade¹⁹⁸.

Dada a importância da constituição dirigente, de modo especial para o Direito Constitucional brasileiro, se faz útil destacar alguns dos seus problemas, pelo que calha esboçar aqui algumas notas sobre o dirigismo constitucional, modernidade e pós-modernidade.

¹⁹⁸ SILVA, op.cit., p.112-115.

Ainda no primeiro quarto do século XX, Boris Mirkine-Guetzévitch identificou que o constitucionalismo europeu tomava novos rumos. Sobre os efeitos do pós-guerra na ordem constitucional, assim se manifestou¹⁹⁹:

A guerra mundial, que sacudiu a Europa, criou novos problemas de direito público. Quanto mais se aproximava o fim da guerra, mais se verificava a necessidade de um novo direito público europeu. Este processo se fazia em duas direções: na procura de uma ordem jurídica internacional que se apoiasse no edifício ainda não terminado da Sociedade de Nações, e na busca de uma nova organização nacional nos moldes de um novo direito constitucional democrático. [...]

Nos Estados que sofreram a revolução depois da guerra, a elaboração do direito público se fez em condições extremamente desvantajosas. As revoluções da Europa Central, rápidas, vitoriosas, surgiram nos países desmantelados pela guerra. Não somente o direito novo teve de defender o antigo, como ainda foi obrigado a proteger-se contra o assalto brutal da idéia de uma ditadura.

Os autores das novas constituições tinham que criar um novo direito, que não somente expressasse todas as conquistas realizadas ou aspiradas, mas também pudesse englobar no círculo jurídico as novas exigências da vida, que tinham nascido durante os anos de guerra, durante os anos de revolução.

Dessa necessidade, despontou o dirigismo constitucional, cujas características já foram identificadas no capítulo 2. Sucede que as transformações políticas e sociais de fins do século XX, que ainda reverberam sobre a presente quadra histórica – transformações estas também já devidamente comentadas²⁰⁰ – levaram muitos dos próprios teóricos do dirigismo constitucional a questionar a sobrevivência do projeto emancipatório e libertário que a idéia de constitucionalismo programático-social encerra.

José Joaquim Gomes Canotilho²⁰¹, no prefácio à 2ª edição da sua tese “Constituição dirigente vinculação do legislador”, é forçado a reconhecer que:

De uma forma ou de outra, é inegável que todo o constitucionalismo – do liberal ao programático-social – se insere no projecto da modernidade. As constituições eram corolários da razão política e humanista, constituíam propostas do dever político e social. Tudo isto será posto em causa. Para os quadrantes do nihilismo pós-moderno e da ideologia antimodernista dos neoconservadores, as constituições liberais e sociais, mas mais estas do que aquelas, escondem no seu bojo um pecado mortal – a lógica da *narratividade emancipatória*, a idéia de progresso do homem, a *utopia* da desalienação, a promessa da *felicidade* para as

¹⁹⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As novas tendências do Direito Constitucional**. Tradução de Cândido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933. p. 41-42.

²⁰⁰ Cf. item 2.1.2.

²⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. VII.

mulheres e homens do presente e das próximas gerações futuras. O desafio que se coloca aos cultores do direito constitucional não pode ser outro que não o de compreender as novas lógicas, as novas razões, os novos mitos.

E prossegue adiante²⁰²:

Sucedee, porém, que subjacente ao programa constitucional está toda uma *filosofia do sujeito* e uma *teoria da sociedade* cujo voluntarismo desmedido e o holismo planetário conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas. A Constituição será, desta forma, o caminho de ferro social e espiritual através do qual vai peregrinar a *subjectividade projectante*. A má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em constituições plano e balanço onde propriedade estatal dos meios de produção se transmutava em ditadura partidária e coerção moral e psicológica. Alguns – entre os quais me incluo – só vieram a reconhecer isto tarde e lentamente demais.

Mas em que consistiria o “mal-estar pós-moderno” a que aludiu Canotilho, e porque ele surtiria efeitos indeléveis sobre a narratividade emancipatória do constitucionalismo dirigente? Para compreender tal questão, são necessários alguns apontamentos sobre as características da modernidade e da proclamada pós-modernidade.

O conceito, as origens e os rumos do que se chama “pós-modernidade” são os mais diversos e incertos possíveis. Esse pretense novo paradigma parece se apresentar desde nas artes, passando pela epistemologia, até na concepção de Estado, política, sociedade e Direito. A dúvida a respeito do que isso possa representar está bem expressa nessa passagem de David Harvey²⁰³:

O pós-modernismo, por exemplo, representa uma ruptura radical com o modernismo ou é apenas uma revolta no interior deste último contra certa forma de "alto modernismo" representada, digamos, na arquitetura de Mies van der Rohe e nas superfícies vazias da pintura expressionista abstrata minimalista? Será o pós-modernismo um estilo [caso em que podemos razoavelmente apontar como seus precursores o dadaísmo, Nietzsche ou mesmo, como preferem Kroker e Cook (1986), as Confissões de Santo Agostinho, no século IV] ou devemos vê-lo estritamente como um conceito periodizador (caso no qual debatemos se ele surgiu nos anos 50, 60 ou 70)? Terá ele um potencial revolucionário em virtude de sua oposição a todas as formas de metanarrativa (incluindo o marxismo, o freudismo e todas as modalidades da razão iluminista) e da sua estreita atenção a "outros mundos" e "outras vozes" que há muito estavam silenciados (mulheres, gays, negros, povos colonizados com sua história própria)? Ou não passa da 3 comercialização e domesticação do modernismo e de uma redução das aspirações já prejudicadas deste a um ecletismo de mercado "vale tudo", marcado pelo *laissez-faire*? Portanto, ele solapa a política neoconservadora ou se

²⁰² Ibidem, p.IX.

²⁰³ HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 12.ed. São Paulo: Editora Loyola, 2003. p.3-4.

integra a ela? E associamos a sua ascensão a alguma reestruturação radical do capital, à emergência de alguma sociedade de "pós-industrial" vendo-o até como a "arte de uma era inflacionária" ou como a "lógica cultural do capitalismo avançado" (como Newman e Jameson propuseram)?

Para procurar entender, com um bom grau de síntese, o que representam as proposições da pós-modernidade, recorreremos à leitura de Boaventura de Sousa Santos²⁰⁴ em redor do tema.

Consoante o sociólogo luso²⁰⁵, o projeto sociocultural do homem ocidental assenta-se sobre dois pilares fundamentais: o pilar da regulação e o pilar da emancipação, cada qual constituído por três princípios. O pilar da regulação constitui-se do princípio do Estado, desenvolvido, sobretudo, por Hobbes; do princípio do mercado, dominante no pensamento de Locke; e pelo princípio da comunidade, presente especialmente na filosofia política de Rousseau.

Já o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte; a racionalidade moral-prática da ética e do Direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.

Esses dois pilares e seus respectivos princípios estão correlacionados, pois embora as lógicas da emancipação visem, no seu conjunto, orientar a vida prática das pessoas, cada uma delas tem um modo de inserção privilegiado nas estruturas de regulação. Assim, a racionalidade estético-expressiva liga-se privilegiadamente ao princípio da comunidade, pois é nela que se condensam as idéias de identidade e comunhão sem as quais se faz impossível a contemplação estética. A racionalidade moral – prática, por sua vez, está imbricada com o princípio do Estado, pois é a este que incumbe definir e fazer cumprir um mínimo ético, tarefa para a qual está aparelhado do monopólio da produção e da distribuição do Direito. Já a racionalidade cognitivo-instrumental está umbilicalmente atrelada ao princípio do mercado, pois nele se concentram as idéias de individualidade e concorrência, essenciais ao desenvolvimento da ciência e da técnica e, além, porque desde o século XVIII a ciência se converteu em verdadeira força produtiva²⁰⁶.

É com estribo nesses pilares que Boaventura de Sousa Santos vai desdobrar sua análise em derredor da modernidade, e em função deles detectar os fatores de suposta crise desse

²⁰⁴ Há pouco mais de vinte anos, o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos proferiu a *Oração da Sapiência* na Universidade de Coimbra, por ocasião da abertura do ano letivo de 1985/1986. Essa oração deu origem ao seu "Um discurso sobre as ciências", através do qual faz um balanço das repercussões do paradigma moderno sobre as ciências, aponta a crise desse paradigma e, enfim, esboça as linhas mestras do que poderia vir a ser um novo paradigma de racionalidade científica.

²⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós – modernidade**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p.77.

²⁰⁶ Idem.

paradigma. Um problema posto como questão da transição paradigmática, seja ele sócio-global ou epistemológico, pode ser adequadamente enquadrado nessas estruturas propostas por Boaventura.

Observe-se que o Direito pode ser pensado, dentro dos pilares fundamentais, no âmbito da racionalidade moral-prática ou no âmbito da racionalidade cognitivo-instrumental. Na primeira, ligada ao princípio do Estado, o Direito pode ser estudado enquanto função tecnológica de decidibilidade de conflitos²⁰⁷. Na segunda, imbricada com o princípio do mercado, avultam os problemas epistemológicos da ciência do Direito. Os dois planos de análise certamente se interpenetram, mas não se confundem completamente. No primeiro, avultam temas sociológicos, econômicos e políticos que deságuam no jurídico. No segundo, avultam temas ligados às condições de produção do conhecimento jurídico.

Ainda sobre os caracteres da Modernidade, há três grandes eventos ocorridos no limiar da era moderna que lhe determinam o caráter, consoante a leitura de Hannah Arendt²⁰⁸: a descoberta da América e a conseqüente exploração de toda a Terra; a Reforma, que, expropriando os bens eclesiásticos e monásticos, desencadeou o duplo processo de expropriação individual e acúmulo de riqueza social; e a invenção do telescópio, ensejando o desenvolvimento de uma nova ciência que considera a natureza da Terra do ponto de vista do universo. Não se trata de eventos propriamente modernos. Seus protagonistas – os grandes navegadores, Lutero e Galileu – pertenciam a um mundo pré-moderno e suas motivações estavam ainda fortemente arraigadas na tradição. Todavia, embora não possam ser explicados por alguma corrente de causalidade, concorreram para precipitar a crise do paradigma antigo.

Boaventura de Sousa Santos²⁰⁹ apresenta um quadro segundo o qual a racionalidade científica própria da idade moderna teve origem na revolução da ciência do século XVI e desdobrou-se nos séculos que se seguiram basicamente atrelada ao domínio das ciências naturais. O novo modelo de racionalidade segue uma curva ascendente, que se inicia na teoria heliocêntrica do movimento dos planetas, de Copérnico, passando pelas leis de Kepler sobre a órbita dos planetas, pelas leis de Galileu sobre a queda dos corpos, pelas leis de Newton e enfim

²⁰⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, dominação e decisão**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.p.88.

²⁰⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.260-261.

²⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. Disponível em: <<http://docentes.puccampinas.edu.br/ceatec/davidb/abertura/METODOLOGIA/DiscursoCiencias.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2007. p. 03.

pela consciência filosófica emprestada por Bacon e Descartes. Só a partir dos séculos dezoito e dezenove esse modelo de racionalidade vai se estender às novéis ciências sociais.

O pensamento moderno, no afã de se contrapor à racionalidade medieval que o precedeu, buscou se distinguir radicalmente de todas as demais formas de conhecimento humano, expulsando de seus domínios, em primeiro lugar, de logo, o senso comum, como também as formas de cognição conhecidas como “humanidades”, a saber, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, filosóficos e teológicos. O modelo moderno nega caráter racional a toda e qualquer forma de conhecimento que não se pautar pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. Ciência será aquela forma de saber que se conduza por tais caminhos²¹⁰. O que marca profundamente a modernidade é que seu modelo de racionalidade científica é alçado ao status proeminente de melhor e até único meio de explicação do mundo, em detrimento das explicações religiosas e míticas, artísticas e filosóficas.

É esta mesma idéia de ordem e estabilidade do mundo que constituirá o pressuposto de transformação tecnológica do real. Trata-se de um tipo de conhecimento que se pretende utilitário e funcional, que se reconhece menos por sua capacidade de compreender profundamente o real do que pela sua capacidade de o dominar e transformar. Esse é o viés que vai interessar à burguesia ascendente, que, através do modelo moderno de racionalidade científica, vai patrocinar e ao mesmo tempo se beneficiar da revolução técnica, em suas diferentes etapas históricas²¹¹.

Pouco a pouco, esse modelo hegemônico de racionalidade transbordou do estudo da natureza para o estudo da sociedade. Pensou-se que, como se poderiam sintetizar leis sobre o funcionamento da natureza, assim se poderiam formular leis da sociedade e, portanto, determinar as causas dos seus fenômenos, prevê-los, quiçá manipulá-los, experimentá-los e dirigir-lhes os caminhos em direção ao progresso. Tendo por precursores Bacon, Vico e Montesquieu, esse movimento é ampliado e aprofundado na Ilustração, através do que se criaram condições para a emergência das ciências sociais no século XIX²¹².

Para Boaventura de Sousa Santos²¹³, o paradigma moderno se encontra em crise, em razão de seus próprios fundamentos. Sua idéia-chave reside em que a modernidade, saturada de

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Ibidem, p.06.

²¹² Idem.

²¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós – modernidade**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p.76.

promessas emancipatórias, falhou em cumprir a maior parte delas, e as poucas que foram levadas a efeito o foram de maneira excessiva, de sorte que foi gerado um abismo, um déficit entre o pouco feito em excesso e o muito deixado a desejar. Os fatores da crise têm causas e efeitos sociológicos e também repercussões sobre as ciências.

A relação entre os apontados pilares fundamentais da modernidade está na raiz da crise. Boaventura de Sousa Santos²¹⁴ anota que os pilares da regulação e da emancipação, a fim de racionalizar e direcionar a vida humana individual e coletiva rumo ao progresso, deveriam lograr conciliar valores contraditórios entre si, como justiça e autonomia, solidariedade e identidade, emancipação e subjetividade, e liberdade e igualdade. A dificuldade residiu em que regulação e emancipação, e seus respectivos princípios, adquiriram uma aspiração de universalidade, uma vocação maximalista, a partir de uma construção abstrata, que tornaram incompatíveis o convívio harmônico dos ditos valores, levando-os a um revezamento de preponderância nos sucessivos momentos históricos.

Comunidade, mercado e Estado, especialmente os dois últimos, entraram em choque como vieses de regulação. De outro lado, no pilar da emancipação, ocorreu também uma busca de maximização, observando-se, conseqüentemente, uma pretensão de esteticização, de juridificação e também de cientificização da realidade social²¹⁵. Houve, claro, tentativas de harmonização dos objetivos modernos, em campos diversos. Um exemplo clássico é o advento do Estado-Providência, como esforço de compromisso entre Estado e mercado, com preponderância do segundo.

Essa solução de compromisso praticamente malogrou, mediante o que se expôs a fragilidade da relação entre os pilares fundamentais, bem assim do convívio entre seus valores contraditórios. Isso em razão, segundo crê Boaventura, do modo abstrato e pretensamente universal como foram erigidos os pilares.

As repercussões dessa fragilidade são muitas e se estendem sobre todos os princípios do pilar da emancipação. Calha aqui apenas pinçar alguns desses efeitos, especialmente sobre o princípio da racionalidade moral-prática da Ética e do Direito. Nesse domínio, avultaram processos de especialização, manifestados, sobretudo, na chamada microética liberal, isto é, a responsabilidade moral referida exclusivamente ao indivíduo, e no excessivo formalismo jurídico

²¹⁴ Ibidem, p.78.

²¹⁵ Idem.

levado a efeito pelo pandectismo e transformado em política jurídica hegemônica através do movimento de codificação²¹⁶.

Outro efeito sobre a racionalidade moral-prática foi a forma política do Estado de penetrar cada vez mais fundo na sociedade civil, fazendo-o através de soluções legislativas, institucionais e burocráticas que o afastaram progressivamente dos cidadãos, aos quais é pedida obediência passiva em lugar de mobilização ativa.

Os fatores sociológicos e teóricos descritos estariam a apontar para um desgaste dos fundamentos do modelo moderno e a prenunciar, mesmo que ainda na penumbra, o ocaso do paradigma vigente e o raiar de um novo modelo, acerca do qual, no presente momento, só se pode cogitar no campo da especulação.

No que toca ao plano sócio-político, as especulações são tantas e tão controversas que a riqueza e profundidade do debate extravasam os limites e possibilidades deste excuro. Basta, por aqui, apenas apontar que a transição paradigmática tem sido compreendida por dois modos antagônicos.

No primeiro estão os que pensam que as promessas da modernidade não foram e não podem ser satisfeitas, e que desde o momento em que a modernidade se reduziu às possibilidades do capitalismo, as promessas que objetivavam a emancipação da condição humana não podem ser cumpridas pelos mecanismos da modernidade. É o que Boaventura designa pós-modernidade “inquietante” ou “de oposição”.

Na segunda versão estão aqueles que pensam que o que está em crise final é justamente a idéia moderna de que há promessas ou objetivos trans-históricos a cumprir e, além, a idéia também moderna de que o capitalismo pode ser um obstáculo à realização de algo que o transcende. Nessa perspectiva, as sociedades não têm de cumprir nada que está para além delas e suas práticas não podem ser avaliadas pelo que não são. Isso Boaventura designa pós-modernidade “reconfortante” ou “de celebração”²¹⁷.

É à primeira vertente que se alinha aquele pensador luso, que a defende tanto na seara das perspectivas sóciopolíticas quanto no domínio das perspectivas epistemológicas. Para ele, os dois domínios estão umbilicalmente imbricados. Havendo na presente transição paradigmática uma revolução científica que ocorre no seio de uma sociedade ela própria transformada pela ciência, já

²¹⁶ Ibid.,p.82.

²¹⁷ Ibid.,p.35.

não basta a emergência de um novo modelo de racionalidade²¹⁸. Esse modelo renovado deve se colocar a serviço de uma renovada transformação social, cujo escopo é a satisfação daquilo que a modernidade prometeu e não cumpriu. Nisto repousa aquilo que Boaventura denomina “um conhecimento prudente para uma vida decente”.

A perspectiva pós-moderna de Boaventura de Sousa Santos, todavia, é uma entre muitos pontos de vista de pensadores diversos. Parte-se, aqui, da premissa de que se cuida de uma perspectiva possível e, como tal, idônea a fomentar e estimular especulações racionais sobre o futuro, meios e fins da produção do conhecimento humano em geral e, para o que interessa a esse trabalho, dos destinos da narrativa emancipatória do constitucionalismo dirigente.

As especulações sobre crise da modernidade e advento de uma pós-modernidade, entretanto, devem ser consideradas com a maior medida possível de prevenção. Muito do que se propugna sobre pós-modernidade não pode passar de mera verbosidade intelectual²¹⁹.

O que interessa para os fins deste trabalho é que, com pós-modernidade ou sem ela, as possibilidades do papel libertário da constituição dirigente restaram gravemente comprometidas.

²¹⁸ SANTOS, Boaventura Sousa de. **Um discurso sobre as ciências...**, p.13.

²¹⁹ GUERRIEI, Maurício Abdalla. *Episteme*, Porto Alegre, n. 12, p. 113-138, jan./jun. 2001. Nesse sentido, é de se observar o curioso caso do físico Alan Sokal. Em 1996, Alan Sokal submeteu a uma conceituada revista norte-americana chamada *Social Text*, conhecida por ser um dos principais veículos de difusão das idéias “pós-modernas”, um artigo com um nome bastante sugestivo e pomposo: *Transgredindo as fronteiras: em direção a uma hermenêutica transformativa da gravitação quântica*. Como o texto cumpria as exigências metodológicas da revista e se enquadrava na sua orientação científica, o conselho editorial autorizou a sua publicação. Pouco depois, Sokal enviava novo artigo para ser publicado pela *Social Text*, com o título *Transgredindo as fronteiras: um posfácio*. O artigo foi imediatamente rejeitado, sob alegação de que ele “não atendia aos padrões intelectuais” da revista. Mas o verdadeiro motivo era que, neste segundo texto, Sokal revelava que seu artigo anterior, não passava de uma paródia, uma caricatura da produção teórica daqueles que ele reúne sob o nome de “pós-modernos” e que estava eivado de imprecisões científicas, frases sem sentido, colagem desconexa de idéias e defesa exacerbada do relativismo, a ponto de negar a própria existência de uma realidade externa ao sujeito. Assim dizia Sokal neste último texto: “[...] meu artigo é uma mistura de verdades, meias verdades, um quarto de verdades, falsidades, falácias, e sentenças que, embora sintaticamente corretas, não têm, em absoluto, nenhum sentido. [...] Empreguei também algumas estratégias que são consagradas [...] no gênero: apelo à autoridade em lugar da lógica; teorias especulativas que passam por ciência estabelecida; analogias forçadas e até absurdas; retórica que soa bem mas cujo sentido é ambíguo; e confusão entre o sentido técnico e o corriqueiro das palavras”. A polêmica tomou conta do mundo. E não só do mundo acadêmico e intelectual. O fato foi parar na primeira página do periódico estadunidense *New York Times*, no inglês *Observer* e no francês *Le Monde* (entre outros). Não havia melhor forma de pôr em xeque uma certa tendência intelectual, cada vez mais na moda nos últimos tempos, e cujos representantes vêm influenciando cada vez mais a intelectualidade que se pretende mais moderna que a modernidade. Os objetivos de Sokal eram dois, o segundo sendo decorrência do primeiro: 1) combater o relativismo exacerbado que grassa por quase toda reflexão dos teóricos chamados “pós-modernos” e 2) denunciar o uso despropositado, pavoneado, inoportuno e equivocado das ciências naturais (em particular da física) e da matemática, evocadas para dar sustentabilidade (e muitas vezes pompa) às suas teses relativistas e outras proposições.

A esse respeito, vejamos como Canotilho²²⁰ procurou esclarecer o atestado de óbito que dera à constituição dirigente, nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer a seguinte questão: a Constituição dirigente era um projecto da modernidade, um projecto de transformação, um projecto com sujeitos históricos (até em termos hegelianos), sujeitos que, no caso da Constituição portuguesa, eram os trabalhadores, as classes trabalhadoras, o Movimento das Forças Armadas.

Esses sujeitos históricos desapareceram do texto e passaram a ter, digamos, uma influência menos nítida no processo de transformação inicial. Isto era logo visível no que toca às Forças Armadas; também as classes trabalhadoras, enquanto sujeitos históricos, foram eliminadas do texto: não foram eliminadas da vida real, mas foram eliminadas do texto.

Tomemos então a Constituição dirigente como um projecto cristalizado, positivado, de uma revolução que se fez, que tinha de se fazer. Isso significava também que tinha os seus sujeitos históricos identificados no texto constitucional. Nesse sentido, a Constituição dirigente é um produto acabado de um projecto da modernidade, quer me termos de sujeito histórico, quer em termos de homem triunfante na sua capacidade de transformação. Assim entendida, a Constituição dirigente enfrentou grandes dificuldades, resultantes dos ataques das correntes mais conservadoras [...].

Quer queiramos, quer não, quanto a essa Constituição dirigente temos de ser humildes e dizer que ela acabou. Mas isto não pode significar que não sobrevivam algumas dimensões importantes da programaticidade constitucional e do dirigismo constitucional.

[...]

Nesta medida, penso que continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. Esta a primeira sobrevivência da Constituição dirigente em termos jurídico-programáticos.

Depreende-se, portanto, do pensamento de J.J.Gomes Canotilho, que a constituição dirigente foi um projeto necessário para o seu tempo, mas que veio a se esgotar, assim como, posteriormente, adveio o projeto do neoliberalismo, hoje igualmente esgotado. Contudo, identifica-se no último parágrafo do excerto acima citado uma esperança de sobrevivência de pelo menos um aspecto da constituição dirigente, ao afirmar Canotilho que o legislador “tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional”. Isso transporta-nos para a última concepção de papel da constituição no ordenamento jurídico, qual seja a idéia de constituição-moldura, a seguir apresentada.

²²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.14-15.

4.1.3 A idéia de ordem-moldura

Como alternativa às duas concepções acima explanadas, foi desenvolvida na Alemanha, especialmente por Böckenförde, Starck e Isensee, a idéia de **constituição-moldura**. Böckenförde²²¹ apresenta a contraposição entre ordem-fundamento e ordem-moldura como expressão da própria contraposição entre Estado Judiciário e Estado Legislativo, enquanto alternativas de repartição de competências.

Alexy²²², ao apresentar sua concepção de ordem-moldura, sustenta que uma coisa é o conceito de moldura em si, o qual difere dos critérios para determinação do conteúdo da moldura. Entre os diversos critérios existentes, apresenta três como de especial relevo.

O primeiro, concebido por Böckenförde, sustenta que a idéia de moldura requer o abandono de novas dimensões dos direitos fundamentais, tais como os deveres de proteção e os próprios efeitos horizontais ou perante terceiros, e está a exigir a conseqüente volta a uma compreensão dos direitos fundamentais como direitos clássicos de defesa contra o poder estatal, o que Alexy chama de uma redução liberal da constituição²²³.

Outro critério de determinação do conteúdo da moldura, contraposto a uma redução liberal da constituição, é aquele propugnado por Hain. Esse critério procura preservar todas as dimensões dos direitos fundamentais, para depois reduzi-las a um patamar mínimo, o que Alexy²²⁴ denomina “redução material geral da constituição”.

O último critério equivale a um modelo radical de redução metodológica da constituição, proposto por Jestaedt, segundo o qual deve fazer parte da constituição somente aquilo que se pode empiricamente estabelecer como vontade histórica do legislador constituinte²²⁵.

O primeiro critério de moldura equivale a um modelo puramente procedimental da constituição, em que não há qualquer dever ou proibição substancial à atividade do legislador, ao qual tudo estaria permitido desde que respeitasse as previsões constitucionais sobre competência,

²²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.578.

²²² Ibidem, p.579.

²²³ Ibid.,p.580.

²²⁴ Idem.

²²⁵ Idem.

procedimento e forma. Um tal modelo se mostra incompatível com a vinculação substancial do legislador aos direitos fundamentais e, portanto, não é adotado por Alexy²²⁶.

O contraponto de um modelo puramente procedimental corresponde a um modelo puramente material. Aqui, a constituição contém deveres ou proibições para toda e qualquer decisão legislativa. Nele, não há decisão legislativa que seja uma decisão livre do legislador, e toda a sua discricionariedade é eliminada. Este modelo também não é aceito por Alexy²²⁷, visto que contraria o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado.

Enquanto num modelo puramente procedimental ao legislador tudo é facultado, e num modelo puramente material nada lhe é facultado, num modelo “material-procedimental” há coisas facultadas e não-facultadas, bem como coisas obrigatórias e proibidas. Para Alexy²²⁸, dessarte, a metáfora da moldura pode assim ser definida: “o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o que é facultado – ou seja, nem obrigatório, nem proibido – é o interior da moldura”. E vai além²²⁹:

Aquilo que a constituição obriga é constitucionalmente necessário; o que ela proíbe, constitucionalmente impossível; e o que ela faculta não é constitucionalmente nem necessário, nem impossível, mas meramente possível. Assim, o problema da moldura pode ser formulado como problema de existência de uma esfera composta por aquilo que é apenas constitucionalmente possível.

Portanto, a idéia de ordem-moldura, na teoria constitucional de Alexy, representa a constituição que serve tão-somente como limite à atividade do legislador ordinário. Ela é como uma moldura, sem tela, sem preenchimento. À jurisdição constitucional incumbe o papel de controlar se o legislador age “dentro” da moldura. A questão sobre “como” o legislador age no interior desses limites é um problema de conveniência e oportunidade políticas. A concepção de moldura teria, assim, o condão de evitar a politização da constituição, no caso da constituição-lei, em que o Texto Magno está totalmente à disposição do legislador e, de outro lado, evitar uma absoluta judicialização da constituição, como efeito da constituição-total, que reduz o papel do legislador e do ordenamento infraconstitucional à mera concretização da constituição²³⁰.

²²⁶ Ibidem, p.581.

²²⁷ Ibid.,p.582.

²²⁸ Idem.

²²⁹ Ibidem, p.583.

²³⁰ SILVA, op.cit.,p.115 *et seq.*

Com efeito, a idéia de moldura tem sido apresentada pela doutrina alemã não apenas como alternativa aos extremos da constituição-lei e da constituição-fundamento, mas, sobretudo, como alternativa à teoria dos princípios, cujos críticos equiparam à concepção de constituição-total.

Consoante essa crítica, o conceito de otimização, premissa da teoria dos princípios, eliminaria qualquer liberdade do legislador para compatibilizar os direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares, pois se há sempre uma solução ótima para a realização e harmonização dos direitos fundamentais, ao legislador e ao aplicador do Direito não sobraria nenhuma alternativa senão escolher essa decisão ótima, sob pena de ver sua escolha substituída pela jurisdição constitucional.

Nessa linha de raciocínio, a teoria dos princípios levaria à justiciabilidade de todas as questões político-legislativas, o que tornaria inviável qualquer liberdade do legislador para decidir politicamente sobre todo e qualquer assunto que tangesse aos direitos fundamentais. Por isso, Starck sustenta que o controle judiciário das opções legislativas deve se limitar às alternativas “constitucionalidade” e “inconstitucionalidade”, cabendo ao Judiciário nada além de analisar se a decisão legislativa se manteve dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos. Ao revés, não caberia ao Judiciário dizer se a decisão do legislador foi a melhor ou se ele otimizou os princípios envolvidos²³¹.

Alexy procura defender uma co-existência tranqüila entre a teoria dos princípios e a noção de ordem-moldura. Para tanto, apresenta argumentos diversos, entre os quais apresentaremos apenas um. Como visto, os críticos de Alexy asseveram que a idéia de otimização elimina qualquer liberdade do legislador para compatibilizar os direitos fundamentais, pelo que, no fundo, não passaria de uma expressão da idéia de ordem-fundamento.

Para responder a isto, Alexy²³² diz que é preciso extremar um conceito quantitativo de constituição-fundamento de um conceito qualitativo ou substancial. Segundo o primeiro, uma constituição é uma ordem-fundamento se ela nada faculta, ou seja, se para ela tudo tem um dever ou uma proibição. Já uma acepção qualitativa de constituição-fundamento se verifica se por meio dela são decididas questões fundamentais para a comunidade. Nesse sentido, uma constituição pode decidir questões fundamentais, a representar uma expressão de ordem-fundamento, e ainda

²³¹ Ibidem, p.117 *et seq.*

²³² Op.cit.,p.584.

assim deixar muitas questões em aberto para a discricionariedade legislativa, a representar uma expressão de ordem-moldura. Uma boa constituição deve conciliar as duas coisas, na teoria dos princípios de Alexy. Nesses sentidos, a constituição deve ser tanto uma ordem-fundamento quanto uma ordem-moldura.

Esse é um ponto um tanto obscuro na defesa de Alexy de uma compatibilização entre otimização e ordem-moldura. O que pode ser tomado como certo, entretanto, é que sua idéia de conceito qualitativo de ordem-moldura exclui certas concepções de constituição, como a representada por um tipo totalizador de constituição dirigente que deixe pouca ou nenhuma margem de discricionariedade para a decisão do legislador ordinário.

Para efeito do problema trazido à baila, todavia, o que importa aqui é verificar qual das concepções de constituição é mais apta para fornecer uma resposta adequada à questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Virgílio Afonso da Silva²³³ sustenta que somente a idéia da constituição-moldura, na qual nem tudo está predefinido e que não se arvora a ser o estatuto total da vida em sociedade ou o fundamento material de todo e qualquer ato estatal ou privado, poderá garantir um “espaço vital”, um espaço aberto em que as relações entre sujeitos privados terão condições de se desenvolver com base num respeito à autonomia da vontade.

Paralelamente, somente a idéia de direitos fundamentais que se positivem enquanto princípios e, como tais, mandamentos de otimização, pode constituir – sem necessidade de uma ordem de valores totalizante – uma força contrária à autonomia privada, de modo que os direitos fundamentais se realizem, mesmo nas relações entre particulares, na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas possíveis no caso concreto.

Decerto que a proposta de constituição como uma moldura é assaz atraente, máxime numa época em que o dirigismo constitucional se encontra, em alguns dos seus aspectos, um tanto quanto desacreditado. O projeto de transformação da sociedade através da força normativa da constituição tem se deparado com inúmeros entraves, sobretudo de natureza econômica, que se revelam com clareza na frustração da efetivação de direitos sociais.

Normas constitucionais programáticas relativas à educação, saúde, emprego, etc., muito embora bem resolvidas no plano teórico-jurídico, não conseguem transpor o âmbito do dever-ser, pois o âmbito econômico do ser não o tem permitido. O problema do atrito entre a efetividade de

²³³ Op.cit.,p.126.

direitos e entraves de cunho econômico pode ser compreendido através da concepção do Direito como sistema autopoietico. Cuida-se de questão de relevo na Hermenêutica Jurídica contemporânea, cuja complexidade não permite o tratamento adequado neste trabalho.

Sem embargo, em rápidas e superficiais palavras, pode-se dizer que a autopoiesis consiste numa teoria biológica desenvolvida pelos chilenos Umberto Maturana e Francisco Varela, que se propõe a responder uma das mais velhas questões da história da ciência e da Filosofia: o que é a vida, isto é, o que define um sistema considerado vivo. Um sistema autopoietico é: (a) autônomo, capaz de subordinar toda mudança à manutenção de sua auto-organização; (b) dotado de individualidade: sua identidade é reproduzida e mantida independente de qualquer observador externo, sendo produto interno de sua auto-observação; (c) capaz de definir suas próprias fronteiras, dizendo que elementos fazem parte do sistema e que elementos lhe são estranhos e (d) operacionalmente fechado, possuindo, entretanto, pontos de contato entre o sistema e o ambiente, manifestado na forma de “perturbações”²³⁴.

A teoria foi aportada para o Direito por Niklas Luhmann. Nessa perspectiva, se o Direito e a Economia forem dois sistemas autopoieticos, auto-referenciais e, portanto, dotados das características supracitadas, as relações entre ambos se dará por meio das mencionadas “perturbações”. Dessa forma, uma norma jurídica que surta efeitos no sistema econômico não será recepcionada e não operará esses efeitos como ocorre no sistema jurídico. Um sistema apenas pode “irritar” o outro, o qual filtrará essa irritação ou perturbação e fará uma leitura dela segundo suas próprias referências²³⁵. Um caso emblemático disso foi o § 3º do art. 192 da Constituição Federal de 1988, o qual dispunha que:

As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Ora, como se pôde perceber desde a promulgação da vigente constituição, esta foi uma regra que, do ponto de vista autopoietico, ficou circunscrita ao subsistema jurídico, não conseguindo se impor ao subsistema econômico. De fato, o sistema financeiro continuou

²³⁴ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.180.

²³⁵ DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005. p. 149 *et seq.*

praticando taxas de juros superiores a 12% ao ano, sob o beneplácito dos tribunais, até o advento da Emenda Constitucional nº. 40/2003, que revogou o citado parágrafo terceiro e alterou completamente a disciplina do sistema financeiro nacional.

Os exemplos dados de choque entre os mundos do ser e do dever-ser se prestam a mostrar como é problemática a idéia de constituição como norma fundamental dirigente de toda a vida social. A concepção da constituição-moldura, por sua vez, pode estabelecer os contornos normativos básicos de algo que o constituinte pretenda disciplinar, sem, entretanto, descer a minúcias que retirem do legislador ordinário e do destinatário da norma toda capacidade de decisão. Nesse diapasão, o constituinte de 1988, tendo em vista a concepção da moldura, poderia cingir-se a estabelecer princípios norteadores do sistema financeiro nacional, deixando seu regramento específico para o legislador ordinário, por se cuidar de tema demais especializado para conter regramento detalhado no diploma constitucional.

Por que razão, entretanto, a maior parte da doutrina brasileira parece continuar apegada à idéia de constituição-total? Por que permanece entre nós a noção, ainda que inconsciente, de que o dirigismo constitucional é a panacéia para o projeto de transformação da sociedade? Por que ainda se crê com tanto fervor, no Brasil, que é imprescindível a justiciabilidade de todas as questões políticas, sociais e econômicas?

A resposta a essas questões parece repousar sobre o plano extrajurídico, é dizer, sobre uma constatação de cunho sócio-político. Foi dito que a concepção da constituição-moldura aposta na conveniência e oportunidade políticas do legislador para a tomada de decisão, que deve respeitar os limites tracejados pelo constituinte.

Sem embargo, não se pode olvidar que a teoria da constituição-moldura nasceu na Alemanha, a qual, assim como o restante da Europa, está inserida numa realidade política assaz diversa da realidade brasileira. O regime democrático brasileiro, conquanto apresente alguma solidez, é recente e cheio de arestas. O Parlamento brasileiro, amiúde inepto, moroso e endemicamente corrupto, não se encontra preparado para assumir um papel de maior preponderância na realização adequada da Constituição, em geral, e dos direitos fundamentais, em particular. Daí, portanto, a desconfiança da doutrina brasileira em relação ao legislador ordinário, bem assim seu apego à constituição como norma total da vida em sociedade e à justiciabilidade de todas as questões que lhe digam respeito.

4.2 CONCEPÇÕES DO PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

É possível perceber no Brasil uma tendência à **teoria democrático-funcional** dos direitos fundamentais. Böckenförde, citado por Virgílio Afonso da Silva²³⁶, ensina que o “ponto de partida da teoria democrático – funcional dos direitos fundamentais é sua compreensão a partir da sua função pública e política”. Para além disso, segundo aquele doutrinador alemão, os “direitos fundamentais adquirem sentido e significado como fatores constitutivo de um processo democrático livre [...]. A garantia de direitos fundamentais como esferas de liberdade tem lugar primariamente para possibilitar e proteger esse processo”.

Um fervoroso divulgador de tal concepção, no Brasil, é Luís Roberto Barroso. Confira-se o seguinte excerto de seu pensamento²³⁷:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos de direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade.

Prossegue o mesmo autor em outro lugar, desta feita em co-autoria com Ana Paula de Barcellos²³⁸:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem.

Outra concepção do papel dos direitos fundamentais é a chamada **teoria social-estatal** dos direitos fundamentais. Segundo tal concepção, a função precípua dos direitos fundamentais é “a manutenção ou criação de estruturas sociais que garantam a maior chance possível de

²³⁶ Op.cit.,p.129.

²³⁷ in: BARROSO, L. R. (Org.). **A nova interpretação constitucional** - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006. p.38-39.

²³⁸ Ibidem, p.372.

desenvolvimento da personalidade”²³⁹, o que exige do Estado a garantia, a partir de cada direito fundamental, das necessárias condições sociais para a realização das liberdades fundamentais²⁴⁰.

Mas é especialmente a partir da concepção democrático-funcional que considerável parcela da doutrina brasileira, ainda que alegue recorrer à ponderação, vai sustentar e defender com unhas e dentes a irrenunciabilidade e a inegociabilidade dos direitos fundamentais, rejeitando, pois, qualquer acepção de cariz mais liberal, segundo a qual tais direitos, como expressão da liberdade, podem ser objeto da disposição de seus titulares.

A respeito da disponibilidade dos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva²⁴¹ formula a seguinte pergunta, de capital importância:

Mas por que seriam os direitos fundamentais irrenunciáveis e inegociáveis? Essas características decorrem da estrutura desses direitos? São alguma consequência lógica? São uma convenção? Ou são um mero lugar comum generalizante contra o qual, dada a sua consolidação, ninguém se atreve a argumentar?

Ora, ainda que seja questionável a adoção de uma concepção de constituição–moldura para a realidade constitucional, política e social do Brasil, decerto que a concepção da constituição–total e a perspectiva democrático-funcional dos direitos fundamentais não constituem a forma mais adequada de abordar a constitucionalização do Direito e a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais.

Para tanto, é necessário se admitir, em um grande número de casos, a possibilidade de negociação e mesmo de renúncia de direitos fundamentais no âmbito de relações entre particulares. Do contrário, a se continuar aceitando, sem maiores reflexões, as características jusnaturalistas dos direitos fundamentais, como sua irrenunciabilidade absoluta, a autonomia privada sempre encontrará neles um obstáculo intransponível. Em todas as relações em que estiverem em jogo direitos fundamentais, a autonomia privada deverá ceder e o Estado deverá intervir para garanti-los, mesmo a contragosto dos seus titulares. Assim, a discussão fica resolvida antes de ser iniciada²⁴².

²³⁹ ALEXY, op.cit.,p.563.

²⁴⁰ SILVA, op.cit.,p.130.

²⁴¹ Ibidem, p.128.

²⁴² Ibid., p.131.

Todavia, como se procurou esclarecer acima, a renúncia a direito fundamental é uma possibilidade em certos casos, enquanto que uma impossibilidade em outros. Em que pese a natureza relativa ínsita aos direitos fundamentais, sua irrenunciabilidade é possível em dados casos. O que determinará a possibilidade ou impossibilidade de renúncia é precisamente o resultado da ponderação numa específica colisão de direitos fundamentais no âmbito de uma relação privada, em que poderá prevalecer um certo direito fundamental, que pode consistir num interesse individual ou num bem coletivo, ou poderá prevalecer o direito fundamental à autonomia privada.

Fixados, pois, esses fundamentos teóricos, por meio dos quais se discute e se compreende o papel que a constituição e os direitos fundamentais podem desempenhar no ordenamento jurídico, é possível formular proposições de “como” e “em que medida” os direitos fundamentais devem operar efeitos nas relações privadas, tendo em conta a Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e realidade social e política do Brasil.

5 A APLICABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma vez esboçadas as premissas teóricas básicas deste estudo, que correspondem à teoria dos princípios e ao questionamento acerca dos papéis da constituição e dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, é chegada a hora de enfrentar os problemas decorrentes da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas.

Num primeiro momento, serão esboçadas as principais linhas teóricas que buscam explicar como e em que medida os direitos fundamentais operam efeitos entre sujeitos privados, bem assim como os direitos fundamentais se relacionam com o ordenamento infraconstitucional.

Em seguida, serão problematizadas questões pontuais acerca dos efeitos horizontais dos diferentes gêneros de direitos fundamentais, quer numa perspectiva dogmático-analítica, quer na perspectiva dogmático-empírica.

5.1 MODELOS TEÓRICOS

O escopo precípua deste item é descrever os modelos teóricos que procuram compreender o modo como os direitos fundamentais se aplicam às relações entre particulares. A maioria da doutrina, quer pátria, quer alienígena, é concorde quanto à possibilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, havendo poucas vozes dissonantes. No Direito Constitucional Comparado, verificam-se quatro grandes grupos teóricos que cuidam desta problemática, esboçados a seguir.

5.1.1 Negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas

O primeiro deles, em verdade um não-modelo²⁴³, consiste na **negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Trata-se de uma doutrina minoritária, que sustenta a inaplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais baseada, sobretudo, em razões históricas ou na dita função “clássica” que os direitos fundamentais desempenham ou deveriam desempenhar no ordenamento jurídico: funcionar exclusivamente como direitos de defesa do cidadão perante o Estado.

²⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p.68.

Nessa linha, destaca-se o pensamento de Uwe Diederichsen, para quem o sistema normativo constitucional e o sistema normativo do direito privado não estão numa relação de hierarquia, mas de concorrência, pelo que não haveria falar em necessária predominância dos valores do primeiro sobre o segundo, especialmente em vista da autonomia do direito privado²⁴⁴.

Importa também destacar o escólio de Suzette Sandoz, para quem os termos da questão da aplicabilidade horizontal estão postos sobre uma confusão metodológica primária, porquanto a técnica de proteção do cidadão ante o ato estatal seria intransponível para a proteção do particular ante a ação de outro particular, haja vista que a distinção fraco/forte teria contornos absolutamente distintos no direito público e no direito privado²⁴⁵.

5.1.2 Modelos de equiparação e imputação

Conquanto os dois sistemas acima apresentados dominem as discussões sobre o tema aqui versado, há outros dois modelos alternativos que merecem destaque. Tais modelos têm em comum o fato de que, à primeira vista, negam a possibilidade de aplicação horizontal. Todavia, essa aparente negação consiste apenas num artifício para imputar ao Estado a responsabilidade por atos privados ou equiparar esses últimos aos atos estatais²⁴⁶.

O modelo conhecido como **equiparação** corresponde à construção pretoriana da *State Action Doctrine*, concebida nos Estados Unidos, onde a doutrina e a jurisprudência se mantiveram fiéis a uma acepção liberal dos direitos fundamentais²⁴⁷. Nessa ótica, a constituição e os direitos fundamentais nela insculpidos só vinculam, *prima facie*, o próprio Estado.

Para a *Supreme Court*, admitir-se-á a incidência de direitos fundamentais na esfera privada se e tão-somente o particular se encontrar investido do desempenho delegado de alguma função pública típica (*public function theory*) ou se em sua conduta puder ser vislumbrada, substancialmente, alguma implicação imputável aos poderes públicos²⁴⁸.

Entretanto, ao contrário do que se pensa, ao invés de negar a aplicação horizontal de direitos fundamentais, a *state action* tem por objetivo definir, ainda que de forma casuística, em

²⁴⁴ Ibidem, p.71.

²⁴⁵ Ibid.,p.74.

²⁴⁶ Ibid.,p.98.

²⁴⁷ Ibid.,p.99.

²⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.229.

que situações uma conduta privada pode ser equiparada a uma ação estatal e, assim, vincular uma relação jurídica entre particulares²⁴⁹.

Já o modelo da **imputação** corresponde à teoria de Jürgen Schwabe, para quem, ao contrário da *state action*, em que ações privadas são equiparadas a ações estatais para vincular os particulares aos direitos fundamentais, o particular é “liberado” dessa vinculação e seus atos são imputados diretamente ao Estado. O fundamento de Schwabe consiste em que, se um particular viola o direito fundamental de outro, e tal ação violadora não é disciplinada por norma infraconstitucional, essa conduta deve ser encarada como que permitida pelo Estado, a quem a responsabilidade da violação deve ser imputada diretamente, em razão de sua omissão na esfera legislativa para reputar ilegal a conduta do particular²⁵⁰.

5.1.3 Eficácia indireta ou mediata

Foi na Alemanha que se desenharam os dois modelos que recepcionam em maior grau a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a saber, o modelo de efeitos indiretos e o modelo de efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O **modelo de efeitos indiretos**, também conhecido como **teoria da eficácia indireta ou mediata**, foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão, sobretudo por Günter Dürig²⁵¹. O ponto de partida desse modelo é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, ou um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual. A fim de conciliar os direitos fundamentais e o direito privado sem que haja um domínio dos primeiros sobre o segundo, propõe-se a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo próprio do direito privado.

Exige-se a intermediação do legislador, que deverá elaborar lei infraconstitucional contemplando e imprimindo maior concreção à previsão constitucional. O juiz, por sua vez, em caso de ausência de norma ordinária reguladora, deverá, no máximo, invocar cláusulas gerais e “conceitos indeterminados” presentes no sistema privado ou, ainda, invocar princípios constitucionais apenas como vetores hermenêuticos para interpretação e aplicação do direito privado, mas jamais aplicar diretamente os direitos fundamentais para solucionar lides entre particulares.

²⁴⁹ SILVA, op.cit.p.99.

²⁵⁰ Ibidem, p.104.

²⁵¹ Ibid.,p.80.

Os direitos fundamentais são aqui concebidos como um sistema ou ordem objetiva de valores que se irradia por todo o Direito, influenciando inclusive o Direito Privado através de “portas de entrada” que correspondem às cláusulas gerais, conceitos indeterminados, ou, como quer Eros Roberto Grau²⁵², “termos indeterminados de conceitos”. Para exemplificar, no caso brasileiro as cláusulas gerais permeiam todo o vigente Código Civil, tais como “fim econômico e social”, “boa-fé” e “bons costumes” (art.187) e “ordem pública” (art.122). De tal arte, ao excluir a aplicação direta de direitos fundamentais nas relações privadas, pretendia Dürig manter a autonomia do direito privado e protegê-lo contra uma espécie de fagocitose por parte da Constituição²⁵³.

5.1.4 Eficácia direta ou imediata

O **modelo de efeitos diretos** ou **teoria da eficácia direta ou imediata** foi pioneiramente defendido por Hans Carl Nipperdey, quando na presidência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, a partir de uma decisão sobre igualdade de salários entre homens e mulheres, em 1957.

Para Nipperdey, os direitos fundamentais têm “efeitos absolutos” e, portanto, prescindem de mediação legislativa para lograr eficácia nas relações privadas. Nisto repousa a diferença fundamental entre o modelo de efeitos indiretos e o de efeitos diretos, posto que, neste último, mesmo sem o material normativo do direito privado e, sobretudo, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem diretamente direitos subjetivos aos particulares nas relações que travam entre si. Demais disso, Nipperdey sustentava que a aplicação horizontal dispensa o uso de “artimanhas interpretativas”, vale dizer, os direitos fundamentais não precisam de qualquer “porta de entrada”, os “pontos de infiltração” das cláusulas gerais, para surtir efeitos nas relações interprivadas²⁵⁴.

A teoria da eficácia direta admite que alguns direitos fundamentais, pela sua natureza específica, só podem ser invocados contra o Estado (v.g. os direitos do preso), enquanto muitos outros podem e devem ser invocados também e diretamente nas relações interprivadas, independentemente de qualquer mediação do Poder Legislativo, revestindo-se de oponibilidade

²⁵² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.224.

²⁵³ SILVA, op.cit.,p.75.

²⁵⁴ Ibidem,p.87.

*erga omnes*²⁵⁵. O fundamento dessa concepção está em que os perigos ameaçadores dos direitos fundamentais não são oriundos apenas da ação ou omissão estatal, mas também soem emanar das condutas comissivas e omissivas dos poderes sociais e terceiros em geral.

Busca-se evitar uma dupla ética a vigor na sociedade, em que ao Estado é defeso violar direitos fundamentais, enquanto aos particulares é permitido. Essa tese é vencedora e amplamente consagrada em Espanha, Itália, Argentina, África do Sul e Portugal²⁵⁶. A Constituição da República Portuguesa, ressalte-se, é expressa em seu art. 18º, nº. 1, o qual reza: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”²⁵⁷.

5.1.5 Os modelos dos efeitos horizontais na doutrina

Entre os juristas brasileiros que têm se manifestado sobre o tema, Daniel Sarmento²⁵⁸ sustenta a adoção, entre nós, do modelo de efeitos diretos, propugnando pela sua conciliação com o princípio da autonomia privada através, basicamente, do viés da regra da proporcionalidade.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁵⁹ posiciona-se, *prima facie*, pela vinculação direta ou imediata dos particulares a direitos fundamentais, embora reconheça que tal aplicação não é uniforme, a reclamar soluções diferenciadas no caso concreto. A bem da verdade, o constitucionalista gaúcho não é absolutamente claro quanto à sua posição, pois no mesmo lugar afirma que “a eficácia direta ou indireta apenas pode ser aferida à luz do caso concreto, dependendo, em princípio, da existência de uma norma de direito privado e da forma como esta dispõe sobre as relações entre particulares”²⁶⁰. Com efeito, Sarlet está a falar de nada menos que a possibilidade de restrição a direito fundamental via lei ordinária, a qual deve ser levada em conta pelo aplicador do Direito, e não passada por alto, nos termos das versões mais fortes da eficácia direta.

²⁵⁵ SARMENTO, op.cit.,p.245.

²⁵⁶ Ibidem, p.247.

²⁵⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T. IV, 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.320.

²⁵⁸ Op.cit., p.301.

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.407-408.

²⁶⁰ Ibidem, p.405.

Wilson Steinmetz²⁶¹ (2004, p.199), partindo de uma concepção da autonomia privada enquanto direito fundamental, propõe a conciliação com direitos fundamentais colidentes através da teoria dos princípios conforme formulada por Robert Alexy, estando mais inclinado à eficácia apenas mediata ou indireta.

Jane Reis Gonçalves Pereira²⁶² sustenta que somente o modelo de efeitos diretos é aceitável à vista da Constituição de 1988, arrimando-se na idéia de desigualdade material das partes e de que tal modelo seria mais “comprometido com o caráter normativo da constituição”.

O constitucionalista baiano Manoel Jorge e Silva Neto²⁶³, embora não o faça de maneira expressa, parece inclinar-se pela eficácia direta dos direitos fundamentais. Tanto parece ser assim que o citado autor, ao intitular o tópico em que cuida do tema, põe sob uma mesma rubrica os conceitos de eficácia direta e eficácia horizontal, visto que fala em “A Eficácia Direta ou Horizontal dos Direitos Fundamentais”, muito embora, como se viu acima, há uma relação não de equivalência, mas de continência entre esses conceitos, uma vez que a eficácia horizontal alberga distintas teorias, quais sejam os modelos de equiparação e de imputação, a eficácia indireta e a própria eficácia direta.

Entre alguns autores estrangeiros, pode ser citado Juan María Bilbao Ubillos²⁶⁴, que apesar de procurar recorrer à ponderação, sustenta ser a eficácia imediata ou direta “una respuesta apropiada a las exigencias de la libertad en el momento presente”.

Claus-Wilhelm Canaris não é absolutamente claro na sua posição quanto eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Em seu excursus “Direitos fundamentais e Direito Privado”, o professor de Munique rejeita expressamente a eficácia indireta²⁶⁵ e adota o modelo de efeitos diretos dos direitos fundamentais sobre as relações privadas²⁶⁶. O mesmo autor, em outro lugar, a saber, em artigo intitulado “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”²⁶⁷, aduz expressamente que a adoção da eficácia direta ou imediata implicaria que os

²⁶¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.199.

²⁶² In: BARROSO, L. R. (Org.). **A nova interpretação constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006. p.184-186.

²⁶³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 629 *et seq.*

²⁶⁴ In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.338.

²⁶⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p.32.

²⁶⁶ *Ibidem*, p.36.

²⁶⁷ In: SARLET, *op.cit.*,p.237.

direitos fundamentais conduzam a proibições de intervenções no âmbito das relações privadas, e que a aplicação de uma tal doutrina poderia destruir o direito contratual assim como o direito da responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo Direito Constitucional, o que está a significar a rejeição da eficácia direta.

Virgílio Afonso da Silva, ao enfrentar a questão, tem como premissa maior a idéia de que não se pode fazer uma abordagem apropriada da aplicabilidade horizontal sem que se discuta previamente o papel que a constituição deve desempenhar no ordenamento jurídico de um país e a função dos direitos fundamentais nas ordens jurídica e social.

A bem da verdade, muitas análises acerca da aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais limitam-se à exposição dos modelos consagrados doutrinariamente e à opção por um deles, ainda que acompanhadas por algumas poucas proposições originais. Sucede que a mera descrição formal de modelos, bem como a adesão a um deles, não é suficiente para uma teorização coerente sobre a constitucionalização do Direito e, mais especificamente, sobre os efeitos de direitos fundamentais nas relações privadas. Aderir, por exemplo, à teoria da eficácia indireta não responde a contento sobre como essa eficácia deve se operar²⁶⁸.

Robert Alexy, invocado por Virgílio Afonso da Silva²⁶⁹, adverte que um dos grandes problemas dos modelos de explicação e fundamentação dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais é a sua pretensão à completude, visto que todos procuram fornecer uma explicação completa e satisfatória do fenômeno, bem como soluções definitivas para o mesmo.

A falácia dos modelos “fechados” se revela de modo proeminente na circunstância de que, a despeito de formularem proposições conciliatórias da autonomia da vontade com os direitos fundamentais individuais (os assim chamados de 1ª geração ou dimensão), tais modelos falham gravemente em explicar como se operaria a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais, ditos de 2ª geração (saúde, educação, previdência, lazer, moradia, emprego, etc.) e aos transindividuais, ditos de 3ª geração (v.g. direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado), uma nuance do tema que suscita não poucas perplexidades.

O próprio Virgílio Afonso da Silva²⁷⁰ adverte, com propriedade, que “todo modelo é vazio, apenas forma”, constituindo “uma ferramenta de trabalho que pretende canalizar e guiar a produção da doutrina e da jurisprudência”. O mesmo autor sugere, assim, que diferentes modelos

²⁶⁸ SILVA, op.cit., p.106.

²⁶⁹ Ibidem, p.144.

²⁷⁰ Ibid., p.176.

não implicam, necessariamente, em diferentes resultados, e que os principais modelos, especialmente os de efeitos diretos e indiretos, são menos incompatíveis do que crê a maior parte da doutrina²⁷¹. Daí também a exortação de Wilson Steinmetz²⁷² à superação da contraposição “eficácia mediata *versus* eficácia imediata” em direção a “soluções diferenciadas”.

Assim, pois, descrendo que a mera adoção de um dos modelos tradicionais se preste a compreender o fenômeno da aplicabilidade horizontal em todas as suas complicadas nuances, e ainda diante da imprestabilidade de um modelo estanque para enquadrar adequadamente os diversos tipos de situações em que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares, procuramos aqui, na trilha proposta por Virgílio Afonso da Silva, não estabelecer um modelo diferenciado, mas demonstrar como somente um modelo “aberto” é capaz de dar conta do fenômeno, a saber, um modelo que procure conciliar os elementos dos vários modelos existentes e que aceite as especificidades que a aplicação horizontal requer no caso concreto.

5.1.6 O modelo em três níveis de Alexy

Consoante R.Alexy²⁷³, as três construções, isto é, o modelo de imputação/equiparação, o modelo de efeitos diretos e o de efeitos indiretos, são equivalentes em resultado no que concerne à sua aplicação pelo Judiciário, visto que o resultado obtido no âmbito de um pode ser obtido nos âmbitos dos demais.

Alexy²⁷⁴ justifica a assertiva ao expor as seguintes razões: (a) nenhuma das três teorias transpõe os direitos fundamentais dirigidos contra o Estado para a relação cidadão/cidadão através de uma simples troca de destinatários; (b) todas elas levam em conta o fato de que, nas relações interprivadas, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais; (c) todas aceitam uma modulação da força dos seus efeitos; (d) em todas as teorias, a medida do efeito jusfundamental na relação privada é, no fim das contas, uma questão de sopesamento.

Por ser assim, Alexy aponta como falsa a hipótese de que apenas uma dentre as três teorias deve ser correta, e apresenta seu modelo em três níveis, que procura compatibilizar os modelos de efeitos horizontais, geralmente tidos por antagônicos. O modelo de Alexy compõe-se

²⁷¹ Ibid., p.141.

²⁷² Op.cit.,p.274.

²⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.531.

²⁷⁴ Ibidem, p.532.

de três níveis, a saber: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados, entre os quais não haveria uma relação de grau, mas de mútua implicação²⁷⁵.

O modelo da eficácia indireta ou mediata situa-se no nível do dever estatal. A posição das normas de direitos fundamentais como princípios objetivos, decorrente da idéia de ordem objetiva de valores, impõe ao Estado o dever de levá-las em consideração tanto na legislação ordinária quanto na jurisprudência²⁷⁶.

O segundo nível equivale ao dos direitos em face do Estado de que é titular o particular, de que o juiz leve em consideração os direitos fundamentais como ordem objetiva de valores, ao interpretar e aplicar o direito infraconstitucional²⁷⁷. Isto significa verdadeiramente um direito subjetivo do cidadão a que o Judiciário leve em conta na argumentação o direito fundamental que lhe socorre. Se o julgador não se desincumbe de afastar racionalmente a posição jurídica alegada pelo cidadão, resta automaticamente violado esse mesmo direito, à vista da omissão do julgador em levar em conta o direito fundamental apontado como violado.

O terceiro nível diz respeito aos próprios efeitos direitos perante terceiros. Há determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências na relação entre sujeitos privados que se podem haurir diretamente da constituição²⁷⁸.

A construção de Alexy não é muito esclarecedora, mas pode-se ao menos inferir dela que um modelo não pode pretender primazia sobre o outro, e a escolha na aplicação de um deles dependerá da conveniência do julgador diante do caso enfrentado²⁷⁹.

5.1.7 Regra da proporcionalidade e colisão de direitos fundamentais entre particulares: a crítica de Virgílio Afonso da Silva

Virgílio Afonso da Silva apresenta algumas ressalvas ao uso da regra da proporcionalidade como maneira adequada de se resolver o conflito entre direitos fundamentais e autonomia da vontade. Sustenta o aludido constitucionalista que os demais autores, ao fazerem o

²⁷⁵ Ibid., p.533.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ Ibidem, p.534.

²⁷⁸ Ibid., p.539.

²⁷⁹ Ibid. p.540.

cotejo entre certo direito fundamental e princípio da autonomia privada, não lançam mão, em verdade, de um sopesamento propriamente dito, pois não procedem a uma análise bidirecional entre o direito fundamental, de um lado, e autonomia privada, de outro²⁸⁰.

Um dos mais usuais critérios desse pretenso sopesamento é o grau de assimetria entre as partes envolvidas no caso concreto, isto é, o grau de desigualdade material das partes, que consiste num dos principais artifícios de Daniel Sarmento para valorizar a tutela do direito fundamental em jogo em detrimento da autonomia privada.

Este é, aliás, um dos principais fundamentos a que acorrem os autores em geral para justificar a vinculação de particulares a direitos fundamentais. Exemplo disso está em Juan María Bilbao Ubillos²⁸¹, para quem:

Quanto maior a desigualdade fática entre os sujeitos da relação, maior será a margem de autonomia privada cujo sacrifício é admissível, porque falha assim o pressuposto do fundamento de proteção dessa autonomia. Dito de outro modo, o grau de autonomia real das partes pode ser um critério válido e útil para resolver os possíveis conflitos. Quanto menor for a liberdade da parte “fraca” da relação, maior será a necessidade de proteção.

Todavia, o critério da desigualdade material entre as partes parece ter sido superestimado pela doutrina, a começar pela história e fundamento político da eficácia horizontal. Ora, é certo que a concepção clássica ou mesmo jusnatural dos direitos fundamentais exigia sua oponibilidade *erga omnes*, inclusive contra terceiros que pudessem ameaçar o titular. Isso já foi reconhecido e é inquestionável.

A falha na desigualdade material como explicação da origem da eficácia horizontal está em que tal idéia – efeitos jusfundamentais perante terceiros - passou a ganhar contornos dogmáticos e sistematização teórica coerente somente a partir dos desdobramentos do caso Lüth na Corte Alemã. Sucede que a sentença-Lüth dizia respeito a uma colisão de direitos fundamentais entre sujeitos que não podiam ser considerados desiguais materialmente, ao menos para efeitos daquela decisão. Tratava-se de Eric Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, e Veit Harlan, cineasta, sujeitos titulares de direitos fundamentais contrapostos, assim

²⁸⁰ SILVA, op.cit.,p.155.

²⁸¹ In: SARLET, op.cit.,p.336. “Cuanto mayor se ala desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible, porque falla entonces el presupuesto o fundamento de la protección de esa autonomía. Dicho de otro modo, el grado de autonomía real de las partes puede ser un criterio válido y útil para resolver los posibles conflictos. Quanto menor sea la libertad de la parte “débil” de la relación, mayor será la necesidad de protección”.

como ideologia e mesmo interesses comerciais. Todavia, naquele caso nada houve que autorizasse a construção da idéia de irradiação, deveres de proteção e ordem objetiva de valores com supedâneo em desigualdade material entre partes. Não foi o caso.

O critério de desigualdade material, portanto, tem sido utilizado de maneira não-racional pela doutrina. Sua validade, entretanto, não é comprometida quando utilizado como elemento a conferir peso a um dos direitos fundamentais em conflito. A desigualdade entre as partes deve figurar na solução da colisão como uma das possibilidades fáticas do caso, nos exames de adequação e necessidade.

O constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade²⁸² expressa bem essa acepção, quando afirma que:

O critério da “desigualdade” ou do “poder social” não deve, por isso, ser entendido como um critério classificatório, que nos permitisse *em abstracto* determinar as entidades que, além do Estado e demais pessoa colectivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Ele é, sobretudo, um critério teleológico que *em concreto* permite estender por analogia e *graduar* a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas.

Ademais, Virgílio Afonso da Silva, conquanto não negue a necessidade de proteção do hipossuficiente em variados âmbitos, procede a uma justa crítica a esse critério, ao afirmar que a necessidade de proteção do direito fundamental não surge automaticamente de uma desigualdade material, mas de uma desigualdade de posições **no interior da relação jurídica**. Sustenta o citado autor ser perfeitamente possível que, em uma relação entre particulares, haja um enorme grau de autonomia na escolha dos termos e condições da relação, ainda que haja uma considerável desigualdade material e de poder entre as partes.

Fornece, portanto, o exemplo do “Big Brother Brasil”, *reality show* da Rede Globo. Ora, ninguém há negar a imensurável desigualdade material existente entre a citada emissora, um dos maiores grupos empresariais de comunicação do mundo, e os participantes do seu *reality show*. Isso não significa, contudo, que nesse caso haja necessidade de intervenção na relação privada para tutelar direitos fundamentais contratualmente restringidos, pois a desigualdade material não interfere necessariamente na autenticidade da manifestação da vontade. O critério deve consistir, portanto, no grau de autonomia real das partes envolvidas²⁸³.

²⁸² In: SARLET, op.cit., p.288.

²⁸³ SILVA, op.cit.p.157.

Outrossim, para Virgílio Afonso, também se revela passível de crítica o uso das estruturas de ponderação. Em primeiro lugar, não se faz possível o sopesamento entre direitos fundamentais – como princípios materiais que são – e autonomia privada – como princípio meramente formal, desprovido de conteúdo e cuja função é estabelecer competências – já que falta um valor de comparação entre ambos. Por isso que, para Virgílio Afonso, a regra da proporcionalidade se mostra inaplicável. Ao se perguntar, por exemplo, se a medida é necessária (princípio da necessidade), se está desconsiderando o fato de que, ao se exigir dos particulares apenas as medidas estritamente necessárias na restrição de um direito fundamental, já está se lhes retirando de plano a autonomia de livremente dispor sobre os termos da avença. Por outros dizeres, o uso do princípio da necessidade significa resolver de plano o conflito em favor do direito fundamental em questão. Daí a afirmativa do citado autor de que não se trata propriamente de um sopesamento²⁸⁴.

A crítica levantada por Virgílio Afonso não nega a utilidade das estruturas de ponderação para solucionar colisões entre princípios. Suas reservas dizem respeito à aplicabilidade dessas estruturas, leia-se regra da proporcionalidade em sentido amplo, à solução da tensão de direitos fundamentais nas relações privadas. Isso se justifica pelo fato de que muitos autores, ao se arvorarem a analisar o problema, procuram se socorrer das estruturas de ponderação sem, todavia, demonstrar exatamente como elas se operam (Sarmiento), ou, quando logram demonstrá-lo, o fazem de modo que quase sempre o resultado da ponderação se resolve a favor dos direitos fundamentais e em detrimento da autonomia privada (Steinmetz). Ora, se praticamente todos os autores têm como ponto de partida a teoria dos princípios de Alexy – argumenta Virgílio Afonso – logo deveriam tomar em conta que, sendo a autonomia privada um princípio, mesmo que formal, deve ela também ser realizada na maior medida possível de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto²⁸⁵.

As reservas de Virgílio Afonso da Silva são, ao menos em parte, justificadas. O que se faz comumente, ao se lançar mão de critérios como o grau de desigualdade material das partes, visto acima, ou outros propostos por Sarmiento²⁸⁶, como a essencialidade do bem envolvido (se de índole existencial ou econômico-patrimonial), ou ainda a fonte da lesão ao bem (autônoma ou heterônoma), é se definirem situações em que a autonomia da vontade deve ser mais ou menos

²⁸⁴ Ibidem, p.163.

²⁸⁵ Ibid.,p.153.

²⁸⁶ Op.cit.,p.304 *et seq.*

respeitada, mas não se faz qualquer referência ao grau de restrição do direito fundamental colidente²⁸⁷. Ao fim e ao cabo, assim, quase sempre se resolve a colisão em favor do direito fundamental e em detrimento da autonomia privada.

Uma tentativa de desvendamento ideológico mostra, como visto antes, que esse tratamento dispensado por boa parte dos autores brasileiros às colisões entre certos direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada tem em sua raiz uma concepção democrático-funcional dos direitos fundamentais e a idéia de constituição-total. Nesse particular, ainda é pertinente a crítica de Virgílio Afonso. Ambas as citadas concepções tendem a absolutizar os direitos fundamentais.

Direitos do homem podem se pretender universais, como podem pretender sua plena positivação, institucionalização e justiciabilidade na qualidade de direitos fundamentais. Isto não significa, todavia, que sejam absolutos. Tomar direitos fundamentais como absolutos é despedir-se da ponderação. Despedir-se da ponderação significa lançar fora um dos mais úteis instrumentos na busca da compatibilização entre os inúmeros bens e interesses em contradição num pleno Estado Democrático. É nesse particular, qual seja a validade da ponderação para cuidar do conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, que as ressalvas de Virgílio Afonso parecem não proceder.

Referido autor assevera que, ao se perguntar se a medida é necessária (teste de necessidade), se está desconsiderando o fato de que, ao se exigir dos particulares apenas as medidas estritamente necessárias na restrição de um direito fundamental, já está se lhes retirando de plano a autonomia de livremente dispor sobre os termos da avença. Para ele, portanto, adequação e necessidade não podem ser transportadas para conflitos entre direito fundamental e autonomia da vontade.

Ora, deve-se sempre ter em mente que, ao se falar de adequação e necessidade, se está pisando no terreno das possibilidades fáticas. Exigir que se adotem as medidas menos gravosas ao direito fundamental não equivale a elidir de plano toda a autonomia da vontade sobre os termos do contrato. A consequência não precisa ser necessariamente a nulidade da avença, como prevê Virgílio Afonso²⁸⁸. Se não foi observado o exame de necessidade, o negócio ainda pode sobreviver, devendo o juiz apontar e determinar medidas de adequação que impliquem a restrição

²⁸⁷ SILVA, op.cit., p.155.

²⁸⁸ Ibidem, p. 164.

do direito fundamental, a realização dos fins almejados pelas partes e o manejo dos meios estritamente necessários para tanto. Trata-se da aplicação da proporcionalidade pelo juiz, somada à regra de Direito Privado que determina a continuidade da execução do negócio na maior medida possível. Alguém pode dizer que o raciocínio é circular, pois a solução terminaria deixando uma única opção de medidas restritivas às partes, o que redundaria mesmo na mitigação da autonomia da vontade.

Realmente, sempre se poderá argumentar que havia outras medidas de restrição menos gravosas. Mas essa análise, de se verificar se no mundo dos fatos há meios de restrição mais ou menos gravosos, está no plano da argumentação. Debruçando-se sobre o caso concreto, pode-se concluir (argumentativamente) que a medida utilizada foi realmente a menos gravosa na restrição do direito fundamental ou, *a contrario sensu*, também dizer que há outros meios menos graves.

Pode-se fazer isto, desde que realmente se esteja disposto a ponderar, e não partir de paradigmas segundo os quais direitos fundamentais são intocáveis. Demais, impende lembrar que, se a autonomia da vontade estiver em confronto com um outro direito fundamental, não se pode esperar que o particular tenha à sua disposição a ampla gama de opções para concluir seu contrato, como ocorreria numa situação de não-conflito. Se um direito fundamental sofre restrição, é razoável se esperar que a autonomia da vontade assim também a possa sofrer.

É força reconhecer, portanto, que não há razões bastantes para negar a aplicação do sopesamento às colisões entre direitos fundamentais e o princípio formal da autonomia da vontade, ele mesmo um direito fundamental.

5.2 APLICABILIDADE HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS A AÇÕES NEGATIVAS (DIREITOS DE DEFESA)

Neste tópico, analisar-se-á a aplicabilidade horizontal da categoria de direitos que, no sistema de posições jurídicas fundamentais de Alexy, adotado neste trabalho, se chamam direitos a ações negativas (direitos de defesa), os quais englobam os direitos a não-embaraço de ações; direitos a não-afetação de características e situações; e direitos a não-eliminação de posições jurídicas²⁸⁹.

²⁸⁹ ALEXY, op.cit., p. 203.

Como já se pôde entrever em linhas precedentes, a pedra de toque deste trabalho é a abordagem da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de forma desprendida dos modelos doutrinários estanques. Com efeito, um dado direito fundamental pode ser aplicável a certa relação privada de forma direta ou indireta, a depender das particularidades do caso concreto, que devem ser sopesadas através das estruturas de ponderação.

Em tempo, é preciso esclarecer que se admitem, aqui, a utilidade e a conveniência da regra da proporcionalidade para solucionar atritos entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada, desde que não se parta *a priori* de uma concepção democrático-funcional dos direitos fundamentais, por meio da qual esses direitos são considerados inegociáveis e irrenunciáveis. Uma verdadeira e autêntica ponderação está a requerer que se tome a autonomia privada tal como um princípio, que, enquanto mandamento de otimização, também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas existentes.

No que respeita à jurisprudência brasileira, há que se reconhecer que não são tão raras as manifestações dos tribunais a respeito do tema. Todavia, o fato é que ainda não encontrou eco nos nossos pretórios uma discussão fértil e proffua acerca das condições e limites da aplicabilidade horizontal. Seja como for, há, no Supremo Tribunal Federal, algumas decisões que merecem destaque.

Por ocasião do Recurso Extraordinário nº 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), a Segunda Turma do STF preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Cuidou-se da hipótese de um associado expulso de cooperativa sem a observância da garantia do contraditório e da ampla defesa, no âmbito do direito fundamental ao devido processo legal. A ementa do julgado restou lavrada nos seguintes termos:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de

conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996)

Na mesma senda da eficácia direta, agora no RE nº. 161.243-DF (Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997), a Corte não admitiu que a invocação do princípio da autonomia privada fosse argumento legítimo para discriminar nacionais de estrangeiros no que concerne à percepção de benefícios constantes no estatuto pessoal de determinada empresa. Consignou-se na ementa:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a 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: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 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, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE nº 161.243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997)

É preciso consignar, entretanto, que os julgados supracitados não são frutos de maiores debates acerca dos problemas da aplicabilidade horizontal de direitos fundamentais. Tratam-se, em verdade, de aportes diretos de preceitos constitucionais aos casos levados a juízo, desprovidos de reflexões mais profundas que permitam delinear posições jurisprudenciais mais seguras a respeito do problema. Ausente, neles, verdadeira ponderação que pudesse desincumbir os juízes do ônus da argumentação.

Não obstante, no RE 201819/RJ, através do seu voto-vista, o Min. Gilmar Mendes enfrentou um caso típico de aplicabilidade horizontal, para o que se valeu da doutrina alemã e do histórico jurisprudencial da Corte Constitucional alemã, bem como das poucas e recentes manifestações da doutrina e jurisprudência brasileiras. Trata-se de aresto paradigmático, pois corresponde a um dos poucos, entre a nossa jurisprudência, em que se discute mais a fundo as questões atinentes aos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações privadas.

Mais uma vez, a questão cingiu-se à liberdade e autonomia de associação *versus* direito ao contraditório e à ampla defesa. Importa, pois, destacar as considerações tecidas pelo Min. Gilmar Mendes no seu voto-vista, retiradas do Informativo nº. 405 do Supremo Tribunal Federal:

Destarte, 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. De outro lado, diante da iminência de expulsão disciplinar, ainda que o recorrido tivesse optado por ingressar em outras entidades congêneres, nacionais ou estrangeiras, o ônus subsistiria em razão da eliminação automática do associado, nos termos do art. 18 do Estatuto Social da recorrente (fls. 48). [...]

Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados.

Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa.

Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público — ainda que não estatal — desempenhado pela entidade, peço vênia para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela Eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Como se pode inferir da passagem transcrita acima, o Min. Gilmar Mendes considerou legítima a aplicação **direta** do direito fundamental ao devido processo legal à relação privada em questão. Sem embargo, a decisão em comento não está a sugerir que o direito fundamental ao devido processo legal é sempre diretamente eficaz nas relações entre particulares. Sucede que, à luz das especificidades do caso concreto, ponderou-se que o caráter público de que se reveste uma das atividades da associação – ainda que esta se organize como pessoa jurídica de direito privado - confere um peso maior em favor da aplicação do direito fundamental discutido. Parece-nos um avanço, embora não seja exatamente a natureza pública da atividade ou da entidade envolvidas que determine a aplicação horizontal, no caso, do princípio do *due process*.

Pelo quanto apresentado até aqui, vê-se, pois, que a jurisprudência brasileira está longe da adoção de critérios uniformes para solucionar os problemas advindos da aplicabilidade horizontal. Como já se afirmou alhures, não é o fito deste trabalho aderir a um dos modelos teóricos apresentados, ou mesmo propor um modelo estanque diferenciado que pretenda

solucionar todas as hipóteses de aplicabilidade de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Não obstante, à vista da insipiência com que o tema tem sido tratado pela jurisprudência, é preciso firmar aqui uma posição sobre a maneira como os direitos fundamentais de defesa se aplicam às relações privadas.

Em primeiro lugar, calha reconhecer que não é possível assumir *a priori* uma opção excludente pelo modelo direto ou pelo modelo indireto de eficácia dos direitos fundamentais. A pretensa incompatibilidade entre esses modelos, inclusive, tem sido paulatinamente superada pela doutrina, como se mostrou anteriormente. Portanto, dizer se um dado direito fundamental será diretamente aportado numa relação privada *ex constitucione*, ou se tal direito fundamental só pode incidir na relação privada por intermédio de material normativo infraconstitucional, está na dependência das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, que serão ao seu tempo sopesadas através das estruturas de ponderação.

Em segundo lugar, em sentido diametralmente contrário à maior parte da doutrina brasileira, não se admite aqui um viés democrático-funcional dos direitos fundamentais, em razão do qual essa categoria de direitos se reveste dos caracteres de inegociabilidade e irrenunciabilidade. Ao revés, como se já se afirmou em linhas anteriores, uma verdadeira ponderação requer se rejeite o caráter absoluto dos direitos fundamentais e se admita sua negociabilidade, como corolário da própria cláusula geral de liberdade. Isso significa dizer que, em muitas hipóteses, o manejo dos mecanismos de ponderação poderá, sim, resultar na prevalência da autonomia privada diante do direito fundamental individual.

Por fim, importa reconhecer que a técnica de decisão que resulta na tutela do direito fundamental ou da autonomia privada envolve não somente as estruturas de ponderação (proporcionalidade em sentido amplo), mas também a argumentação, como elemento imprescindível do discurso jurídico. Com efeito, a doutrina tem fornecido alguns parâmetros que se prestam, no processo argumentativo, a fixar critérios para atribuir o devido peso ao direito fundamental ou à autonomia privada, nas hipóteses de colisão entre esses interesses.

O primeiro parâmetro consiste no grau de autonomia real das partes envolvidas. Não há confusão, aqui, com qualquer aferição de desigualdade material das partes, pois, como visto, é possível haver abissal desigualdade econômica entre as partes e, ainda assim, estar preservada a sua autonomia. Uma vez analisada, pois, a relação jurídica em seu interior, quanto maior o grau de real autonomia das partes, maior será o peso conferido na proteção da autonomia da vontade.

A *contrario sensu*, uma vez verificada debilidade na autonomia das partes, maior peso será emprestado à tutela do direito fundamental individual²⁹⁰.

O segundo parâmetro reside na essencialidade do bem ou interesse envolvido. Como visto, na vigente constituição brasileira a tutela das chamadas questões de índole existencial é muito mais intensa do que a tutela das questões de natureza econômico-patrimonial. Portanto, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica for considerado essencial para a vida humana, maior será a tutela do direito fundamental em jogo e menor a proteção da autonomia privada. Inversamente, quanto mais supérfluo for o bem em questão, isto é, quanto mais ele corresponder a interesses meramente econômicos, maior será a tutela da autonomia privada²⁹¹.

Um terceiro parâmetro de relevo na argumentação consiste na fonte ou origem da lesão do direito fundamental envolvido. Com efeito, no âmbito das relações privadas, a lesão a um direito fundamental pode decorrer tanto de uma decisão heterônoma de um particular quanto de um negócio bilateral, cuja formação e validade dependam do consentimento inicial do próprio lesado. Dessarte, quando o particular não participa do ato gerador da lesão de um direito fundamental seu, está em jogo apenas a autonomia da vontade da parte adversa. Neste caso, a proteção ao direito fundamental é mais forte. De outra banda, quando a parte lesada empresta seu consentimento ao ato-fonte da violação de seu direito fundamental – o que sói ocorrer nos casos de aplicação de cláusulas contratuais – se faz necessário considerar a vontade de ambas as partes da relação. Aí, a autonomia da vontade se apresenta com peso maior²⁹².

Calha observar, contudo, que esses parâmetros sugeridos pela doutrina geralmente são apresentados como expedientes argumentativos na qualidade de mero *topos*. O recurso meramente retórico a tais critérios, como sói ocorrer, em nada contribui para a racionalização das soluções nos conflitos entre direitos fundamentais nas relações privadas. Tais critérios, embora *per se* válidos, devem se inserir argumentativamente no bojo da otimização quanto às possibilidades fáticas, quando dos testes de adequação e necessidade, sob pena de comprometimento da validez e da racionalidade da decisão pela prevalência de um dos direitos fundamentais em choque.

²⁹⁰ SARMENTO, op.cit.,p.304.

²⁹¹ Ibidem, p.308.

²⁹² Ibid., p.311.

5.3 A CLÁUSULA *DUE PROCESS OF LAW* NAS RELAÇÕES PRIVADAS: O *DRITTWIRKUNG* PROCESSUAL

Como visto nos arestos acima citados, avulta de modo especial a cizânia em torno da aplicabilidade do direito fundamental ao devido processo legal no âmbito do “processo negocial”, expressão de que se valem alguns processualistas para designar as relações privadas sob um prisma eminentemente processual, sobretudo o *iter* de formação do negócio jurídico²⁹³.

Talvez essa seja uma das mais interessantes conseqüências da doutrina da eficácia horizontal, pois exige que o direito fundamental ao *due process of law* e seus consectários, contraditório, ampla defesa, produção de provas, juiz natural, publicidade, etc., vinculem não somente o Estado, como também os particulares. A idéia repousa em que os particulares, vinculados entre si por relações jurídicas, não se valham de prerrogativas contratuais ou legais para modificar a situação jurídica da outra parte sem a sua prévia oitiva e oportunidade de defesa.

São exemplos comuns: a aplicação de pena ao condômino que violou a convenção condominial; a organização religiosa que excomunga um fiel; o clube que aplica determinada penalidade a um associado, etc. Nessas e noutras situações, sustenta-se que ao sujeito deve ser concedida a oportunidade de se defender amplamente e de ser ouvido efetivamente, de modo a procurar convencer em seu favor a instância decisória privada.

Em alentado estudo sobre o tema, a processualista Paula Sarno Braga, a partir da teoria do fato jurídico, adota a noção de *ato complexo* como combinação de atos necessários para a realização de uma finalidade, os quais podem se relacionar de diferentes maneiras. O procedimento, nessa ótica, é tipo de ato complexo de formação sucessiva, cujos atos integrantes reúnem-se numa cadeia causal, ordenada e progressiva, que segue rumo à obtenção de um ato único e final²⁹⁴.

No bojo do conceito de procedimento está o conceito de processo. Os processos estatais têm como importante e comum característica o fato de se dirigirem à formação de uma decisão, típico ato jurídico de natureza normativa. De tal arte, identificam-se o processo jurisdicional, vocacionado à produção de uma norma jurídica de efeitos concretos, destinada a regular a situação jurídica apresentada ao Poder Judiciário pelas partes interessadas e marcada pela

²⁹³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p.27 *et seq.*

²⁹⁴ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 35 *et seq.*

predisposição à imutabilidade (coisa julgada); o processo administrativo, que se desenvolve perante o Estado-Administrador e destina-se a produzir uma decisão reguladora de situação jurídica que envolve Estado e agente público, Estado e administrado ou mesmo entre administrados, não caracterizada pela imutabilidade; e, ao cabo, o processo legislativo, cuja competência é constitucionalmente conferida ao Poder Legislativo, produtor de atos jurídicos normativos gerais e abstratos, leis em sentido amplo, que regulam as mais variadas situações jurídicas e servem de pontos de partida para a formação das decisões jurisdicionais e administrativas²⁹⁵.

Os processos estatais de maneira geral estão vinculados à cláusula do devido processo legal, é dizer, estão jungidos a regras previamente estabelecidas, que regem seu desenvolvimento no *iter* de formação da decisão, e das quais não devem se afastar (devido processo em sua dimensão procedimental) e, além, estão vinculados à pretensão de correção dos resultados da decisão (devido processo em sua dimensão material ou substantiva), pretensão esta que advém da exigência da observância de um ordenamento jurídico justo, a saber, aquele que consubstancia um Estado Democrático de Direito.

Sucedem que já não há falar exclusivamente em processos estatais de produção de norma jurídica. Fala-se hoje com tranquilidade em processos particulares, isto é, atos complexos, de formação sucessiva, de natureza negocial. A doutrina hoje reconhece a obrigação como um processo, o qual alberga diferentes etapas que podem ser alcunhadas de nascimento, desenvolvimento e adimplemento da obrigação, que além da prestação principal agrega um amplo leque de direitos, deveres, faculdades, ônus, sujeições, etc., a configurar uma relação jurídica complexa e dinâmica²⁹⁶.

Nessa perspectiva, é de se reconhecer um processo particular obrigacional, consistente em ato complexo de formação sucessiva destinado à produção de um ato normativo (ato negocial), cujo escopo é regular os interesses das partes envolvidas²⁹⁷.

O processo obrigacional tem por fundamento o poder negocial que é conferido aos particulares pelo ordenamento jurídico. Trata-se do poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares a fim de que, livres e soberanamente, auto-regulem seus próprios interesses ligados a seus bens, direitos, fins e pretensões. A autonomia da vontade manifesta-se como a atribuição de

²⁹⁵ Idem, Ibidem, p. 37 *et seq.*

²⁹⁶ Id. Ibid., p.40.

²⁹⁷ Id. Ibid., p.47.

autodeterminação e de autovinculação dos particulares, que no exercício dos seus afazeres se tornam legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres²⁹⁸.

Isto posto, e devidamente compreendida a idéia de processos privados obrigacionais, tutelados pelo princípio da autonomia da vontade, vejamos mais a fundo os processos negociais em geral, alguns processos negociais em particular e de que maneira a cláusula *due process* neles é aplicável.

5.3.1 Devido processo legal nos processos particulares em geral

Entendida a obrigação como processo, propõe-se cindi-lo num *processo de formação* ou *aperfeiçoamento* do negócio jurídico, no qual avulta a preocupação com os requisitos de validade, e em *processo de execução* do negócio jurídico, no qual interessa o adimplemento restritivo dos negócios, isto é, a imposição de limitações e privações de direitos das partes envolvidas²⁹⁹.

No que toca à formação dos negócios jurídicos, aos contratos em particular, sua conclusão nem sempre exsurge automaticamente do encontro de vontades das partes, e sim de uma seqüência de entendimentos, ajustes, proposições, contrapropostas e aceites, os quais constituem momentos ou etapas distintos e que muita vez geram conseqüências jurídicas específicas.

De maneira muito genérica, podem-se observar no processo de aperfeiçoamento dos contratos uma fase inicial desencadeada por tratativas preliminares – fase de pontuação ou negociação - que geram uma proposta definitiva – fase de postulação – por uma das partes, que será aceita ou não pela contraparte – fase de decisão³⁰⁰.

Na fase de *pontuação* ou *negociação*, as partes efetuam contatos preambulares, verbalmente ou por escrito (documentadas em correspondências epistolares ou eletrônicas), que podem envolver anotações, rascunhos, cartas de intenções, etc. Cuida-se de pura negociação, sondagem das partes entre si. Aqui, as partes não estão vinculadas juridicamente: não há obrigação de contratar. Todavia, a legítima expectativa de contratação, eventualmente frustrada por deslealdade, falta de informação, ardid e má-fé, pode ser tutelada juridicamente, e a parte que der ensejo a tal frustração ilegítima pode responder pelos danos causados, máxime no que tange a

²⁹⁸ STEINMETZ, op.cit., p.190.

²⁹⁹ BRAGA, Loc.cit.

³⁰⁰ Ibidem, p.88.

possíveis despesas efetuadas na negociação, a não contratação com terceiros, etc., tudo em razão da transgressão da boa-fé objetiva³⁰¹.

A cláusula do devido processo legal está a exigir precisamente que a etapa formativa do negócio se desenrole num tom de cooperação e solidariedade entre as partes, bem assim que o conteúdo material das tratativas seja equilibrado e proporcional, de modo a realizar os princípios da boa-fé objetiva e da equidade contratual³⁰².

A fase de *postulação* equivale à proposta, oferta, oblação ou policitação, isto é, o negócio jurídico unilateral receptício mediante o qual o proponente, ofertante ou policitante exterioriza sua vontade de celebrar o negócio. Salvo nas hipóteses dos artigos 427 e 428 do CC/2002, a proposta vincula o proponente, não cabendo retratação ou modificação, visto que seu destinatário, o oblato, não raro faz investimentos, realiza despesas, dispensa outras propostas e contrata análises mercadológicas na expectativa de celebrar o negócio nos termos ofertados. Já a *aceitação* consiste em negócio jurídico unilateral receptício através do qual o oblato revela sua concordância com a proposta formulada³⁰³.

Tanto a fase de postulação como a de aceitação, no bojo do processo negocial, também sofrem os efeitos do *due process*, na sua qualidade de princípio limitador dos poderes privados. Com efeito, todo o processo negocial deve ser marcado de forma indelével pela dimensão substantiva do devido processo legal, é dizer, por solidariedade, cooperação, proibidade e transparência entre as partes.

É preciso ter em mente que, ao se cogitar da aplicação do devido processo legal em relações entre particulares, o escopo último outro não é senão a contenção ou limitação dos poderes privados. Não é incomum a situação de desigualdade no poderio econômico das partes, o que acarreta iniquidades já desde a formação do negócio, que fatalmente será refletida no seu próprio conteúdo, isto é, em prestações desproporcionais, ou mesmo na hipótese de não conclusão do negócio, a gerar graves prejuízos a uma das partes pela não observância da boa-fé objetiva.

Situações de desproporcionalidade são também usuais na fase de execução dos negócios, a exigir a atuação do *due process*, como se verá a seguir.

³⁰¹ Loc.Cit.

³⁰² Ibidem, p.204 *et seq.*

³⁰³ Ibid., p.89 *et seq.*

5.3.2 Devido processo legal no adimplemento restritivo dos negócios

O negócio jurídico, também na sua fase de execução, está sujeito a situações que impõem a observância do devido processo legal. O chamado processo de “adimplemento restritivo” consiste naquele em que uma das partes tem o poder de infligir restrições à esfera jurídica da outra mediante decisão unilateral, parcial e não-jurisdicional³⁰⁴.

Tal é o caso das chamadas sanções convencionais, a exemplo da penalidade infligida ao cooperativado que viola disposição do estatuto da cooperativa; da multa imposta a condômino que pratica conduta anti-social tipificada na convenção condominial e respectivo regimento interno; da sanção aplicada ao membro de certo clube, por violar regra do respectivo estatuto, e assim por diante.

A aplicação das penalidades convencionais está sujeita à observância do devido processo legal. A decisão restritiva ou limitativa de direitos deve ser precedida de prévio procedimento que atenda às regras convencionadas no negócio, sobretudo regras que contemplem a possibilidade de oitiva e defesa da parte, produção de provas em seu favor, publicidade da decisão, isto é, todos os corolários da cláusula *due process*.

É possível, à luz da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, levar essa proposta a âmbitos em que o Estado, desde o advento do paradigma liberal, não se imiscui, tais como as relações entre organizações religiosas e membro fiel, por exemplo. As igrejas e instituições religiosas em geral contam com ampla tutela constitucional de seu direito de auto-organização e independência do Estado. E assim de fato deve ser. Contudo, tal liberdade não pode constituir um cheque em branco que enseje a violação de direitos fundamentais, como sói ocorrer. A igreja ou denominação religiosa que excomunga um membro, por exemplo, está jungida a suas próprias normas. Não pode olvidá-las. Além, a fim de excluir um membro, deve observar o devido processo legal, sob pena de ter a reintegração determinada pela via judicial.

Idêntica postura devem adotar as organizações desportivas, como as federações e confederações que cuidam das mais variadas modalidades de esporte. A punição de um atleta ou de um clube deve observar o devido processo legal, pelos mesmos fundamentos antes apontados.

³⁰⁴ Ibid., p.205.

5.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO-TRABALHISTAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: O *DRITTWIRKUNG* LABORAL

Neste item, cuidaremos da aplicabilidade de direitos fundamentais não-trabalhistas nas relações privadas laborais. Como se percebe, não se fala aqui dos típicos direitos fundamentais trabalhistas, como direito a um décimo terceiro salário, ao aviso prévio, a um salário mínimo ou à licença-maternidade, já destinados aos particulares e que, portanto, não se inserem na problemática geral dos efeitos horizontais.

No tratamento do tema, uma adequada compreensão da relevância da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho passa necessariamente por três eixos temáticos, a saber: o quadro macroeconômico global e sua repercussão nas políticas de emprego; a questão dos poderes empresariais e a posição jurídica e econômica subordinada do empregado como potenciais ameaças aos direitos fundamentais, na perspectiva do contrato de trabalho; e a abordagem tópica de alguns direitos fundamentais presentes no catálogo brasileiro e da maioria das constituições ocidentais, à luz de uma adequada interpretação da Constituição do Trabalho e da luta pela afirmação do Direito do Trabalho na vigência do modelo econômico hegemônico.

5.4.1 O primado do trabalho e o modelo capitalista em vigor

A crise geral do modelo econômico liberal, que teve seu apogeu e marco no episódio do *crack* da Bolsa de Nova Iorque em 1929, deu lugar ao advento de meio século de hegemonia da chamada teoria econômica neoclássica intervencionista, capitaneada especialmente por John Maynard Keynes, cuja obra mais marcante foi “A teoria geral do emprego, do juro e da moeda”, publicada em 1936. Triunfava um modelo de Estado intervencionista nas relações econômicas e promotor dos direitos sociais. O domínio do pensamento reformista, desde os anos 30 do século XX, conferiu aos países ocidentais industrializados, a partir de 1945, três décadas de elevado crescimento econômico, de generalizada distribuição de serviços públicos e de relevante participação da renda-trabalho nas riquezas nacionais³⁰⁵.

³⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo sem reciprocidade: a política pública de destruição do emprego. *Revista LTr*, n.08, vol.69, p.915-937, ago, 2005. p. 918.

De acordo com o economista francês Dominique Plihon, citado por Maurício Godinho Delgado³⁰⁶, os três pilares da sociedade e economia capitalistas durante o Estado Social eram: a) relação salarial fordista, baseada num compromisso capital-trabalho apto a organizar a distribuição dos ganhos da produtividade oriunda da organização científica do trabalho, ensejando uma rápida e regular evolução salarial; b) políticas públicas de estabilização macroeconômica, com o escopo de garantir uma progressão regular da demanda direcionada às empresas; c) a administração e controle sobre os sistemas financeiros, viabilizando o financiamento bancário competitivo e eficiente das forças econômicas, através de taxas de juros baixas, submetidas às autoridades monetárias.

No entanto, novas crises econômicas, como o choque do petróleo nos anos 70, ensejaram o retorno das concepções econômicas liberais, representadas pela escola austríaca de Frederick Hayek e pela escola de Chicago, de Milton Friedman, proponentes de um conservadorismo extremo e defensores intransigentes do capitalismo *laissez-faire*. O novo liberalismo, neoliberalismo, ultraliberalismo, enfim, o pensamento liberal readaptado à globalização e às demandas do fim do século XX, retornou com um receituário que se propunha a debelar as crises, contornar as ineficiências das prestações sociais pelo Estado e promover crescimento econômico.

Esse receituário envolveu uma profunda reorientação das políticas econômicas por parte dos principais países capitalistas, em favor de rigorosas medidas de natureza liberal-monetarista; uma atuação generalizada de distintos organismos internacionais ou multilaterais de estruturação da economia e de políticas públicas ao redor do globo; controle da inflação como prioridade absoluta; mudança profunda no sistema cambial, com o fim da até então prevalecente sistemática de conversibilidade do dólar e da regra orientadora de câmbios nacionais fixos, iniciando-se a era das taxas flutuantes de câmbio; busca da liberalização das fronteiras nacionais à livre circulação de mercadorias e ao capital financeiro, especialmente o especulativo; elevação dos juros, com rentabilidade desproporcional para aplicações financeiras; contratação do crédito para os agentes econômicos ou, quando inexistente tal crédito, sua oneração com juros elevados para empresas e consumidores; diminuição ou eliminação da atuação econômica direta do Estado, com privatização das empresas estatais; restrição do próprio investimento público na economia e na sociedade, seja aquele realizado diretamente, seja o contratado por entidades privadas³⁰⁷.

³⁰⁶ Ibidem, p.919.

³⁰⁷ Ibidem, p. 920-921.

As mudanças foram justificadas pelo novo pensamento liberal em razão de três grandes fatores, que teriam sido a causa de um suposto desemprego estrutural e de um suposto processo de perda de relevância da relação de emprego e do próprio trabalho. São eles: as mudanças provocadas pela terceira onda de revolução tecnológica do capitalismo; as mudanças vinculadas à reestruturação empresarial nas últimas décadas, seja pela descentralização do empreendimento, seja pelas alterações nos métodos e sistemas de gestão das empresas e de sua força de trabalho, a exemplo da passagem do fordismo-taylorismo para o toyotismo; a acentuação da concorrência no mercado mundial³⁰⁸.

Esta suma descrição do modelo capitalista em vigor tem um objetivo: constatar que, enquanto o Direito do Trabalho conserva em seu âmago o primado do trabalho e do emprego, assim como a ordem econômica estabelecida na maior parte das constituições, o modelo econômico hegemônico trabalha em sentido oposto, a fim de desvalorizar e desprestigiar a importância do emprego formal e mesmo do trabalho como o conhecemos. É à vista dessa tensão que devem ser pensados os problemas envolvidos na eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

5.4.2 Poderes empresariais *versus* direitos fundamentais no contrato de trabalho

A natureza da relação que se instaura entre trabalhador e dador de trabalho a partir da celebração do contrato de trabalho está bem ilustrada nos seguintes dizeres de José Luis Monereo Pérez³⁰⁹:

Ademais, a situação de dependência do trabalhador constitui tipicamente uma relação de poder entre particulares: o empresário ostenta um poder (de natureza econômica e jurídica) de direção e organização do trabalho alheio. Essa relação especial de supremacia, qualificada como “subordinação”, condiciona não somente sua autonomia “produtiva”, como também sua própria liberdade de ação e concepção.

³⁰⁸ Ibid., p.915.

³⁰⁹ MONEREO PÉREZ, Jose Luis. **Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral**. Madrid: CES, 1996. p. 53. “Por lo demás, la situación de dependencia del trabajador constituye típicamente una relación de poder entre particulares: el empresario ostenta un poder (de naturaleza económica y jurídica) de dirección y organización del trabajo ajeno. Esta relación de supremacía especial, cualificada como “subordinación”, condiciona no sólo su autonomía “productiva”, sino también su propia libertad de acción y concepción”.

De fato, ao longo da história humana, as relações de trabalho sempre estiveram albergadas num quadro mais amplo de relações de força e dominação, quase sempre caracterizadas pelo aviltamento da condição humana. Não é diverso no modo de produção capitalista, que de maneira inédita conseguiu reduzir ao status de insumos do processo produtivo atividades humanas lúdicas, religiosas ou fortemente arraigadas na tradição, o que levou Marx e Engels³¹⁰ a afirmarem que “a burguesia [...] transformou em seus trabalhadores assalariados o médico, o jurista, o padre, o poeta, o homem de ciência”.

Ao obrigar-se através do contrato de trabalho, o obreiro aliena e disponibiliza suas forças e aptidões psico-físicas, colocando-se numa situação de subordinação e dependência jurídica perante o dador de trabalho, que com supedâneo no contrato exercerá as prerrogativas de direção, controle e organização do serviço, bem assim de disciplina do próprio empregado porventura faltoso. Se, por um lado, o condicionamento da vontade do trabalhador constitui elemento estrutural de qualquer vínculo obrigacional de trabalho subordinado, por outro lado a “hetero-disponibilidade” do obreiro abre margem para amplas restrições de sua liberdade pessoal, restrições estas suscetíveis de ultrapassar de forma desmedida os limites da mera execução da atividade contratada³¹¹.

A relação de trabalho subordinado, mais do que qualquer outra, alberga um plexo de direitos e obrigações com especial aptidão para condicionar, limitar ou restringir os direitos fundamentais do trabalhador. A restrição de direitos fundamentais pode advir diretamente das cláusulas do contrato ou ainda do poder disciplinar legal do empregador, do regulamento de empresa ou mesmo das decisões patronais cotidianas suscetíveis de atingir as posições jusfundamentais do trabalhador³¹².

Mas não é somente no âmbito da execução das obrigações principais, na prestação do trabalho contratado, que o empregado está sujeito a restrições às suas posições jurídicas fundamentais. Sucede que, mesmo fora da empresa, em sua vida privada, o trabalhador pode ver-se adstrito a certos deveres acessórios de conduta, baseados na cláusula geral de boa-fé³¹³.

Ora, decerto que o empregador espera do empregado uma conduta social proba, honesta segundo a moralidade média, isto é, que se comporte segundo os padrões do *bonus pater*

³¹⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 48.

³¹¹ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.44.

³¹² Ibidem, p.45.

³¹³ Ibid.,p.46.

familias. Contudo, muito além disso, atualmente grassa nos Estados Unidos, por exemplo, uma tendência empresarial em exigir do trabalhador a ação ou abstenção de certas condutas que extrapolam de forma irrazoável os deveres acessórios de conduta, chegando a violentar a própria personalidade do trabalhador. Nessa linha, algumas empresas naquele país têm exigido que seus empregados se abstenham de fumar, mesmo fora do estabelecimento, enquanto outras exigem que seus funcionários se abstenham de praticar esportes radicais, tudo a bem da imagem da empresa. Cuida-se do chamado *lifestyle discrimination*.

Quer-se afirmar, com isto, que a organização empresarial é uma verdadeira estrutura de poder, que subordina seus trabalhadores através das prerrogativas contratuais e legais do dador de trabalho, prerrogativas essas da maior relevância para o funcionamento da organização produtiva enquanto estrutura hierarquizada e voltada à persecução do lucro empresarial. No preciso dizer de José João Abrantes³¹⁴, cuida-se de “um verdadeiro poder de julgar e punir, sem paralelo no domínio privado”.

Não por outro motivo, o contrato de trabalho é, quiçá mais do que qualquer outro, condicionado constitucionalmente por princípios e regras cujo escopo é assegurar a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana do trabalhador, bem assim mitigar o exercício sem peias, desproporcional, dos poderes empresariais.

Assiste-se hoje, portanto, a uma segunda fase de constitucionalização dos direitos trabalhistas, que busca a chamada “cidadania na empresa”, isto é, a garantia de direitos não especificamente ou tradicionalmente trabalhistas, mas direitos de cidadão comum que o trabalhador exerce no âmbito da empresa³¹⁵. Lá, afinal, o trabalhador não deve abrir mão dos direitos de que são titulares todas as pessoas, e de que ele próprio é titular “da porta da fábrica para fora”, diante dos seus concidadãos e do próprio Estado. Antes, também no seio da execução do contrato, o trabalhador faz jus a ser tratado com isonomia, a expressar livremente sua opinião, inclusive em desacordo com a opinião patronal, a exercer seu culto e professar livremente seu credo, a ter resguardada a sua intimidade e a não ser disciplinado ou mesmo despedido sem ser devidamente ouvido e ter suas razões consideradas antes da tomada de decisão pelo empregador.

Nos países de capitalismo mais avançado, quer-se hoje uma recomposição constitucional do contrato de trabalho, com vistas à valorização da pessoa humana em todos os seus aspectos no

³¹⁴ Ibid., p.49.

³¹⁵ Ibid.,p.60.

âmbito da execução contratual³¹⁶. Busca-se “despolitizar” a empresa, a fim de superar a antiga concepção fascista de empresa autoritária que vigorou em países como Itália, Espanha, Portugal e Brasil, entre outros, em que o poder patronal tinha fundo político e decorrida da autoridade do Estado³¹⁷, o qual procurava, então, patrocinar a pacificação social pela imposição de uma falsa idéia de comunhão de interesses entre capital e trabalho, que malograva mascarar a conflituosidade inerente a essa relação.

Tal como se democratizou o Estado, busca-se democratizar a empresa e *procedimentalizar* o poder de direção empresarial, através de mecanismos de proteção das posições jusfundamentais dos trabalhadores, mediante instrumentos de informação e consulta anteriores à tomada de certas decisões empresariais de grande impacto e repercussão social. Observa Zeno Simm³¹⁸ que, como se afirma na Itália, “a Constituição entrou na fábrica”.

Uma vez amplamente reconhecida a necessidade de aplicar os direitos fundamentais às relações laborais, de recompor o contrato de trabalho à luz da Constituição e de garantir ao trabalhador a condição plena de cidadão na empresa, impende agora analisar topicamente os problemas ensejados pela eficácia horizontal de alguns direitos fundamentais, diante da realidade socioeconômica brasileira e das limitações de nosso capitalismo “emergente”.

Como transpor as idéias européias para um contexto de baixo crescimento econômico e desemprego crônico, no qual há uma reserva de mão-de-obra desproporcionalmente superior à oferta, e no qual o dador de trabalho ainda pode dispor livremente do posto de trabalho, compensando pecuniariamente o obreiro pela rescisão do contrato, com supedâneo no seu direito potestativo? É um desafio que precisa ser tratado com parcimônia e equilíbrio.

5.4.3 Direito fundamental à igualdade

Afirmar, sem mais, que o empregador tem o dever geral de observar o princípio da isonomia no trato dos trabalhadores, não consegue responder à complexidade de certos conflitos laborais que desafiam o intérprete e aplicador do Direito. No que toca ao direito fundamental à

³¹⁶ Ibid., p.62.

³¹⁷ SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, n.11, vol.69, p.1287-1303, nov, 2005. p.1295.

³¹⁸ Ibidem, p.1287.

igualdade nas relações de trabalho, é oportuno considerar o pensamento de Jose Luis Gil y Gil, ao qual alinhamo-nos.

Para Gil³¹⁹, não há um dever absoluto de trato igual de todos os empregados por parte do dador de trabalho. Tomando o exemplo de uma pluralidade de trabalhadores que abusa do direito de greve, seria inadequado sustentar que o empregador só dispõe de duas opções: ou bem sancionar todos ou bem não sancionar ninguém. Afirma o mencionado autor³²⁰:

A convivência humana se baseia na diferença de trato. Como se há de tratar igualmente amigos e inimigos, conhecidos e estranhos, os mais chegados e os mais distantes? O direito não pode impor aos particulares a igualdade de tratamento nas suas relações jurídicas de caráter privado, pois isso acarretaria uma constrição insuportável da liberdade pessoal. O direito deve condenar, tão-somente, as diferenças de tratamento que se baseiem em discriminação, ou que resultem irrazoáveis.

Para Gil³²¹, não há um dever geral e absoluto de igualdade no domínio privado laboral. Ao empregador é dado, portanto, fazer certas diferenças entre seus empregados, como conferir a alguns melhores salários como recompensa por maiores resultados e produtividade. Não lhe é lícito, sem embargo, estabelecer discriminações irrazoáveis, arbitrárias, apenas para satisfazer um capricho. É repulsivo ao Direito, portanto, discriminar um trabalhador por se encontrar sindicalizado, ou pela cor da sua pele, ou fazer diferença salarial entre homens e mulheres de mesma posição hierárquica na organização.

Conclui, dessarte, que o juiz há de determinar se a diferença de trato é justificável ou se se trata de um puro e simples ajuste de contas³²². A perspectiva desse juslaborista, portanto, toma o princípio da igualdade como relativo e, assim, sujeito a um juízo de ponderação.

³¹⁹ GIL Y GIL, Jose Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario em la empresa**. Madrid: Secretaria General Tecnica (Centro de Publicaciones), 1993. p.125.

³²⁰ Ibidem, p.126. “La convivencia humana se basa em la diferencia de trato. ¿Cómo habría de tratarse igual a los amigos que a los enemigos, a los conocidos que a los extraños, a los propios que a los ajenos? El derecho no puede imponer a los particulares la igualdad de trato em sus relaciones jurídicas de índole privada, porque ello supondría una constricción insoportable de la libertad personal. El derecho debe condenar, tan sólo, las diferencias de trato que se basen em una discriminación, o que resulten irrazonables”.

³²¹ Ibid., p.129.

³²² Ibid., p.130.

5.4.4 Direito fundamental ao devido processo legal

Também se cogita sobre o direito ao *due process* nas relações trabalhistas, ao menos pela doutrina europeia mais vanguardista. Fala-se em direito de defesa do trabalhador, nas hipóteses de despedida por justa causa. Gil y Gil apresenta a controvérsia no Direito Espanhol em termos da aplicabilidade imediata ou apenas indireta do art. 7 da Convenção 158 da OIT, o qual dispõe³²³:

Não deverá dar-se por terminada a relação de trabalho de um empregado por motivos relacionados com sua conduta ou seu rendimento antes que se lhe haja oferecido a possibilidade de defender-se dos fatos imputados contra si, a menos que não se possa pedir razoavelmente do empregador que lhe conceda tal oportunidade.

Gil y Gil³²⁴ coloca o direito de defesa na relação de trabalho como um princípio elementar de justiça, ao partir da noção de despedida como a máxima das sanções, que não pode prescindir de prévio diálogo entre as partes. A observância do devido processo, aduz ainda o citado autor, permite que um sistema de relações trabalhistas possa ser qualificado como minimamente civilizado. Ainda que não se admita a aplicabilidade direta do princípio desde a constituição ou da convenção da OIT, sustenta-se a aplicabilidade do direito de defesa através do princípio da boa-fé objetiva como fonte de integração do contrato, solução que consubstancia a teoria da eficácia indireta.

Sem embargo, a própria Convenção 158 da OIT estabelece o princípio da razoabilidade como critério de limitação do direito de defesa. Ora, na qualidade de norma-princípio, o direito fundamental de defesa é relativo e está sujeito à ponderação na sua aplicação ao fato. O próprio Gil sustenta que o direito de defesa na relação de trabalho não deve se converter numa prerrogativa aos moldes do Direito Administrativo. A normação de um procedimento rígido no âmbito da CLT, por exemplo, se mostraria incompatível com a dinâmica necessária à gestão empresarial³²⁵.

Ideal seria, à satisfação do princípio sem comprometimento da autonomia da vontade empresarial, o estabelecimento em acordou ou convenção coletiva ou mesmo em regulamento de

³²³ Ibid., p.102. “No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.

³²⁴ Ibid., p.105.

³²⁵ Ibid., p.113.

empresa, de procedimento que albergasse minimamente a notificação regular e escrita do trabalhador, prazo para defesa, com possibilidade de apresentação de documentos, ouvida de pessoas, etc, assistência facultativa pelo sindicato ou advogado, enfim, um procedimento que impedisse a aplicação da despedida como pena, sem a possibilidade de o empregado influir na decisão em seu próprio favor.

Para muitos, a aplicação dessa doutrina no Brasil soaria quase herética. De pronto argumentar-se-ia que a possibilidade de restringir, dificultar, burocratizar ou engessar a livre despedida do empregado não se coaduna com as necessidades do livre mercado e comprometeria a competitividade das empresas no mercado global, especialmente de países emergentes como o Brasil, cujas possibilidades de competição já se mostram assaz prejudicadas por fatores diversos. O argumento, porém, só é válido para quem enxerga o trabalhador como mais um insumo do processo produtivo, de que se quer dispor livremente, e não como um ser humano e cidadão, portador de valor e dignidade e merecedor de cuidados, como elemento central e imprescindível de qualquer organização.

No ordenamento juslaboral francês, verifica-se dispositivo que consagra o direito de defesa do empregado diante da iminência de sanção disciplinar ou mesmo a despedida. Dispõe o art. L 122-14, parágrafo primeiro, do *Code du Travail*, que o trabalhador faz jus a uma “entrevista prévia”, na qual o empregador deverá expor os motivos da decisão e ouvir as razões do obreiro³²⁶.

A questão de fundo que subjaz a essa celeuma conduz a perguntar se o empregador dispõe livremente ou não do posto de trabalho do empregado. Ainda se justifica aceitar, entre nós, um direito potestativo do empregador de resilir o contrato de trabalho? A questão deve ser respondida à luz da função histórica e ideológica do Direito do Trabalho e, sobretudo, ao lume da ordem econômica instituída pela Constituição Federal de 1988.

Manuel Carlos Palomeque Lopez³²⁷ apresenta o conflito laboral como “conflito matriz ou arquétipo da sociedade capitalista”, que ensejou o surgimento do Direito do Trabalho como uma resposta defensiva do Estado a fim de conter e institucionalizar o conflito entre capital e trabalho em termos compatíveis com o sistema econômico estabelecido, de modo a impor a esse conflito

³²⁶ Ibid., p.112.

³²⁷ PALOMEQUE, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001. p.19.

um canal de desenvolvimento compatível com a permanência e o progresso do capitalismo das vigas mestras da sociedade burguesa. A função histórica e ideológica do Direito do Trabalho se insere no quadro mais amplo do Estado Social, que representa, ao fim e ao cabo, uma tentativa de solução de compromisso entre o interesse do capital e os interesses econômicos, sociais, culturais e políticos de legiões de vitimados pelo capitalismo industrial inconseqüente do século XIX.

O Estado Social como solução compromissória é visto por muitos como fracassado e hoje superado, como já discutido. Fala-se da incompatibilidade de princípios e projetos que o Estado-Providência procurou harmonizar. Gonzalo Maestro Buelga³²⁸ procura sintetizar o espírito de Weimar nos seguintes termos:

A existência de princípios contraditórios na Constituição expressa a natureza compromissória do novo Estado, resultado da confluência de interesses de classe antagônicos no processo constituinte. [...] Assim, Weimar é uma constituição sem decisão, na medida que seu conteúdo não expressa projeto político alternativo. Weimar é a impotência ou a inexistência de compromisso que permitiu deflagrar efeitos aos princípios socialistas incorporados à constituição.

O fato, porém, é que essa tentativa conciliatória está ainda juridicizada em boa parte das constituições ocidentais, inclusive na Constituição Federal brasileira de 1988, que tem como um dos princípios fundamentais internos “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art.1º, IV); como objetivo “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 2º, III); como princípios da Ordem Econômica a propriedade privada (art.170, II), a função social da propriedade (art.170,III), a livre concorrência (art.170, IV), a busca do pleno emprego (art.170, VIII); e como base e objetivo da Ordem Social, respectivamente, o primado do trabalho e o bem-estar e justiça sociais (art.193).

Parece que, se por um lado, a livre iniciativa é garantida ao empresário, permitindo-o decidir sobre os rumos que deve dar ao seu empreendimento, por outro lado a incidência de direitos fundamentais, como o devido processo legal, nas relações trabalho, homenageia os

³²⁸ MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002. p.25-26. “La existencia de principios contradictorios en la Constitución expresa la naturaleza pacticia Del nuevo Estado, resultado de la confluencia de intereses de clase antagónicos em el proceso constituyente. [...] Así, Weimar es una constitución sin decisión, en la medida en que su contenido no expresa proyecto político alternativo. Weimar es la impotencia o la inexistencia de compromiso que permitiera desplegar efectos a los principios socialistas incorporados a la constitución”.

objetivos constitucionais de cada vez mais aproximar a economia nacional duma situação de pleno emprego.

Assim, por mais que haja imperativos macro ou microeconômicos, crises, necessidade de reestruturação empresarial acompanhada de despedidas em massa, nada disso deveria passar ao largo da plena fiscalização e acompanhamento sindical, cujo papel é exigir do dador de trabalho, nesses casos, a exposição clara dos motivos econômicos ou simplesmente estratégicos que conduziram à decisão e, além, a negociação como forma de contenção dos efeitos colaterais das decisões empresariais sobre os trabalhadores. Tudo isso consagra um amplo processo coletivo de diálogo, que amiúde tem acontecido, mas que também deve ocorrer no plano individual, através da jurisdicização do *due process of law*.

Antonio Baylos³²⁹, considerando o direito ao trabalho na Ordem Social da Constituição de Espanha, afirma que:

[...] as políticas públicas de emprego devem continuar centradas no fomento do emprego indefinido e na transformação do trabalho temporário em trabalho por tempo indefinido, pressionando, assim de maneira modesta certamente, para limitar os processos de precarização e de destruição do emprego. [...] A todas essas esferas de regulamentação, deve unificar o princípio do pleno emprego, entendido num sentido forte como emprego com qualidade, base do exercício da cidadania.

É possível e necessário, mesmo num contexto de economia emergente, como o contexto brasileiro, a aplicação do devido processo às relações de trabalho, quer se trate de despedida enquanto sanção disciplinar, quer se trate de despedida por razões financeiras, de gestão estratégica, etc.

Na segunda hipótese, que suscitaria mais controvérsias, ainda que não se possa falar, entre nós, no direito subjetivo a um posto de trabalho, é possível conter e controlar despedidas absolutamente arbitrárias através da exigência de um processo que envolva diálogo, possibilidade de convencimento em contrário, fiscalização sindical e plena, exaustiva e satisfatória motivação da decisão empresarial, inclusive com o fito de desestimular a possibilidade do empregador de sempre solucionar pecuniariamente a rescisão do contrato.

³²⁹ BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social – o direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista trabalhista – direito e processo**, vol.10, p.21-51, 2004. p.50.

5.4.5 Objeção de consciência

Um dos mais caros direitos fundamentais de primeira dimensão é a liberdade de crença religiosa e de convicção política ou filosófica, presentes direta ou indiretamente em quase todos os catálogos de direitos fundamentais, nas constituições e nas declarações de direitos, que prevêm a possibilidade de objeção de consciência para a proteção dessa importante expressão da democracia e da dignidade humana.

Em princípio, não é dado ao trabalhador invocar a objeção de consciência para imiscuir-se da prestação laboral à qual se obrigou. Sem embargo, há casos em que a obrigação contratada deverá sucumbir diante da possibilidade de objeção.

A Lei Fundamental de Bonn garante em seu art. 4 a liberdade de crença, consciência e religião. Na Alemanha, já se reconheceu a um tipógrafo do direito de se recusar à composição de textos belicistas; a um médico, o direito de não colaborar em experiências para síntese de um novo medicamento, a ser utilizado com fins militares; e ainda a dois trabalhadores judeus de uma fábrica de armamentos, o direito de não tratar de encomendas destinadas ao Iraque, então em guerra com Israel, dentre outros casos³³⁰.

5.4.6 Liberdade de expressão

No que concerne à liberdade de expressão nas relações de trabalho, a jurisprudência dos tribunais alemães já não têm se mostrado tão generosa. Interpretações restritivas desse direito fundamental no âmbito empresarial alemão têm sido construídas com supedâneo nos deveres de lealdade do trabalhador, em valores contratuais como os da “paz na empresa” ou da “mútua colaboração baseada na confiança”. As violações desses deveres têm servido para configurar justa causa de despedimento, como a panfletagem comercial frente à empresa, uso de emblemas de propaganda política no interior do estabelecimento e mesmo discussões sobre futebol³³¹.

³³⁰ ABRANTES, op.cit., p.155.

³³¹ Ibidem, p.157.

Trata-se de um direito fundamental essencial à condição de cidadania, que também deve acompanhar a pessoa humana na sua condição de trabalhador. Não se admite um ambiente de trabalho em que impera a mais absoluta censura, pois ao trabalhador deve ser garantida a possibilidade de se manifestar individualmente, especialmente acerca das condições de trabalho e remuneração. Entretanto, cuida-se de princípio que sofre forte influxo contrário do dever de lealdade, pelo que se conclui que a liberdade de expressão na empresa abre vasto campo de problemas a serem solucionados pela ponderação.

5.4.7 Empresas de tendência

Trata-se de organizações cujas finalidades vinculam a prestação laboral dos empregados aos seus objetivos e ideais. A especial posição do trabalhador e o conteúdo ideológico de suas atividades determinam e agravam os deveres pessoais e éticos decorrentes de sua fidelidade à organização, motivo pelo qual esse trabalhador deverá proteger e promover com zelo redobrado o interesse do empregador, por muitas vezes mesmo fora do local de trabalho e longe das atividades contratadas, na sua intimidade e vida privada³³².

Exemplos são as instituições de ensino confessionais. Uma escola católica certamente terá graves reservas quanto a um professor que se divorcia, ou comete algum ato que se mostre contrário à fé cristã. Nesses casos a tendência jurisprudencial na Europa é admitir uma ampla restrição dos direitos fundamentais do trabalhador, inclusive no que tange aos seus direitos à vida privada, à liberdade de expressão, etc.

5.4.8 Direitos fundamentais à intimidade e à vida privada

Sob esta rubrica, coloca-se um amplo leque de problemas relacionados à intimidade, à vida privada, à autodeterminação da própria imagem e ao sigilo das comunicações enquanto direitos fundamentais do trabalhador.

Com respeito à intimidade do trabalhador, é dizer, fatos de sua vida pessoal que mesmo seus familiares e íntimos podem desconhecer, como preferências sexuais, hábitos, vícios, etc³³³,

³³² Ibid., p.158.

³³³ SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de *e-mails* e *sites*, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador – abrangência e limitações. **Revista LTr**, n.01, vol.70, p.65-71, jan, 2006. p.68.

há inúmeros casos de sistemática violação de tal direito fundamental por parte do empregador, como o uso indevido de câmeras de vigilância; testes psicológicos no curso de processos de admissão sem o conhecimento dos candidatos; buscas e revistas íntimas em pessoas e coisas, entre outros.

No que toca à vida privada do trabalhador, a saber, suas relações familiares e sociais, estranhas ao desempenho dos serviços contratados, bem como ao direito de autodeterminação da própria imagem, destacam-se problemas relacionados com o controle patronal indevido sobre o estilo de vida do trabalhador, sua aparência física no que diz com o cabelo, vestuário e acessórios, hábitos sociais, *hobbies*, etc.

Nos Estados Unidos, há forte tendência de algumas empresas em praticar o chamado *lifestyle discrimination*, mediante o qual deixam de contratar ou sancionam trabalhadores que praticam certos hábitos reputados indesejados pela companhia, como o hábito de fumar, mesmo na própria residência; prática de esportes radicais, em alguns casos até discriminando-se trabalhadores motociclistas.

Outro problema a ser enfrentado é a questão do sigilo das comunicações, diante da prática de muitas empresas de monitorar o computador usado pelo empregado, rastrear o envio de *e-mails* e fiscalizar e até proibir a navegação em certos sítios na *Internet*. Muitas restrições ao uso desses equipamentos são plenamente justificáveis. Pesquisas nos Estados Unidos demonstram que trabalhadores gastam até 40% do tempo à disposição da empresa em *sites* de relacionamento, bate-papo, ou fazendo *download* de músicas, o que decerto compromete sua produtividade e dá ensejo a vazamento de dados sigilosos e estratégicos da empresa³³⁴. Não por outro motivo, a doutrina em geral tem se mostrado simpática ao monitoramento quando há proibição regulamentar expressa quanto ao uso do equipamento empresarial para fins pessoais.

Leda Maria Messias da Silva³³⁵, em alentado artigo sobre o tema, apresenta duas razoáveis soluções para essa cizânia, a saber: a) o empregador não estará violando a intimidade do empregado, ao monitorar o uso do seu e-mail pessoal e uso de sítios diversos dos necessários à execução do trabalho, caso constitua regulamento sobre o assunto e dê ciência a todos empregados do seu conteúdo, onde esteja expresso que as ferramentas não poderão ser utilizadas para fins estranhos aos objetivos da empresa. Se o empregado, conquanto ciente das restrições,

³³⁴ Ibidem, p.69.

³³⁵ Ibid., p.70.

fizer uso do equipamento em desconformidade ao regulamento, estará abrindo mão de sua intimidade e até incorrendo em justa causa, ensejando sua despedida; b) Se o empregador autorizar o uso do equipamento para fins particulares, ou havendo omissão, por parte do empregador, quanto ao assunto, na hipótese de suspeita de mau uso do equipamento, como compartilhamento de informações privativas da empresa através de e-mail, o empregador deverá requerer a intervenção judicial, a fim de não violar indevidamente a intimidade do trabalhador. Caso assim não proceda, poderá arcar com a rescisão indireta e indenização por danos materiais e morais, ou até mesmo eventual responsabilização penal.

Em jeito de conclusão do presente item, é força reconhecer que o Direito do Trabalho, em razão de seu componente ideológico e objetivo histórico, buscará sempre expandir, fazer evoluir e maximizar as condições laborais em favor dos trabalhadores. É natural e esperado que assim seja, e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um imprescindível instrumento nesse sentido.

Sucedem que, diante do atual estágio da ciência jurídica, já não se pode falar em princípios e direitos fundamentais caso não se esteja efetivamente disposto a ponderar. E ponderar requer, amiúde, em frente de determinadas situações, fazer concessões, restringir garantias e conquistas, dar um passo atrás, assim como, diante de outras condições fáticas, se faz possível avançar.

Mesmo quem enxerga na Constituição a existência do princípio da proibição do retrocesso social há de admitir que, na qualidade de princípio, tal norma é relativa e sujeita à ponderação, o que equivale a dizer que, diante de certas circunstâncias fáticas e jurídicas, algum retrocesso é imperioso³³⁶.

5.5 APLICABILIDADE HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E TRANSINDIVIDUAIS

É preciso ainda investigar se os direitos fundamentais sociais, isto é, aqueles ditos de segunda geração, de caráter eminentemente prestacional, ou, dentro do sistema de posições jurídicas fundamentais de Alexy, direitos a ações positivas, têm o condão de vincular os particulares, tal como pode ocorrer com certos direitos fundamentais de defesa.

³³⁶ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.277-279.

A complexidade e a delicadeza do problema se repercutem de modos diversos na doutrina: ora de forma irresponsável, vinculando-se indiscriminadamente os particulares aos direitos sociais; ora na forma de omissão: na falta de respostas, alguns silenciam sobre o tema; ora na forma hesitação: a maior parte dos autores pretende enxergar alguma eficácia dos direitos sociais nas relações privadas, contudo falham gravemente em explicar como se daria essa eficácia à vista da vigente ordem constitucional.

Alguns autores, na tentativa de construir soluções, apresentam os direitos sociais como subdivididos numa dimensão defensiva e numa dimensão prestacional. A primeira corresponde à exigência de abstenção de condutas que possam ameaçar o exercício de direitos sociais. A segunda equivale a deveres comissivos atribuídos a quem ocupe o pólo passivo na relação jusfundamental. Em sua dimensão defensiva, os direitos sociais vinculariam os particulares. O contrário ocorreria na sua dimensão prestacional. Este é o argumento apresentado pelo espanhol Tomás Quadra-Salcedo, citado por Steinmtez³³⁷ e também por Daniel Sarmiento³³⁸.

Essa construção apresenta problemas. Com efeito, Alexy³³⁹ apresenta seu sistema de posições jurídicas fundamentais em “direitos a algo”, “liberdades” e “competências”. Os “direitos a algo” se dividem em “direitos a ações negativas” ou “direitos de defesa” e “direitos a ações positivas normativas” e “direitos a ações positivas fáticas”.

Ora, é exatamente naquela última categoria que se situam os direitos fundamentais sociais tal como desenhados na Constituição de 1988, a saber, prestações positivas que se esperam cumpridas pelo Estado em favor do indivíduo, tais como o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, à seguridade social e à educação.

Trata-se, aqui, de uma atuação comissiva do Estado em relação ao indivíduo. Nisto repousa o núcleo do sentido dos direitos fundamentais sociais. Sendo assim, cogitar sobre uma aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais às relações privadas nada mais é do que admitir que um particular se veja juridicamente obrigado a prestar educação, saúde e trabalho a outro particular. Demais, afirmar que um particular está obrigado a não obstaculizar o exercício de um

³³⁷ Op.cit., p.275.

³³⁸ Op.cit., p. 334.

³³⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.186 *et seq.*

direito fundamental social não equivale a colocá-lo na posição jurídica de devedor desse direito³⁴⁰.

Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Steinmetz³⁴¹ afirma genérica e peremptoriamente que todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, operam eficácia nas relações entre particulares, não havendo, segundo o constitucionalista gaúcho, razões para afastar, em princípio, uma vinculação direta das relações privadas àquela categoria de direitos, sendo para tanto irrelevante qualquer distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações.

Ora, tirante os direitos fundamentais sociais do art. 7º - direitos fundamentais sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, excluídos do âmbito de análise deste trabalho por terem justamente como sujeitos passivos outros particulares -, não há como admitir, *prima facie*, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais.

Uma vez definidos como direitos do indivíduo a prestações positivas do Estado, tais como os do art. 6º, não é possível afirmar, diante do direito social à educação, que os particulares estejam obrigados a criar escolas, universidades e outras instituições de ensino em favor de outros particulares. Da mesma sorte não é possível, à vista do direito fundamental à saúde, que particulares se vejam *ex constitucione* obrigados a construir hospitais, postos de saúde e unidades ambulatoriais em favor de outros particulares, ou mesmo que estejam obrigados – somente em razão do direito fundamental – a custear-lhes tratamento médico. O contrário corresponderia a elidir de maneira não proporcional o próprio direito geral de liberdade.

No que toca aos direitos fundamentais de terceira geração, os assim chamados transindividuais, como direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 5º, LXXIII e art. 225), direito fundamental ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII e arts. 215 e 216) e direito fundamental à proteção das relações de consumo (art. 5º, XXXII), melhor é que se admita para eles uma aplicabilidade apenas indireta ou mediata nas relações privadas.

Sucedem que, no que tange à efetivação dessa categoria normativa, o Texto Magno aponta sempre para a mediação legislativa estatal. Nesse passo, prescreve que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII). A respeito do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao patrimônio histórico e cultural, por exemplo, a Constituição

³⁴⁰ STEINMETZ, op.cit., p.276.

³⁴¹ Ibidem, p.278.

estabelece que, além do Estado, é dever da “sociedade” ou da “comunidade” zelar por sua preservação, mas relega ao plano normativo ordinário a tarefa de dizer como fazê-lo.

Portanto, à vista do quanto exposto, dificilmente se poderá extrair da Constituição de 1988 uma vinculação direta ou imediata dos particulares aos direitos difusos e coletivos, motivo por que se mostra mais razoável admitir-se sua eficácia apenas indireta, isto é, na dependência de regramento infraconstitucional.

Seja como for, o fato é que os direitos fundamentais difusos e coletivos, na Constituição de 1988, se impõem principalmente ao Estado, que por sua vez (diferentemente do que ocorre com os direitos sociais) os tem efetivado especialmente pelo viés do regime jurídico-administrativo, ou seja, os tem imposto aos particulares através do poder de polícia da Administração. Assim, hoje, no Brasil, uma relação privada qualquer que envolva direitos transindividuais, especialmente relativos a meio ambiente, consumo e patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico, fatalmente sofrerá uma incidência e ingerência tal do Direito Administrativo, que os problemas relativos à sua eficácia horizontal *ex constitucione* de certa forma perdem interesse prático entre nós, muito embora seja justo informar não ser essa a opinião dos doutrinadores que têm se manifestado sobre o tema.

Sem embargo do quanto dito, uma outra construção pode lançar luzes sobre o impasse apresentado. É possível se admitir, com mais tranqüilidade e maior rigor teórico, a aplicabilidade horizontal de **alguns** direitos a ações positivas fáticas, caso se parta da idéia de Alexy acerca do **direito fundamental completo**.

O conceito de direito fundamental completo, em Alexy, em sua acepção mais simples, corresponde a um “feixe de posições de direitos fundamentais”³⁴². Tendo em vista que às posições jurídicas sempre correspondem normas que as reconhecem, a união de um feixe de posições em um direito fundamental equivale à atribuição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental.

A fim de esclarecer, Alexy³⁴³ apresenta o exemplo da decisão sobre a Lei Provisória sobre o ensino superior na Baixa Saxônia. No caso, fala-se em três posições de espécies diferentes: uma liberdade jurídica para realizar atos no âmbito científico; um direito a que o Estado não embarace

³⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.249.

³⁴³ Idem.

os atos no âmbito científico, ou seja, direito a uma ação negativa do Estado que garanta tal liberdade jurídica; e um direito a uma ação positiva do Estado que proteja essa mesma liberdade.

Assim, um exemplo de direito fundamental completo, no que toca ao direito à saúde, corresponderia, primeiro, à liberdade jurídica *prima facie* de dispor sobre a própria condição física; em segundo lugar, um direito a que nem o Estado nem terceiros cometam ações que lesem a incolumidade física e psico-moral do indivíduo; e terceiro, um direito a ações positivas do Estado que fomentem a manutenção e desenvolvimento normal da saúde do cidadão.

Dentro dessa perspectiva de direito fundamental completo, que alberga todo um feixe de posições distintas, relacionadas a um mesmo bem juridicamente tutelado, um direito à saúde poderia ser concebido como oponível a outros particulares na segunda posição, mas não na terceira.

Nessa linha de raciocínio, o direito fundamental à saúde pode ser oposto a outro particular numa situação de dois vizinhos de apartamentos de varandas contíguas, sendo um fumante e outro não-fumante. Na perspectiva da segunda posição do feixe, o direito à saúde pode ser invocado pelo não-fumante para pretender impedir seu vizinho de fumar, uma vez que a fumaça adentre o apartamento do primeiro. Já a terceira posição não seria passível de aplicação horizontal, visto que isso corresponderia à pretensão de obrigar particulares a se desincumbirem de deveres destinados pela Constituição ao Estado, como já aventado.

Essa construção é teoricamente mais aceitável do que simplesmente subdividir direitos fundamentais sociais numa dimensão defensiva e numa dimensão prestacional, como citado acima, muito embora seja força reconhecer sua equivalência em termos práticos.

A idéia é frágil, possui arestas e não se aplica a muitos direitos fundamentais sociais e transindividuais, reconheça-se. Trata-se de mais uma tentativa de levar adiante, ainda, a discussão sobre a possibilidade de efeitos horizontais dessas categorias de direitos fundamentais, possibilidade assaz problemática e que está a desafiar o gênio dos constitucionalistas que buscam a maior eficácia possível dos direitos fundamentais.

6 CONCLUSÃO

Ao cabo deste estudo, não apresentaremos uma seqüência de sínteses parciais de cada item desenvolvido, visto que tais sínteses tendem a reduzir e empobrecer discussões extensas e complexas, o que pouco contribuiria para a tentativa de confirmação ou refutação das hipóteses formuladas.

Outrossim, o caráter eminentemente exploratório deste trabalho requer seja sintetizada uma conclusão a partir da qual se possam montar cenários teóricos hábeis a propor soluções aos problemas apresentados ao longo deste estudo.

Como se buscou demonstrar desde o início, o escopo subjacente a toda discussão aqui aventada consistiu na tentativa de reconstruir certos aspectos do problema da eficácia horizontal, a partir do questionamento das premissas teóricas que comumente lastreiam a doutrina em geral e da tentativa de estabelecer outras premissas que otimizem a validade da abordagem do problema. Essa tentativa de reconstrução do problema se baseou em dois esteios principais, quais sejam: a colocação do problema da eficácia horizontal dentro da perspectiva da teoria dos princípios e o questionamento do papel da constituição e dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Diante disso, é possível se afirmar o que se segue.

A partir da compreensão da autonomia da vontade como princípio consectário de um direito geral de liberdade, e com estribo nas premissas da teoria dos princípios, é possível se aceitar a autonomia da vontade como mais um direito fundamental que se insere no bojo de um amplo catálogo. A conseqüência disso está em que a autonomia da vontade, mesmo enquanto princípio formal, está sujeita à colisão com outras espécies de direitos fundamentais. Solucionar essas colisões requer se aceitar a relatividade dos direitos fundamentais em geral, e da autonomia da vontade em particular.

Somente as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, devidamente sopesadas mediante a regra da proporcionalidade, poderão conduzir racionalmente o intérprete e aplicador do Direito a sintetizar uma norma de decisão que faça prevalecer a autonomia da vontade ou um outro direito fundamental com o qual ela venha a colidir. As soluções construídas por esse método, no entanto, são adequadas apenas e tão-somente diante da incidência das condições para as quais foram concebidas, ainda que diante de uma precedência *prima facie*. É possível dizer, assim, que, em matéria de direitos fundamentais, não pode haver respostas *a priori*.

Falar em eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas também exige, por conseguinte, a possibilidade de restrição de tais direitos, inclusive a possibilidade de o princípio da autonomia da vontade prevalecer parcial ou completamente sobre um certo outro direito fundamental. Admitir isso, todavia, é em certa medida incompatível com uma concepção democrático-funcional dos direitos fundamentais e uma concepção totalizadora da constituição, mediante as quais se carrega nos direitos fundamentais uma missão libertária além de suas possibilidades.

Como se viu, o problema com certa parte da doutrina brasileira, largamente influenciada por tais concepções, é querer – ainda que alegue recorrer à ponderação – construir um muro protetor em redor dos direitos fundamentais, o qual os salvguarde de qualquer espécie de vulneração. Isso ocorre de forma especial no fenômeno da eficácia horizontal, uma vez que a desigualdade material que sói ocorrer entre os sujeitos privados acaba por acentuar ainda mais a tendência de alguns a proteger aprioristicamente certos direitos fundamentais em detrimento do direito fundamental à autonomia privada. Isto, todavia, não se coaduna nem com a própria estrutura dos direitos fundamentais, nem com uma adequada concepção do seu papel, na qual se pode exigir da constituição e dos direitos fundamentais uma realização ótima sem se exigir deles o impossível.

Todo aquele que vive sob um Estado Democrático não pode se furtar a reconhecer que o regime democrático e, por conseguinte, um catálogo amplo de direitos fundamentais, supõem e expressam uma sociedade com permanentes interesses e bens em conflito. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um dos mais claros exemplos dessa patente realidade.

A despeito das controvérsias e dificuldades quanto aos rumos do fenômeno da constitucionalização do Direito, parece seguro afirmar que a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas constitui um fenômeno inegável, que resta ser discutido à exaustão, refinado e racionalizado.

Se o poder dos sujeitos privados é capaz de ameaçar a liberdade individual tanto quanto ou, por vezes, mais do que o poder do Estado, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se apresenta como um expediente essencial para buscar realizar o projeto moderno, republicano e humanista de levar a todas as pessoas liberdade, justiça, solidariedade e dignidade. A teoria dos princípios e a ponderação são aliadas imprescindíveis desse projeto.

Entretanto, acerca das potencialidades dos direitos fundamentais, com acerto observou Alexy³⁴⁴ que “o que os direitos fundamentais realmente são, de nenhum modo decide somente o texto constitucional. Decisivo são a vontade política do povo, a situação econômica e a prática jurídica e a ciência do direito”.

E no mesmo lugar, agora a pensar no problema do desemprego e nas limitações do Estado para dispor sobre postos de trabalho, prossegue Alexy³⁴⁵:

O verdadeiro déficit não reside nisto, que o catálogo de direitos fundamentais não contém nenhum direito ao trabalho, mas nisto, que ele não pode conter nenhum, se direitos fundamentais devem permanecer reclamáveis judicialmente. Isso, porém, eles devem ser incondicionalmente. Isso mostra mais do que um defeito pontual. Mostra um limite geral dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais podem assegurar muita coisa, mas não tudo. Eles não são nenhum remédio universal. Existem numerosos problemas que não são solucionáveis por direitos fundamentais, portanto, por direitos, mas somente por política ou moral.

É preciso, de fato, inclusive no que tange à eficácia horizontal, lançar fora todo o fundamentalismo dos direitos fundamentais.

Ainda que se pretenda reconhecer um papel libertário ao Direito, é preciso reconhecer os limites das potencialidades da constituição e dos direitos fundamentais em particular. Assim sendo, a eficácia jusfundamental nas relações privadas não pode consistir em panacéia para todos os problemas sociais, que, além da força do discurso jurídico, sofrem o influxo das forças econômicas e políticas. De fato, parafraseando Robert Alexy, os direitos fundamentais podem muito, mas não podem tudo. Com razão observou o mesmo Alexy³⁴⁶ que “quem carrega tudo nos direitos fundamentais os destrói”.

³⁴⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.100.

³⁴⁵ *Ibidem*, p.102.

³⁴⁶ *Idem*.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Epílogo à la teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.

_____. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. **Revista Internacional de Direito Tributário**. vol. 3, p.153-167, jan, 2005.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, L. R. (Org.). **A nova interpretação constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006.

BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social – o direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista trabalhista – direito e processo**, vol.10, p.21-51, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo sem reciprocidade: a política pública de destruição do emprego. **Revista LTr**, n.08, vol.69, p.915-937, ago, 2005.
- DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Enrico Corvisieri. Disponível em: <<http://www.eduardostefani.eti.br/bennett/filosofia/discurso-metodo.pdf> >. Acesso em: 27 fev. 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5. ed. rev. e amp. Salvador: JusPODIVM, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sérios**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, dominação e decisão**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003

FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini – 7ª edição – Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GIL Y GIL, Jose Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario em la empresa**. Madrid: Secretaria General Tecnica (Centro de Publicaciones), 1993.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 - interpretação e crítica**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRIEI, Maurício Abdalla. *Episteme*, Porto Alegre, n. 12, p. 113-138, jan./jun. 2001.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Bueno Siebeneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 12.ed. São Paulo: Editora Loyola, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9.ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MONEREO PÉREZ, Jose Luis. **Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral**. Madrid: CES, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T. IV, 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As novas tendências do Direito Constitucional**. Tradução de Cândido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

POPPER RAYMUND, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 29 São Paulo: RT. p. 55-65, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós – moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós – modernidade**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. Disponível em:
<<http://docentes.puccampinas.edu.br/ceatec/davidb/abertura/METODOLOGIA/DiscursoCiencias.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____ (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de *e-mails* e *sites*, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador – abrangência e limitações. **Revista LTr**, n.01, vol.70, p.65-71, jan, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo, 2005.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, vol. 798, p.23-50, abr, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, n.11, vol.69, p.1287-1303, nov, 2005.

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