

A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NESTE CONTEXTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA RELAÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO EM SUA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Eduardo Pires¹
Luiz Gonzaga da Silva Adolfo²

Resumo: A possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é tema ainda novo no âmbito do constitucionalismo brasileiro. Tal âmbito de incidência dos direitos fundamentais é fruto de um desenvolvimento histórico do direito constitucional, demonstrando, também, relação com o nível de aproximação entre o Público e o Privado e, conseqüentemente, com a forma de atuação do Estado, especialmente, na contemporaneidade, do Poder Judiciário. O tema é abordado utilizando-se do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e, acaba mostrando que as formas de incidência dos direitos fundamentais, no contexto proposto, sofrem grandes alterações ao longo da história, de modo que, contemporaneamente, tais direitos merecem o maior grau de realização possível, aplicando-se, inclusive, nas relações privadas, o que pode ocorrer de forma direta, por meio do Poder Judiciário e de sua atividade hermenêutica, os quais, portanto, passam a ocupar, na atualidade, papel de extrema importância para a concretização dos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais; Poder Judiciário; Constitucionalismo.

Abstract: the possibility of application of fundamental rights in private relationships is still new issue in the Brazilian constitutionalism. Such scope of incidence of fundamental rights is the result of historical development of constitutional law, demonstrating also related to the level of approximation between the Public and the

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, membro do Grupo de Pesquisas Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado, vinculado ao PPGD da UNISC, Advogado atuante, e-mail: eduardo@piresefrantz.com.br

² Doutor em Direito pela UNISINOS (2006). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Gravataí/RS). E-mail: <gonzagaadolfo@yahoo.com.br>.

Private and consequently in the form of State action, especially in contemporary times, the Judiciary. The theme is treated using the hypothetical-deductive method and literature technique and just showing that the forms of incidence of fundamental rights in the proposed context, suffer big changes throughout the history, so that, contemporaneously, such rights deserve the highest possible degree of realization, applying even in private relationships, which may occur directly, through the Judiciary and its hermeneutic activity, which thus occupy, at present, role of utmost importance to the realization of fundamental rights, including in relations between individuals.

Keywords: Fundamental Rights; Judiciary; Constitutionalism

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A questão que versa sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é tema já há algum tempo debatido em alguns países, contudo, ainda recente no âmbito do direito brasileiro, onde a temática só começou efetivamente a ser questionada a partir do advento da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, da mesma forma como ainda existem muitas controvérsias a esse respeito em países como Alemanha, Itália, Portugal, entre outros, pioneiros na abordagem do tema e criadores de algumas teorias que tratam do assunto, na esfera do direito brasileiro, como não poderia ser diferente, também pairam muitas incertezas.

Desse modo, o presente texto pretende abordar o tema levando em consideração como se dá a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas na evolução histórica da inter-relação entre o público e o privado, bem como, qual o papel que exerce o Judiciário, por meio da jurisdição constitucional em seu modelo europeu, para essa incidência e conseqüente concretização dos direitos fundamentais.

Para tanto, parte-se da análise do paradigma encontrado no Estado Liberal, passando pela evolução do tema na mudança ocorrida para o Estado Social, para, ao final verificar a situação atual da temática, levando-se em consideração o contexto do constitucionalismo contemporâneo no Estado Democrático de Direito.

1 A DICOTOMIA PÚBLICO *VERSUS* PRIVADO NO ESTADO LIBERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A época do Estado Liberal é marcada pela grande dicotomia existente entre o direito público e o direito privado. Nesse período, conhecido também como Estado Burgês³, o direito público, por meio da Constituição, era responsável pelo regramento e organização dos poderes do Estado, bem como, de sua limitação quanto ao âmbito de atuação entre si e perante os particulares.

Já o direito privado, tendo como base o código civil, tinha a papel de regular as relações entre os particulares, através de seus contratos para transmissão de propriedade, sendo considerado como “perfeito e total, voltado à sociedade civil e isolado da constituição”. (ADOLFO, 2008, p. 26.)

O Estado Liberal de Direito erige-se sobre as promessas de neutralidade e não intervenção, a fim de viabilizar o desenvolvimento pleno dos indivíduos, à margem da atuação dos poderes públicos. Nesse modelo de total separação entre Estado e sociedade civil, o Direito privado desempenha a função de estabelecer as regras mínimas de convivência entre as pessoas, que desfrutam da mais ampla liberdade no âmbito social. [...] o estatuto jurídico do Estado liberal, assentava-se sobre três dogmas indiscutíveis: a) a generalidade da lei; b) o reconhecimento da igualdade de todos os indivíduos perante a lei; e c) a consagração da autonomia da vontade privada. (PEREIRA, 2006, p. 129/145)

Nesse contexto histórico, as Constituições encontravam-se reduzidas a meras “leis orgânicas dos poderes políticos”, enquanto que o código civil era considerado como “a constituição privada”. Assim, pode-se afirmar que durante esse período a divisão entre o público e o privado era praticamente absoluta, sendo que ao direito civil cabia a função de assegurar no plano concreto, que das relações entre os particulares, por ele disciplinadas, se conservasse apartado o Estado.

Portanto, no que diz respeito aos direitos fundamentais, pode-se afirmar que reinavam nessa época os direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, os direitos de liberdade que implicavam em uma obrigação negativa do Estado em relação aos particulares. Nesse sentido, tinha o Estado a obrigação de não intervir

³ O Estado Burguês nasceu e se desenvolveu em uma economia agrária, em que a riqueza se concretizava na propriedade, especialmente na propriedade.

no âmbito das relações privadas, tendo em vista o objetivo de preservação, no maior grau possível, da autonomia da vontade.

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais de primeira dimensão têm o indivíduo particular como titular, sendo direitos de defesa contra o Estado. Segundo Bonavides, “traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.(BONAVIDES, 1997, p. 517).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgem, nas primeiras constituições, com o objetivo de proteger o indivíduo frente ao Estado. Tem sua origem no pensamento liberal-individualista-burguês do direito francês, caracterizado como um direito de defesa, determinando a não-intervenção do Estado.(REIS, 2004, p. 995)

O direito privado, nessa perspectiva era considerado, segundo Finger, como “autêntico baluarte da liberdade”, haja vista que o contrato, nele regulamentado, permitia o acesso à propriedade para todos, visto que dotados de autonomia. “Esta autonomia da vontade, confundida com a liberdade, era corolário da igualdade formal”.(FINGER, 2000, p. 89)

A concepção de igualdade a essa época, oriunda do modelo liberal-burguês, representava segundo Ramos “a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial” (RAMOS, 2000, p. 5).

A separação entre o Estado e os cidadãos representava a garantia da liberdade individual, sendo que, no âmbito do Direito Público vigoravam os direitos fundamentais objetivando a proteção do indivíduo em relação ao Estado e no campo do Direito Privado eram disciplinadas as relações entre os particulares, baseadas, sobretudo, no princípio da autonomia da vontade, como extensão do direito à liberdade (SARMENTO, 2006).

Nesse contexto, no que tange ao papel do Judiciário, tendo em vista o culto pela segurança jurídica por parte da sociedade burguesa, como forma de assegurar e garantir as conquistas obtidas com a Revolução Francesa permitia-se a ele uma atuação extremamente restrita, cuja função limitava-se a aplicar a norma ao caso

concreto, ou seja, a utilização do método da subsunção⁴, sendo, desta forma, proibido ao juiz interpretar a lei, isto é, não cabendo ao magistrado qualquer atividade criativa (LEAL, 2007).

Há, assim, no âmbito do sistema liberal, uma supervalorização da lei como produto da racionalidade, bem como, a supremacia do Legislativo, em que se privilegia a vontade do legislador como sentido normativo, cabendo ao Judiciário um papel secundário.

Desse modo, considerando que a esta época a Constituição e demais normas não previam qualquer forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e ainda que não havia qualquer abertura ao Judiciário para interpretação, cabendo somente aplicar a lei, pode-se concluir que não havia nesse período qualquer incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sendo que a incidência desses direitos ocorria somente no que se refere às relações entre Estado e indivíduo.

2 O ESTADO SOCIAL E A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Um segundo estágio, para análise da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ocorre com o advento do Estado Social, em que há, também, uma grande alteração na relação do direito público com o direito privado.

Nesse sentido, percebe-se que, muito especialmente, a partir da Revolução Industrial, o mencionado contexto dicotômico começa a tomar um rumo diferente. Isso porque, com o aumento em grande escala do trabalho subordinado e das relações comerciais nesse período, os ideais burgueses de igualdade formal e autonomia da vontade evidenciavam-se, de forma muito significativa, como forma de exploração das classes menos favorecidas.

Assim, as trágicas consequências do Estado Liberal para o campo social, originaram repostas no âmbito doutrinário, inclusive no que tange aos direitos

⁴ No método da subsunção a norma (geral) desempenha o papel de premissa maior, enquanto que o fato (caso concreto), equivale a premissa menor, extraindo-se daí uma conclusão de caráter dedutivo, cf. LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

fundamentais e, conseqüentemente, nas características de posicionamento e atuação do próprio Estado.

Surgem, então, agora no âmbito do Estado Social, os chamados direitos de segunda dimensão, que dizem respeito aos direitos sociais⁵, econômicos e culturais e que pressupõem, ao invés de uma atuação negativa, um dever de agir do Estado na busca por uma igualdade material.

Silva, sobre os direitos fundamentais sociais, ensina que:

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento de igualdade real, no que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2006, p. 276/277)

Dessa forma, já na primeira metade do século XIX, surgem, na Inglaterra, as primeiras normas de caráter social, cujo intuito era justamente proteger os trabalhadores e assim minimizar os profundos impactos decorrentes da Revolução Industrial sobre o proletariado. Posteriormente, no século XX, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, percebeu-se um aumento intenso no que diz respeito à tutela dos direitos sociais (SARMENTO, 2006).

Nesse sentido, Sarmiento, referindo-se ao Estado Social aduz que:

O Estado não mais se contenta com a proclamação retórica de igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos. Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa a condição de agente promotor destes direitos (SARMENTO, 2006, p. 19).

Nessa perspectiva, verifica-se, então, a exigência de uma alteração na forma de atuação do Estado, que de uma posição omissa, passa a ter uma posição ativa, haja vista que os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos de 1ª

dimensão, “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais” (KRELL, 2002, p. 19)

Tal realidade faz com que haja um fortalecimento do Executivo, tendo-se em vista caber a ele a instrumentalização da intervenção do Estado na esfera econômica. Portanto, diante desse quadro, o pólo de tensão do poder desloca-se do Legislativo (do período liberal) em direção ao poder Executivo.

Assim, no seu período denominado de social, o Estado acaba “tomando para si a responsabilidade de transformar a estrutura econômica e social no sentido de uma realização material de igualdade” (LEAL, 2007, p. 33.), muito especialmente por meio da realização dos direitos fundamentais sociais.

De tal modo, busca-se uma diminuição das desigualdades sociais, gerando-se uma responsabilidade da sociedade pela existência social, econômica e moral de todos os seus membros, ao mesmo tempo em que se pretende manter o respeito pelos direitos particulares. Há, portanto, uma relativização dos direitos subjetivos pela sua função social (GEHLEN, 2002, p. 177).

Com isso, a propriedade privada, os contratos, entre outros institutos clássicos do direito privado, não mais recebem a proteção absoluta que detinham no decorrer do período liberal, pois passam a sofrer restrições profundas e extensas do poder público.

Segundo Barroso, a consequência que se tem com essa nova conjuntura é que:

[...] o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função social das instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolidada a publicização do direito privado (BARROSO, 2007, p. 231).

As referidas alterações oriundas da mudança do Estado Liberal para o Estado Social ocasionaram, por consequência, mudanças também na esfera constitucional. Para Sarmento, “O Direito Constitucional penetra em novos campos, fecundando-os com seus valores. A Constituição, em suma, não é mais a “Lei do Estado”, mas o Estatuto Fundamental do Estado e da sociedade” e continua, referindo que “a

chamada Constituição Dirigente substitui as antigas Constituições Liberais, contendo um projeto global de transformação da sociedade” (SARMENTO, 2006, p. 24.)

Desse modo, conforme aduz Leal:

Os textos constitucionais incorporam, pois, propósitos emancipatórios, tendo como meta a correção ou transformação da ordem social e econômica vigente no sentido de consecução de uma real igualdade, de modo que também à Constituição passa a ser atribuída uma nova função, no sentido de ser um programa de ação para governados e governo (LEAL, 2007, p. 33/34).

Há, assim, um processo de publicização do direito privado, caracterizado pelo aumento da intervenção estatal nas relações privadas, muito especialmente por intermédio do legislador, o que gera, ao contrário do que se tinha no liberalismo, o primado do público sobre o privado.

Nesse contexto, no que concerne a questão dos direitos fundamentais, verifica-se que agora a incidência de tais direitos não se restringe mais as relações entre o indivíduo e Estado, pois há um extensão do seu raio de aplicação também nas relações entre particulares, haja vista que a opressão e as injustiças não provêm mais exclusivamente do poder público, estabelecendo-se também nas relações entre particulares, especialmente no âmbito das relações laborais, de mercado, de família, etc.

Portanto, como pode ser observado, o Estado Social, além da alteração na relação entre o direito público e o direito privado, e da promoção dos direitos sociais, ensejou, também, uma alteração significativa no que tange a aplicação dos direitos fundamentais, que passam a vincular, agora também, as relações privadas, contudo, exclusivamente por meio do legislador, servindo, de certa forma, como meio de limitação da autonomia privada para fins de se alcançar uma igualdade material nas relações particulares.

Contudo, nessa conjuntura o Judiciário continuava limitado, não cabendo a ele a tarefa de fazer valer, de forma direta, os direitos fundamentais na esfera das relações privadas, já que a Constituição, dotada de normas programáticas, consideradas como promessas para o futuro, de cunho mais político do que jurídico, não lhe permitia esta abertura.

Tendo em vista a proposta inicial de abordagem da jurisdição constitucional, é oportuno também mencionar que durante o período do Estado Social esse mecanismo do Judiciário, nos moldes idealizados por Kelsen, realizava o controle de constitucionalidade de forma a agir por meio de uma função não propriamente judicial, mas sim de forma a serem suas decisões consideradas como uma forma de “legislação negativa”, cabendo ao Judiciário (Tribunal Constitucional) “analisar tão somente o problema (puramente abstrato) de compatibilidade lógica entre lei e a norma constitucional. Trata-se, por conseguinte, de uma atividade que se aproxima da do legislador” (LEAL, 2007, p. 46), não supondo uma atividade tipicamente judicial.

Assim, Leal refere que “a Constituição perde sua natureza judicial, ficando os órgãos judiciais afastados dela e de sua força normativa, restando vinculados somente às leis e regulamentos que o legislador negativo vai, paulatinamente, depurando” (LEAL, 2007, p. 48)

3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E AS PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A concepção de Constituição, como norma efetiva, de caráter imperativo, como norma principal do ordenamento jurídico, é algo que se pode entender como recente na teoria constitucional, sobretudo, no Brasil.

Diante do exposto até o presente momento, verificou-se que durante o Estado Liberal, as Constituições tinham apenas duas funções: o papel de estatuto de organização do Estado e a função de manter o Estado distante das relações privadas, como forma de garantia da liberdade do indivíduo. Nesse sentido, até então, os direitos fundamentais eram aplicados somente na relação do indivíduo contra o Estado. Naquele contexto tinha-se o Código Civil como centro do ordenamento.

Com a passagem para o Estado Social, as Constituições passam a ter um caráter mais político, passando a abranger também em seus textos, direitos sociais e econômicos, assinalando metas a serem buscadas pelos Poderes Públicos no intuito de promover uma transformação social de forma a se alcançar uma sociedade mais

igualitária. Passa a haver, então, a incidência dos direitos fundamentais também nas relações privadas, contudo, de forma indireta, pois estava na dependência de legislação ordinária que a efetivasse.

Assim, os direitos contidos nas referidas cartas sociais, na medida que não estabeleciam prazos e nem mesmo sanções para o cumprimento dos objetivos traçados, ou seja, por não terem aplicação imediata, eram visualizados como normas programáticas que dependiam de atuação do legislador ordinário para gerarem efeitos.

Contudo, haja vista a inércia ou acanhamento do legislador ordinário, as potencialidades transformadoras apresentadas pelas cartas sociais eram frustradas, tanto que Lassale, em sua obra “A essência da Constituição” chegou a negar qualquer valor à lei constitucional, a equiparando a um mero “pedaço de papel” (SARMENTO, 2006, p. 52/54).

No entanto, ao longo do século XX, esse cenário inicia a tomar um rumo diverso, muito especialmente em decorrência da mudança de paradigma ocorrida no que se refere ao status da norma constitucional. Supera-se o modelo de Constituição considerada como um documento essencialmente político, passando-se ao reconhecimento de sua força normativa que, em decorrência, passa a estabelecer o caráter vinculativo e obrigatório de todo o ordenamento jurídico perante a Constituição e as suas disposições.

No Brasil, tal cenário de normatividade constitucional inicia-se a partir do advento da Constituição de 1988 e do Estado Democrático de Direito, surgindo, assim, conforme denominado por Barroso, o novo direito constitucional brasileiro, de forma simultânea ao processo de redemocratização e reconstitucionalização do país (BARROSO, 2006).

Conforme ensina Sarmento:

Esta nova concepção da Constituição, que envolve a expansão das suas tarefas, o reconhecimento da sua força normativa, o fortalecimento do papel da jurisdição constitucional e a penetração de seus princípios e valores por todos os ramos do ordenamento, tem sido chamada por alguns juristas de neoconstitucionalismo. Se o constitucionalismo representava basicamente a doutrina de contenção do poder estatal, o neoconstitucionalismo, que vem se desenvolvendo na Europa a partir do segundo pós-guerra, e no Brasil sob a égide da Constituição de 88, é muito mais ambicioso, no seu afã de

fecundar o direito positivo com os ideais humanitários presentes nas constituições contemporâneas. (SARMENTO, 2006, p. 56)

Nesse novo contexto, em que a Constituição passa a ocupar o centro do sistema jurídico, verifica-se o início do fenômeno denominado de constitucionalização do direito, inclusive do direito privado.

Todo esse processo teve seu início, mais especificamente, na Alemanha, onde, a partir do caso *Lüth-Urteil*, de 1958, o Tribunal Constitucional Federal passou a considerar que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva, ou seja, além do caráter de proteção do indivíduo contra o Estado, passam a ter também uma dimensão objetiva. Isso implicou em uma nova condição dos direitos fundamentais, que passaram, portanto, a incidir e atingir todas as esferas e do direito (LEAL, 2007, p.104.), inclusive as relações entre particulares.

Tal fato, que ocorre em concomitância com a passagem para o Estado Democrático de Direito, por sua vez, acarreta uma mudança na Constituição que acaba, mais do que nunca, assumindo uma função principiológica, “assentada em dispositivos de textura aberta” (LEAL, 2007, p.40) e, portanto, carente de concretização.

Esse fato acarreta, por consequência, a exigência de uma atividade criativa por parte o Judiciário, “de natureza notadamente hermenêutica e dependente de decisões que definam a extensão de cada um desses direitos” (direitos fundamentais), muito especialmente, quando tais direitos entrem em conflito com outros direitos fundamentais, quando então, deverá fazer uso dos mecanismos de ponderação e do princípio da proporcionalidade.

Consequentemente, essa necessidade de concretização dos direitos fundamentais, faz com que o papel dos Tribunais, em sua função de controle de constitucionalidade, passe a ser essencial para o sistema constitucional, justamente como forma de implementação do texto da Constituição. Logo, pode-se verificar que há um deslocamento do pólo de tensão em relação aos Poderes, que agora passa ao poder Judiciário.

Assim, conforme bem coloca Leal:

Percebe-se, pois, que, em face de uma tal situação, um destacado papel passa a ser desempenhado pela jurisdição constitucional (embora não só

por ela), que, a partir da interpretação, tem a importante função de dar, cotidianamente, nova vida à Constituição, a fim de que ela possa cumprir, de forma perene, com a sua missão de ordem jurídica fundamental da comunidade (LEAL, 2007, p.61).

Pode-se dizer, nesse sentido, que essa possibilidade interpretativa que passa a ter o Judiciário, em decorrência dessa abertura da constituição e do caráter objetivo dos direitos fundamentais, o que não se tinha nos períodos históricos vistos anteriormente, é que permite a incidência de tais direitos nas relações privadas nos moldes do constitucionalismo contemporâneo. Trata-se de uma capacidade construtiva do Judiciário como forma de fortificação e concretização dos direitos fundamentais.

No Brasil, considerado como um Estado de democratização tardia, o fenômeno de constitucionalização do direito é um processo mais recente, todavia muito vigoroso, iniciado, como já referido, com o advento da Constituição de 1988.

Segundo constata Barroso:

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também da supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios (BARROSO, 2007, p. 226).

Nessa perspectiva, ocorre uma inversão nos papéis concernentes à Constituição e ao Código Civil, especialmente comparando-se a conjuntura contemporânea com o Estado Liberal, ou seja, o centro do ordenamento jurídico passou a ser a Constituição e não mais o Código Civil.

A constituição que já era encarada como lei fundamental, fruto da modernidade política e do racionalismo iluminista, todavia considerada somente com estatuto da vida política do Estado, passou a expressar essa supremacia também no campo normativo (FINGER, 2004, p. 93.).

Nesse sentido, segundo Perlingieri (2007), o papel unificador do sistema, desde seus aspectos tradicionalmente civilistas até aqueles de caráter mais público, é desempenhado agora, de forma cada vez mais intensa, pelo texto constitucional.

Seguindo essa ideia, verifica-se a grande importância auferida pela Constituição no ordenamento jurídico contemporâneo, a ponto de se considerar que

os atos praticados sob a sua égide devem se conformar a ela, sob pena de serem considerados inexistentes, anuláveis ou sem eficácia. Desse modo, todo o direito infraconstitucional se torna constitucionalizado, extinguindo-se a ideia de um direito privado autônomo em relação ao direito constitucional (REIS, 2008).

Cabe lembrar, que a constitucionalização do direito privado não tem como principal marca a inserção de normas pertencentes ao âmbito privado na Constituição, mas, sobretudo, a reinterpretação daqueles institutos sob a ótica constitucional, muito especialmente, sob a ótica dos direitos fundamentais, tendo em vista sua dimensão objetiva.

Nesse novo contexto, a pessoa humana é colocada em um patamar diferenciado do que se tinha no Estado Liberal, haja vista a incidência dos princípios constitucionais sobre todo o direito, muito especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Fala-se, então, em uma repersonalização do direito privado, o que implica em recolocar o indivíduo e seus direitos no topo da proteção do ordenamento. Nesse sentido, pode-se citar como exemplo o atual código civil brasileiro que regula os principais institutos privados, como a propriedade e os contratos, todavia, subordinados à sua função social e boa-fé (REIS, 2008)

Nesse sentido, Tepedino descreve que:

[...] deve-se observar que o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição. Tal realidade reduzida por muitos a fenômeno de técnica legislativa, ou mesmo à mera atecnia, revela profunda transformação dogmática, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública. Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para atuação da autonomia privada (TEPEDINO, 2007).

Todavia, esta despatrimonialização do direito privado, bem como, a sua repersonalização, não representam a exclusão de seu conteúdo patrimonial, mas sim a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa no sentido de direcioná-lo para produzir, contudo, respeitando a dignidade da pessoa humana e distribuição das riquezas com maior justiça (RAMOS, 2000).

Desse modo, assim como já verificado na esfera do Estado Social, o direito privado perde em parte a sua autonomia, justamente em decorrência de inserção do direito público, ou seja, do direito constitucional, no âmbito de seus institutos mais clássicos.

Verifica-se, dessa forma, um aparente fim da dicotomia Público x Privado e, conseqüentemente, o surgimento de pontos de intersecção entre o direito público e privado em que há a incidência, simultaneamente, tanto de regras de direito público quanto de direito privado.

Ainda, nesse novo contexto constitucional brasileiro, há a elevação da importância dos princípios, que passam ao status de normas constitucionais, entendendo-os como meios efetivadores das garantias constitucionais, bem como, conforme já mencionado, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que passam a incidir sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre o direito privado, ou seja, nas relações entre particulares.

Inaugura-se, portanto, nesse momento, no cenário brasileiro, o entendimento quanto à possibilidade da aplicação direta da constituição e seus princípios nas relações privadas, especialmente, por meio da jurisdição constitucional.

Com efeito, há uma corrente doutrinária que entende que, com a aplicação direta da Constituição ao direito privado, há uma degradação do princípio da autonomia da vontade, um sacrifício da segurança jurídica bem como um ativismo demasiado por parte do Judiciário e, portanto, insurge-se contra tal possibilidade ou apenas admite-se em casos muito extremos. Segundo Sarmiento, “teme-se a descaracterização completa do direito privado, com perigos intoleráveis para a autonomia privada” (SARMENTO, 2006, p. 79)

Por meio desse entendimento, percebe-se que se dá um valor fundamental ao direito à autonomia privada, esse, compreendido como o princípio básico do direito privado e que oferece grande parcela de segurança jurídica às relações privadas.

Entretanto, a nova hermenêutica constitucional a que se filia Barroso, entende que essa postura implica em desprestigiar o papel da Constituição como norma jurídica. Por óbvio que com a ascensão da jurisdição constitucional, somada ao reconhecimento da eficácia normativa da constituição e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais há um aumento do espaço de atuação para o Judiciário, bem

como, uma exigência nesse mesmo sentido, para concretização dos direitos fundamentais.

Diante da compreensão do sistema jurídico, em cujo centro está o texto constitucional, não há como visualizar o direito privado estanque em relação ao sistema, sob o pretexto de autonomia. Em virtude disso, o texto constitucional será o paradigma hermenêutico para a construção e compreensão do direito privado, vinculando o legislador e o operador, cumprindo a responsabilidade de busca da efetivação dos valores sociais previstos na Carta Jurídico-Política, refletindo o projeto de vida em comum da sociedade que dá origem ao texto. (REIS; DURIGON, 2008b, p. 2581).

Desse modo, a referida discussão sobre as formas e possibilidades de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas se baseia, principalmente, em duas teorias: a teoria da eficácia indireta e a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Segundo a primeira, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não pressupõe a sua incidência direta nas relações interprivadas, mas sim há a necessidade de que os direitos fundamentais sejam levados em conta pelo legislador na criação das regras de direito privado, ou seja, sempre haverá “a necessidade de que um órgão estatal – este sim, destinatário direto das normas que reconhecem os direitos – atue como mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado” (PEREIRA, 2006, p. 160).

Um dos principais argumentos utilizados pelos adeptos dessa teoria, para a não incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é de que a mesma ocasionaria uma desfiguração do direito privado, tendo em vista que acabaria por aniquilar com a autonomia privada.

Neste contexto, ao Poder Judiciário caberia o papel de, apenas em casos excepcionais, efetuar o preenchimento de lacunas deixadas pelo legislador, ou ainda, a função de rejeitar a aplicação de normas privadas incompatíveis com os direitos fundamentais. Somente nesses casos se aceitaria a aplicação direta pelo Judiciário dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Por outro lado, além dos direitos subjetivos contra o Estado, advém também dos direitos fundamentais, direitos privados subjetivos do indivíduo que possuem eficácia imediata nas relações entre particulares (PEREIRA, 2006). Tais direitos,

portanto, “podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade erga omnes” (SARMENTO, 2006, p. 205).

A justificação para a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos nas relações privadas, se dá por meio do entendimento de que, no âmbito da sociedade contemporânea, os direitos fundamentais não encontram-se ameaçados somente pelo Estado, mas também pelos próprios poderes sociais e terceiros em geral.

3.1 Formas de incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas no âmbito do Estado brasileiro

Ao analisarmos a aplicação das teses apresentadas sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito brasileiro poderá se perceber que entre a doutrina⁶ e também jurisprudência⁷, há uma notável inclinação pela teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas de forma que se estabeleça uma ponderação, no caso concreto, com outros direitos fundamentais em possível conflito (SARMENTO, 2006, p. 246-259).

Nesse aspecto, cumpre ressaltar a importância do Judiciário, especialmente por meio da jurisdição constitucional, para o papel de concretização dos direitos fundamentais, consolidando incidência desses direitos sobre todas as esferas do ordenamento jurídico, inclusive sobre o direito privado, utilizando-se sempre, como já mencionado, do sopesamento, bem como, do princípio da proporcionalidade.

Assim, na aplicação das normas infraconstitucionais ao caso concreto, deve o Judiciário ter em vista os valores constitucionais, de forma especial o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando que, não sendo possível a aplicação da norma ordinária em conformidade com os direitos fundamentais, deve o órgão

⁶ Neste sentido SARLET, I. W.; STEINMETZ, W.; PEREIRA, J. R. G.; CASTRO, C. R. S.; TEPEDINO, G.; BARROSO, L. R. entre outros.

⁷ Como exemplo jurisprudencial da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, pode-se citar o acórdão proferido no **Recurso Extraordinário nº 201819, da 2ª Turma do STF**, que decidiu não aceitar as razões da União Brasileira de Compositores para exclusão de seu quadro de sócios um determinado compositor, sem que fosse dado a este o direito à ampla defesa e ao devido processo legal, ambos amparados constitucionalmente, deferindo portanto a reintegração do associado à entidade.

jurisdicional exercer a função de controle incidental de constitucionalidade, rechaçando o dispositivo viciado, e estando frente a ausência de outra norma, solucionar o caso por meio da aplicação direta da Constituição (SARMENTO, 2006).

No que se refere a questões processuais, no Brasil a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas não gera maiores problemas, tendo em vista a possibilidade de utilização do controle difuso de constitucionalidade, como questão prejudicial, em qualquer processo judicial.

Desse forma, se há ainda alguma dúvida sobre a possibilidade de incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, Sarmento vem referir que:

[...] cumpre destacar que uma das mais eloquentes comprovações da vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira consiste no reconhecimento da possibilidade de que os mesmos figurem no pólo passivo de remédios constitucionais voltados à tutela destes direitos (SARMENTO, 2006, p. 277).

Todavia, a questão aqui trabalhada apresenta por traz um problema de cunho muito mais amplo e complexo, que se refere à natureza e aos limites da função judicial, de forma especial quanto às fronteiras de atuação do Judiciário em relação aos demais poderes. Contudo, esse problema não pode ser resolvido por meio de fórmulas que busquem limitar a discricionariedade do Poder Judiciário, sob pena de se estar voltando à conceitos de épocas já superadas e, principalmente, sob pena de comprometer a própria supremacia da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto pode-se verificar que a dicotomia público x privado, tão acentuada à época do Estado Liberal, desenrolou-se a tal ponto que atualmente é possível que se arrisque a falar em um aparente fim da referida dicotomia, com uma consequente inserção do direito público no direito privado, o que, em decorrência, gera uma relativização da autonomia privada frente aos direitos da coletividade e, sobretudo, frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio norteador da Constituição e de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Paralelo a isso, modifica-se também o quadro de importância de cada gama de direitos fundamentais a cada época, bem como, a incidência de tais direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Nesse aspecto, parece haver algum consenso quanto a incidência dos direitos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico como um todo, inclusive no campo das relações interprivadas, especialmente tendo em vista a dimensão objetiva que possuem os direitos fundamentais contemporaneamente, restando ainda, entretanto, algumas dúvidas no que se refere a aplicação direta ou indireta desses direitos nessas relações particulares, apesar da inclinação no caso brasileiro, para a incidência direta.

De qualquer modo, independente da posição que se tome quanto a essa discussão, não há como negar o caráter axiológico delineado pela Constituição de 1988 e pelos direitos fundamentais, muito especialmente, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana e a busca por uma “sociedade livre, justa e solidária”.

Outrossim, há de se destacar, sem entrar no mérito das discussões quanto ao excessivo ativismo ou a invasão dos espaços reservados a cada poder, o importante papel desempenhado pela jurisdição constitucional, por meio de sua atividade hermenêutica, para concretização dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, seja na esfera das relações particulares seja no âmbito das relações entre indivíduo e Poder Público.

REFERÊNCIAS:

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: ____ (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)*. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.) A

constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. 2ª tiragem, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, I. W. (Org.) *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. *O chamado direito civil constitucional*. In: MARTINS-COSTA, J. (Org.) *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações jurídicas entre os particulares*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: FACHIN, L. E. (Org.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REIS, Jorge Renato dos. *A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado*. In: LEAL, R. G., REIS, J. R. (Organizadores). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 4. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

_____; DURIGON, Diogo. *Autonomia privada e direitos fundamentais: uma proposta de conciliação*. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008a.

_____. *O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social*. In: ADOLFO, L. G. S.; MORAES, R. (Org.) *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 52, de 08.03.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento*. In: In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007