

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, EXTENSÃO, PÓS-GRADUAÇÃO E CULTURA – PROPE
MESTRADO EM HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

FRANCISCO DE ASSIS BELGO

**A APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A
FUNÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO**

**JUIZ DE FORA
2012**

FRANCISCO DE ASSIS BELGO

**A APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A
FUNÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Juiz de Fora MG como um dos requisitos para a obtenção do grau de Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais, sob a orientação da Professora Doutora Elena de Carvalho Gomes

**JUIZ DE FORA
2012**

FRANCISCO DE ASSIS BELGO

**A APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNÇÃO
POLÍTICA DO JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Juiz de Fora MG como um dos requisitos para a obtenção do grau de Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais, sob a orientação da Professora Doutora Elena de Carvalho Gomes

Aprovada em ____ / ____ / ____.

Profa. Dra. Elena de Carvalho Gomes (Orientadora)
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

JUIZ DE FORA
2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa Karla pelo amor incondicional, pelo companheirismo insuperável nos momentos difíceis de ontem e de hoje e pela ajuda na correção do texto. Agradeço, ainda, à minha orientadora Professora Doutora Elena de Carvalho Gomes, jovem estrela do firmamento jurídico-intelectual brasileiro, que me concedeu a honra de acatar meu pedido de orientação. Ela acompanhou *pari passu* a execução do meu trabalho de pesquisa e de redação, impôs um ritmo na minha produção intelectual e auxiliou-me com a organização das ideias, tornando-as objetivas e científicas. A par disso, demonstrou um carinho e uma dedicação ao ensino e à pesquisa que somente os verdadeiros mestres podem disponibilizar aos seus discípulos.

Sinto-me honrado e privilegiado por isso.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas sob a ótica da teoria constitucional. Pretende-se investigar em que medida ela provoca uma atuação inovadora e criativa do Poder Judiciário que possa caracterizar, de algum modo, uma atuação política desse órgão. O estudo dessa modalidade particular de aplicação dos direitos fundamentais revela a necessidade de compreender o papel do Poder Judiciário no cenário posterior à entrada em vigor da Constituição de 1988. A ampliação dos direitos fundamentais na Constituição, aliada a uma maior participação da sociedade na vida política do país fez com que a comunidade política passasse a exigir judicialmente a efetivação de tais direitos. Premido pelas circunstâncias, o Poder Judiciário reagiu assumindo postura proativa em relação aos demais poderes. Essa nova postura, chamada ativista por alguns críticos, revelou a existência de uma nova relação entre os poderes do Estado, descortinando a existência de uma função política na atuação do Poder Judiciário. Essa atuação, analisada sob o ângulo da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, revela-se necessária à adoção de outros parâmetros nas relações entre os poderes, quais sejam, aqueles voltados à efetivação dos direitos fundamentais, que se tornaram o eixo central da interpretação constitucional no direito pós-moderno.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais. Relações Privadas. Aplicação. Função política. Judiciário.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the application of fundamental rights in private legal relations from the perspective of constitutional theory. It is intended to investigate the extent to which it causes an innovative and creative work of the judiciary that can characterize, somehow, a political action of that branch. The study of this particular mode of application of fundamental rights reveals the need to understand the role of the judiciary in the scenario after the entry into force of the 1988 Constitution. The expansion of fundamental rights in the Constitution, along with greater society participation in the political life of the country made the political community to pass judicially demand the enforcement of such rights. Pressed by circumstances, the Judiciary reacted assuming proactive stance in relation to other powers. This new approach, called by some critics activist, revealed the existence of a new relationship between state powers, revealing the existence of a political role in the action of the Judiciary. This action, analyzed from the angle of application of fundamental rights in private relations, proved necessary to adopt other parameters in relations between the powers, namely those aimed at the enforcement of fundamental rights, which have become the backbone of interpretation constitutional right to post-modern.

KEY-WORDS

Fundamental Rights. Private Relations. Application. Political Function. Judiciary.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	8
1. BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1. Esboço sobre as origens do tema	12
1.2. As doutrinas dos séculos XVII, XVIII e XIX	15
1.2.1. A teoria de Montesquieu e sua influência sobre os direitos humanos	21
1.3. Os Direitos Humanos nos séculos XX e XXI	25
1.3.1. O alargamento da aplicação dos direitos humanos no âmbito do direito interno e a universalização dos sistemas de proteção	28
2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E A AMPLIAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO PRIVADO	31
3. A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	35
3.1. Introdução	35
3.2. A tutela da dignidade humana e o dever de proteção dela decorrente	37
3.3. As teorias sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas	42
3.3.1. Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas	46
3.3.2. A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas	51
3.3.3. A teoria dos deveres de proteção de Canaris	54
3.3.4. A doutrina e a jurisprudência sobre a aplicação horizontal dos direitos fundamentais no Brasil	55
3.3.5. A interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas	59
4. A FUNÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO	65
4.1. A constituição, a separação dos poderes e a afirmação política do Judiciário por meio do controle de constitucionalidade	65
4.1.1. A evolução do tema no contexto do constitucionalismo moderno.....	73
4.2. A afirmação política do Poder Judiciário através do controle de constitucionalidade	77
4.2.1. O modelo de controle de constitucionalidade no direito brasileiro.....	82
5. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	90
5.1. A Interpretação constitucional sob o prisma do positivismo jurídico	92
5.2 O pós-positivismo e a interpretação constitucional	97
CONCLUSÕES	103
Referências Bibliográficas	110

INTRODUÇÃO

A aplicação horizontal dos direitos fundamentais é um assunto que desafia os estudiosos do direito por caracterizar-se como um desdobramento da aplicação tradicional dos direitos fundamentais no sistema jurídico, razão pela qual, foi escolhido para tema de estudo e desenvolvimento de pesquisa para obtenção do título de mestre em direito, sob a orientação da Professora Doutora Elena de Carvalho Gomes.

O tema está vinculado à área de concentração do Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, “Hermenêutica e Direitos Fundamentais”, em sua linha de pesquisa “Pessoa, Direito e efetivação dos Direitos Humanos no contexto social e político contemporâneo”.

O interesse pelo tema nasceu, principalmente, do seu caráter interdisciplinar, exigindo incursões para pesquisa em ramos das ciências sociais com os quais, até pouco atrás, a ciência do Direito, dominada por uma visão hermética e purista a respeito do seu objeto de estudo, pouco se comunicava. Está-se a dizer, mais especificamente, da história, da sociologia, da psicologia social e da ciência política.

O desenvolvimento dos direitos fundamentais foi responsável, em grande parte, pelo abandono dessa visão tradicional excludente que dominava os estudos do Direito, na medida em que, antes restritos às constituições, irradiaram-se de tal forma pelos demais ramos da ciência jurídica que, sua presença, alterou as relações do Direito com a sociedade e, portanto, com as ciências que se dedicam ao seu estudo e compreensão.

A previsão dos direitos fundamentais em atos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 e a sua adoção, cada vez mais intensa, no seio das constituições dos Estados democráticos de direito, a partir de então, deu início às discussões sobre como se daria a sua aplicação na vida dos indivíduos em suas relações com o Estado, dada a mudança do paradigma verificada quanto à atuação estatal.

A aplicação tradicional dos direitos fundamentais, a partir de então, sempre esteve relacionada às posições jurídicas que envolvem o Estado e o cidadão, tendo esse último a condição de titular de direitos subjetivos que podem ser deduzidos contra os titulares dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Todavia, conforme observa Alexy “[...] fazem parte dos direitos dos indivíduos em

face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil [...]”¹, o que demonstra, segundo ele, que as normas fundamentais, também, tem influência na relação cidadão/cidadão.

Esse novo de ângulo de visão despertou, de pronto, a curiosidade intelectual da ciência jurídica alemã na década de 1950. No Brasil, esse é um tema relativamente novo, cujo desenvolvimento se deu, principalmente, a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Concebidos como “direitos de resistência” do cidadão em contraposição aos poderes enfeixados na entidade estatal, os direitos fundamentais, de matriz política vinculada ao Estado Liberal, passaram por profundas modificações ao longo do processo histórico de implementação, adaptando-se às mudanças sociais, até o ponto em que se cogitou que, também, deveriam ser observados nas relações entre particulares.

Essa mudança de eixo na sua aplicação está diretamente relacionada à ampliação das esferas de exercício de poder na sociedade para além da estrutura do Estado.

Em outras palavras, o Estado também sofreu profundas modificações ao longo do último século, principalmente, nas últimas décadas do século XX, tendo que dividir o poder antes monopolizado em suas estruturas com outros atores sociais e políticos relevantes.

Essa circunstância, acentuou a assimetria de poder estabelecida nas relações privadas que fez nascer em parte da doutrina e da jurisprudência dos tribunais europeus, mormente na Alemanha, a antevisão de que a teoria clássica de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre o indivíduo e o Estado deveria ser ampliada às relações entre particulares, de modo a permitir, em âmbito privado, o compartilhamento de valores coletivos relevantes, já inseridos nas cartas de direitos fundamentais, capazes de promover uma melhor distribuição de Justiça.

Nascida na Alemanha, como já se disse, com a designação de *Drittwirkung*, a doutrina da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas enraizou-se na cultura jurídica de outros países europeus como Portugal, Espanha, Itália, França e Inglaterra, vindo a ter no Brasil acolhida por parte de estudiosos do Direito Civil, que foram

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 524.

os responsáveis pela introdução do tema na seara de estudos do Direito Constitucional, posteriormente adotados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, pode-se mesmo dizer que a afirmação dos direitos humanos no plano da sociedade internacional passa pelo reconhecimento, no âmbito das constituições estatais e das doutrinas constitucionalistas, de alguma forma de eficácia dos direitos fundamentais em relação aos atores privados, o que pode ser considerado um caminho natural, após a primeira fase de expansão dos direitos humanos.

Para tanto, é preciso considerar que, em tempos de globalização econômica, o Estado, antes monopolista do poder político, passou a ter que conviver com um novo cenário em que o esfacelamento progressivo da sua soberania, ocasionado pela simbiose planetária dos mercados e o aumento avassalador do chamado poder privado, oriundo dos grandes conglomerados econômicos, deslocam o centro do poder para além das fronteiras nacionais.

No âmbito interno dos Estados, o reflexo dessa mudança paradigmática da estrutura de poder na sociedade, aprofundou as desigualdades entre as partes no contexto das relações jurídicas, de modo que o princípio da isonomia formal (todos são iguais perante a lei) tornou imperiosa a ruptura com a visão tradicional da aplicação dos direitos fundamentais como ferramenta jurídica de proteção do indivíduo, exclusivamente, contra o Estado para uma outra e mais ampliativa visão de proteção do indivíduo contra o seu próprio semelhante. Essa ampliação é mais consentânea com a nova visão do papel do Estado diante da sociedade.

Esse contexto, todavia, exigiu da doutrina e da Jurisprudência a adoção de um novo ângulo de visão em relação às funções desempenhadas pelo Poder Judiciário, na condição de intérprete maior das leis e da Constituição, ressaltando o papel do magistrado como co-partícipe da criação da norma, no momento em que procede à subsunção da hipótese abstratamente considerada ao caso concreto.

Tal fenômeno ocorre em um contexto de aplicação da norma jurídica que pressupõe que os direitos fundamentais impõem aos juízes a tarefa árdua de interpretar a Constituição naquelas situações em que o ordenamento jurídico não apresenta respostas prontas ou soluções acabadas.

Essa atuação proeminente do Judiciário, segundo alguns críticos, está fora do âmbito que lhe foi reservado pela Constituição e põe à nu a tentativa de imposição de

uma visão particular de mundo, no caso, a dos juízes, em uma esfera de relações jurídicas, no caso, aquelas envolvendo interesses privados, em que deveria prevalecer a liberdade individual e a autonomia das partes.

De outro lado, esse movimento, denominado em parte da doutrina pela alcunha de “ativismo judicial” põe à nu a insuficiência da teoria clássica de separação de poderes formulada por Montesquieu para caracterizar o nível atual de separação, independência e harmonização entre os poderes do Estado no Brasil.

Esse estudo investiga em que medida a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas impõe a adoção de uma nova forma de encarar as relações entre o poder Judiciário e o sistema político, representado pelo outros dois poderes, investigando ainda, se ela reflete a antevisão de uma nova forma de integração que permita a preservação da autonomia das partes sem o sacrifício de valores mais caros à sociedade, através de uma interpretação da lei integrativa das diversas realidades que compõem o quadro social.

Por outro lado, relata, ainda, em que medida, as decisões judiciais proferidas no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas alteram a relação de competências estabelecida entre os poderes do Estado, investindo o juiz de uma função política que, à luz das evidências, é, cada vez mais, proeminente e necessária não só para preencher de conteúdo concreto os direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como, para suprir as lacunas e omissões do Legislativo, enquanto a sociedade reivindica legitimamente a concretização dos direitos e garantias previstos na Constituição.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Esboço sobre as origens do tema

Toda pretensão de resumir o percurso histórico de determinados institutos do Direito é, em si mesma, uma tarefa *a priori* destinada ao fracasso, isso porque, a dita pretensão sempre esbarra em dois obstáculos, a princípio, intransponíveis. O primeiro deles diz respeito ao fato de que o autor de uma resenha desse tipo escolhe, segundo suas conveniências intelectuais, quais fatos ou ideias foram ou não importantes o suficiente para merecer referência no texto, o que, por si só, pode fazer com que fatos importantes, porém, incorretamente avaliados pelo autor, sejam deixados de lado.

O segundo, e ainda mais importante, dos obstáculos refere-se à tentativa, ainda que inconsciente do autor, de relatar o referido percurso, enfatizando sempre um caráter histórico-evolutivo linear do instituto analisado, o que, nem sempre corresponde à realidade dos fatos, que alternam evolução e retrocesso, na mesma medida.

É imprescindível, portanto, enfatizar esse aspecto limitativo da atividade intelectual, como forma de relativizar a escolhas e os ângulos de análise do tema, de modo que eles representem uma parcela de contribuição ao debate acadêmico, sem que, com isso, pretenda-se firmar uma convicção intelectual sobre a real dimensão e importância dos mesmos.

No que se refere aos direitos humanos², essa observação faz-se ainda mais necessária, tendo em vista o seu caráter marcadamente histórico, polêmico e multifacetado.

A origem do direito pode ser buscada desde os primórdios da raça humana em sua trajetória sobre o planeta Terra.

Diferentes autores concentram a origem dos direitos humanos em pontos diferentes da história das civilizações.

Villela³ afirma, com base em conhecida parêmia latina⁴, que o homem e a

² A doutrina como um todo, refere-se à expressão direitos humanos para se referir àqueles direitos previstos das declarações e nos tratados internacionais, enquanto adota a expressão direitos fundamentais, para se referir aos direitos humanos que tenham sido positivados nos textos constitucionais. Conforme: VILLELA, João Batista. **Apontamentos sobre Direitos Humanos e sua Garantia Judicial**. Belo Horizonte: 2009. Não publicado.

³ VILLELA. **Apontamentos** . . . , cit. p. 2.

sociedade pertencem um ao outro e que dessa relação, foram surgindo as regras de convivência social que desaguaram no direito da modernidade.

Todavia, depois de sugerir que o direito seja um produto da história e da cultura, chama atenção para o fato de que “seria impossível alcançar uma percepção mais elaborada dos direitos humanos sem considerar o que está para além do puramente histórico e cultural⁵.

O autor refere-se, no caso, à percepção de que o conceito de dignidade humana transcende a pura e simples manifestação da lei do tempo e do lugar, ela está implícita na essência do ser.

Para ele, o primeiro e natural impulso foi o de se considerar os direitos humanos como inerentes à própria natureza humana ou advindos de uma esfera metafísica e, portanto, superior.

O autor cita o caso de *Antígona*⁶, obra prima de Sófocles, em que a heroína citada, ao pretender uma sepultura digna para um de seus irmãos, Polinices, morto em batalha fratricida contra Etéocles, acaba por desobedecer às ordens do Rei Creonte, que o havia condenado, depois de morto, a ter o seu corpo deixado insepulto, sem direito aos ritos sagrados, como punição por sua intenção de atentar contra o governo de Tebas.

Magalhães, também, oferece uma visão sucinta desse período da história dos direitos humanos com fulcro na ideia de um direito natural que era permanente, válido, superior e universal e aplicável a todos os povos do mundo.

Todavia, acrescenta que:

“apesar da riqueza do pensamento encontrado na antiguidade, sobre o direito natural e o conceito de justiça, a realidade social não correspondia à preocupação demonstrada pelos pensadores. As civilizações ocidentais antigas baseavam-se, muitas delas, em conceitos primitivos de Justiça, sendo que o trabalho escravo se colocava na base da sociedade como sustentáculo da vida na polis grega ou nas cidades do Império Romano.”⁷

⁴ “Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo ubi homo, ibi ius.”

⁵ VILLELA. **Apontamentos** . . . , cit. p. 2.

⁶ A personagem da obra de Sófocles, Antígona, assim se manifesta quando é perguntada por Creonte sobre a sua ousadia em transgredir a lei: “Eu não creio que os teus decretos, escritos pelas mãos de um mortal, possam ser superiores às leis não escritas e imutáveis dos deuses. Elas não são nem de hoje nem de ontem, mas são eternas, vigoram em todos os tempos e ninguém sabe quando nasceram.”. In: SÓFOCLES. **Antígona**. Domingos Paschoal Cegalla (Trad.). Rio de Janeiro: Difel, 2011, p. 47.

⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional. Curso de Direitos Fundamentais**. 3.ed.

A dignidade humana, portanto, vista como pilar de sustentação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, haveria de ser obtida, não por reconhecimento voluntarioso e benevolente de imperadores e legisladores, mas, parafraseando Ihering⁸, a partir da luta pelo direito, através da história, o que, de fato ocorreu, já a partir do advento do Cristianismo.

No período que sucede a Antiguidade Clássica, o Cristianismo e as correntes da doutrina do direito natural serviram de base para a edificação dos referidos pilares, na medida em que vislumbravam o ser humano como merecedor de respeito e consideração em sua natureza algo divina, já que proveniente da criação de um Deus, o Deus cristão, benevolente e incapaz de fazer mal a seus filhos, espalhados pelo mundo.

Nesse sentido, Bobbio⁹ afirma que:

“a doutrina filosófica que fez do indivíduo e não mais da sociedade, o ponto de partida para a construção de uma doutrina moral e do direito foi o jusnaturalismo, que pode ser considerado, sob muitos aspectos (e o foi certamente nas intenções de seus criadores) a secularização da ética cristã”.

Em outras palavras, o jusnaturalismo traz para o âmbito da sociedade a discussão intelectual, antes restrita ao âmbito religioso, sobre a fixação de um estatuto moral para o indivíduo que fosse capaz de protegê-lo, não só dos excessos perpetrados pelos governantes, mas, também, dos seus próprios semelhantes.

Essa mudança de paradigma, segundo afirma o autor, não se deu pacificamente, como pode fazer crer uma análise precipitada do tema; muito pelo contrário, desde a Antiguidade, o discurso moral esteve sempre baseado na proteção da sociedade como um todo, dos efeitos deletérios da conduta humana individual exacerbada, sem limites, tendente a causar o mal ao seus semelhantes.

Disso resulta que os códigos morais, como o Código de Hamurabi e a Lei das Doze Tábuas, são prenes de mandamentos e proibições ou, em outras palavras, estão direcionados a proteger a sociedade do indivíduo, impondo a lógica do dever como

Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 6.

⁸ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2001, p.25-33.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 75.

preponderante à lógica do direito.

Aliás, é de se dizer que os denominados direitos, quando concedidos aos indivíduos pelos governantes, só o eram na medida em que esses últimos fossem reconhecidos como membros da sociedade, o que exclui da sua abrangência a imensa maioria das pessoas, relegadas à condição de párias, serviçais, escravos e outras categorias de classificação social específicas.

Em sentido semelhante ao de Bobbio, também, se manifesta Pagels¹⁰, para quem os defensores da política de direitos humanos tendem a vislumbrá-los como universalmente aplicáveis desde a mais remota antiguidade, como se desde aquela época, já se pudesse deduzir da literatura e das narrativas dos filósofos, algo que pudesse ser um embrião, uma ideia nascente de direitos humanos, o que, na opinião dela, não passa de visão eurocentrada da realidade mundial¹¹.

Para Pagels¹², apoiada em citação de Isaiah Berlin:

“[...] mais precisa é a observação de Condorcet de que a noção de direitos humanos estava ausente das concepções legais dos romanos e dos gregos, o que parece ser, também, o caso de judeus, chineses e de todas as outras civilizações antigas que aparecem desde então. A preponderância desse ideal foi mais uma exceção do que uma regra, mesmo na história recente do ocidente.”.

1.2. As doutrinas dos séculos XVII, XVIII e XIX

A despeito do que já se disse anteriormente, sobre o caráter multifacetado e complexo do percurso dos direitos humanos através dos tempos, os autores citados sobre o tema concordam sobre a existência de algumas marcações relevantes para a fixação das raízes históricas e filosóficas do referido conceito.

Uma delas é a de que não se pode falar apropriadamente de uma política de direitos humanos na Antiguidade, nem muito menos, relacioná-la diretamente a nenhuma

¹⁰ PAGELS, Elaine. **The Roots and Origins of Human Rights**. Human Dignity: The Internationalization of Human Rights. Aspen: Aspen Institute of Humanistic Studies, 1979, p. 1.

¹¹ WALLERSTEIN opõe a ideia de “universalismo europeu” à concepção de um “universalismo universal”. Para o autor, os denominados direitos humanos, do século XXI, nada mais são do que parte uma política intervencionista levada a efeito pelas grandes potências industriais, cujos objetivos consistem em manter o resto do planeta sob sua dominação. In: WALLERSTEIN, Immanuel. **O Universalismo Europeu: A retórica do poder**. Beatriz Medina (trad.). São Paulo: Boitempo, 2007, p. 27.

¹² PAGELS. **The roots** . . . , cit. p. 2.

das três grandes religiões ocidentais ou às grandes civilizações daquela época, ainda que se possa, como fazem alguns dos autores citados, pinçar de determinadas passagens históricas, algo que se assemelhe ao que, modernamente, é considerado direitos humanos.

Outra marcação relevante diz respeito à quase unanimidade existente na doutrina, no sentido de que o período compreendido pelos séculos XVII, XVIII e XIX foi crucial para a conformação de uma teoria de direitos humanos que, com grandes e profundas alterações, é a que está em vigor atualmente.

Pagels¹³, prospectando uma resposta para a pergunta central de seu texto, sobre a origem da teoria contemporânea dos direitos humanos, sugere que ela possa estar no período do Iluminismo, em que, segundo ela, “[...] tomando emprestada a ideia de direito natural da tradição filosófica grega, determinados pensadores a utilizaram para combater o conceito de direito divino.”.

Prossegue a autora, afirmando que até os séculos XVII e XVIII não se concebia o conceito de que os seres humanos tivessem direitos que deveriam ser reconhecidos ao invés de conferidos pela sociedade.

Na tradição que se segue, nesse período¹⁴, é que se forma uma nova teoria, centrada nos direitos do homem, como princípio constitutivo da ordem política.

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, oriunda da Revolução Francesa é tida como um documento histórico de suma importância, pois, ela traça um novo perfil para as relações entre o indivíduo e o Estado.

Os dois primeiros artigos da Declaração traduzem bem o novo espírito inovador encarnado nas mentalidades revolucionárias daquele período:

“Art.1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos

¹³ PAGELS. **The roots** . . . , cit. p. 6.

¹⁴ Tradição essa, fruto de eventos como a guerra civil inglesa (que culminou com a aprovação da *Bill of Rights*, de 1689), a luta pela independência das colônias britânicas na América (que culminou com a independência norte-americana, em 1776) e a revolução francesa, em 1789, conforme será visto a seguir.

direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.¹⁵

A visão dominante na Declaração era a de que o ser humano precisava ser protegido contra os desmandos do Estado absolutista, centrado nas mãos rei e dominado por estratos sociais privilegiados como a nobreza e o clero.

Os iluministas que, na sua maioria, viveram nos séculos XVII e XVIII, foram responsáveis por uma verdadeira reviravolta nas ideias filosóficas, políticas e econômicas, até então vigentes na Europa. O objetivo principal de todos eles era combater o *ancien regime*¹⁶ considerado o modelo de uma sociedade marcada pelos privilégios de alguns em detrimento dos interesses da maioria.

Para eles, de modo geral, o antigo regime era opressor e irracional, na medida em que desconsiderava a vontade do povo, manipulando-o e malversando as riquezas provenientes dos impostos pagos, que eram usados na manutenção dos ditos privilégios e no custeio das guerras nas quais os soberanos estavam permanentemente envolvidos.

John Locke é citado por muitos autores, entre eles, por Wysanski¹⁷, como sendo um dos grandes pensadores daquela época. O autor citado destaca a influência de Locke entre os intelectuais franceses e entre os líderes do processo de independência norte-americano.

Assim como Locke¹⁸, Thomas Hobbes¹⁹ e Jean Jacques Rosseau também

¹⁵ Grifo nosso.

¹⁶ O Antigo Regime ou *Ancien Régime* refere-se a um modelo social, político e econômico da França do século XVIII, correspondente a uma sociedade dividida em três estamentos, quais sejam, o clero (primeiro Estado), a nobreza (segundo Estado) e os burgueses e camponeses (terceiro Estado). No campo político, era caracterizado pelo Absolutismo, no qual os poderes do Estado estavam todos concentrados nas mãos do soberano, enquanto no campo econômico, correspondia ao mercantilismo. SCHMIDT. **Os Clássicos...**, cit. p. 245.

¹⁷ WYSANSKY. **The Philosophical**,..., cit. p. 11.

¹⁸ Locke afirma em sua obra *Dois Tratados sobre Governo Civil* que “para compreender corretamente o poder político e depreendê-lo de sua origem, devemos compreender em que estado todos os homens se acham naturalmente, sendo este um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas tal como acharem conveniente, nos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem”. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. **Os Pensadores**. Anoar Aiex (Trad.). São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 41. E ainda: MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 1997, p. 91.

¹⁹ Hobbes afirma em sua obra *O Leviatã* que “O direito de natureza a que os autores geralmente chamam

exerceram enorme influência sobre a formação do conceito de direitos humanos como um direito natural e, guardadas as devidas proporções, concebiam o homem, quando deixado à própria sorte, como um ser em “estado de natureza”, do qual ele só se libertaria por meio do contrato ou do pacto social²⁰ que, na visão específica desse último, libertaria o homem de seus “grilhões”, tornando-o livre em sua liberdade civil.

Desse período, pode-se concluir, também, a partir da opinião de Sarmiento²¹, que “Embora as ideias de Rosseau tenham exercido grande influência em eventos como a Revolução Francesa e possibilitado a redescoberta da democracia, esquecida desde os gregos, o fato é que no ideário liberal, prevaleceu a visão lockeana de direitos humanos identificada com a “liberdade dos modernos”.

Tal “liberdade dos modernos”²² apontada por Sarmiento, pressupõe a existência de um Estado que se abstenha de interferir na vida do cidadão, salvaguardando-lhe a

de *jus naturale* é a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, da sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem com meios adequados a esse fim”. HOBBS, Thomas. **Leviatã**. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva (Trad.). 2. ed. São Paulo: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1999, p. 115.

²⁰ Rosseau em sua obra afirma que “Suponho que os homens chegados àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam pela sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo não pode mais subsistir e o gênero humano pereceria senão mudasse a sua maneira de ser”. A solução apresentada pelo autor dá-se, então, segundo ele, nos seguintes termos: “[...] “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um se unindo a todos, obedeça apenas, portanto, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes”. ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social e Discurso Sobre Economia Política**. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima (Trad.). São Paulo: Hemus, 1981, p. 27.

²¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 22.

²² A expressão “liberdade dos modernos”, segundo afirma Bonavides, pode ser encontrada pela primeira vez em um discurso de Benjamin Constant, proferido em Paris, em 1819, sob o título “*De la Liberté des Anciens comparée a celle des Modernes*”. O referido discurso é chamado por Bonavides de “o manifesto político do liberalismo” no sentido de que contrapõe o sentido da liberdade contemporânea à revolução francesa, garantidora dos direitos individuais do cidadão frente ao Estado, àquela existente na Antiguidade clássica de Grécia e Roma, em que o indivíduo era parte integrante da sociedade e tinha a sua vida, a sua liberdade e o seu patrimônio devotados ao interesse coletivo, não possuindo qualquer poder de disponibilidade sobre eles. Em sua obra, Bonavides apresenta os argumentos daqueles que, como Constant, enxergavam uma ausência total de liberdade do indivíduo na Antiguidade, como justificativa para o surgimento do individualismo liberal do séc. XVIII. Bonavides demonstra também que essa mesma liberdade dos modernos, em contraposição à liberdade dos antigos, foi amplamente contestada por autores como Jellinek, Hegel e Marx, a partir de uma interpretação oposta àquela elaborada por Constant, com a pretensão de demonstrar que foi na Grécia e em Roma que o coletivismo e o respeito aos direitos humanos encontraram a sua primeira expressão histórica. Essa modalidade de crítica estaria na base da transformação do Estado Liberal em Estado Social, que se daria nos séculos seguintes, segundo o autor. In: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 133-158.

liberdade e a propriedade, alçadas à condição de direitos humanos oponíveis ao Estado.

É importante reiterar a consolidação, nesse período, da noção de que, juntamente com a proteção à liberdade, deveria, também, ser protegido o direito à propriedade, através da garantia estatal de que o mesmo não seria violado.

O modelo de Estado que surge desse período é conhecido pela doutrina como Estado liberal e foi marcado pela substituição do absolutismo do rei pela ascensão ao poder de uma nova classe social, a burguesia, cuja influência política já vinha se firmando, à medida que ela enriquecia.

Magalhães²³ resume bem esse período da história dos direitos fundamentais, afirmando que o modelo de Estado e o protótipo de constituições que surgem nesse período, no que se refere à proteção dos direitos individuais, fincam raízes na Inglaterra do século XIII, sendo que “[...] o grande marco dessa transição será a Magna Carta de 1215²⁴, derivada do conflito entre o Rei João e os seus barões.”.

Posteriormente, prossegue Magalhães explicando que novas limitações ao poder absoluto foram feitas, garantindo-se aos indivíduos certos direitos fundamentais, como o *Habeas Corpus Act*, de 1679²⁵ e o *Bill of Rights*, de 1689²⁶.

²³ MAGALHÃES. **Direito** ..., cit. p. 18 - 21.

²⁴ A “Carta Magna das liberdades ou concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do reino inglês” foi a declaração solene assinada em 1215 pelo rei inglês João, também conhecido como João sem terra, perante o alto clero e os barões do seu reino. Pelo documento, João reconhece direitos e liberdades aos membros da nobreza e do clero como forma de assegurar a continuidade e a superioridade do seu poder. Segundo afirma Celso Lafer, com base em estudos das obras de autores europeus, apesar de seu malogro enquanto documento destinado a preservar a paz, a Carta Magna, que apesar de constar como declaração unilateral é, na verdade, uma convenção entre partes, contribuiu para a limitação dos poderes do soberano, obrigando-o a submeter-se às próprias leis que edita. Com isso, segundo Lafer, colaborou para “[. . .] reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele”. Lafer prossegue afirmando que “Graças a essa primeira limitação institucional dos poderes do rei, pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII.”. LAFER, Celso. **A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92.

²⁵ O *Habeas Corpus Act* ou *Lei de Habeas Corpus* é o documento aprovado pelo Parlamento Inglês no ano de 1679 disciplinando as regras processuais a respeito desse instituto processual de garantia da liberdade individual contra as prisões arbitrárias promovidas por autoridades inglesas ao tempo de sua aprovação. Segundo Lafer, “O Habeas Corpus já existia na Inglaterra, havia vários séculos (mesmo antes da Carta Magna), como mandado judicial (writ) em caso de prisão arbitrária. Mas a sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida, em razão da inexistência de adequadas regras processuais.”. Prossequindo, afirma Lafer que “A importância histórica do Habeas Corpus, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente para a proteção de outras liberdades fundamentais.”. LAFER. **A Afirmação**..., cit. p. 100 - 101.

Nesse mesmo período, surgem, também, as dez emendas à Constituição norte-americana, a denominada de *Bill of Rights*, de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, no mesmo ano²⁷.

Todos esses documentos jurídico-políticos e as cartas de declarações de direitos exerceram enorme influência na disseminação da doutrina dos direitos humanos, mundo afora, nos séculos seguintes²⁸.

Uma observação, praticamente unânime na doutrina, diz respeito ao fato que os direitos humanos surgidos, a partir do advento do Estado liberal, não são universais, mas, restritos a um seleto grupo de cidadãos, do sexo masculino, ricos e poderosos.

²⁶ A Declaração de Direitos inglesa (Bill of Rights) de 1689 é considerada por Lafer como o documento histórico que consagra a separação permanente dos poderes do Estado, além de assegurar, segundo o autor, com cem anos de antecedência da revolução francesa, a garantia da liberdade individual dos súditos. Referida Declaração foi imposta pelo parlamento inglês ao príncipe Guilherme de Orange e a sua esposa Maria de Stuart como condição imprescindível para a assunção do trono da Inglaterra, considerado vago desde a renúncia de Jaime II, em 1688. Entre os seus artigos destacam-se aqueles que garantem a independência do Parlamento em relação ao rei, cujo funcionamento não depende da vontade desse último; a imposição do império da lei sobre a vontade do monarca e a consagração do direito à liberdade individual que, segundo Lafer, serviria de fomento para a eclosão da revolução industrial cem anos depois. LAFER. **A Afirmação**..., cit. p.104-109.

²⁷ A Declaração de Direitos norte-americana (Bill of Rights) de 1789 juntamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, elaboradas no mesmo período histórico constituem, na visão de Lafer, “as cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o estamento, as organizações religiosas.”. Constituiu-se, na visão do citado autor, numa substituição à proteção do indivíduo, oferecida pela sociedade, em função da dispersão das classes sociais tradicionais por ocasião do esfacelamento progressivo do poder absolutista enquanto se formava a estrutura do Estado moderno. Essa proteção, eminentemente voltada aos direitos individuais, mormente a liberdade, já não seria mais garantida pela família, pelo rei ou pelo estamento social, mas, pela Constituição, documento fundamental de criação e organização da entidade estatal que então se conformava. Acrescenta o autor que “ *Seguindo o modelo do Bill of Rights britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, de direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima portanto da legislação ordinária.*”. LAFER. **A Afirmação** . . . , cit. p.123-124.

²⁸ Philip Auston promove um interessante debate sobre a influência das cartas de declarações de direitos na promoção dos direitos humanos no mundo. Partindo da afirmação de que o modelo das cartas de direitos, inauguradas com a declaração francesa, de 1789 e a norte-americana, de 1787, espalharam-se pelo mundo inteiro, o autor propõe um estudo comparativo das mesmas e dos efeitos por elas introduzidos nos países que as adotaram. Ressalta a importância dessa disseminação na fixação de um núcleo de direitos humanos, espalhado por diversos ordenamentos como, por exemplo, o direito a vida, a proibição da tortura, proibição da prisão arbitrária, direito à presunção de inocência, direito de privacidade, liberdade de circulação, direito de propriedade, liberdade de pensamento, consciência e religião, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de reunião e associação e o direito de participar do governo. Outro fato para o qual o autor chama a atenção é a tendência de que, cada vez mais, países acatem os tratados internacionais de direitos humanos como parte integrante de seus ordenamentos jurídicos internos, aumentando a influência do direito internacional dos direitos humanos. Por fim, o autor alerta para o cuidado que se deve ter com uma visão otimista da realidade, que pode não corresponder às disposições abstratas dos compromissos assumidos por muitos governos com o respeito aos direitos humanos. Para melhor conhecimento do assunto: ALSTON, Philip. **A Framework for the Comparative Analysis of Bill of Rights**. Oxford, CG: Oxford University Press, 1999, p. 2 - 4.

O Estado liberal é um modelo de Estado não interventor, omissivo por natureza. Também chamado de “Estado mínimo”, sua principal função é manter a ordem interna, com base no poder de polícia e a soberania, através das forças armadas.

1.2.1. A teoria de Montesquieu e sua influência sobre os direitos humanos

Paralelamente ao desenvolvimento das teorias sobre a origem do poder estatal, que, conforme visto, foram imprescindíveis à tomada de consciência sobre a necessidade de estabelecer limites à autoridade do soberano, outros pensadores, como Montesquieu, dedicaram-se a estabelecer as maneiras pelas quais o poder civil deveria ser repartido, de modo a não permitir uma nova concentração nas mãos de um único homem.

Montesquieu, cuja obra-prima, *Do Espírito das Leis*, foi publicada em 1748, exerceu enorme influência na Europa do século XVIII e a despeito das polêmicas surgidas em torno de sua obra, contribuiu enormemente para a formação do nascente constitucionalismo europeu, por meio de sua teoria da separação dos poderes.

Bonavides²⁹ faz análise percuciente do caráter polêmico da obra-prima de Montesquieu com base em ampla doutrina estrangeira, mas, conclui, com fundamento na mesma, que apesar das incoerências observadas em sua obra, Montesquieu teve participação efetiva na formação do Estado liberal, ao fixar as condições para que os poderes do Estado coexistissem.

Para os objetivos traçados nessa dissertação, interessa, desde logo, resgatar a forma pela qual o pensador francês compreendia essa coexistência entre os poderes³⁰:

“Há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo que depende das coisas do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, declara a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar; e o outro, simplesmente de poder executivo do Estado”.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 137-8.

³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Roberto Leal Ferreira (Trad.). São Paulo: Martins Claret, 2010, p. 168-169.

A razão pela qual Montesquieu fraciona o poder nascente do Estado tem a ver com a necessidade de assegurar a liberdade política dos cidadãos, protegendo-os contra a tirania dos governantes.

A liberdade política, definiu o pensador francês, é “essa liberdade de espírito que provém da opinião que cada qual tem de sua segurança; e, para que tenhamos essa liberdade, o governo deve ser tal, que um cidadão não possa temer outro cidadão” ³¹.

Em seguida, traça exemplificativamente as hipóteses em que a reunião dos poderes nas mãos de um só homem ou de um grupo de homens poderia colocar em risco a liberdade política.

No que se refere especificamente ao Poder Judiciário, previu duas consequências decorrentes da reunião de poderes nas mãos de uma só pessoa ou órgão, sendo que ambas apontam para a eliminação da liberdade política.

A primeira consequência é a arbitrariedade, derivada da reunião do poder judiciário com o poder legislativo, que atuará marcadamente sobre a vida e a liberdade das pessoas, pois o juiz comportar-se-á, também, como legislador.

A segunda consequência será a opressão, quando da reunião do poder judiciário com o poder executivo e resultará, como já se disse, na perda da liberdade política do indivíduo.

Por fim, complementando o raciocínio, assevera o autor que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares” ³².

Com isso, o autor, inaugura uma visão arrojada da política, trazendo-a para fora do campo da teologia, inserindo-a em campo teórico específico em que as instituições políticas são regidas por leis que derivam de relações políticas.

Diferentemente dos teóricos do contrato social já citados, que se interessavam pela natureza do poder político, Montesquieu interessou-se pelo estudo e observação sobre as formas de relacionamento entre as instituições políticas criadas pelo homem.

³¹ MONTESQUIEU. **Do Espírito...**, cit. 169.

³² MONTESQUIEU. **Do Espírito...**, cit. 169.

Albuquerque³³ chama a atenção para a necessidade de se reconhecer a interpenetração das funções executiva, legislativa e judiciária do Estado, bastando, segundo ele, lembrar “*a prerrogativa de julgamento pelos pares, no poder legislativo, nos casos de crimes políticos, para perceber que a separação total não é necessária nem conveniente*”.

Montesquieu, ao edificar dois novos conceitos, quais sejam, o de estatuir (*faculté de statuer*) e o de impedir (*faculté d'empêcher*), acabou por antecipar a formulação da doutrina dos freios e contrapesos (*check and balances*).

Hoje em dia, essa doutrina é necessária à manutenção do equilíbrio entre os poderes do Estado, permitindo, por exemplo, que o Poder Executivo vete (poder de impedir) determinadas disposições legislativas aprovadas pelo Poder Legislativo do Estado; ou que o Executivo promova o indulto, modificando decisões do Poder Judiciário, ou ainda, como no caso brasileiro, que o Executivo promova apresentação de medidas provisórias, com força de lei, obedecidas as regras constitucionais³⁴.

Tem-se, portanto, que o estudo da obra de Montesquieu, por si só, desaconselha uma leitura radical da teoria da separação de poderes.

O que importa dizer nesse passo é que a teoria desenvolvida por Montesquieu colaborou decisivamente para a emancipação do indivíduo em relação ao Estado, libertando-o da opressão anterior, abrindo novas perspectivas de direitos individuais que seriam, depois, paulatinamente reconhecidos, na medida em que o Estado liberal tornava-se, cada vez mais, o modelo adotado nas nascentes constituições.

Atualmente, há uma visão amplamente difundida de que a técnica da separação de poderes encontra-se superada pela pluralidade de interesses e pela disseminação de novas formas de poderes sociais e políticos que influenciam as estruturas do Estado.

Já o modelo de Estado nascido das revoluções do séc.XVIII não era necessariamente democrático, no sentido atual do termo. Pelo contrário, como observam

³³ ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 1997, p. 119.

³⁴ A realidade, todavia, demonstra que o relacionamento entre o Executivo e o Legislativo no que se refere à edição de medidas provisórias é feita de acusações mútuas de inércia por parte do Legislativo e de intromissão de competência constitucional em matéria legislativa, por parte do Executivo.

Magalhães ³⁵ e Sarmiento ³⁶, somente mais tarde, ao longo do século XIX, a discussão sobre a democracia e o Estado foi se desenvolvendo enquanto entravam em confronto duas doutrinas políticas sobre a forma de organização econômica da sociedade, o liberalismo de um lado e o socialismo do outro.

O indivíduo, titular dos direitos fundamentais individuais, que emerge das constituições dos Estados democráticos liberais, é o indivíduo burguês, como já se disse, das classes sociais mais abastadas e, portanto, a democracia representativa desse período não abarcava a totalidade da sociedade, muito pelo contrário, discriminava os mais pobres, o que não impediu que, posteriormente, houvesse uma ampliação no direito de participação do voto e uma multiplicação dos órgãos representativos, conforme assevera Bobbio ³⁷.

Enfim, as constituições escritas do período iluminista, formataram um modelo de Estado submetido à lei, à democracia (ainda que somente parte do povo dela participasse), à propriedade privada e ao respeito da autonomia do indivíduo em relação ao Estado.

No que se refere aos direitos humanos, esses deveriam ser reconhecidos e garantidos aos indivíduos em suas relações com o Estado.

Quanto à ampliação do reconhecimento e proteção de tais direitos, também, às relações privadas não há argumentos convincentes na doutrina analisada que permitam concluir que pudessem ser deduzidas nesse período, conforme afirma Sarmiento³⁸, até porque as constituições somente regulavam as relações jurídicas entre o indivíduo e o Estado, ficando as relações jurídicas eminentemente privadas a cargo dos próprios indivíduos, considerando-se que essa esfera do mundo da vida era infensa à interferência

³⁵ MAGALHÃES. **Direito** . . . , cit. p.19.

³⁶ SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 25.

³⁷ Bobbio afirma que o ponto de partida dessa correlação entre Estado Liberal e democracia se dá a partir de um célebre discurso proferido por Benjamin Constant em que o mesmo distingue o conceito de liberdade entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. A liberdade dos antigos estaria ligada à participação direta na formação das leis através do corpo político, cuja máxima expressão está na assembleia dos cidadãos, ou seja com a democracia direta. Já a liberdade dos modernos estaria ligada à liberdade individual em sua relação com o Estado. Segundo Bobbio, foi-se firmando, através dos escritos dos autores citados, a ideia de que a única forma de democracia compatível com o Estado liberal, isto é, com o Estado que reconhece e garante alguns direitos fundamentais, seria a democracia representativa. Cf. BOBBIO. **Dicionário**..., cit. p. 323-4.

³⁸ SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 27.

estatal e protegida pelo princípio da autonomia da vontade.

1.3. Os Direitos Humanos nos séculos XX e XXI

O século XX foi marcado por profundas modificações na história da humanidade. Não sem razão, foi chamado por Eric Hobsbawm de era dos extremos³⁹, título de uma de suas obras mais relevantes.

Nesse período, o Estado liberal perdeu parte do ímpeto que adquirira no século anterior e tendo sido profundamente modificado cedeu espaço a uma cosmovisão mais coerente com os acontecimentos históricos que sacudiram a cena internacional, principalmente no início do século XX.

Sob o argumento de proteção à liberdade e à autonomia privada, foram alcançados progressos inegáveis durante o apogeu do Estado liberal que culminaram com um incremento da atividade econômica em plena era da revolução industrial. Em sentido contrário a essa afirmação, todavia, Dallari⁴⁰ assinala que “o Estado liberal criou as condições para a sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos.”.

O cenário enfatizado por Dallari demonstra a insuficiência do modelo de Estado liberal na proteção do indivíduo, uma vez que não foram criados instrumentos que fossem capazes de garantir a fruição dos direitos individuais adquiridos, através de um mínimo de proteção social proporcionada pelo Estado.

³⁹ Afirma o autor, “De todos os fatos da era da grande catástrofe, os sobreviventes do século XIX ficaram, talvez, mais chocados com o colapso dos valores e instituições da civilização liberal, cujo progresso, o seu século tivera como certo, pelo menos, nas partes 'avançadas' e 'em avanço' do mundo. Esses valores eram a desconfiança da ditadura e do governo absoluto; o compromisso com um governo constitucional com ou sob governos de assembleias representativas livremente eleitos, que garantissem o domínio da lei e um conjunto aceito de direitos e liberdades dos cidadãos, incluindo a liberdade de expressão, publicação e reunião. O Estado e a sociedade deviam ser informados pelos valores da razão, do debate político, da educação, da ciência e da capacidade de melhoria (e não necessariamente de perfeição) da condição humana. Esses valores, parecia claro, tinham feito progresso durante todo o século, e estavam destinados a avançar ainda mais”. Cf. HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: O Breve Século XX: 1914-1991**. Trad. de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 113.

⁴⁰ DALLARI. **Teoria . . .**, cit. p. 244.

Portanto, como afirma Magalhães⁴¹, “os direitos sociais aparecem como mecanismo de realização dos direitos individuais de toda a população” diante da proteção insuficiente proporcionada pelo Estado.

O fato é que a supremacia das leis de mercado tornava quimérica a ideia de liberdade, uma vez que a grande maioria da sociedade era constituída pela classe trabalhadora surgida da nova era industrial e vivia sob condições socioeconômicas extremamente ruins não lhe sendo possível a fruição de tais direitos.

Tais circunstâncias geraram toda sorte de críticas ao liberalismo político, com destaque para os pensadores alemães Marx e Engels⁴², cujas críticas ao capitalismo, tornaram-se o combustível ideológico de muitas gerações e o estopim de revoluções e guerras que resultaram na transformação do mundo ao final do século XX.

Alguns desses eventos históricos marcaram o rito de passagem do modelo de Estado, de uma situação de abstenção total, para uma outra, de intervenção na vida social, entre eles, destacam-se a I Guerra Mundial (1914 – 1919) e a Revolução Russa (1917) que implantou um modelo de Estado socialista na Rússia e nas repúblicas a ela anexadas, formando a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Sarmiento⁴³ aponta essa transição violenta e o medo que ela despertou nas elites capitalistas de então, como fatores que teriam exercido grande influência na transformação do Estado liberal em *Welfare State*, ou Estado do Bem-Estar Social, que se seguiu a esse período.

Já Magalhães⁴⁴ chama a atenção para o fato de que também estão inseridos no conceito de Estado Social desse período os denominados direitos políticos (como direito de participação na vida do Estado), cuja formação já vinha se dando desde o século XIX⁴⁵. É nesse período também que tem início o processo de internacionalização dos

⁴¹ MAGALHÃES. **Direito** . . . , cit. 21.

⁴² Para uma análise extremamente atual do papel histórico da burguesia e das características da economia de mercado, veja-se MARX, Karl; ENGELS Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Trad. Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: L & PM, 2001, p. 23.

⁴³ SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 33.

⁴⁴ MAGALHÃES. **Direito** . . . , cit. 22.

⁴⁵ Para uma abordagem didática e abrangente desse período veja-se ALMEIDA, Angela Mendes de. **A República de Weimar e a ascensão do nazismo**. São Paulo: Brasiliense, 1987 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010,

direitos humanos.

A despeito de sua completa inutilidade no que se refere ao seu objetivo maior, que era evitar uma nova guerra mundial, a Liga das Nações, criada em 1919, ao lado da Organização Internacional do Trabalho - OIT, criada no mesmo ano, constituiu-se na primeira iniciativa do processo de internacionalização dos direitos humanos, conforme assevera Flávia Piovesan⁴⁷, em obra clássica sobre o tema.

No mesmo sentido manifesta-se ACCIOLY⁴⁸, apontando a existência nos textos de criação das referidas instituições de garantias internacionais de direitos humanos a homens, mulheres, crianças e aos trabalhadores em geral, não sem deixar de registrar o paradoxo permanente do direito internacional público em ter que, ao mesmo tempo, sancionar direitos humanos internacionais por parte dos Estados e repreender esses mesmos Estados, que são os maiores algozes dos direitos humanos em relação às suas respectivas populações.

O fato é que as guerras, revoluções e as crises econômicas (colapso da Bolsa de Nova York em 1929) resultaram em um contexto de crescente intervenção do Estado na vida social, com o objetivo de proteção ao bem-estar do seu cidadão.

No âmbito da ciência jurídica, o Direito do Trabalho desloca-se do campo de estudos do Direito Privado e torna-se disciplina própria, voltada à proteção do trabalhador, enquanto no Direito Privado, mais e mais leis de natureza de ordem pública impõem restrições à liberdade de contratar e à autonomia privada.

Os direitos sociais avançam e o Estado passa a ter que se obrigar diante dos cidadãos a prestar-lhes serviços e a garantir-lhes direitos de forma proativa, mediante a formulação e a implementação de políticas públicas específicas.

p. 87.

⁴⁶ Dois documentos constitucionais se destacam no registro dessa transformação, sendo eles a Carta Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

⁴⁷ A autora afirma que “para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o status do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de direito internacional.” Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111.

⁴⁸ ACCIOLY, Hildebrando; e SILVA, G. E do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: 2009, p. 450.

Instala-se na doutrina a polêmica sobre saber se os direitos humanos podem ser divididos em gerações, argumentando-se que os direitos individuais, seriam os de 1ª geração enquanto os direitos sociais seriam de segunda geração e assim por diante. A referida polêmica foge aos fins colimados nesse trabalho, razão pela qual, adotar-se-á a classificação geracional como forma de compreensão didática do tema.

1.3.1. O alargamento da aplicação dos direitos humanos no âmbito do direito interno e a universalização dos sistemas de proteção

No plano interno, como se viu, os direitos humanos evoluíram a ponto de penetrar o interior das constituições dos Estados, onde foram, pouco a pouco, sendo ampliados.

Diante dessa ampliação, o Estado passou a assumir responsabilidades cada vez maiores perante a sociedade, surgindo então, as primeiras discussões sobre a efetividade desses direitos, como se verá mais adiante.

Além disso, a sociedade tornou-se mais complexa e a eficácia dos direitos fundamentais, mormente aqueles de caráter social, acabou promovendo restrições às liberdades individuais e econômicas, relativizando-as.

Some-se a esses fatos o surgimento de novos e importantes atores sociais que desequilibraram as relações indivíduo/Estado e indivíduo/indivíduo e tem-se um cenário em que o direito civil passa a sofrer uma influência cada vez maior do direito constitucional.

Nesse contexto, o Judiciário é chamado a se pronunciar sobre questões cuja competência foi atribuída constitucionalmente ao Poder Executivo, como nas decisões sobre a implementação de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais sociais.

O Judiciário é chamado também a interferir nas relações privadas, em situações em que há uma evidente desvantagem de uma parte em relação à outra, interpretando a lei de modo a compensar essa desigualdade o que, muitas vezes, significa ampliar as possibilidades interpretativas da norma o que, em tese, significa invadir a competência constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo.

No âmbito internacional, a partir de 1945, com o fim da II Guerra Mundial e a

criação da Organização das Nações Unidas – ONU, os direitos humanos, ganharam destaque e vigor com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Declaração e os diplomas legais internacionais sobre direitos humanos posteriores relativizaram a soberania dos Estados, na medida em que significaram uma auto-restrição legislativa, formando as bases para a criação de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Em 1993, outro diploma internacional fixou as premissas teóricas sobre as quais se assentam a moderna doutrina internacional de proteção dos direitos humanos. Trata-se da “Declaração e do Programa de Ação de Direitos Humanos da Conferência Mundial de Direitos Humanos”, realizada em Viena, que realçou a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos ⁴⁹.

Esse é o panorama histórico que precede a discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Um pano de fundo formado pelas marcas deixadas pela atuação do Estado liberal e pela supremacia do individualismo e pela tentativa de reformulação do seu papel na economia e na vida da sociedade.

Como corolário dessa nova fase, os direitos humanos adquirem o *status* de ferramenta universal de proteção do indivíduo contra toda forma de atrocidade, fazendo convergir as soberanias em uma única direção.

O ser humano que emerge dessa circunstância histórica deve ter a sua atuação protegida em todos os âmbitos da vida, inclusive, aquele que se relaciona à sua vida privada que passará a ser analisada não só sob a ótica estritamente individual, mas, também da proteção oferecida pelos direitos fundamentais às relações intersubjetivas.

⁴⁹ A criação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos pressupõe a universalização dos direitos humanos. Donnelly critica essa visão demonstrando o quanto os direitos humanos, embora afirmados nos tratados internacionais como “universais” (aspas do autor), ainda se encontram relativizados pelos aspectos culturais que envolvem os Estados. Segundo ele, essa é uma visão empírica, filosófica e politicamente indefensável. Na verdade, afirma, a criação das normas internacionais de direitos humanos, que ficou a cargo da sociedade internacional, deixou a sua implementação a cargo da soberania dos Estados, o que fez que a fruição de tais direitos por parte dos indivíduos se tornasse muito mais uma questão de sorte, a depender do país em que se nasce, do que dos direitos que lhe foram atribuídos, propriamente ditos. Veja-se, a propósito. DONNELLY, Jack. *The Relative Universality of Human Rights. Human Rights Quarterly* 29. Maryland: John Hopkins University Press. 2007, p. 281-306. Disponível em <<http://heinonline.org>> Acesso em 16/07/2010.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E A AMPLIAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO PRIVADO

As constituições tornaram-se o *locus* privilegiado dos direitos fundamentais, não cabendo discutir, nas estreitas margens da presente abordagem, as circunstâncias históricas em que o texto constitucional assumiu a condição de “norma jurídica de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados”, como afirma Sarmento⁵⁰.

No Brasil, a Constituição de 1824, já trazia em seu bojo a inspiração ditada pelo documento-símbolo⁵¹ da primeira geração de direitos fundamentais, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com a consagração, na ordem jurídica interna, dos postulados básicos de proteção individual, de índole liberal, típicos daquele período.

As constituições brasileiras posteriores cristalizaram tais conquistas, sobrepondo-lhes a evolução experimentada pelos direitos fundamentais, de tal modo que, conforme assevera Cunha Ferraz⁵²:

“[...] as declarações sucessivas de direitos não são produto de ruptura total com a ordem constitucional anterior. São declarações que seguem mantendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos textos anteriores, porém com remodelagem, aperfeiçoamentos, ampliações e reações ditadas pela evolução dos tempos [...]”.

Nesse sentido, a autora citada destaca o papel crucial da Constituição de 1934⁵³ que, a seu ver, marcou a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, ao inserir em seu texto, pela primeira vez, direitos sociais aos trabalhadores brasileiros, inaugurando a segunda geração de direitos fundamentais no país.

As constituições posteriores a 1934 seguiram contendo dispositivos referentes aos direitos fundamentais com os influxos do período histórico em que estiveram

⁵⁰ SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 70.

⁵¹ Expressão adotada por Paulo Bonavides. BONAVIDES. **Curso** . . . , cit. p. 85.

⁵² FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. in: **Direitos Humanos Fundamentais. Positivação e Concretização**. Anna Candida da Cunha Ferraz (Org.).Osasco: Edifio, 2006, p. 120.

⁵³ A autora destaca a influência decisiva dos postulados sociais inseridos na Constituição de Weimar, de 1919 sobre os avanços sociais inseridos na Constituição brasileira de 1934. Veja-se FERRAZ. **Aspectos...**, cit. p. 122.

inseridas, mas, é na Constituição de 1988 que os direitos fundamentais encontram sua morada definitiva.

A Constituição de 1988 é considerada pela doutrina como uma das mais avançadas constituições do mundo no que diz respeito à disciplina dos direitos fundamentais. Todavia, não escapa à crítica de que foi pródiga na atribuição de direitos e tímida na fixação das responsabilidades do Estado pela sua implementação.

Outra crítica bastante comum, diz respeito à inexistência de previsão orçamentária suficiente para suportar a implementação do catálogo amplo de direitos sociais nela estabelecidos, gerando um *déficit* permanente nas prestações de serviços públicos estatais nas áreas de educação e saúde, por exemplo.

De qualquer modo, já desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 vislumbra a edificação de uma nação, cujas bases jurídico-políticas estão ancoradas no regime democrático, daí porque se constitui em um “Estado Democrático de Direito”⁵⁴ e no exercício de direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais⁵⁵.

O título I da Constituição de 1988 (arts. 1º a 4º) consagra os princípios fundamentais sobre os quais está edificado o Estado brasileiro em que se destacam os princípios da dignidade humana e da cidadania que Piovesan⁵⁶ celebra como sendo o encontro da democracia com os direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado por grande parte da doutrina como a matriz da qual se originam todos os demais direitos, uma espécie de sobredireito, de valor moral anterior e superior à própria Constituição. Sua inserção estratégica no início do texto constitucional tem a clara determinação de fazer com que os

⁵⁴ Em busca de uma definição atual para a expressão “Estado de Direito”, a Comissão Europeia para Democracia Através do Direito, também conhecida como Comissão de Veneza, após extensa análise de leis nacionais e internacionais sobre o tema, fixou consensualmente os seguintes elementos como caracterizadores da existência de um Estado de Direito, sendo eles: (1) Legalidade, incluindo um processo transparente, responsável e democrático para a promulgação da lei; (2) A segurança jurídica; (3) Proibição da arbitrariedade; (4) Acesso à justiça perante tribunais independentes e imparciais, incluindo a revisão judicial de atos administrativos; (5) Respeito aos direitos humanos e (6) A não discriminação e a igualdade perante a lei. in: DIJK Pieter Van; HALLER, Gret; JOWELL, Jeffrey e TUORI Kaarlo. **Report on the Rule of Law** - Venice Commission. Strasbourg. Council of Europe, Study n°512/2009. p. 10. Disponível em: <www.venice.coe.int>. Acesso em: 13 jul. 2012.

⁵⁵ Ferraz analisa a questão da juridicidade das afirmações contidas no preâmbulo da Constituição, concluindo que, ainda que não possam ser consideradas norma jurídicas válidas e eficazes, certamente, constituem-se em “fundamentos axiológicos que inspiraram o constituinte ao erguer o edifício constitucional [. . .]”. FERRAZ. **Aspectos** . . . , cit. p. 124.

⁵⁶ PIOVESAN. **Direitos** . . . , cit. p. 26.

todos os demais artigos constitucionais se alinhem e se submetam a ele.

Piovesan⁵⁷ considera o valor da dignidade humana como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico. Para a citada autora, amparada na opinião de diversos doutrinadores estrangeiros, o princípio da dignidade humana é a estrutura central de um sistema que gira em torno dele e faz com que todas as demais normas, tanto as constitucionais quanto as infraconstitucionais, tenham que buscar o seu fundamento de validade jurídica na adequação a ele⁵⁸.

Nesse contexto, convém fazer uma breve alusão ao art. 2º, do Título I da Constituição de 1988, que consagra a construção teórica de Montesquieu sobre a separação de poderes, acrescentando que além de independentes, devem estes atuar de forma harmônica, no sentido de que suas ações sejam sinérgicas na busca do objetivo de proporcionar o máximo possível de bem-estar à sociedade.

O exercício do poder, todavia, nem sempre conduz à harmonia propugnada pelo texto constitucional, como demonstram os exemplos mostrados amiúde pela imprensa nacional.

Isso acontece porque, a complexidade das relações na sociedade, inclusive aquelas que dizem respeito à aplicação dos direitos fundamentais tornaram necessária uma nova correlação de forças entre os poderes, seja para tornar mais eficiente a efetivação desses direitos por parte do Estado, ou ainda, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais em relação aos particulares.

O fato é que a positivação dos direitos humanos nas constituições do pós-guerra modificaria profundamente o paradigma de interpretação das relações entre o indivíduo, a sociedade e o Estado. Impõe-se o conceito de um Estado, cuja conformação e atuação está totalmente prevista e balizada pela constituição que lhe deu origem.

Dá-se, a partir de então, no magistério de Sarlet⁵⁹, “a supremacia da Constituição

⁵⁷ PIOVESAN. **Direitos** . . . , cit. p. 27.

⁵⁸ A atribuição que se dá à dignidade pessoa humana, de princípio fundante dos direitos humanos está intimamente ligada à discussão sobre a busca de um fundamento para os direitos humanos. Entre muitos autores, com opiniões diversas, destaca-se a posição de Norberto Bobbio, amplamente citada, em diversas obras nacionais e estrangeiras, para quem, “[. . .] o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-lo, mas, sim, o de protegê-los.” in BOBBIO, **A Era** . . . , cit. p. 45. Para uma discussão da dignidade humana como princípio absoluto, com base no pensamento de Robert Alexy, veja-se: COELHO. **Curso de** . . . cit. p. 172.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado.

e a valorização da força normativa dos princípios e valores que lhe são subjacentes, de toda a ordem jurídica”.

A Constituição torna-se o centro da vida nacional. Todo o ordenamento jurídico deve buscar seu fundamento de validade nos princípios e valores dela emanados.

Sarmiento⁶⁰ traça com acuidade o caminho histórico de aproximação do direito privado com o direito público demonstrando que, principalmente, após a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a hegemonia dos Códigos, que disciplinavam as relações de direito privado, ver-se-ia ameaçada pela introdução de princípios solidaristas e intervencionistas nas relações privadas, princípios esses, até então, estranhos à principiologia que orientava as relações de direito privado.

A multiplicação do processo de intervenção do Estado nas relações privadas tem por objetivo fazer frente aos crescentes *déficits* de proteção verificados nas relações entre os atores privados da sociedade em que alguns tornam-se muito mais poderosos do que os outros.

Esse desnivelamento das posições de poder entre as partes contraria a pressuposição de que os indivíduos, em suas relações privadas, agem de forma livre, autônoma e igualitária.

As nuances do fenômeno de interpenetração entre o direito público e o direito privado através da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas é o que se verá a seguir.

In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13.

⁶⁰ SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 94.

3. A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

3.1. Introdução

O advento do Estado liberal trouxe consigo a era das codificações, iniciada em 1804 com o Código de Napoleão.

A era dos códigos consagrou o momento político de libertação do indivíduo em relação ao Estado, delimitando claramente as duas esferas de atuação do homem em sociedade, a esfera pública, do Estado, e a privada, do indivíduo.

Essa separação exigiu que fossem formalizados em um único documento os direitos dos indivíduos em suas relações privadas, por meio de normas que primassem pela abstração e pela generalidade⁶¹.

De forma esquemática, como observa Barroso⁶², “a Constituição, de um lado, e o Código Civil Napoleônico, de outro, expressavam um ideal de equilíbrio entre o espaço público e o privado”.

A desconstrução do Estado Liberal e a ampliação da esfera social, conforme já assinalado, reduziu a importância dos códigos, na medida em que um grande número de normas jurídicas abrangendo os mais diversos setores da vida privada passou a ser editado fora do âmbito do Código Civil, formando microssistemas abertos a outras influências e orientados por outros valores que não apenas aqueles que serviam de fundamentação jurídica para legislação civil.

Sarmiento⁶³, citando as lições de Pietro Perlingeri, vislumbra esse contexto como sendo aquele em que a Constituição, que passara a abranger todos os setores da vida social e econômica, começa a se converter em “centro unificador do ordenamento civil”.

E, de fato, no caso brasileiro, é a Constituição e não mais o Código Civil, quem conforma o âmago do sistema de direito privado, bastando ver que há diversas

⁶¹ A ideia de um “corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas” é, portanto, relativamente nova, ao contrário do que imagina o senso comum, como afirma Bobbio. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. In: MORRA, Nélío (Comp.). Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues (Trad.). São Paulo: Ícone, 2006, p. 64

⁶² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 87.

⁶³ SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. P .97.

disposições constitucionais que se ocupam de matérias de direito privado, como por exemplo, o direito à propriedade e o direito à herança (art. 5º, incisos XXX e XXXI), além de diversos outros tópicos relacionados ao direito de família (arts. 226 e 227).

A consequência mais visível da influência da Constituição sobre o Direito Privado é a “redefinição de limites e uma profunda relativização conceitual”, conforme afirma Tepedino⁶⁴.

Assim, as relações privadas não mais podem ser vistas somente sob a ótica clássica da autonomia privada e da liberdade ampla do indivíduo, que legitimam “[...] conseqüentemente, violências à pessoa humana nas sociedades intermediárias, à sombra das relações contratuais, proprietárias e familiares”⁶⁵.

Nesse novo contexto, as relações jurídicas que se estabelecem na sociedade devem ser permeadas pelos princípios constitucionais que a todos vinculam e que funcionam como meio obrigatório de passagem dos elementos que a compõem. Eles funcionam como um balizador da eficácia de tais relações, que só serão válidas se estiverem de acordo com eles.

Há um grande debate em andamento sobre a perda progressiva de poder por parte do Estado tanto no âmbito interno, em que as grandes corporações rivalizam com ele em termos de poder de mobilização da sociedade, quanto no âmbito externo, no que se refere à formação de grandes blocos econômicos visando a redução de barreiras e o aumento do comércio internacional.

Muitos vêm nesse movimento da história, um retorno ao que parte dos estudiosos de economia chamam de neoliberalismo, situação em que o Estado é novamente retirado da cena social, abrindo espaço para a iniciativa privada e para a conseqüente redução das conquistas sociais.

Nesse contexto, a estreita relação entre a Constituição e o direito privado torna-se ainda mais necessária, como forma de impedir, cessar ou atenuar os impactos que o desequilíbrio de poder entre as partes ocasiona sobre a efetividade dos direitos fundamentais, mormente os de cunho social, em países como o Brasil, colaborando para a promoção de uma maior igualdade entre as pessoas.

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: **Temas do Direito Civil**. T. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 43.

⁶⁵ TEPEDINO. **Temas** . . . , cit. p. 45.

Os direitos fundamentais funcionam como um passaporte de validade das relações jurídicas privadas diante do texto constitucional.

O controle de conformidade da norma de jurídica de direito privado com os direitos fundamentais será exercido pelos mecanismos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro. Idêntico raciocínio aplica-se as relações jurídicas privadas, quando em desconformidade com os direitos fundamentais, pois, elas, também, serão objeto de apreciação pelo Judiciário, que deverá conformar a sua estrutura aos princípios e normas de direitos fundamentais presentes na Constituição de 1988.

A questão sobre como deve se dar essa apreciação pelo Judiciário é bastante polêmica e tem gerado muitas discussões na doutrina e na jurisprudência, havendo quem discorde sobre se ela deve, de fato, existir ou não, e ainda, sobre a forma de sua incidência, conforme ver-se-á a seguir.

3.2. A tutela da dignidade humana e o dever de proteção dela decorrente

Da conclusão de que os direitos fundamentais encontram-se no âmago do texto constitucional, irradiando a partir daí os seus efeitos, conclui-se que ao Estado cabe não apenas a sua promoção, mas, também, um dever de proteção da pessoa humana contra quaisquer ameaças, sejam provenientes da esfera pública ou da esfera privada.

Esse novo cenário trouxe consigo um dever de tutela da dignidade humana, alçada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se pode depreender da leitura do art.1º, III, da Constituição de 1988. A sua importância pode ser medida, ainda, pelo fato de ter sido dificultada a sua alteração, conforme demonstra a previsão do art. 60, § 4º, IV da Constituição de 1988, colocando-a a salvo dos humores políticos do legislador constituinte derivado.

Moraes⁶⁶ ressalta a perplexidade com que a doutrina civilística brasileira encarou inicialmente essa perspectiva, demonstrando, todavia, que o seu enfrentamento deu novo vigor ao estudo das disciplinas do direito privado, que se achavam fragmentadas em diversos microssistemas cujo núcleo já não podia mais ser encontrado no Código Civil,

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.112.

numa autêntica “crise de paradigmas”, conforme expressão que a autora atribui a Thomas Kuhn.

Nesse sentido, Sarlet, ao se referir ao tema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, destaca que a valorização da dignidade humana e sua inserção no texto constitucional consagrou a “[...] afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes de toda a ordem jurídica”⁶⁷.

A noção de dignidade humana, como valor moral a ser preservado pela humanidade, deita raízes profundas na história. Lacerda⁶⁸, em artigo sobre a obra de Pico della Mirandola adverte que, ao tempo da obra do citado autor italiano, o tema da dignidade já não era novo, tendo sido enfrentado antes por Sócrates, ainda que sob o nome de “virtude”, para quem “o homem é um ser diferenciado, pois, é o único que possui uma psyché, uma alma que o torna capaz de pensar e querer”.

Já na Idade Média, prossegue Lacerda, o tema é abordado por Tomás de Aquino que, a partir da definição de pessoa formulada por Boécio (substância individual de natureza racional) ensina que “o homem é uma substância racional porque tem o domínio dos seus atos, agindo por si mesmo e não pelo comando de outros seres”.

Segundo Lacerda, os exemplos citados demonstram que a filosofia pré-moderna estabelecia uma relação lógica da dignidade do homem com a sua capacidade de raciocinar.

A partir dessas ideias, segundo Lacerda, Pico della Mirandola, valendo-se de suas convicções religiosas e do auxílio de um mito, formula a noção de que o homem foi colocado por Deus no “centro do mundo” para realizar-se, segundo sua própria convicção, agindo livremente.

Esse antropocentrismo coloca Pico entre os precursores do iluminismo, segundo Lacerda⁶⁹, na medida em que inova não na temática religiosa ou no uso da razão pelo

⁶⁷ SARLET. **Constituição** . . . , cit. p.14.

⁶⁸ LACERDA, Bruno Amaro. A dignidade humana em Pico della Mirandola. In: **Revista Eletrônica Legis Augustus**. Rio de Janeiro, 2010, v.1, n.1, p.2. Disponível em <http://www.unisuam.edu.br/legis_augustus/index.php?option=com_content&view=article&id=103:a-dignidade-humana-em-giovanni-pico-della-mirandola&catid=49:ed-1&Itemid=165>. Acesso em 20 ago. 2012.

⁶⁹ LACERDA. **A dignidade** . . . , cit. p. 3.

homem, mas, no fato de que por usar a razão, o homem é capaz de autodeterminar-se estando irremediavelmente compelido a superar-se continuamente, numa atitude criativa e inovadora que o impele a tornar-se, cada vez mais, um ser semelhante a Deus e, por isso mesmo, digno e merecedor do respeito e da consideração de seu semelhante.

Posteriormente, mas, ainda no período iluminista, o conceito de dignidade humana toma novo impulso com Kant.

Ainda sob o signo da razão⁷⁰ como critério diferenciador do merecimento à dignidade, Kant ressalta em uma das máximas de seu imperativo categórico que o homem, como ser racional, “deve agir de maneira a tratar a humanidade, tanto na própria pessoa, como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”.

Disso decorre que todos os atos humanos devem levar em consideração a existência de seres semelhantes que, por serem iguais em essência e racionalidade, merecem a proteção à sua dignidade.

De conceito filosófico a princípio jurídico norteador das ações humanas, a dignidade ainda teria que aguardar um tempo histórico razoável, pois, somente após a 2ª Guerra Mundial ela seria alçada à condição de norma principiológica de caráter metajurídico universal, segundo afirma Comparato⁷¹, tendo sido inserida como princípio/valor na Carta da ONU de 1945, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e em diversos tratados internacionais posteriores.

A partir daí, a dignidade humana, erigida à condição de princípio jurídico maior de um sistema de direitos humanos, espalha-se pelas constituições dos Estados, no pós-guerra, ganhando *status* e *locus* constitucional privilegiado na maioria dos textos constitucionais. Assiste-se ao fenômeno da universalização dos direitos humanos.⁷²

⁷⁰ Azevedo propõe uma abordagem interessante e corajosa sobre a superação do postulado da razão como critério definidor e diferenciador da dignidade humana em relação aos seres da natureza. Segundo ele, a concepção dominante, oriunda do pensamento iluminista, é a de que homem e natureza encontram-se em planos diversos, sendo, respectivamente, sujeito e objeto. A essa corrente, que o autor chama de insular, opõe uma outra cosmovisão da dignidade humana, existencialista, para quem “entre o homem e a natureza, há um *continuum*, pois, o homem faz parte da natureza e não é o único ser inteligente e capaz de querer, ou o único dotado de autoconsciência”. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. RT 797, São Paulo, março de 2002, p. 13.

⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo, Saraiva, p. 226.

⁷² Jack Donnelly critica o argumento de que os direitos humanos são universais, afirmando que o fato de ter havido a sua caracterização jurídica como direitos de toda a humanidade, a ponto de figurarem em

Entre as constituições que edificaram ordenamentos jurídicos tendo a dignidade humana como pressuposto principiológico do conjunto conformador da estrutura do Estado deve-se se citar, pela importância específica para o tema em estudo, a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, a Constituição Italiana, de 1947 e a Constituição Portuguesa.

O fato é que a noção de dignidade humana, a partir dos primórdios de sua positivação no direito internacional e nas cartas constitucionais dos Estados, consagrou-se sobremaneira até os nossos dias, absorvendo novos direitos fundamentais e refletindo sobre realidades as mais diversas, nas quais se viu inserida a necessidade de proteção aos valores básicos da existência humana.

A despeito disso, têm sido inúteis os esforços de fixação de um conteúdo objetivo, de uma definição que seja capaz de abarcar a imensidão dos interesses e valores que envolvem a vida humana.

Muito pelo contrário, quanto mais complexa se torna a realidade, mais se vê a fluidez da noção de dignidade humana como norma-princípio de proteção da espécie humana, como por exemplo, nas questões atinentes ao contraponto entre o direito à liberdade individual e a proteção da dignidade humana.

De qualquer modo, é preciso concordar com Azevedo quando afirma que “a concretização do princípio jurídico da igualdade, como fundamento da república, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa e sem pessoa, não há dignidade.”⁷³

Mas, não basta preservar a vida, é preciso dotar a vida da pessoa humana de condições individuais, sociais, econômicas, políticas, ambientais e materiais mínimas à sua condição de ser vivente.

É nesse ponto que a dignidade se vê refletida no conteúdo dos direitos fundamentais positivados nas constituições estatais. Esse rol, que não se esgota no texto constitucional, garante a existência do indivíduo e pode ser permanentemente atualizado,

quase todas as constituições nacionais, desconsidera a premissa de que a existência de um regime global de direitos humanos depende da implementação dos direitos positivados nas constituições dos Estados, o que, na verdade não ocorre, uma vez que eles não estão submetidos a uma ordem jurídica internacional impositiva nesse aspecto, sendo, portanto, do ponto de vista da eficácia, direitos relativamente universais. In: DONNELLY. **Human . . .**, cit. p. 283.

⁷³ AZEVEDO. **Caracterização . . .**, cit. p. 19.

de acordo com os novos desafios que surjam no horizonte da vida em sociedade, na medida em que eles ameacem a sobrevivência do ser humano.

Mas, como proteger a dignidade humana em um ambiente social tão intensamente propício à desigualdade?

E, ainda, como, protegê-la sem suprimir o direito à liberdade e à autonomia das pessoas?

As noções jurídicas de igualdade e de liberdade firmaram-se no contexto histórico da revolução francesa⁷⁴, no século XVIII, em que a burguesia nascente buscava uma emancipação política e social em relação à nobreza.

Todavia, as transformações sociais dos séculos XIX e XX transmutaram as dimensões originais dos conceitos de igualdade e liberdade, que não já podiam mais ser considerados sob a ótica pura e simples do indivíduo em sua relação com o Estado, cuja função era simplesmente respeitá-las, abstendo-se de interferir na esfera individual.

O Estado que exsurge dessa nova realidade deve concatenar os direitos à liberdade e à igualdade com a proteção à dignidade humana, elastecendo, quando for o caso, as hipóteses de restrição à autonomia da vontade (como liberdade positiva) e deslocando o sentido do conceito de igualdade formal (igualdade perante a lei) para o sentido de igualdade material (igualdade de fato), permitindo a concretização de mecanismos jurídicos discriminatórios, no sentido de equalizar posições sociais e econômicas desiguais entre os indivíduos.

Nesse sentido, destaca Sarmiento⁷⁵, “o intervencionismo estatal nas relações privadas justificar-se-á, basicamente, em duas situações: proteção da parte mais fraca nas relações jurídicas e promoção dos interesses gerais da coletividade”.

Esse dever de proteção do Estado, no que se refere ao Direito Privado significa que ele deve promover um esforço conjunto por meio de seus três poderes para mitigar as posições sociais desiguais entre particulares, quando essas posições, concretizadas nas relações jurídicas estabelecidas entre eles, representarem uma forte ameaça aos direitos fundamentais e quando comprometam a própria autonomia.

⁷⁴ A abordagem das raízes históricas dos conceitos de liberdade e igualdade foge ao objetivo do trabalho, podendo ser amplamente encontrada na literatura jurídica, política e histórica.

⁷⁵ SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 119.

Essa é uma tarefa da qual devem desincumbir-se os três poderes; o Executivo, por exemplo, mediante a adoção e implementação de políticas públicas redistributivas; o Legislativo, através da edição de leis que reflitam uma realidade social que refuta o individualismo e o materialismo puro em prol de uma legislação que tempere a preservação da liberdade e da isonomia formal com a redução das desigualdades e a promoção da justiça social; e, finalmente, o Judiciário, por meio da mudança dos paradigmas de interpretação das relações privadas, evoluindo de uma visão patrimonialista e individualista das relações privadas para uma interpretação calcada nos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

É preciso, enfim, coordenar a garantia à existência de uma vida privada com a sobrevivência de uma esfera pública de garantia à dignidade humana.

A interpretação judicial que permite a convivência simultânea dos valores da vida privada e dos objetivos coletivos da esfera pública desenvolveu-se na doutrina e na jurisprudência da forma que se verá a seguir.

3.3. As teorias sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas

Nos capítulos anteriores foi apresentada uma versão sucinta da evolução histórica dos direitos humanos, posteriormente, positivados nas constituições sob a forma de direitos fundamentais.

Em seguida, foi dada ênfase na proeminência adquirida pelo texto constitucional em relação aos demais ramos do direito, especialmente, sobre o direito privado, impondo ao intérprete uma visão constitucional das normas reguladoras das relações privadas.

Em continuidade, demonstrou-se que a dignidade humana, alçada à condição de valor superior e anterior à Constituição, impõe ao Estado um dever de proteção ao indivíduo que extrapola a relação jurídica tradicional estabelecida entre eles.

Isso se deve ao fato de que houve uma reviravolta nas relações de poder na sociedade de tal forma que a desigualdade, antes restrita à relação indivíduo-Estado, tornou-se comum, também, nas relações entre os indivíduos.

Não se está dizendo que a desigualdade entre partes privadas não existia

antes⁷⁶. O que se pretende demonstrar é que os paradigmas do Estado liberal⁷⁷, que pressupunham a igualdade formal entre as partes em suas relações jurídicas na esfera privada foram rompidos pelas mudanças radicais da vida em sociedade, após a 2ª Guerra Mundial.

Tais mudanças, maximizadas pelo incremento do comércio internacional, pela evolução da tecnologia e dos meios de comunicação, entre outros, deram origem ao controvertido fenômeno da globalização.

Esse fenômeno provocou mudanças consideráveis na vida da sociedade, influenciando a vida dos Estados e dos indivíduos em suas relações privadas, caracterizando posições, o mais das vezes, desiguais em relação ao objeto da relação jurídica.

Essa desigualdade forçou uma aproximação dos direitos fundamentais na interpretação dessas relações, de modo a não permitir que direitos, garantias e liberdades do indivíduo sejam colocados em risco em função de uma desigualdade de poder entre as partes.

A questão a ser enfrentada, portanto, está em delimitar as formas (teorias), através das quais, entende-se que os direitos fundamentais devam ser aplicados nas relações privadas, partindo do pressuposto de que as partes envolvidas em uma relação jurídica são, quando individualmente consideradas, destinatárias dos mesmos direitos fundamentais, o que torna complexo o âmbito de aplicação das referidas teorias.

Todavia, a aplicação dos direitos fundamentais nas suas relações privadas é, também, uma prerrogativa do indivíduo frente ao Estado, conforme assevera Alexy⁷⁸ quando afirma que:

“[. . .] fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos de proteção contra outros cidadãos e a determinados

⁷⁶ As questões sobre a desigualdade econômica, política e, portanto, jurídica estão presentes nos debates políticos do séc. XIX.

⁷⁷ UBILLOS chama a atenção para o fato de que o Estado social “*acaba desmascarando la ficción que vinculaba el disfrute de la libertad en la esfera social a la sola afirmación del principio de igualdad jurídica. Hoy como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridad jurídica em buena parte de los vínculos entablados por los sujetos privados*”. Veja-se a propósito em: UBILLOS, Juan Maria Bilbao. “En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?” In: **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 264.

⁷⁸ ALEXY. **Teoria** . . . , cit. p. 524.

conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão-cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos está o direito a que o conteúdo de decisão judicial não viole direitos fundamentais”.

Nesse sentido, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deve ser compatibilizada com a proteção à autonomia privada da pessoa humana.

E, por fim, nos limites dessa abordagem, as teorias sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas devem ainda compatibilizar a relação de competências constitucionais entre o Legislativo e o Judiciário, no sentido de que a sua concretização pode vir a caracterizar a intervenção de um poder na esfera do outro.

No caso brasileiro, especificamente, essas questões vêm sendo objeto de polêmica entre aqueles que advogam uma aplicação maior e direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, dando azo ao denominado “ativismo judicial” e os anteriormente citados defensores de uma atuação judicial mais contida na aplicação aos particulares, dos mesmos direitos fundamentais.

No que se refere às teorias propriamente ditas, é assente na doutrina e na jurisprudência, a opinião de que a origem da discussão sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas surgiu na Alemanha⁷⁹, logo após a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn e lá se desenvolveu a partir do trabalho de inúmeros estudiosos.

Posteriormente, o tema foi se alastrando pela Europa, em países como a Itália, Portugal e Espanha, até chegar ao Brasil, onde os estudos mais relevantes sobre o tema tiveram início a partir da Constituição de 1988.

Está-se diante, portanto, de um tema que, tendo surgido em um contexto histórico específico, qual seja, o da sociedade alemã do pós-guerra, ganhou destaque internacional, na medida em que foi se tornando conhecido.

Sarmiento⁸⁰ destaca o surgimento de duas correntes principais, a da eficácia

⁷⁹ Referidas teorias dizem respeito à denominada doutrina da *Drittwirkung* ou eficácia jurídica dos direitos fundamentais em relação a terceiros, considerando-se que o primeiro e o segundo efeitos são, respectivamente aqueles gerados em relação ao Estado e ao indivíduo. A tradução para o português não parece, na opinião de diversos autores, refletir a amplitude e a complexidade do tema, sendo essa, todavia, uma polêmica que foge aos objetivos desse trabalho.

⁸⁰ O autor, todavia, enumera quatro grupos de teorias, a saber: a) teorias negativas, que rejeitam a

direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e a teoria da eficácia mediata ou indireta desses mesmos direitos sobre as citadas relações.

O autor enumera, ainda, o surgimento de uma terceira corrente conhecida como a teoria dos deveres de proteção, bem como, de diversas correntes intermediárias, citadas apenas circunstancialmente.

Em todas elas, identifica-se um denominador comum que se pode resumir nas seguintes perguntas:

Como e com que intensidade incidem os direitos fundamentais nas relações entre particulares?

Que proteção merece, nesse contexto, a autonomia privada?

E, por último, a quem compete a tutela dos direitos humanos nas relações privadas, ao Legislativo ou ao Judiciário?

Ainda dentro do contexto das teorias sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, muitos dos autores citados até aqui, fazem ligeira digressão do assunto para abordar a questão das denominadas *state actions* do direito norte-americano, como forma de enfatizar o modo mediante o qual a aplicação dos direitos fundamentais se desenvolveu nos Estados Unidos.

Naquele país, afirma Sarmiento⁸¹, “firmou-se o entendimento de que as normas constitucionais vinculam apenas o Estado, ressalvada apenas a 13ª emenda, que proibiu a escravidão”.

Dessa forma, somente quando a conduta do particular puder ser imputada ao Estado, ter-se-á uma situação em que esse último, poderá obrigar o infrator a submeter-se aos ditames das regras protetivas dos direitos fundamentais.

No que tange às correntes de aplicação dos direitos fundamentais, Alexy⁸² chama a atenção para o que ele denominada de *problema de construção e problema de colisão*.

aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas em que se destaca a discussão sobre a doutrina das *state actions*; b) a teoria da eficácia mediata ou indireta; c) a teoria da eficácia imediata ou direta e d) teoria que reduz a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à doutrina dos deveres estatais de proteção. O autor cita, ainda, outras modalidades de intervenção que não serão objeto de análise nesse estudo. SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p.224 - 5.

⁸¹ SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 225.

⁸² ALEXY. **Teoria** . . . , cit. p. 528.

O problema de construção está relacionado ao *como* às normas de direitos fundamentais produzem efeito na relação cidadão/cidadão. A questão a respeito da *extensão* em que elas o fazem está relacionada ao problema da colisão.

O autor chama a atenção, ainda, para o fato de que há uma diferença fundamental existente nas relações cidadão/Estado e cidadão/cidadão, qual seja, a de que, no primeiro caso, está-se diante da relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular, ao passo que, no segundo caso, ambos são titulares de direitos fundamentais.

A existência de titulares de direitos fundamentais em polos distintos da relação jurídica aumenta a complexidade da interpretação judicial que tenha por objetivo amparar a pretensão de um deles em desfavor da pretensão do outro.

3.3.1. Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais sobre as relações de direito privado foi desenvolvida na Alemanha, segundo Alexy⁸³, por Günther Dürig e pelo Tribunal Constitucional Federal, a partir da concepção de que os direitos fundamentais como *princípios objetivos* influenciam a interpretação do direito privado. Essa influência, prossegue o citado autor:

“[...] deve ocorrer sobretudo na concretização das cláusulas gerais do direito privado, mas ela pode também manifestar-se em toda e qualquer interpretação de uma norma de direito privado e, em casos especiais, chega até a fundamentar decisões contra o teor literal da lei”.

Para Sarmiento⁸⁴ a teoria da eficácia indireta é um meio termo entre as teorias que defendem a não incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e aquelas que defendem uma incidência direta das mesmas sobre tais relações jurídicas. Trata-se, pois, de fazer uma mediação entre a Constituição e o direito privado. Essa mediação, segundo Dürig, seria feita através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

⁸³ ALEXY. **Teoria** . . . , cit. p. 529.

⁸⁴ SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 238.

Citando Dürig, Sarmiento afirma que:

“[...] a proteção dos direitos fundamentais pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Por isso, certos atos contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos se praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do direito privado”.

Nesse contexto, ressaltam os papéis do legislador e do juiz, ao quais caberá, no primeiro caso, impregnar a legislação dos valores contemplados nos princípios constitucionais concretizadores dos direitos humanos e, no segundo, interpretar a legislação privada e os casos concretos envolvendo direitos fundamentais à luz dos princípios constitucionais, mormente, o da proteção à dignidade humana.

Os adeptos dessa doutrina preocupam-se sobremaneira com esses dois aspectos do problema, já que eles são preferíveis a uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que poderia configurar uma aniquilação da autonomia privada e uma submissão de tal modo violenta do direito privado à Constituição, que poderia representar a sua completa extinção.

3.3.1.1. A eficácia horizontal indireta através da atuação do legislador

Ubillos⁸⁵, dissertando sobre o desenvolvimento da teoria da eficácia mediata no direito espanhol, destaca o fato de que essa teoria se caracteriza pela operatividade dos direitos fundamentais a partir da mediação de um órgão do Estado, a que se vinculam a esses direitos, por meio do dever de proteção que deriva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A abordagem do Professor espanhol encaixa-se à perfeição ao tema em estudo, na medida em que dedica um precioso espaço de seu trabalho à análise das características e consequências das opções feitas pelos órgãos do Estado, no trabalho de mediação dos direitos fundamentais, a partir da Constituição.

Para ele, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas através do legislador impõe a eles uma “função de concretizar o alcance dos direitos fundamentais

⁸⁵ UBILLOS. **Constituição** . . . , cit. p. 271 - 274.

nas relações horizontais, mediante a regulação do conteúdo e das condições de exercício dos mesmo”⁸⁶.

Essa regulação, enfatiza o autor, impõe ao legislador, uma série de acomodações e de limitações, inclusive, por exemplo, o respeito às liberdades individuais, que não podem ser suprimidas no direito privado e a conciliação de valores e direitos em conflito.

O problema, segundo Ubillos, pelo menos em relação ao direito espanhol, é que eventuais omissões legislativas ocorridas no percurso de concretização de direitos fundamentais aplicáveis às relações privadas não podem ser objeto de controle judicial, que é repudiado por aquele ordenamento jurídico.

3.3.1.2. A Eficácia horizontal indireta através da atuação do juiz

A segunda via de implementação dos direitos fundamentais nas relações privadas dá-se através da atuação do juiz, que fará incidir no caso concreto todos os valores e princípios constitucionais, através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados típicos do direito comum.

No exercício de sua atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar o direito privado, o juiz considerará os princípios constitucionais refletidos na legislação e por meio deles construirá a sua decisão.

É o caso, por exemplo, do princípio da boa-fé, como destaca Facchini Neto⁸⁷, que vem se firmando como um limite material à autonomia privada no campo contratual.

Cabe ao juiz, ainda, na opinião de Sarmiento⁸⁸, a função de expurgar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas de direito privado que resultem em afronta aos direitos fundamentais. No Brasil, esse controle é feito de forma difusa, ou seja, a partir da análise da constitucionalidade da aplicação da lei norma jurídica no caso concreto.

A tese da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas por meio da interpretação judicial da legislação de direito privado foi adotada pela primeira vez no

⁸⁶ UBILLOS. **Constituição** . . . , cit. p. 271.

⁸⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

⁸⁸ SARMENTO. **Direitos**. . . , cit. p. 241.

Tribunal Constitucional Alemão, no caso *Lüth*, de 1958.

A alusão a esse famoso julgado é recorrente em todos os autores estudados, sendo, portanto, interessante apresentá-lo, ainda que sucintamente.

Erick Lüth era um judeu que presidia o clube de imprensa de Hamburgo na época dos fatos, no início dos anos 50 do séc. XX, quando insurgiu-se contra a exibição de uma obra cinematográfica do diretor alemão Veit Harlan que havia acabado de produzir um filme chamado “Amada Imortal”.

Lüth liderou um boicote público radical à obra do cineasta sob o argumento de que o mesmo havia sido um dos grandes propagandistas do antissemitismo no período da guerra, muito embora, a obra do artista em si não dissesse respeito ao tema do antissemitismo.

Em função disso, Harlan e os produtores do filme sentiram-se prejudicados com as atitudes de protesto de Lüth e ingressaram com uma ação judicial contra ele, requerendo a cessação das críticas e a indenização dos danos materiais advindos da campanha difamatória promovida por Lüth contra ele e seu filme.

O litígio foi vencido por Harlan em todas as instâncias judiciais inferiores, até que Lüth ingressou com reclamação junto à Corte Constitucional Alemã alegando cerceamento à sua liberdade de expressão.

O Tribunal Constitucional Alemão anulou a decisão do Tribunal Civil, por ter esse desconsiderado que os direitos fundamentais são a base de sustentação de todo o direito privado, inaugurando, com isso, um período de ampliação da aplicação desses direitos.

Vê-se, pois, que a lide estabelecida entre Harlan e Lüth configura uma típica relação jurídica de direito privado com fundamento no direito das obrigações e que a irresignação de Lüth dá-se com fundamento na Lei Fundamental alemã que protege o direito à livre manifestação do pensamento.

A originalidade da irresignação conduziu a hermenêutica constitucional alemã a uma decisão também original, que fixou as bases para a compreensão de uma nova realidade na aplicação dos direitos fundamentais.

A doutrina costuma atribuir ao caso Lüth a fixação de três importantes postulados sobre o tema.

O primeiro deles é o de que os direitos fundamentais não se configuram apenas

como direitos de resistência do indivíduo contra o Estado, mas que os princípios neles contidos concretizam uma ordem axiológica, ou seja, neles estão fixados objetivamente valores importantes para a sociedade, constituindo-se em ordem objetiva de valores.

O segundo postulado afirma que os efeitos relacionados à aplicação dos direitos fundamentais ultrapassam a relação entre o indivíduo e o Estado e aplicam-se a todas as áreas do direito, inclusive, nas relações privadas. É o chamado efeito de irradiação dos direitos fundamentais.

O terceiro postulado está relacionado à estrutura dos valores e princípios que formam a base dos direitos fundamentais e que, por sua própria natureza, por serem abertos à interpretação, podem colidir uns com os outros, sendo necessário um balanceamento ou uma ponderação entre os mesmos⁸⁹.

Apesar de sua importância, também há críticas na doutrina sobre a interpretação constitucional dada ao caso Lüth. Elas se direcionam em geral à excessiva interferência que ele provocou no âmbito das relações privadas, gerando confusão em um campo do direito onde as regras sempre foram claras. Outras críticas, referem-se a um possível exagero na interpretação do direito fundamental à livre expressão do pensamento.

Em comentários sobre o caso Lüth, Canaris⁹⁰ critica a atuação da Corte Constitucional ao fundamentar a decisão nos postulados da ordem objetiva dos valores e da eficácia de irradiação, dizendo quanto a esse último que ele não é um conceito jurídico, mas, uma simples formulação metafórica usada pela Corte como recurso para a decisão.

Com isso, afirma que as únicas funções dos direitos fundamentais em sua aplicação nas relações jurídicas de direito privados são aquelas referentes à “proibição de intervenção” e a de “imperativo de tutela”⁹¹.

Ambas as funções, segundo afirma, são direcionadas contra o Estado. A proibição de intervenção está relacionada à ação de abstenção do Estado que deve

⁸⁹ A ponderação é chamada de proporcionalidade em sentido estrito, na obra de Alexy e pode ser concretizada em uma lei cujo enunciado é o seguinte: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”. ALEXY. **Teoria dos**, cit. p. 593.

⁹⁰ CANARIS. **Direitos . . .**, cit. p. 47.

⁹¹ CANARIS. **Direitos . . .**, cit. p. 52.

deixar as partes em situação de liberdade em suas relações privadas. O imperativo de tutela impõe ao Estado o dever de proteção da parte privada quando ela estiver diante de um risco iminente de sofrer um atentado ao seu direito fundamental.

3.3.2. A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas

Os adeptos da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas argumentam não ser compreensível e nem mesmo necessária a intervenção legislativa para a concretização dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Assim, a norma constitucional opera amplamente em todas as direções, aplicando-se às relações entre o Estado e o indivíduo, bem como, às relações entre indivíduos, controlando todos os comportamentos sociais, sendo desnecessária a existência de lei infraconstitucional que desdobre a proteção nela contida.

Entre os teóricos dessa corrente, Sarmento⁹² destaca a figura de Hans Carl Nipperdey, que a teria desenvolvido na Alemanha, a partir de 1950. Para o autor alemão, citado por Sarmento, embora “alguns direitos previstos na Constituição Alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas”.

Ubillos⁹³, comentando o tema sob a ótica do direito espanhol, faz menção ao fato de que nem todos os direitos fundamentais são aplicáveis às relações privadas, uma vez que, por sua própria natureza, alguns contêm uma obrigação que só pode ser oposta ao Estado, existindo outros, todavia, que pela estrutura que apresentam, podem ser imediatamente aplicados nas relações jurídicas entre particulares como, por exemplo, os direitos à honra, à intimidade, à imagem, à liberdade religiosa, etc.

Na opinião do autor espanhol, não há uma homogeneidade entre os direitos fundamentais, razão pela qual, somente a análise percuciente de cada direito fundamental pode indicar a existência e a extensão de sua eficácia horizontal.

O pano de fundo da doutrina da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas

⁹² SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 245.

⁹³ UBILLOS. **Constituição** . . . , cit. p. 276.

relações privadas está relacionado ao reconhecimento, por parte dos seus adeptos, de que as ameaças aos direitos fundamentais no mundo contemporâneo são originadas tanto da atuação estatal quanto da atuação dos chamados poderes sociais, que ameaçam, também, no âmbito privado, os direitos fundamentais.

Dessa forma, nenhum ramo do direito, nem mesmo o direito privado pode ficar infenso aos efeitos irradiados pela Constituição e por alguns direitos fundamentais.

No direito português, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi expressamente prevista no art.18, 1 da Constituição Portuguesa, que dispõe:

“Art.18 – 1 – Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Sarmento⁹⁴ afirma que Canotilho é um dos defensores da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito português, justificando sua posição com o argumento de que a aplicação direta dos direitos fundamentais é uma forma de superação do paradigma do Estado liberal.

Analisando-se, todavia, a obra de Canotilho, não é possível vislumbrar com clareza a confirmação das palavras de Sarmento.

Canotilho⁹⁵ afirma, de fato, não haver dúvidas quanto à fixação de eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas no âmbito da Constituição Portuguesa, todavia, acrescenta que “O problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/imediata a favor de *soluções diferenciadas*”.

A necessidade de aplicação de soluções diferenciadas, segundo Canotilho⁹⁶ está relacionada ao fato de que é preciso considerar a “[...] especificidade do direito privado, de um lado, e significado dos direitos fundamentais na ordem global por outro.”.

Em outras palavras, a eficácia dos direitos fundamentais deve ter em conta a especificidade do caso concreto, segundo ele, de modo a não promover uma igualdade

⁹⁴ SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 250.

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 1289. Grifos do autor.

⁹⁶ CANOTILHO, **Direito** . . . , cit.p.1289.

artificial entre as partes no âmbito privado com o auxílio do Estado, anulando, com isso, a autonomia privada.

A posição de Canotilho é semelhante àquela esboçada por uma modalidade de crítica bastante comum à teoria da eficácia direta, no sentido de que ela pode conduzir a uma colonização definitiva do direito privado pela Constituição, suprimindo a liberdade e a autonomia das partes a tal ponto que a dicotomia direito público/direito privado, simplesmente, desapareça do contexto da ciência jurídica.

Quanto à colonização do direito privado pela Constituição não há dúvidas quanto à sua existência nem sequer quanto à sua necessidade; o debate que realmente importa fazer no confronto entre as teorias diz respeito ao limite tolerável de interferência na liberdade e na autonomia do indivíduo na sua vida privada.

No que se refere, ainda, à colonização constitucional do direito privado é de se notar que ela pode provocar uma crescente insegurança jurídica nas relações privadas, que são pautadas pela certeza e objetividade de suas normas, uma vez que a interpretação constitucional é aberta por natureza, conduzindo a decisões que concretizam os direitos das partes a partir de conceitos vagos e de difícil compreensão.

Por fim, Ubillos⁹⁷ destaca um aspecto que, parece ser o mais sensato sobre o tema, afirmando que nenhuma construção interpretativa é plenamente convincente e, muito menos isenta de questionamentos, sendo que o que importa, na verdade, é se, ao final, ela resolve mais e melhor os problemas do que a outra, criando a menor quantidade possível de obstáculos à sua aplicação.

Alexy vai além e se propõe a esboçar um modelo que contemple todos os aspectos realçados pelas principais teorias⁹⁸ sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para ele, “cada uma das três construções destaca alguns aspectos das complexas relações jurídicas que são características dos casos de efeitos perante terceiros e que se torna inadequada apenas quando se pretende que o aspecto

⁹⁷ UBILLOS. **Constituição**. . . cit. p. 279.

⁹⁸ O autor afirma que há três teorias sobre o tema. A terceira teoria à qual se refere o autor é aquela proposta, segundo ele, por Jürgen Schwabe, para quem “os efeitos na relação cidadão/cidadão são consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos”. ALEXY. **Teoria** . . . , cit. p. 530.

destacado seja tomado como a solução completa”⁹⁹.

Para ele os:

“princípios fundamentais, em razão de sua influência no sistema de normas do direito civil, requerem ou excluem a existência de determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, bem como de competências e não-competências, na relação cidadão/cidadão, os quais sem a vigência desses princípios, ou seja, apenas com base em um sistema de direito civil não influenciado pelos direitos fundamentais, não seriam considerados como necessários ou impossíveis do ponto de vista do direito constitucional”¹⁰⁰.

Com isso, entende o autor alemão que a concretização de uma decisão por parte do juiz deve, antes de mais nada, fundar-se no rol de normas do direito civil vigente, bem como na jurisprudência e na dogmática existentes sobre o assunto, aos quais, ele está vinculado, todavia, se quiser se afastar desse rumo, em virtude de uma análise do caso sob a ótica dos princípios fundamentais, terá que sustentar sua decisão assumindo um ônus argumentativo profundo sobre as suas razões de decidir.

3.3.3. A teoria dos deveres de proteção de Canaris

Analisando tema no direito alemão, Canaris afirma que o art. 1, nº 3, da Lei Fundamental alemã¹⁰¹ dispõe de forma clara sobre a vinculação de toda a legislação ordinária alemã aos direitos fundamentais e, portanto, também, dos atores privados.

Essa análise difere daquela defendida por autores como Diederichsen, citado por Canaris em sua obra, para quem o artigo citado tinha como único efeito tornar os direitos fundamentais imediatamente vigentes em relação ao ordenamento jurídico, deixando de lado a sua condição anterior de norma de sentido programático (no âmbito da Constituição de Weimar).

Além de se apoiar nos dispositivos constitucionais, Canaris¹⁰² apoia seu

⁹⁹ ALEXY. **Teoria** cit. p. 533.

¹⁰⁰ ALEXY, **Teoria** . . . , cit.p. 542.

¹⁰¹ Lei Fundamental - Art. 1 -[. . .] nº 3 – “Os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”. CANARIS. **Direitos** . . . , cit. p. 141.

¹⁰² CANARIS. **Direitos** . . . , cit. p. 28.

argumento de primazia dos direitos fundamentais sobre a legislação privada, também, na lógica hierárquica que sobrepõe a Constituição a toda a legislação do direito privado o que, para ele, não demanda maiores discussões.

E nesses termos, combate a posição de Dürig e dos demais defensores da eficácia apenas mediata dos direitos fundamentais na legislação privada, dizendo ser essa uma visão incompreensível, a partir da interpretação do art. 1, nº 3, I da Lei Fundamental alemã.

Para Canaris, a tese de que a legislação privada deve conter elementos de conexão do direito privado com os direitos fundamentais é ilógica, na medida em que não se pode esperar que duas normas jurídicas de igual hierarquia constitucional, ou seja, leis ordinárias, sejam usadas, uma para controlar a conformidade da outra aos direitos fundamentais, já que ambas, conforme afirma, estão:

“[...] situadas no *mesmo* nível, pelo que uma não pode constituir a *bitola* da conformidade constitucional da outra, a qual haverá, também necessariamente, de ter o estatuto de uma *lex superior*, e haverá, portanto, de estar situada, na hierarquia das normas, num nível *superior*”¹⁰³.

Assim, Canaris coloca por terra a ideia de que o controle em relação à aplicação dos direitos fundamentais na legislação privada possa ser feito indiretamente mediante a introdução das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, na medida em que, segundo ele, ou bem, nesse processo, a norma permanece sendo uma norma de direito comum e:

“então, falta-lhe ainda e sempre a superioridade de nível de que necessita como padrão de controlo; ou ela é elevada ao nível do direito constitucional – e então chega-se à consequência, contraditória, de o seu conteúdo, justamente na medida em que pertence realmente ao direito ordinário e adquire agora, de repente, nível constitucional”.

As posições de Canaris, como se vê, são imprescindíveis à compreensão do assunto no âmbito da doutrina alemã sobre a *Drittwirkung*.

3.3.4. A doutrina e a jurisprudência sobre a aplicação horizontal dos direitos fundamentais no Brasil

¹⁰³ CANARIS. **Direitos** . . . , cit. p. 30. Grifos do autor.

Em capítulos anteriores já se demonstrou como a Constituição de 1988 cristalizou os direitos fundamentais em seu texto, a partir das experiências constitucionais vivenciadas por ordenamentos jurídicos estrangeiros e da evolução do conceito de dignidade humana no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

A Constituição contém alguns enunciados normativos de direitos fundamentais que estão endereçados diretamente ao dever de ação ou de omissão do Estado e outros que, por sua vez, estão direcionados a um dever diretamente relacionado aos particulares.

Exemplo de dever de ação do Estado pode ser encontrado no art. 5º, LXXIV (que obriga o Estado a prestar assistência judiciária gratuita aos necessitados); já no que refere à imposição de um dever aos particulares, podem ser citados os arts. 6º e 7º (que criam obrigações endereçadas aos empregadores relativamente aos direitos sociais¹⁰⁴ dos empregados).

É preciso observar também que após a Constituição, os direitos fundamentais vêm sendo desdobrados na legislação ordinária como, por exemplo, nas leis relacionadas ao direito do trabalho¹⁰⁵ e nas leis protetivas do direito do consumidor.

A legislação ordinária cuidou também de adotar as chamadas cláusulas gerais de proteção, como aquelas previstas no art. 51, IV do CDC (relativa aos contratos de adesão), e ainda, aquelas relativas ao princípio da boa-fé contratual, previstas no art. 422

¹⁰⁴ O tema da aplicação dos direitos sociais nas relações privadas no Brasil é objeto de estudos de poucos autores. Dentre eles, Sarmiento adverte que “[. . .] a incidência dos direitos sociais, políticos e transindividuais no campo privado, reveste-se de uma série de nuances [. . .] e depende, mais ainda do que a aplicação dos direitos individuais nas relações horizontais, de soluções tópicas, atentas às particularidades de cada caso”. O autor defende a aplicação dos direitos sociais nas relações privadas já que, na sua opinião, o legislador constituinte teria atribuído uma co-responsabilidade aos particulares na efetivação dos direitos sociais. De fato, se analisados com cuidado, diversos artigos da Constituição remetem a obrigação de efetivação de direitos sociais tanto ao Estado, quanto à sociedade e ao indivíduo, além dos agentes privados, como pode ser constatado nas disposições dos art. 194 e 227 da Constituição, por exemplo. O que parece claro na interpretação dos artigos constitucionais que estendem as obrigações de efetivação dos direitos sociais à sociedade, à família, aos empregadores e aos próprios indivíduos, é o dever de solidariedade, denominado pela doutrina como princípio da solidariedade, que implica nos deveres que os indivíduos têm uns com os outros no mundo social, de modo a promover integralmente a dignidade humana. SARMENTO. **Direitos** . . . , cit. p. 332-333. Sobre o princípio da solidariedade ver: MARQUES, Cláudia Lima: Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.34.

¹⁰⁵ A título de exemplo, a lei nº 9029/95 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, além de outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, constituindo-se em claro desdobramento do princípio da dignidade humana, cuja obrigação de respeito e acatamento está direcionada, tanto ao empregador particular quanto ao empregador público.

do Código Civil.

Barroso afirma em sua obra que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é um consectário da relativização da rigidez da dicotomia direito público/direito privado, ou seja, entre as concepções de Constituição e Código Civil como mundos apartados e aplicáveis a realidades sociais diversas¹⁰⁶.

O citado autor indica a existência das duas principais teorias sobre a forma de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas e se posiciona claramente a favor da tese da aplicação direta.

Acrescenta, todavia, que na ponderação a ser empreendida pelo intérprete da citada aplicação, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto, sendo que, estando em confronto a autonomia da vontade, de um lado, e um direito fundamental do outro, sugere que se considere os seguintes fatores:

- a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes;
- b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério adotado;
- c) preferência para valores existenciais sobre valores patrimoniais;
- d) risco para a dignidade da pessoa humana.

Além de Barroso, Sarmiento, como já se disse, também se posiciona radicalmente a favor da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Todavia, não se opõe a que a aplicação direta seja concatenada com a intermediação da lei ordinária que concretize direitos fundamentais ou mesmo com as cláusulas gerais do direito civil.

A Constituição de 1988 é uma “constituição social”¹⁰⁷, afirma Sarmiento, e esse aspecto reclama uma intervenção direta, principalmente, naqueles casos de “entidades que exerçam posições de poder e autoridade na sociedade.”

A ideia de Constituição Social deve fazer frente ao fato de que a sociedade brasileira é extremamente desigual e que tal desigualdade, ampliada sobremaneira por uma economia de mercado que privilegia o exercício do poder dos mais fortes sobre os mais fracos deve ser, de algum modo, mitigada pela intervenção do direito na vida social.

¹⁰⁶ BARROSO. **Curso de . . .**, cit. p. 395.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 291.

Sarmento argumenta ainda, em benefício da aplicação da teoria da eficácia direta, que há um reconhecimento pacífico de que as entidades privadas podem ocupar o polo passivo de alguns remédios constitucionais, desde que tais remédios sejam vocacionados à defesa dos direitos fundamentais¹⁰⁸.

Branco¹⁰⁹, que, também, é adepto da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas ressalta que essa aplicação deve considerar o caráter constitucional da autonomia individual. Para ele, a autonomia individual é parte integrante da dignidade humana que, por sua vez, é protegida pela Constituição.

O autor destaca ainda a importância da ponderação entre os valores envolvidos, principalmente, naqueles casos em que as partes privadas estão em relativa condição de igualdade, com o objetivo de harmonizar os valores em jogo, sem sacrificar a autonomia da vontade.

Quando em condição de relativa igualdade, as partes estão aptas a renunciar a seus direitos fundamentais sem a interferência do Estado, fazendo uso de sua autonomia individual¹¹⁰.

A liberdade, portanto, só existe, na visão de Branco, que cita diversos autores estrangeiros, enquanto estiver presente uma condição de igualdade entre as partes. Desaparecendo tal condição, não há justificativa para que a liberdade de contratar supere a eficácia dos direitos fundamentais, no âmbito das relações privadas.

¹⁰⁸ Como o *Habeas Data* (art. 5º, LXXII), no qual se admite a impetração contra pessoa privada responsável por banco de dados que não seja de seu uso exclusivo, além do *Habeas Corpus* (art.5º, LXVIII), em que é possível que a autoridade coatora não seja agente do Estado, desde que lhe seja imputada lesão ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente.

¹⁰⁹ BRANCO, Paulo César Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311.

¹¹⁰ A renúncia aos direitos fundamentais pelo indivíduo é um fenômeno novo, segundo Giorgio Resta, que ocorre com a permissão do próprio titular do direito fundamental, remetendo a discussão, segundo ele, para o plano da dialética complexa da relação que contrapõe o paternalismo do Estado, de um lado, e autonomia do indivíduo, de outro. O autor analisa o direito à auto-determinação do sujeito em confronto com o dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado no cenário europeu, tendo como pano de fundo, a economia de mercado. À luz de diversos exemplos das jurisprudências francesa e alemã, entre elas, o famoso caso francês do “arremesso de anão”(em que um homem, portador de nanismo, é lançado por um canhão, como se fosse um projétil humano, para divertimento dos frequentadores de um clube noturno) o autor traça um perfil que contrapõe o valor da dignidade humana aos valores da liberdade e da auto-determinação do sujeito, questionando, entre outros pontos, sobre a quem cabe fixar o conteúdo da dignidade humana, se ao Estado, com os riscos consequentes de que esse conceito seja deturpado pela visão de mundo do intérprete, ou ao próprio sujeito, com a consequência de se ver os interesses de mercado dominar, cada vez mais, a esfera de liberdade e de intimidade dos indivíduos. Para melhor compreensão do assunto. RESTA. **La disponibilità** . . ., cit. p. 839.

A questão que exsurge da condição de igualdade como pressuposto para a disponibilidade dos direitos fundamentais é a de se saber, a quem cabe definir se a relação privada está ou não em pé de igualdade para que então, possa ser aquilatada a real possibilidade de se dispor de um direito fundamental.

Outra questão, ainda, diz respeito a quem cabe definir o conteúdo da dignidade humana, se ao Estado, através da lei ou da atuação do juiz, ou a indivíduo, através do exercício de sua autonomia.

No ordenamento jurídico brasileiro podem ser encontradas situações em que a hipossuficiência da parte já é disposta ou presumida a partir do próprio conteúdo da lei, como é o caso do direito do trabalho e do direito do consumidor. Todavia, há uma infinidade de situações em que essa desigualdade há que ser aferida no caso concreto, dando margem à interpretação do juiz, o que, segundo alguns críticos, pode por em risco a segurança jurídica.

Pelo que se viu os direitos fundamentais na sua aplicação às relações privadas não vinculam os indivíduos do mesmo modo e na mesma intensidade com que vinculam o Estado, já que nas relações privadas, os direitos fundamentais devem ser contrapostos à liberdade, à autonomia individual e ao grau de igualdade das partes na relação jurídica. A ponderação dos valores e princípios aplicáveis ao caso concreto é que vai apontar ao julgador os caminhos hermenêuticos a serem percorridos na construção da decisão, conforme afirma Branco¹¹¹.

3.3.5. A interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas

Assim como na jurisprudência estrangeira, no âmbito dos tribunais brasileiros, alguns casos também se tornaram emblemáticos para a evolução do tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Tais casos destacam-se não só pela originalidade da abordagem, na época em que vieram a público, como também, pelo caráter emblemático, servindo de objeto de

¹¹¹ “Definir quando um direito fundamental incide numa relação entre particulares demanda exercício de ponderação entre o peso do mesmo direito fundamental e o princípio da autonomia da vontade”. BRANCO. *Teoria* . . . , cit. p. 314.

estudo para praticamente todos os doutrinadores que se dedicam ao tema.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se citar, por exemplo, o Recurso Extraordinário nº161.243¹¹², cuja ementa é a que segue:

Constitucional. Trabalho. Princípio da Igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira. Estatutos do pessoal desta. Aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. CF/1967, art. 153, § 1º e CF/1988, art. 5º, caput.

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

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

III – Fatores que autorizariam a desigualação não ocorrentes no presente caso.

IV – R.E. conhecido e provido.

Em resumo, o autor da ação reclamatória trabalhista insurgiu-se contra a companhia aérea para quem trabalhou durante trinta e quatro anos, com o objetivo de ver declarada a nulidade da rescisão do seu contrato de trabalho, reivindicando, ainda, direitos com base na legislação trabalhista e no estatuto de pessoal da empresa francesa.

No pedido levado a juízo, o autor da ação afirma que se sentiu discriminado por não ter reconhecidos os seus direitos trabalhistas com base nos referidos estatutos, uma vez que somente os empregados de nacionalidade francesa, ainda que trabalhando no Brasil, usufruíam tais direitos.

Preliminarmente, é de se dizer que se está diante de um direito fundamental de natureza social, cujo respeito e observância está diretamente ligado à conduta de um ente particular, no caso, a empresa empregadora, assim, quanto a esse aspecto nada há a discutir em relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais, já que a Constituição de 1988 remete o seu cumprimento diretamente aos empregadores.

Nesse aspecto, a originalidade da decisão está em que os fatos aos quais se

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº161.243. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Min. Carlos Veloso. Distrito Federal. D.J. 19/12/1997

referem a ação reclamatória trabalhista deram-se em momento anterior ao da promulgação da Carta Magna de 1988, sendo que a decisão só foi proferida em 1996.

Outro aspecto relevante diz respeito ao fato de que, em nenhum momento, se vislumbra a alusão explícita à teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas seja na ementa, seja nos votos que compõem a decisão.

Na verdade, parte-se já da premissa de que eles o sejam, uma vez que todos os votos concentram-se na discussão sobre a possibilidade de se acatar no ordenamento jurídico nacional uma situação em que a concessão de um determinado direito trabalhista esteja condicionada à nacionalidade da pessoa.

O que desponta, de fato, é a interpretação baseada na igualdade, como princípio basilar do ordenamento jurídico, demonstrando o Supremo Tribunal Federal uma adesão plena à teoria de Alexy de que os princípios são normas jurídicas amplamente aplicáveis ao direito brasileiro.

O que se pode concluir, ainda que por mera hipótese, é que, por ocasião da prolatação da decisão do caso Halfin contra Air France pelo Supremo Tribunal, as teorias alienígenas sobre eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, que já estavam bem desenvolvidas na Europa, ainda estavam literalmente dando os primeiros passos no Brasil. O estudo da doutrina nacional sobre o tema demonstra ser essa uma conclusão bem razoável.

Também, no âmbito do Supremo Tribunal, o Recurso Extraordinário nº 158.215¹¹³, tratou do tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, ainda que essa expressão não tenha sido mencionada no corpo do acórdão, conforme ementa abaixo:

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 se torne 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

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº158.215. Relator: Min. Marco Aurélio. 2ª Turma. Julgado em em 30/04/1996. DJ de 07/06/1996, p.19.830. Ementa Vol.01831-0 p.00307 RTJ Vol.00164-02 p.00757.

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 assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

Nesse caso, um pouco diverso do anterior (que tratou de aplicação de direitos fundamentais de índole social) tratou-se de direitos fundamentais individuais, discutidos no âmbito associativo privado, em que a autonomia e a liberdade das partes devem, em tese, preponderar.

Em resumo, o autores-recorrentes bateram às portas do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de anular decisão assemblear que os expulsou dos quadros associativos, sem que lhes tivesse sido garantido o direito ao devido processo legal, como determina o texto constitucional.

A interpretação dada pela mesma 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal teve fundamento nos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa insculpidos na Constituição e, como se vê, aplicou-os diretamente na relação existente entre os associados e a pessoa jurídica da associação.

Em momento algum cogitou-se ou justificou-se a razão pela qual, tais direitos fundamentais estavam sendo aplicados a uma relação jurídica que, em tese, não envolvia diretamente o Estado. Presumiu-se, assim, que as relações privadas, também se submetem ao controle constitucional de regularidade quanto à observância dos direitos fundamentais.

É no caso do Recurso Extraordinário nº201.819 – RJ¹¹⁴, todavia, que a teoria sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas aparece explicitada.

Em resumo, tratou-se de litígio travado entre a União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos e um de seus sócios. O referido sócio foi expulso sumariamente da instituição civil citada sem que lhe fosse concedido direito a defender-se das acusações que supostamente serviram de fundamento para a sua

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº201.819. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

exclusão dos quadros sociais.

Irresignado, ingressou em juízo com ação tendente a garantir-lhe a reinclusão e o cumprimento das garantias constitucionais referentes ao devido processo legal e à ampla defesa, tendo o processo alcançado o Supremo Tribunal Federal onde a discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas aflorou no voto divergente do Ministro Gilmar Mendes.

A leitura atenta dos votos proferidos por ocasião do debate demonstra a participação decisiva do ministro Gilmar Mendes na colmatação do tema no ordenamento jurídico nacional que fora, até então, esparsamente discutido e aplicado.

Alicerçando os seus argumentos na doutrina alemã da *Drittwirkung*, o ministro Gilmar Mendes discordou do voto da relatora Ellen Gracie que, em suas razões, posicionou-se favoravelmente à expulsão do sócio pela União Brasileira de Compositores (UBC) com fundamento nos dispositivos de seu estatuto.

Ressalte-se que o estatuto da associação civil citada permitia que tal atitude fosse tomada mediante o trabalho de uma comissão interna específica, a quem caberia apurar atos e falhas de seus associados, aplicando-se-lhes as punições cabíveis, independentemente, da manifestação de defesa dos mesmos.

Na opinião da então Relatora, conforme transcrição parcial de seu voto “A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor”.

Em outras palavras, a Relatora adotou em seu voto a posição clássica da doutrina que enxerga na dicotomia direito público/direito privado uma separação necessária entre dois mundos que não se influenciam e não se interpenetram, regulando, cada qual, uma esfera de interesses jurídicos específicos.

Diante dessa manifestação, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos afirmando tratar-se de “[...] caso raro, apreciado pela jurisdição de perfil constitucional”, inaugurando, com isso, a discussão formal sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas no âmbito da mais alta Corte judicial brasileira.

Em seu voto, além das decisões já comentadas acima, o Ministro Gilmar Mendes destaca, ainda, como decisão precedente e importante para o desenvolvimento do tema

na Corte Suprema, o caso do Recurso Extraordinário nº160.222 – RJ, de 1995¹¹⁵, portanto, ainda mais antigo que as decisões já referidas, em que se discutiu se cometeria crime de constrangimento ilegal, o gerente que exige das empregadas de certa indústria, o cumprimento de cláusula contratual que as obriga a submeter-se a revista íntima sob a ameaça de dispensa.

Após longa explanação sobre o desenvolvimento do tema no direito estrangeiro, Mendes afirma que:

“Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência dessa Corte professa para regular as relações entre particulares.

Tenho a preocupação de, tão somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”.

Com isso, Mendes praticamente legitima a existência da discussão sobre o tema nos tribunais brasileiros, mais especificamente no Supremo Tribunal Federal.

Na análise do caso, após longa explanação a respeito da natureza jurídica da associação civil recorrente, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a associação civil citada, apesar de possuir natureza jurídica privada, possui forte viés de entidade pública, estando por isso, irremediavelmente vinculada aos direitos fundamentais.

Por fim, conclui pela aplicação direta dos direitos fundamentais ao caso concreto, reconhecendo ter havido desrespeito ao direito constitucional ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF) do associado, tornando nula a decisão da associação que o excluiu de seus quadros.

¹¹⁵ E M E N T A - I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então.

(RE 160222, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/04/1995, DJ 01-09-1995 PP-27402 EMENT VOL-01798-07 PP-01443)

4. A FUNÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO

A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, do modo como foi explicitada até aqui, deixa entrever que o Direito pós-moderno atingiu um nível de especificidade interpretativa refinado que em nada se assemelha ao que no passado poder-se-ia compreender como sendo uma interpretação jurídica legítima da lei.

A percepção desse fenômeno, todavia, deve ser compreendida no contexto de uma singular evolução da inteligência humana que deita raízes profundas na história da humanidade.

Assim, compreender o como e o porquê de ter o Poder Judiciário alcançado a posição de intérprete maior e último da Constituição, em um contexto em que ela se tornou a base de sustentação da democracia e dos direitos humanos na sociedade política moderna exige uma rápida passagem pela origem de institutos que, em estreita vinculação, permitem, nos dias de hoje, a efetivação dos direitos fundamentais a partir de uma interpretação extraída direta ou indiretamente do texto constitucional.

4.1. A constituição, a separação dos poderes e a afirmação política do Judiciário por meio do controle de constitucionalidade

Na origem de tudo podem estar as trevas ou Deus, ou talvez ambos.

Na verdade, a análise comparativa dos estudos das disciplinas que se dedicam a explicar as origens da raça humana e o modo como se formaram as instituições que governam a vida da sociedade não permitem concluir com certeza de onde vieram os seres humanos, nem muito menos, para onde caminha a vida em sociedade.

É certo, todavia, que a família e a religião formam o núcleo essencial da sociedade desde tempos imemoriais e delas se originaram as cidades e as primeiras leis que regulavam o exercício do poder político¹¹⁶.

¹¹⁶ Fustel de Colanges, em estudo sobre as civilizações grega e romana destaca a importância em se estudar os povos antigos, a partir de uma ótica que considere que os mesmos eram substancialmente muito diferentes do ser humano atual. A tese do autor é a de que uma sociedade dispõe sobre suas leis e suas instituições, a partir de suas crenças; assim, as sociedades primitivas foram moldadas por uma religião também primitiva, que fixou os conceitos e os institutos jurídico-políticos do seu tempo. Mais ainda, Colanges propõe que uma dada sociedade reflete em suas instituições a evolução natural das suas crenças, de modo que na Grécia e em Roma, as instituições e as crenças eram, também, produto de instituições e crenças anteriores, de idade ainda mais antiga, tempos em que, segundo ele, as crenças

O termo constituição, cujo uso é recente, já podia ser encontrado na antiguidade clássica, segundo concorda a maior parte da doutrina¹¹⁷, tendo sua origem consolidada na filosofia dos grandes teóricos gregos Platão e Aristóteles, nos séculos V e IV A.C.¹¹⁸ de onde evoluiu até os dias atuais.

A democracia grega firmou-se como “o primeiro grande precedente de limitação do poder político – *governo de leis e não de homens* - e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos”, como afirma Barroso¹¹⁹.

Deve-se considerar, como o faz a doutrina, o fato de que mesmo a democracia ateniense não teria sido perfeita, já que excluía da participação política a maior parte da população. Naquele tempo, só quem ostentava o título de cidadania poderia participar da discussão dos assuntos públicos nas *Assembleias*¹²⁰, que eram realizadas nas *Ágoras*.

Nesse mesmo período, destaca-se também a contribuição romana para a compreensão das ideias de constituição, separação de poderes e formas de governo.

Barroso e Bobbio destacam os nomes de Políbio e Cícero. Foi Políbio¹²¹, no séc. II A.C., segundo Bobbio, quem formulou uma das mais completas teorias sobre as formas de governo.

Com base na tradição grega anterior, Políbio analisa as seis formas de governo

surgiram na almas dos seus povos. In: COLANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. Trad. De Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 1987, Introdução. Sobre a origem da sociedade e dos agrupamentos sociais, ver também: FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 32-3.

¹¹⁷ Barroso afirma não haver mais do que aproximadamente duzentos anos, que o termo é utilizado. BARROSO. **Curso de . . .**, cit. p. 26.

¹¹⁸ Maurizio Fioravante afirma que o termo *politeía*, condensa metaforicamente o conjunto de regras implementadas entre os séculos V e IV a.C. pelos gregos com o objetivo de manter unida a sociedade através de uma forma de governo que levasse em conta os diversos interesses em jogo. Segundo ele, há uma semelhança entre aquele conjunto de regras e os que, atualmente, conformam aquilo que a doutrina chama de *constituição*. In: FIORAVANTE Maurizio. **Constitucion. De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 18-19. Nesse mesmo sentido, Norberto Bobbio acrescenta que Platão tinha uma concepção pessimista da história e acreditava que nenhuma das formas de governo correspondia à sua constituição ideal *politeía*, sendo, inclusive, a democracia uma degeneração da mesma. A constituição ideal de Platão, segundo Bobbio, era a aristocracia, que ele admitia não poder encontrar em nenhum dos Estados existentes em seu tempo, à exceção do governo de Esparta, que era o que mais se aproximava de sua formulação ideal. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria das Formas de Governo**. Trad. De Sérgio Bath. 6.ed. . Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 47.

¹¹⁹ BARROSO. **Curso de . . .**, cit. p. 28.

¹²⁰ Para uma compreensão do sentido histórico e atual do termo “assembleia”, inclusive, com a conotação de “assembleia constituinte”, ver: BOBBIO, **Dicionário . . .**, cit. p. 61.

¹²¹ Historiador grego deportado para Roma, que viveu no século II a.C. . BOBBIO. **Teoria . . .**, cit. p. 65.

tradicionais¹²², acrescentando a elas uma sétima, a constituição romana, que sintetizava as virtudes das três formas boas de governo.

A virtude da constituição romana estaria em admitir uma forma mista de governo que permitia uma melhor ordenação dos cargos governativos e uma contemplação mais adequada dos interesses das diversas classes sociais, como demonstra a passagem a seguir:

“A composição das três formas de governo consiste no fato de que o rei está sujeito ao controle do povo, que participa adequadamente do governo; este, por sua vez, é adequadamente controlado pelo Senado. Como o rei representa o princípio monárquico, o povo o princípio democrático e o senado o aristocrático, o resultado dessa combinação é uma nova forma de governo, que não coincide com as três formas simples – porque é composta -, nem com as três formas corrompidas – porque é reta. Quanto à razão da excelência do governo misto, Políbio vai encontrá-la no mecanismo de controle recíproco de poderes ou no princípio do ‘equilíbrio’.”¹²³

Bobbio aponta com precisão que o tema do “equilíbrio dos poderes” que, mais tarde, na Idade Moderna, seria consagrado como preocupação central dos constitucionalistas, encontrou nas teorias de Políbio sobre o governo misto um precedente histórico que, guardadas as proporções, equiparar-se-ia à teoria moderna de separação e equilíbrio de poderes de Montesquieu.

Ainda segundo Bobbio¹²⁴, Cícero, cem anos depois reforça as teses de Políbio em sua obra *De República* (cerca de 50 A.C.) consolidando o modelo de governo misto e o equilíbrio de poderes que durou até o fim do período republicano em Roma, em 27 A.C.¹²⁵.

Há um hiato na história política da Idade Média no que se refere ao desenvolvimento das formas de governo e de conceitos correlatos como o de constituição, Estado e separação de poderes.

A doutrina pouco se detém nesse período, marcadamente influenciado pelo

¹²² Essas seis formas de governo, na visão de Aristóteles, citado por Bobbio, seriam três boas e três ruins, conforme nomenclatura posterior de Políbio, sendo elas: monarquia x tirania; aristocracia x oligarquia e democracia x oclocracia. BOBBIO. **Teoria** . . . , cit. p.42.

¹²³ BOBBIO. **Teoria** . . . , cit. p. 70.

¹²⁴ BOBBIO. **Teoria** . . . , cit. p. 75.

¹²⁵ BARROSO. **Curso de** . . . , cit. p. 29, n. 15.

feudalismo, misto de sistema político, econômico e social, caracterizado pelas relações entre os senhores feudais, proprietários de terras e seus vassalos, servos ligados à propriedade.

O fracionamento territorial e as características peculiares do feudalismo impediram a concentração de poder sobre grandes territórios, como se viu no período anterior à queda do império romano.

O fato é que somente por volta de mil anos depois da queda de Roma uma nova dimensão é dada à concepção de Estado. Essa concepção surge no início do século XVI, consagrada na obra *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel, de 1513.

O fato é que a entidade estatal e os conceitos aqui estudados como a ela relacionados seguiram um percurso histórico confuso em que não é plenamente possível isolar um conceito do outro. Barroso resume muito bem esse percurso no trecho abaixo:

“O Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. *Soberania* é o conceito da hora, concebida como *absoluta* e *indivisível*, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional. Com Jean Bodin e Hobbes, a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a revolução inglesa, ela se transfere para o Parlamento. Com Rosseau e as revoluções Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se.”¹²⁶

Desse ponto em diante, é importante analisar, mais uma vez, a obra de Montesquieu para fixar as bases do conceito de separação de poderes, relacionando-o, em seguida, ao conceito de constitucionalismo, inaugurado no século XVIII e, ainda, ao desenvolvimento da democracia, no século XIX, para compreender como o papel do Poder Judiciário evoluiu, a partir da visão inicial de Montesquieu, até os dias atuais.

Os conceitos de *constitucionalismo* e de *constituição* estão intrinsecamente ligados ao conceito de separação de poderes e decorrem diretamente dos acontecimentos da revolução francesa e da “Declaração dos Direitos do Homem e do

¹²⁶ BARROSO. *Curso de . . .*, cit. p. 31.

Cidadão de 1789” que, em seu artigo 16, previu que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

O referido documento, como é sabido, condensou os principais conceitos jurídico-políticos herdados das ideias iluministas da época, como o de soberania, por exemplo, contido no art. 3º tendo-se beneficiado muito das contribuições de John Locke, Montesquieu e, posteriormente, de Kant¹²⁷.

A ideia de uma separação de poderes nitidamente marcada por competências específicas, como se vê nas constituições dos dias atuais, não tem uma conformação típica nas obras de Locke.

Para Locke, em sua obra “Dois Tratados Sobre o Governo Civil”, de 1690, os poderes de uma sociedade civil eram o Legislativo, o Executivo e o Federativo da comunidade. Costa¹²⁸ entende ter sido essa “a mais importante obra sobre o modelo liberal, no qual o pacto social representa a legitimação da nova ordem. A função primordial do governo consistia em manter a paz e resguardar as propriedades de acordo com os interesses das classes dominantes”.

Para Locke, o Poder Judiciário não existia enquanto poder independente e constituía uma atribuição geral do Estado que o promovia através de nomeações feitas pelo Poder Legislativo.

Adepto da teoria do contrato social, também desenvolvida por Rosseau, Locke defendia que o povo, tão logo concordasse com a sua saída do estado de natureza, teoria também desenvolvida por Hobbes, e tendo formado uma sociedade política ou civil, deveria escolher uma determinada forma de governo, através de decisões tomadas pelo princípio de imposição da vontade da maioria.

Para Fioravante¹²⁹ “A verdadeira relevância de Locke na história do constitucionalismo está nisso: em haver sido o primeiro a formular de maneira clara e

¹²⁷ É o que afirmam autores como Bobbio e Barroso. BOBBIO. **Dicionário . . .**, cit. p. 248 e BARROSO. **Direito. . .**, cit. p.31. Já Mello traz em sua obra uma retrospectiva bastante aprofundada do estudo sobre as origens da separação de poderes e da presença do Poder Judiciário na estrutura do Estado. In: MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição**. São Paulo: RT, 1968, p. 11-39.

¹²⁸ COSTA, Nelson Nery. **Curso de Ciências Políticas**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.118.

¹²⁹ FIORAVANTE. **Constitución** cit. p. 93.

firme, no âmbito da constituição dos modernos, a fundamental distinção entre poder absoluto e poder moderado”, querendo com isso dizer Locke que os poderes Legislativo e Executivo não poderiam estar nas mãos da mesma pessoa ou do mesmo corpo assemblear.

A forma de governo moderado proposta por Locke previa a composição dos poderes Legislativo, Executivo e Federativo, deixando patente a superioridade do Legislativo, ao qual denominava poder supremo, em relação aos demais poderes¹³⁰.

Em Montesquieu, cuja obra é uma das iniciativas históricas mais relevantes na formatação da atual doutrina dos direitos humanos, a teoria da separação dos poderes acabou por se tornar um horizonte de referência, em termos de “teoria geral da sociedade”, restando clara a sua tendência em tentar descobrir “as leis que governam o movimento e as formas das sociedades humanas”, como afirma Bobbio¹³¹.

Para tanto, Montesquieu recorre a uma definição de lei, a partir da qual, vai desenvolver os seus argumentos subsequentes, sendo ele o de que “As leis, no significado mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas e, nesse sentido, todos os seres têm as suas leis, o mundo material tem as suas leis, as inteligências superiores têm as suas leis, o homem tem as suas leis”¹³².

Bobbio¹³³ afirma que para elaborar uma teoria geral da sociedade era necessário que Montesquieu elaborasse um estudo rigoroso sobre as leis positivas do maior número possível de sociedades particulares.

É a partir desse arranjo inicial, conforme Bobbio, que Montesquieu propõe a sua classificação de organização política da sociedade¹³⁴.

¹³⁰ Ver a respeito: MELLO. **John Locke** . . . , cit. p.87 e MELLO. **Da separação** . . . , cit. p. 14-17.

¹³¹ O autor afirma que “O 'O Espírito da Leis' é um livro complexo que pode ser interpretado de diversos modos. Não é uma obra de teoria política, embora contenha uma teoria política [...]. De todas as interpretações de 'O Espírito da Leis' darei ênfase, considerando os objetivos desse curso, à que o vê como uma 'teoria geral da sociedade'”. In: BOBBIO. **A Teoria** . . . , cit. p. 127.

¹³² MONTESQUIEU. **Do espírito** . . . , cit. p. 21.

¹³³ BOBBIO. **Teoria** . . . , cit. p.130.

¹³⁴ “Há três espécies de governo; o republicano, o monárquico e o despótico. Para descobrir a sua natureza, basta a ideia que deles têm os homens menos instruídos. Suponho três definições, ou melhor, três fatos: primeiro, que o governo republicano é aquele em que o corpo do povo, ou somente parte do povo, tem o poder soberano; o monárquico, aquele em que um só governa, mas por leis fixas e estabelecidas; ao passo que no despótico um só, sem lei e sem regra, tudo determina por seus caprichos. É a isso que chamo a

Bobbio adverte que ela precisa ser vista e analisada a partir da perspectiva histórica de Montesquieu, que analisou, sobretudo, as sociedades componentes do mundo existente fora dos limites da Europa, principalmente, o mundo asiático¹³⁵.

A partir das análises realizadas sobre as sociedades politicamente organizadas, Montesquieu estabeleceu uma relação entre as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição afirmando que “[...] a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. [...] a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”¹³⁶.

A liberdade política ou liberdade nos limites da lei só pode ser encontrada nos governos moderados, segundo Montesquieu¹³⁷ e foi em busca de um Estado moderado, onde a liberdade política constituísse um objetivo em particular, que Montesquieu vai se dedicar ao estudo da constituição da Inglaterra para dela extrair as bases constitucionais dessa liberdade¹³⁸.

Essa liberdade, porém, tem como pré-condição para o seu estabelecimento que não haja abuso de poder, o que só se obtém quando, “pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”¹³⁹.

Esse é o contexto de onde resulta a proposta de criação de um governo em que os poderes do Estado sejam capazes de se auto-regular, controlando-se reciprocamente, de modo a garantir a liberdade política do cidadão.

Vale transcrever, uma vez mais, a proposta de Montesquieu sobre a coexistência entre os poderes:

“Há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo que depende das coisas do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem o direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis para certo tempo ou para

natureza de cada governo. Cumpre ver quais são as leis que se seguem diretamente dessa natureza e são, por conseguinte, as primeiras leis fundamentais.” In: MONTESQUIEU. **Do Espírito** . . . , cit. p. 27.

¹³⁵ BOBBIO. **Teoria** . . . , cit. p.131.

¹³⁶ MONTESQUIEU. **Do Espírito** . . . , cit. p.167.

¹³⁷ MONTESQUIEU. **Do Espírito** . . . , cit. p. 167

¹³⁸ MONTESQUIEU. **Do Espírito** . . . , cit. p. 167-8.

¹³⁹ MONTESQUIEU. **Do Espírito** . . . , cit. p. 168.

*sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, declara a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar; e o outro, simplesmente de poder executivo do Estado.”*¹⁴⁰

A obra de Montesquieu é, portanto, um ponto de convergência na história dos conceitos de constituição e separação de poderes a eles devendo-se acrescentar, também, o princípio de supremacia da lei como mecanismo de regulação da vida em sociedade, através da constituição.

Nesse ponto, todavia, o que interessa destacar agora é posição hierárquica atribuída ao Poder Judiciário da separação de poderes proposta por Montesquieu.

A visão de Montesquieu sobre o papel do Judiciário está claramente delimitada na transcrição abaixo:

“Pode acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, seja, em certos casos, rigorosa demais. *Mas os juízes da nação são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei*, seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”¹⁴¹.

Mello¹⁴² vislumbra nos trechos acima o delineamento da moderna divisão e colaboração entre os poderes, enquanto enfatiza, também, certo desprezo, por parte de Montesquieu, em relação ao Poder Judiciário, relegado a uma posição secundária de “boca que pronuncia as palavras da lei”.

De qualquer modo, é importante ressaltar a relação entre a separação de poderes e o constitucionalismo, já que o papel a ser desempenhado pelo Judiciário, emerge desse contexto.

Nas constituições escritas dos Estados que surgem nesse período está inserida a separação de poderes, cabendo ao Judiciário a guarda dos direitos fundamentais do indivíduo contra o Estado. Esses direitos resumem-se, no caso, ao direito à liberdade,

¹⁴⁰ MONTESQUIEU. **Do Espírito** . . . , cit. p. 168.

¹⁴¹ MONTESQUIEU. **Do Espírito** . . . , cit. p. 175. Grifo nosso.

¹⁴² MELLO. **Da Separação** . . . , cit. p. 18.

conforme avaliam Streck e Morais.¹⁴³

Dallari¹⁴⁴ concorda com essa observação, acrescentando que “essa preocupação com a separação de poderes visando proteger a liberdade refletiu-se imediatamente em todo o movimento constitucionalista”.

O autor cita como exemplo a constituição norte-americana que, segundo ele, “dedica o art. 1º ao Legislativo, o art. 2º ao Executivo e o 3º ao Judiciário, não admitindo interferências recíprocas, nem a transferência de poderes, ainda que parcial e temporária”.

No que se refere às críticas à teoria da separação de poderes, tem-se que, mesmo sem constituírem objeto de estudo diretamente relacionado ao tema da pesquisa, elas não deixam de fazer parte do contexto de avaliação das funções do Poder Judiciário.

Dallari¹⁴⁵ é assertivo na crítica à teoria da separação de poderes que, na sua opinião, derivou da condição de uma teoria da sociedade para uma mera teoria de distribuição de funções do Estado, uma vez que a prática política demonstrou haver uma interpenetração entre os poderes, de tal forma a não se poder distinguir tão claramente a esfera de competências exclusivas de cada um deles.

4.1.1. A evolução do tema no contexto do constitucionalismo moderno

No item anterior, restou demonstrado o papel inferiorizado do Poder Judiciário em relação aos demais poderes constituídos do Estado no âmbito da formação inicial do constitucionalismo fundado na separação de poderes proposta por Montesquieu.

Cappelletti¹⁴⁶, teorizando sobre o tema e analisando o ordenamento jurídico

¹⁴³ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 54.

¹⁴⁴ DALLARI. **Elementos** . . . , cit. p. 192.

¹⁴⁵ Dallari atribui essa argumentação a Lowestein que, segundo ele, a insere em um contexto de crítica relacionada à prática do parlamentarismo, que sem aplicar diretamente a teoria da separação de poderes, tem sido bem mais eficiente na proteção das liberdades políticas do indivíduo. In: DALLARI, **Elementos** . . . , cit. p. 193–195.

¹⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo Moderno e o Papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. In: **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional**. V. IV. CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. Coord. São Paulo: RT, 2011, p. 930.

francês pós-revolucionário, acusa o ceticismo reinante quanto à atuação do poder Judiciário. Naquele momento, imperava uma visão cética e racional da distribuição de poderes, sob a influência das ideias científicas iluministas.

Nesse contexto, todo poder era concedido à lei e o papel do Judiciário era o de simplesmente aplicá-la mecanicamente sem interferir na atividade dos outros poderes.

Faltava, na opinião de Cappelletti, “um verdadeiro e próprio ‘terceiro poder’ - uma ‘terceira garra’ investida do poder de assegurar o respeito à Constituição por parte do grupo ‘político’.”

O autor italiano cita, como exemplo, a lei nº16 de 24/08/1790, na qual havia um dispositivo proibindo os juízes franceses de “interferir de qualquer modo com o Poder Legislativo”.

Segundo o autor, esse tratamento rígido e inferiorizado que se deu à atuação do Poder Judiciário está relacionada à desconfiança popular em relação aos juízes do *Ancien Regime* que, por sua postura refratária a qualquer tipo de modernização da sociedade, colaboraram para a manutenção do regime de privilégios das classes e profissões mais abastadas, inclusive, os seus próprios privilégios.

Fioravante¹⁴⁷ faz idêntica observação sobre o temor reinante de que os juízes pudessem, com suas decisões, ofuscar ou trair a vontade soberana do legislador.

Vê-se, pois, que o mesmo ocorre nos dias atuais, em que permanece o temor de que o Poder Judiciário extrapole os limites de sua competência ao ampliar as possibilidades de interpretação da lei.

O fato é que as constituições que se seguiram às revoluções americana e francesa tiveram como índole preponderante, conforme reiterado, a adoção de um modelo de Estado capaz de proteger essencialmente o cidadão, sua liberdade e sua propriedade contra os abusos da entidade estatal nascente.

O tempo demonstrou, todavia, que isso não foi suficiente para evitar os abusos que continuaram a surgir da luta pela ocupação dos espaços de poder na estrutura do Estado e da proeminência, cada vez maior, do capitalismo liberal que se seguiu a esse período, aumentando a opressão sobre os indivíduos mais pobres da sociedade.

¹⁴⁷ FIORAVANTI. **Constitución** . . . , cit. p. 116.

Nesse ponto, é útil fazer uma breve explanação sobre os termos adjetivos com o quais a doutrina costuma qualificar o vocábulo “constitucionalismo”.

É que a doutrina não demarca muito claramente os períodos históricos aos quais se referem cada uma das denominações utilizadas.

Ferreira Filho¹⁴⁸, por exemplo, divide a história do constitucionalismo entre o *constitucionalismo antigo*, que abrange todas as doutrinas políticas relativas ao tema da separação de poderes desde a lição dos filósofos clássicos da Antiguidade, passando pela Carta Magna de 1215, até as doutrinas dos séculos XVI, XVII e XVIII; reservando o termo *constitucionalismo moderno* ao movimento jurídico-político ocorrido a partir do final do século XVIII e que culminou com a constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791.

Já outros autores, como Cappelletti¹⁴⁹, por exemplo, preferem situar o termo *constitucionalismo moderno*, a partir das transformações ocorridas no cenário jurídico-político universal após a segunda guerra mundial, com o abandono da visão anterior de rígida de separação de poderes, para uma outra, voltada à colaboração, o controle e o equilíbrio entre eles.

O mais interessante é notar que para ambos os autores citados, bem como, para a quase totalidade da doutrina, a maior característica do constitucionalismo, não é a adoção, em todas as partes do mundo, de constituições escritas, mas, a adoção de controles e limitações ao poder do Estado.

Nesse sentido, a adoção da expressão constitucionalismo liberal, atende mais a uma visão econômica do constitucionalismo voltada às influências que a estrutura de poder do Estado tinha na manutenção do *status* político da classe social burguesa que ascendeu ao poder a partir da revolução industrial inglesa (que depois se espalhou por outros países) e que foi contemporânea das revoluções francesa e americana.

Retornando ao tema, para avançar na análise do processo de afirmação política do Poder Judiciário no contexto de correlação de forças entre os poderes do Estado é preciso aprofundar um pouco mais o processo evolutivo da ideia de Constituição para nele situar o controle de constitucionalidade como sendo o grande movimento de

¹⁴⁸ FERREIRA FILHO. **Princípios** . . . , cit. p. 3.

¹⁴⁹ CAPPELLETTI. **Constitucionalismo** . . . , p. 931.

afirmação e resgate da importância do Judiciário.

Entre o conceito de constituição vigente no final do século XVIII e a visão moderna que se tem desse documento, pouco mais de duzentos anos se passaram. Todavia, muitos dos aspectos iniciais daquela concepção foram sendo adaptados aos novos conceitos oriundos da evolução das instituições políticas.

Sobre isso, afirma Ferreira Filho¹⁵⁰:

“No último quartel do século XVIII, é notório haver uma ideia difundida do que seja uma Constituição. Esta se caracteriza por ser: 1) um **corpo sistemático de normas**; 2) que formam a **cúpula da ordem estabelecida – lei suprema**; 3) contido (preferencialmente) num **documento escrito e solene**; 4) versando sobre a **organização política basilar de um Estado**; 5) **estabelecida pelo povo**, por representantes extraordinários; 6) cuja finalidade é a **limitação do poder** em vista da preservação dos direitos fundamentais do Homem”.

A visão moderna e porque não dizer contemporânea de Constituição foi incorporando valores e princípios ao longo do tempo.

Ao longo do século XIX foram a elas incorporados o conceito de *Estado de Direito*¹⁵¹ herdado dos ingleses e o conceito de democracia que se firmou entre os séculos XIX e XX.

Nas palavras de Barroso¹⁵², a dimensão do Estado de direito engloba não apenas o sentido formal de um Estado que tenha sido erguido sobre as bases de uma ordem legal, pois que, esse, também, pode ser o fundamento de Estados autoritários ou totalitários que sigam algum tipo de ordem.

O Estado de direito é aquele, cuja ordem legal, pode ser questionada do ponto de vista da sua legitimidade e justiça.

¹⁵⁰ FERREIRA FILHO. **Princípios**. . . , cit. p. 23, grifos do autor.

¹⁵¹ Para uma análise mais detida sobre o tema específico do “Estado de Direito”, ver: DIJK, Pieter van; HALLER, Gret; JOWELL, Jeffrey; TUORI, Kaarlo. **Report on the Rule of Law**. Council of Europe: Strasbourg, 4 April 2011, Study nº512/2009. Os autores promovem um estudo sobre as origens dos termos “rule of law”, “État de droit” e “Rechtsstaat”, aproximando-os dos conceitos de democracia e direitos humanos, formando os três conceitos, os pilares do Conselho da Europa. Propondo ao final do estudo, inclusive, um questionário para aferição do estágio de evolução do “rule of law” nas constituições de Estados da sociedade internacional.

¹⁵² BARROSO. **Curso** . . . , cit. p. 63.

O conceito de democracia¹⁵³, forma com o conceito de Estado de Direito a expressão *Estado Democrático de Direito* e não se contenta com a mera dimensão formal da ideia de um governo da maioria, mas, sim, com a ideia de um “governo de todos”, nela incluídas todas as minorias sociais.

É que constituição do Estado moderno não se contenta mais com a possibilidade de ser um mero “pedaço de papel”, conforme expressão usada por Ferdinand Lassale¹⁵⁴.

4.2. A afirmação política do Poder Judiciário através do controle de constitucionalidade

Fixados os conceitos de constituição e separação de poderes no âmbito da formação do Estado de Direito é importante avançar na prospecção das condições que forjaram a afirmação política do Poder Judiciário frente aos demais poderes.

Essa afirmação política deu-se por meio da discussão que se seguiu à formação do Estado sobre qual dos poderes constituídos deveria ser o guardião da Constituição.

¹⁵³ Kelsen traça um interessante perfil do conceito de democracia, a partir da discussão sobre o significado das expressões “governo do povo” e “governo para o povo”. O autor denuncia a perigosa apropriação do termo democracia por regimes autoritários e totalitários, sob o argumento de que nem todo “governo do povo” é necessariamente um governo que atua em benefício do povo, ou seja, “para o povo”, no que Kelsen concorda parcialmente, dada a dificuldade de se estabelecer concretamente no que se constitui a ideia de “bem comum”, a partir da visão subjetiva de cada um, que formaria a “vontade do povo”, o que não autoriza, segundo ele, a que, em nome dessa imprecisão, se retire o direito do povo escolher os seus governantes, reforçando, assim o caráter democrático e inclusivo da democracia constitucional nos dias de hoje. Para melhor conhecimento do assunto, ver: KELSEN, Hans. **A Democracia**. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow (Trads.). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 140 – 146.

¹⁵⁴ Lassale afirmava em 1863 que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas, sim questões políticas e que, portanto, a *constituição jurídica* de um país só poderia ser considerada verdadeira, se estivesse em sintonia com os fatores reais de poder presentes na sociedade, que Lassale denominava de *constituição real*, caso contrário, ela poderia ser considerada um simples pedaço de papel. Contra essa tese, já no século XX, Konrad Hesse apresenta uma aula inaugural na Universidade de Freiburg-Alemanha, em que defende que, embora a constituição não possa ignorar os fatores reais de poder presentes na sociedade, eles não são incompatíveis com a constituição jurídica, que se transforma em força ativa na sociedade quando todos assumem a consciência de que as obrigações ali assumidas devem ser cumpridas. Em suma, afirma Hesse que “ Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - , não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também, a vontade de Constituição (Wille für Verfassung)”. In: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1991, p.19.

Segundo Kelsen¹⁵⁵ as teorias sobre a quem deve ser confiada a guarda da Constituição remontam ao século XIX, quando então, os defensores da monarquia defendiam a tese de que o monarca era, naturalmente, o “guardião da constituição”, por se colocar de forma supostamente neutra entre os dois poderes mais importantes do Estado, o Executivo e o Legislativo.

Kelsen reputa essa proposta como ideológica na medida em que o monarca nada tem de imparcial em relação ao exercício do poder, sendo, na verdade, parte integrante dele, acrescentando que nada é tão óbvio na discussão a respeito das formas de garantir o cumprimento e o respeito à Constituição quanto a noção de que:

“caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo – tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados”¹⁵⁶.

Como pano de fundo dessa discussão, o que Kelsen realmente pretendia era se contrapor às ideias de Carl Schmitt que, segundo ele, apropriando-se da doutrina de Benjamin Constant do *pouvoir neutre*, originada no âmbito da monarquia constitucional do século XIX, pretendia fazer com que ela fosse aplicada à constituição de uma “democracia parlamentar plebiscitária”, como era a Alemanha do período pré-nazista.

Bonavides¹⁵⁷ afirma que a preocupação com a guarda da constituição esteve presente desde as primeiras constituições escritas, como na França, com as ideias de Sieyès, consignadas na Constituição de 1799.

Nos Estados Unidos, Limongi¹⁵⁸ afirma que Alexander Hamilton, no *paper* Federalista de nº 78, faz uma contundente defesa do papel do poder Judiciário como guardião da Constituição, a partir de uma análise que tinha por objetivo deter a força do Legislativo, através do reforço do poder judicial.

O Judiciário, que na visão de Hamilton, poderia ser considerado o braço mais

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição? Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 240.

¹⁵⁶ KELSEN. **Quem deve ser . . .**, cit. p. 240.

¹⁵⁷ BONAVIDES. **Princípios . . .**, cit. p. 134.

¹⁵⁸ LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: **Os Clássicos da Política 1**. 8.ed. WEFORT, Francisco C. (Coord.). São Paulo, 1997, p. 251.

fraco do Estado, já que não havia sido dotado com poder de iniciativa, deveria merecer cuidados especiais para que não corresse o risco de ser dominado, intimidado ou influenciado pelos outros ramos do poder do Estado.

Ironicamente, a Corte Suprema norte-americana teve que lutar arduamente para manter-se à frente do poder de controlar a constitucionalidade dos atos praticados à luz da Constituição norte-americana de 1787.

Faz parte dos anais da história do constitucionalismo moderno a ousadia com que a Suprema Corte norte-americana, sob a liderança do *Chief Justice* John Marshall, firmou sua competência para declarar a inconstitucionalidade de leis perante a Constituição americana.

O caso *Marbury x Madison* 5 US (1 Cranch) 137 1803, na visão de Baker e Williams¹⁵⁹ foi “o mais importante caso de todo o direito constitucional porque ele estabeleceu a doutrina do *Judicial Review* como um princípio fundamental do constitucionalismo americano.”.

Durante o longo mandato de Marshall à frente da Suprema Corte norte-americana, construiu-se uma forte tradição de interferência do Judiciário americano na vida política do país, através do *Judicial Review*.

Logicamente, com se verá mais à frente, nem sempre essa interferência ampliou o espectro de aplicação das leis na direção da primazia dos direitos humanos; muito pelo contrário, em alguns períodos, a Suprema Corte foi conservadora e mantenedora do *status quo* das elites daquele país.

Tendo em vista a proposta desse trabalho, em que se visa pesquisar o aspecto político da atuação do Poder Judiciário através do controle de constitucionalidade, o mais importante é demonstrar que, em qualquer dos modelos de controle de constitucionalidade hoje existentes¹⁶⁰, esse componente político da atuação no poder Judiciário está presente, na medida em que a prática mundial, como afirma Tavares¹⁶¹, “já se incumbiu de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes”.

¹⁵⁹ BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional** . . . , cit. p. 58.

¹⁶⁰ Bonavides, em esforço de simplificação, contempla três modelos distintos, quais sejam, o norte-americano, o europeu e o misto, aplicado atualmente no Brasil. BONAVIDES. **Princípios** . . . , cit. p.134 - 141.

¹⁶¹ TAVARES. **A superação** . . . , cit. p. 25.

Não se há de dizer, portanto, que o controle de constitucionalidade é um atentado ao princípio da separação de poderes, no sentido de que a atuação do magistrado seria uma interferência indevida na função Legislativa; muito pelo contrário, o controle de constitucionalidade pode, inclusive, ser visto como uma forma de preservação da vontade suprema do legislador constituinte, além de se constituir em exercício de atribuição afeta ao Judiciário.

Sobre esse tema, não há melhor argumento na doutrina do que a inatacável argumentação de Kelsen à teoria da Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição, cujo trecho, apesar de longo, merece ser transcrito, por ser absolutamente clarividente:

“Tais argumentos partem do pressuposto errôneo de que entre funções jurisdicionais e funções *políticas* existiria uma contradição essencial, e que particularmente a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria um ato político, donde se deduz que tal ato não seria propriamente jurisdicional. Se devemos dar ao termo “política”, polissêmico e excessivamente mal utilizado, um sentido razoavelmente preciso num contexto de oposição a “jurisdição”, só poderemos supor que seja usado para expressar algo como “exercício de poder” (em contraposição a um exercício de direito). “Política” é a função do legislador, o qual submete os indivíduos à sua vontade e exerce um poder justamente pelo fato de obrigá-los a perseguir os seus interesses dentro dos limites das normas que impõem, decidindo assim os conflitos de interesses, ao passo que o juiz, enquanto instrumento – e não sujeito – de tal poder, apenas faz aplicar esse ordenamento criado pelo legislador. Tal concepção, contudo, é falsa, porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo. [...]. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas, não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria a criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes do mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito e, portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa.”¹⁶².

A última frase de Kelsen é lapidar e dá fundamento jurídico-político à atual fase de proeminência da atividade judicial no ordenamento jurídico brasileiro, movimento iniciado

¹⁶² KELSEN. **Quem é o guardião** . . . , cit. p. 251.

ainda sob a égide da Constituição anterior, mas que teve um espetacular impulso após a promulgação da Constituição de 1988.

É necessário frisar, todavia, que ao se referir a uma função política do Judiciário, não se está advogando a tese de que aos magistrados em geral seja concedido o direito de atuar livremente na política partidária do país, usando para tanto das posições privilegiadas que ocupam em função de seus cargos.

A função política do Judiciário que serve de fio condutor para análise e estudo é exatamente aquela a que se referiu Kelsen, linhas atrás. Essa é uma distinção importante, embora não o pareça, à primeira vista.

Baleeiro¹⁶³, em análise comparativa da evolução da atuação do Judiciário brasileiro com o Judiciário norte-americano, faz esse alerta, lembrando que no Brasil, somente a partir da Constituição de 1934, houve menção expressa à incompatibilidade entre a função judicante e a atividade político-partidária dos magistrados, o que fez, com que, antes disso, muitos magistrados transitassem livremente entre os Tribunais e a política, com prejuízo evidente para a imparcialidade necessária de suas decisões.

Relembre-se, por necessário, que essa prática, ainda é verificada no Brasil, bastando citar o caso do ex-ministro Nelson Jobim¹⁶⁴.

Ainda sobre esse aspecto da politicidade do magistrado, Dallari¹⁶⁵ adverte para o fato de que o juiz, também, é um cidadão, assim, não há como admitir que o mesmo seja considerado um ser humano acima de qualquer opinião pessoal, subjetiva, a respeito da vida econômica, política e social da sociedade.

Para ele, “é muito comum argumentar-se como se o juiz existisse fora da realidade e não fosse influenciado por ela”.

Juízes são seres políticos, porque vivem na *polis* moderna, como todos os demais cidadãos, não sendo, pois, o caso de se pretender sua total e completa exclusão da realidade, sob o argumento de que assim eles não estariam sendo “políticos” em suas decisões.

¹⁶³ BALLEIRO. **A Função**. . . , cit. p. 588.

¹⁶⁴ Nelson Jobim foi ministro de Estado da Justiça, depois, ministro do Supremo Tribunal Federal, nomeado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso e, após aposentadoria no Supremo, voltou ao Executivo, agora como Ministro da Defesa, nomeado pelos presidentes Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef.

¹⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89.

É Balleiro¹⁶⁶ quem afirma, referindo-se à função política do Judiciário, que “a função política não visa a homens, mas a leis ou, por outras palavras, exerce o papel ora de freio e amortecedor – *shock absorber* – da política legislativa, ora de acelerador dessa política.” O mesmo doutrinador enfatiza que a transformação da hermenêutica jurídica no Brasil atualizou o pensamento jurídico, enquanto a realidade legislativa era formada por leis centenárias, completamente divorciadas da realidade social, política e econômica em que foram criadas.

Vê-se, portanto, que apesar do controle de constitucionalidade integrar o papel político do Judiciário, ele não se restringe a essa tarefa, ainda que ela seja a mais nobre.

O fato é que ao permitir ao juiz comum a apreciação de uma inconstitucionalidade no caso concreto, a Constituição avançou nos mecanismos de controle da sociedade sobre as atividades do Legislativo, ampliando as possibilidades de que o Judiciário possa pronunciar-se sobre os eventuais excessos que tenham sido, porventura, cometidos pelo legislador.

4.2.1. O modelo de controle de constitucionalidade no direito brasileiro

O interesse pelo controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito dessa pesquisa tem a ver com a necessidade de se aquilatar o grau de interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação dos outros poderes, lidando com os limites e as possibilidades que esse controle tem, no âmbito das relações privadas, de modo a proporcionar a implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Essa é uma questão fundamental e nem sempre analisada adequadamente pela maior parte da doutrina, bastando dizer que autores como Mendes¹⁶⁷ entendem que:

[...] os conceitos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não abrangem, tradicionalmente, toda conformidade ou desconformidade com a Constituição, referindo-se tradicionalmente, a atos e omissões dos Poderes Públicos.

A violação da ordem constitucional por entes privados, embora relevantes do prisma do direito constitucional, não se equipararia, segundo esse

¹⁶⁶ BALLEIRO. **A Função**. . . ., cit. p. 591.

¹⁶⁷ MENDES. **Curso de** . . ., cit. p. 1054.

entendimento, à ofensa perpetrada pelos órgãos públicos, destinatários primeiros de seus comandos normativos.”.

O citado autor, não deixa de citar, entretanto, em nota de rodapé, o desenvolvimento da doutrina alemã da *Drittwirkung* como sendo uma nova fronteira da interpretação constitucional da constitucionalidade da lei ou ato normativo no âmbito das relações privadas.

O modelo¹⁶⁸ de controle de constitucionalidade no Brasil é aquele aplicado às constituições do tipo rígidas, para as quais, segundo Bonavides¹⁶⁹, o controle jurisdicional aplica-se melhor do que o controle político, realizado em países como a França, por exemplo.

A vantagem do controle do tipo jurisdicional, segundo ele, é que as instituições são colocadas a serviço dos direitos humanos.

A Constituição brasileira adotou um modelo misto de constitucionalidade, nomeados pela doutrina como controles *incidental* e *principal*, ou controles *difuso* e *concentrado*, ou ainda, segundo nomenclatura proposta por Bonavides¹⁷⁰, controle por *via de exceção (controle concreto)* e controle *por via de ação (controle abstrato)*.

O controle difuso de constitucionalidade¹⁷¹ dá-se através da análise da inconstitucionalidade alegada pela parte no caso concreto em que o juiz deverá manifestar-se sobre tal alegação.

Sem a provocação da parte, não haverá intervenção do juiz e o seu pronunciamento na decisão que deixar de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional vinculará, tão somente, aos litigantes.

¹⁶⁸ Lecionando sobre as formas de controle de constitucionalidade, Gilmar Mendes, após ressaltar o caráter absolutamente variável que tais formas assumem no cenário internacional, propõe uma classificação objetiva que, em suma, poderia ser, assim, reproduzida: “Quanto ao órgão - quem controla – pode-se ter: a) controle político; b) controle jurisdicional; c) controle misto.[. .] Quanto ao modo ou à forma de controle, ele pode ser: a) incidental; ou b) principal. [. . .] Quanto ao momento do controle, ele pode ser: a) preventivo; e b) repressivo ou sucessivo.”. Para maiores esclarecimentos ver: MENDES. **Curso de . . .**, cit. p. 1055.

¹⁶⁹ Para o autor, “O controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das constiuições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e a proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis.”. In: BONAVIDES. **Curso de . . .**, cit. p. 301.

¹⁷⁰ BONAVIDES. **Curso de . . .**, cit. ps.141, 302-307.

¹⁷¹ Adotar-se-á a nomenclatura referente a “controle difuso” e “controle concentrado”.

A lei julgada inconstitucional em um caso concreto continuará a existir no ordenamento jurídico podendo ser aplicada a outros casos semelhantes ou idênticos sem que a declaração incidental de inconstitucionalidade anterior possa lhe prejudicar a eficácia¹⁷².

Já no controle de constitucionalidade pela via concentrada, o sistema atua de modo a aferir a constitucionalidade da lei ou ato normativo *in abstracto* por meio de ação própria prevista no texto constitucional.

Diferentemente do controle difuso, em que prepondera a possibilidade de que o cidadão comum participe da fiscalização e do controle sobre a constitucionalidade das leis, no controle concentrado, a Constituição legitimou apenas entes políticos especiais¹⁷³, aos quais atribuiu o poder de controlar a constitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal¹⁷⁴.

Entre as vantagens e desvantagens de ambos os modos de controle de constitucionalidade pela via jurisdicional, a doutrina aponta, no que se refere ao controle difuso, o aspecto eminentemente subjetivo do entendimento judicial quanto à questão constitucional que lhe é apresentada no caso concreto.

Nessas circunstâncias, a parte prejudicada pela aplicação inconstitucional de lei

¹⁷² Bonavides, bem como, parte considerável da doutrina, cita as lições de Rui Barbosa, para quem “A inaplicabilidade do ato inconstitucional dos Poderes Executivo ou Legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes”. Rui, Atos Institucionais, ob.cit pp.128/129 apud BONAVIDES. **Curso de**, cit. p. 304.

¹⁷³ Art.103 – Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V – O Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI – O Procurador Geral da República;
- VII – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

¹⁷⁴ Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo - lhe:

- I - ;
- II - ;
- III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
 - a) contrariar dispositivos desta Constituição;
 - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

ou ato em caso concreto pode se deparar com a tese contrária, exposta pelo juiz em sua decisão, causando-lhe incerteza e insegurança jurídica até que uma decisão final venha a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal em seu benefício.

Nessas circunstâncias, ainda é preciso considerar que a parte terá que fazer com que o litígio ultrapasse uma infinidade de filtros processuais antes de chegar ao Supremo Tribunal Federal para que suas razões de recurso possam ser ali analisadas.

É de se reiterar que mesmo tendo sido julgada em última instância pelo Supremo, os efeitos da decisão permanecerão adstritos às partes, o que não acontece, por exemplo, no sistema de controle difuso adotado pelo ordenamento jurídico norte-americano, onde, segundo afirma Bonavides¹⁷⁵, com apoio no magistério de Alfredo Buzaid, “nenhum juiz ou tribunal se abalancharia a aplicar ali uma lei já inquinada do vício de inconstitucionalidade por decisão do mais alto órgão da Justiça americana.”¹⁷⁶

Nesse sentido, é a opinião de Cappelletti¹⁷⁷ para quem nos Estados Unidos esta característica do controle difuso é, em boa parte eliminada quando se trata de decisões da Suprema Corte norte-americana, em função do princípio do *stare decisis*¹⁷⁸.

No que refere à discussão da função política do Judiciário na aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, o controle difuso assume um caráter absolutamente relevante, pois, é através dele que a parte terá a oportunidade de arguir em juízo a defesa de seus direitos fundamentais que poderão estar sendo violados por ação ou omissão de terceiros no caso concreto, permitindo ao juiz singular uma ação imediata reprimindo tal violação.

Não é por outra razão que essa modalidade de controle de constitucionalidade atende melhor à proteção aos direitos humanos, conforme já asseverado linhas atrás,

¹⁷⁵ BONAVIDES. **Curso de** . . . , cit. p. 305.

¹⁷⁶ Ainda são comuns no Brasil decisões de juízes de 1º que contrariam jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal a respeito de determinados temas, sob o argumento, não só da não vinculação do juiz e das partes à declaração de inconstitucionalidade incidental feita em outro processo, como também, com fundamento no princípio da livre convicção do julgador, como fundamento do processo civil.

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª reimpr. Trad. De Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 118.

¹⁷⁸ Do latim moderno “ficar com as coisas decididas”. Doutrina sob a qual as Cortes aderem a precedentes sobre questões de direito a fim de assegurar certeza, consistência e estabilidade na administração da justiça, deles não se afastando por razões imperativas, como prevenir a perpetuação de um injustiça. MERRIAM-WEBSTER'S **Dictionary of Law**. Springfield-Massachusetts: Merriam-Webster's Inc. 1996, p. 467.

pois, transforma o cidadão em defensor de seus próprios direitos constitucionais.

Por outro lado, a função política do Judiciário no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade é alvo de crítica da doutrina em geral, que afirma haver no caso uma extrapolação das competências atribuídas ao Judiciário.

Segundo os críticos, o Supremo Tribunal Federal estaria promovendo a criação de um verdadeiro “Direito Judiciário”¹⁷⁹, por meio de decisões que, interpretando a Constituição, estariam, na verdade, criando direito novo e transformando os juízes em legisladores.

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade tem origem nas ideias precursoras de Hans Kelsen, que as inseriu na Constituição Austríaca de 1920. Seu maior impulso, todavia, deu-se após a segunda guerra mundial, quando, segundo Ferreria Filho¹⁸⁰, espalhou-se por outras constituições em formas e variedades tais que não permitem uma classificação fidedigna.

Analisando o tema do controle concentrado de constitucionalidade das leis como forma de exercício de um poder legislador por parte do Judiciário, Olivo¹⁸¹ afirma que, na visão de Cappelletti, pouco importa “se o juiz é mero intérprete-aplicador do Direito ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, da criação do Direito”.

Para Olivo, segundo o doutrinador italiano, “o verdadeiro problema está no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito pelos Tribunais”.

O próprio Cappelletti¹⁸² sustenta que o juiz não possui total liberdade de interpretação porque é o próprio sistema jurídico quem estabelece os limites à liberdade judicial, de tal modo que esse grau de criatividade aumenta quando o juiz julga com base na equidade e diminui quando ele julga e interpreta com fundamento em uma lei ou em uma jurisprudência.

¹⁷⁹ Olivo afirma que Cappelletti atribui a utilização desse termo a Jeremy Bentham. In: OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **Juízes Legisladores: O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do Direito Judiciário**. In: Sequência 41. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Ano XXI, 2000, p. 85.

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO. **Princípios** . . . , cit. p. 138.

¹⁸¹ OLIVO. **Juízes** . . . , cit. p. 84-85.

¹⁸² CAPPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 21.

Não há dúvidas, que “em ambos os casos, a atividade do juiz se assemelha à do legislador, visto que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação de sua liberdade”¹⁸³.

A questão, enfim, segundo analisa Cappelletti¹⁸⁴, é que o agigantamento dos poderes Legislativo e Executivo, no âmbito do constitucionalismo moderno, ampliado pelo catálogo de direitos proporcionados pelo Estado de bem-estar social, torna a ampliação dos poderes interpretativos do Judiciário o “modo mais seguro de responder a esse novo desafio”.

Importa dizer, por fim, que as decisões sobre o controle de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, diferentemente daquelas oriundas de decisões provenientes do controle difuso, têm eficácia *erga omnes*, por força do disposto no § 2º, do art.102 da Constituição, que dispõe:

“§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Analisando rapidamente a trajetória da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao longo de sua história, vê-se que o Tribunal lutou arduamente pela afirmação de sua independência em relação aos demais poderes, principalmente, o Executivo.

Campos¹⁸⁵ faz um retrospecto desse período histórico em que a afirmação política do poder Judiciário dava-se, menos no sentido da politicidade do conteúdo de suas decisões e, muito mais, no sentido de não se ver sobrepujado no conflito em que se engalinharam os poderes da recém-inaugurada república brasileira.

No primeiro período da história do STF analisado pelo autor, desde a data de sua criação, em 1891, até 1930, destaca-se o desenvolvimento da denominada doutrina brasileira do *Habeas Corpus*.

¹⁸³ OLIVO. **Juízes** . . . , cit. p. 85.

¹⁸⁴ CAPPELLETTI. **Constitucionalismo** . . . , cit. p. 934.

¹⁸⁵ Para uma análise mais profunda sobre o tema, inclusive, com diversos exemplos de jurisprudência de época, analisadas e interpretadas pelo autor. CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação de Poderes na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Fabris, 2007.

Essa doutrina ampliativa da aptidão do *Habeas Corpus* foi desenvolvida diante da inexistência de instrumentos processuais adequados (ações típicas) para a proteção de direitos fundamentais individuais e coletivos previstos na Carta Magna de 1891 como, por exemplo, o exercício de direitos políticos, a proteção de imunidades parlamentares, a liberdade de exercício de profissão, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, entre outros¹⁸⁶.

Rui Barbosa é apontado unanimemente pela doutrina como o grande artífice da história constitucional brasileira desse período.

Já a Corte Suprema de 1934¹⁸⁷ em nada avançou em termos de controle de constitucionalidade dos atos governamentais, segundo afirma Campos¹⁸⁸.

Muito pelo contrário, acuado por medidas restritivas de suas competências inseridas nas Constituições de 1934 e 1937, inclusive, uma inusitada proibição para que o Supremo interferisse em questões políticas¹⁸⁹, o que se viu, segundo Campos¹⁹⁰, foi um Tribunal acovardado e subserviente aos desígnios governamentais.

Nesse período, segundo o autor, não foi possível avançar no sentido de uma maior proteção aos direitos fundamentais e ao controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1946 é apresentada na doutrina como o corolário da redemocratização do país no período do pós-guerra.

Campos¹⁹¹ aponta a ampliação dos catálogos dos direitos individuais com a inserção no texto constitucional do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art.141, § 4º da citada Carta¹⁹².

Nesse período, afirma o autor, o Supremo haveria de julgar diversas controvérsias

¹⁸⁶ CAMPOS. **Separação**. . . , cit. p. 172.

¹⁸⁷ Nome rebatizado do Supremo Tribunal Federal dado pela Constituição de 1934.

¹⁸⁸ CAMPOS. **Separação**. . . , cit. p. 172.

¹⁸⁹ Constituição Federal de 1934. Art. 68 – É vedado ao Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

¹⁹⁰ CAMPOS. **Separação**. . . , cit. p. 204.

¹⁹¹ CAMPOS. **Separação**. . . , cit. p. 205.

¹⁹² Art.141 - . . . § 4º – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

de cunho político-ideológico, sem que houvesse qualquer oposição a essa aptidão constitucional por parte dos outros poderes.

Já Mendes¹⁹³ e Ferreira Filho¹⁹⁴ enfatizam a evolução que o instituto do controle concentrado de constitucionalidade assumiu com o aperfeiçoamento da *representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual*, atribuída ao Procurador Geral da República. Essa representação, que havia sido criada pela Constituição de 1934, transformar-se-ia, mais tarde, na ação direta de inconstitucionalidade no âmbito da Constituição de 1988.

A Constituição de 1967, com a Emenda nº01/69 protagonizou duas importantes decisões do Supremo Tribunal Federal que contribuíram para a conformação do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

A primeira delas, de 1974, dava efeito *erga omnes* imediato à decisão do Supremo que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sem que o Senado tivesse que tomar a iniciativa de suspender a execução da norma considerada inconstitucional.

A segunda decisão reconheceu ser o procurador geral da república, o detentor legítimo do direito de ação sobre a representação de inconstitucionalidade, não estando obrigado a tanto pelo mero recebimento de petição nesse sentido de qualquer interessado¹⁹⁵.

Finalmente, na Constituição de 1988, foram consagrados os instrumentos jurisdicionais que compõem o quadro atual do controle de constitucionalidade concentrado no direito brasileiro que é composto pela ação direta de inconstitucionalidade (art.102, I, a); pela ação direta de constitucionalidade (art.102, I, a); pela ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); pela ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art.102, § 2º) e pelo mandado de injunção (art.102, I, q).

Houve reforço e ampliação do modelo concentrado com a criação e a ampliação de instrumentos processuais colocados à disposição de um número aumentado de

¹⁹³ MENDES. **Curso de . . .**, cit.p. 1090.

¹⁹⁴ FERREIRA FILHO. **Princípios . . .**, cit. p. 144.

¹⁹⁵ FERREIRA FILHO. **Princípios . . .**, cit. p.144.

autoridades e entidades legitimados a manuseá-los, retirando-o da alçada exclusiva do procurador geral da república.

Para a doutrina¹⁹⁶, houve uma clara intenção de reduzir a influência do controle difuso dada a inclinação de juízes e tribunais inferiores a não acatar as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Para os fins de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas esse modelo de controle concentrado de constitucionalidade tem importância na medida em que sejam arguidas no âmbito das ações acima citadas circunstâncias de aplicação da lei que impliquem no desrespeito aos citados direitos, ampliando ao invés de diminuir a desigualdade das partes nas relações privadas ou restringindo sem justificativa constitucionalmente balizada a sua autonomia, por exemplo.

¹⁹⁶ FERREIRA FILHO. **Princípios** . . . , cit. p.147.

5. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O advento da Constituição de 1988 trouxe consigo um considerável aumento da participação do Judiciário na vida política brasileira.

Essa interferência decorreu da tensão permanente instalada entre os poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e das pressões sociais exercidas sobre esses poderes para a implementação dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição, de outro.

É que a Constituição de 1988, ampliando e consolidando o rol de direitos e garantias individuais, dotou a sociedade brasileira, pela primeira vez em sua história, de um leque de garantias tais, que sua efetivação passou a ser imediatamente exigida pelos setores sociais diretamente beneficiados por ela.

Assim, os direitos à saúde e à educação, por exemplo, consagrados pela Constituição como direito de todos os brasileiros, cuja prestação foi atribuída ao Estado entre outros, passaram a ser exigidos por uma parcela crescente de cidadãos com fundamento no texto constitucional.

A frustração inicial das expectativas sociais pela implementação de tais direitos, todavia, fez com que o Judiciário viesse a ser acionado por parcela da sociedade civil e da representação política das minorias, para que se manifestasse, cobrando-lhe o papel já ressaltado de “guardião da Constituição”.

Nesse mesmo período, o Ministério Público, que saiu fortalecido institucionalmente do processo constituinte, assimilou seu papel institucional de garantidor da efetividade dos direitos fundamentais e, assim, teve início um período de transformações únicas no cenário da convivência entre poderes no âmbito do Estado brasileiro.

As ações constitucionais e o controle de constitucionalidade por via difusa e concentrada se impuseram, de tal forma que os novos atores legitimados à propositura das ações constitucionais tornaram-se protagonistas da interpretação aberta e democrática da Constituição, exigindo do Judiciário posicionamentos quanto à aplicação da Constituição tanto na relação direta do cidadão contra o Estado, quanto naquela que se refere às relações entre partes privadas.

O princípio da dignidade humana e a aplicação imediata dos direitos fundamentais tornaram-se a pedra de toque da vida em sociedade e, com isso, a filosofia do Direito é convocada a compreender e sistematizar esse novo cenário.

O Poder Judiciário reagiu. Novas gerações de magistrados surgiram e se organizaram em torno de movimentos com pretensões de cunho político-filosófico como o “direito alternativo”¹⁹⁷ e o “direito achado na rua”¹⁹⁸, cujas propostas conduziram a uma reflexão sobre o papel do juiz como agente de transformação social e concretizador da efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse contexto de forte combate ao positivismo no país, o Supremo Tribunal Federal passa a ser considerado “ativista”¹⁹⁹, termo usado, também, para identificar os tribunais e juízes que se posicionam favoravelmente a uma maior participação do Judiciário na vida política do país.

Faz parte desse contexto, uma tomada de posição mais firme do Judiciário em relação ao controle de constitucionalidade dos atos emanados dos poderes Executivo e Legislativo, a busca de uma efetividade plena dos direitos fundamentais e uma interpretação norteadas pela ponderação dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto.

Tendo em vista os objetivos do presente estudo, todavia, a interpretação constitucional será analisada, tão somente, a partir da visão do positivismo e das críticas

¹⁹⁷ Movimento formado por intelectuais ligados ao direito e às ciências sociais cujo objetivo é mudar a ordem jurídica vigente a partir de uma interpretação social do direito. Os seus adeptos criticam o formalismo dos tribunais e afirmam que o direito deve ser levado ao encontro do povo. O direito alternativo não é uma teoria que pretenda explicar o direito, mas, uma corrente de pensamento que pretende romper com o conceito de que a lei é a única e principal fonte do direito, já que ele pode ser encontrado e além e da até fora dos limites legais. Ver a propósito: CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Alternativo em movimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: 2003, p. 10.

¹⁹⁸ Expressão que pode ser considerada sinônima a direito alternativo, mas com abordagem ligeiramente diferente. Ver a propósito: LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 10.

¹⁹⁹ Segundo Leal, a origem do termo como uma “atuação marcante do Judiciário em relação à interpretação de temas normalmente afetos às outras esferas de Poder e tem origem no direito norte-americano e se deve ao jornalista Arthur Schlesinger Jr., em artigo escrito para a revista Fortune, em 1947. O jornalista opunha o termo *Judicial Activism* ao termo *Self restraint*, o título do artigo: “The Supreme Court: 1947”, comentando sobre o que se poderia esperar do ano de 1947 em relação à Suprema Corte. Nele, o jornalista identificou duas correntes claramente opostas no seio da Corte, a primeira, liderada pelo *Justice* Hugo Black, que via o tribunal como “instrumento para alcançar a justiça social” e a segunda, liderada por Felix Frankfurter, que entendia que o Tribunal deveria praticar a “auto-contenção”, deixando os vazios interpretativos para serem preenchidos pelo Poder Legislativo, através da adoção de políticas públicas, aprovadas por votação da maioria. Para maiores detalhes, ver: LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 32.

a essa corrente filosófica que resultaram na abertura da hermenêutica jurídica a um novo campo de visão do direito.

5.1. A Interpretação constitucional sob o prisma do positivismo jurídico

O positivismo filosófico foi, segundo afirma Barroso ²⁰⁰, “[...] fruto de uma idealização do conhecimento, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana”.

O positivismo jurídico, segundo afirma o mesmo autor, “[...] aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais”.

Bobbio²⁰¹, por sua vez, contradiz essa posição, afirmando que “a expressão positivismo jurídico não deriva daquela de 'positivismo' em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico”.

Para Bobbio, a expressão “positivismo jurídico” deriva da expressão “direito positivo” que, por sua vez, deve ser contraposta à expressão “direito natural”.

Visando compreender o positivismo jurídico para, em seguida, analisar as consequências de sua superação enquanto teoria hermenêutica, vale destacar nas lições de Bobbio²⁰², as suas características principais, destacando algumas delas que podem ser resumidas da seguinte forma:

- O direito é analisado como um fato e não como um valor, portanto, em tudo semelhante aos fatos da natureza, razão pela qual, o jurista deve estudá-lo, do mesmo modo que o cientista estuda o mundo natural;

- O direito foi elaborado para se impor meio da força. O elemento de coação define o direito, que não subsiste sem ele;

²⁰⁰ BARROSO. **Curso de** . . ., cit. p. 261.

²⁰¹ BOBBIO. **O Positivismo**. . ., cit.p.15.

²⁰² BOBBIO. **O Positivismo** . . ., cit. p.133 – 4.

- A lei é a fonte, por excelência do direito e contém um comando imperativo, que deve ser observado, sob pena de incorrer aquele que a desobedece, em sanção.

- O ordenamento jurídico é visto como um sistema coerente e completo que não admite antinomias que, vindo a ocorrer, inquinam de invalidade uma ou ambas as normas postas em confronto.

- Uma consequência da característica de completude do sistema é que dele o juiz sempre pode extrair uma *regula decidendi* que lhe permita solucionar qualquer litígio que lhe seja apresentado. O positivismo exclui a possibilidade de existência de lacunas no direito.

- O direito é a lei e a lei deve ser obedecida, sendo sua fonte única de elaboração o Estado, a quem foi concedido o monopólio de criação e aplicação, de modo a garantir a segurança jurídica e a consecução da justiça.

E, por fim, o positivismo defende que a interpretação da lei deve ser feita de forma mecânica. O jurista, em sua atividade, deve fazer “[...] prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou o criativo do direito.”.

Sob esse último aspecto, segundo afirma Bobbio²⁰³, será desencadeada a grande batalha contra o positivismo.

Nader²⁰⁴ aponta entre os grandes nomes do positivismo jurídico teóricos como John Austin, Léon Duguit e Hans Kelsen. Esse último, com certeza, é apontado como o grande formulador dessa doutrina que ainda se mostra fundamental para compreender a organização do Estado na modernidade²⁰⁵.

Kelsen foi autor de inúmeras obras que abarcam parte considerável do conhecimento das ciências humanas, sendo que umas delas tornou-se um marco da hermenêutica jurídica ocidental. O livro *A Teoria Pura do Direito*²⁰⁶, lança as bases de sua

²⁰³ BOBBIO. **O Positivismo** . . . , cit. p. 134.

²⁰⁴ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 385.

²⁰⁵ Para CHAMON “Kelsen foi, para a nossa tradição jurídica, o teórico do Direito mais influente do século XX, o que, inclusive, nos permite vislumbrar uma determinação muito grande de seu pensamento até os dias atuais nas construções jurídico-dogmáticas e na *praxis* jurisdicional, administrativa e legislativa. CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**. Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 3. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 41.

²⁰⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2009.p. 387.

doutrina normativista do direito.

Nela o autor apresenta as suas teses, entre as quais, uma teoria da interpretação que, conforme já assinalado por Bobbio, será um dos principais focos de ataque à sua doutrina.

Em breve síntese, tal doutrina encontra-se no capítulo VIII em que autor define a interpretação como “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”²⁰⁷.

Nesse sentido, aponta as circunstâncias em que o intérprete deverá decidir sobre o conteúdo da norma a ser adotado em situações em que se há de fixar a norma individual como em uma sentença judicial ou em uma resolução administrativa, por exemplo.

Essa mesma operação de preenchimento de conteúdo mediante a interpretação dá-se também em outras condições como, por exemplo, na aplicação da Constituição ao processo legislativo ou na interpretação de um tratado internacional, quando ele tem que ser aplicado pelo governo de um Estado a um caso concreto.

Enfim, Kelsen afirma que mesmo os indivíduos, quando tem que observar o Direito de modo a praticar a conduta correta, evitando a sanção, precisam preencher o conteúdo abstrato da norma adaptando-o ao caso concreto, realizam assim, um ato de interpretação.

Na pirâmide jurídica proposta por Kelsen a relação entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior é uma relação de determinação ou vinculação.

Essa vinculação, todavia, é relativa no sentido de que o texto da norma possui certo grau de indeterminação de forma que “a norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada.”

²⁰⁸

Essa circunstância gera uma margem variável de livre apreciação ao aplicador do Direito que toma a forma de um quadro ou de uma moldura a ser preenchida.

Com isso, Kelsen admite a possibilidade de que a aplicação da norma jurídica

²⁰⁷ KELSEN. **A Teoria** . . . , cit. p. 387.

²⁰⁸ KELSEN. **A Teoria** . . . , cit. p. 388.

pode não corresponder no caso concreto a uma correlação imediata e objetiva com o comando abstrato da mesma que, aliás, pode até conter intencionalmente uma textura aberta e, portanto, não apropriada a uma aplicação específica.

A moldura é, portanto, a válvula de escape proposta por Kelsen para fugir à rigidez de sua teoria, conforme demonstram literalmente suas próprias palavras:

“O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível. [...] Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução, como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito”²⁰⁹.

Kelsen afirma que a determinação do ato jurídico de decidir sobre qual deva ser a opção escolhida no caso concreto dentre as possibilidades existentes na moldura interpretativa da norma jurídica é mais uma questão de “política de Direito” afeta aos aplicadores do Direito, sejam eles os legisladores em ação durante os trabalhos legislativos, no que se refere aos mandamentos da Constituição, ou os juízes, em sua estreita correlação com as possibilidades interpretativas contidas na moldura da norma jurídica em relação ao caso concreto.

Nos casos citados, afirma Kelsen²¹⁰, a diferença é apenas quantitativa, no sentido de que a vinculação dos legisladores à Constituição é mais reduzida do que vinculação dos juízes à lei, sendo, portanto, aqueles mais livres do que esses na “criação do Direito”.

Kelsen, portanto, admite que os juízes possam “criar o Direito”, advertindo, todavia, que os mesmos são apenas relativamente livres, já que, segundo ele, qualquer aplicação do direito fora da moldura dentro da qual deve se manter o ato de aplicação, estará, na verdade, escapulindo aos limites do direito positivo e adentrando em outras áreas da criação jurídica como as “normas de moral”, as “normas de justiça” e os “juízos de valor social”.

Em outras palavras, para Kelsen, fora da moldura interpretativa não há direito e, portanto, a discricionariedade do juiz é livre, mas, contraditoriamente, está adstrita às

²⁰⁹ KELSEN. **A Teoria** . . . , cit. p. 391.

²¹⁰ KELSEN. **A Teoria** . . . , cit. p. 393.

possibilidades interpretativas fornecidas abstratamente pela norma.

Finalmente, ainda no que se refere ao modelo de interpretação proposto por Kelsen, vale a pena analisar a definição do autor no que se refere à denominada “interpretação autêntica”, naquilo em que se poderá, mais à frente, contrapor tais definições às ideias de Peter Häberle quanto ao que considera como os “intérpretes da Constituição”.

Segundo Kelsen, para caracterizar a interpretação jurídica de modo geral é preciso considerar que:

“Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.”²¹¹.

Feitas as considerações acima, Kelsen conclui que “toda interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito”.

Em seguida, Kelsen²¹² ilustra a definição da modalidade de interpretação não autêntica, ou seja, aquela não cria direito, com um exemplo em que o indivíduo tem que escolher entre duas condutas, interpretando-as para decidir qual delas deve merecer a sua obediência em relação a uma dada norma, de modo a não submetê-lo às sanções previstas pelo seu descumprimento.

A escolha por ele feita é uma interpretação não autêntica e, portanto, não vincula o órgão do Estado e não cria o Direito.

Kelsen considera como não autênticas as interpretações do Direito feitas pela ciência jurídica, constituindo-se, segundo suas palavras, em “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”²¹³.

De tudo o que foi dito conclui-se que Kelsen despreza essa modalidade de interpretação por entender que as mesmas não são científicas e, portanto, incapazes de

²¹¹ KELSEN. **A Teoria** . . . , cit. p. 394.

²¹² KELSEN. **A Teoria** . . . , cit. p. 395.

²¹³ KELSEN. **A Teoria** . . . , cit. p. 395.

colaborar com a construção do ordenamento jurídico positivo.

Embora tenha sido muito influente nas primeiras décadas do século XX, o positivismo passou a ser alvo de críticas acerbas que Bobbio reúne em duas correntes, ligadas, segundo ele, aos aspectos teórico e ideológico do Positivismo Jurídico. Isso se justifica pelo fato de que, segundo ele, o positivismo tanto pode ser visto como uma teoria quanto como uma ideologia.

De um lado, situam-se as correntes que criticam o aspecto teórico da doutrina, afirmando que o positivismo não representa adequadamente a realidade efetiva do direito.
»²¹⁴

De outro lado, as críticas estão centradas no aspecto ideológico²¹⁵ do positivismo jurídico e destacam as consequências dramáticas advindas da concepção do positivismo como uma ideologia consistente em afirmar “*o dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal*”.²¹⁶

A concepção hoje generalizada de que grande parte dos horrores ocorridos durante a segunda guerra mundial ocorreu por influência dessa modalidade de positivismo ideológico, contribuiu sobremaneira para o seu enfraquecimento e sua superação no período pós-guerra²¹⁷.

5.2 O pós-positivismo e a interpretação constitucional

Barroso²¹⁸ aponta o fim da segunda guerra mundial como um momento de ruptura, no qual, surge o que ele denomina de “novo direito constitucional” que, no Brasil,

²¹⁴ BOBBIO. **O Positivismo** . . . , cit. p. 225.

²¹⁵ Segundo Bobbio, “a teoria é a expressão da atitude puramente cognoscitiva que o homem assume perante uma certa realidade e é, portanto, constituída por um conjunto de juízos de fato, que tem a única finalidade de informar os outros acerca de tal realidade. A ideologia em vez disso, é a expressão do comportamento avaliativo que o homem assume face a uma realidade, consistindo em um conjunto de juízos de valores reativos a tal realidade, juízos estes fundamentos no sistema de valores acolhido por aquele que o formula e que têm o escopo de influírem sobre tal realidade”. BOBBIO. **O Positivismo** . . . , cit. p. 223.

²¹⁶ BOBBIO. **O Positivismo** . . . , cit. p. 225. Grifo no original.

²¹⁷ BARROSO. **Curso de** . . . , cit. p. 300.

²¹⁸ BARROSO. **Curso de** . . . , cit. p. 267.

como já assinalado anteriormente, toma forma e conteúdo com a Constituição de 1988.

Esse novo contexto propiciou a aproximação de conceitos como o de *constitucionalismo, democracia e direitos humanos*, motivada pelo surgimento de documentos como a Lei Fundamental de Bonn e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, dando origem a uma nova forma de organização política que, segundo Barroso, atende por denominações tão diferentes quanto *Estado democrático de direito. Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático*.

O marco filosófico dessa nova realidade constitucional atende pelo nome de pós-positivismo, na nomenclatura adotada por Barroso e se situa “na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo.”²¹⁹.

Bonavides ressalta a evolução dos princípios na teoria da interpretação constitucional até alcançarem o prestígio que possuem na teoria pós-positivista. Inicialmente, segundo ele, os denominados princípios gerais de direito ressaltavam, tão somente, uma “dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça”²²⁰. Com o positivismo, prossegue o autor, os princípios são positivados nos códigos e tornam-se fonte normativa subsidiária de interpretação. Todavia, adverte citando Bobbio, que “[...] o juspositivismo ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”²²¹.

Mas, já nesse período, ressalta Bonavides, instaura-se a polêmica sobre a normatividade dos princípios, com ampla discussão do tema por autores como Bobbio e Crisafulli, restando, ao cabo, configurada uma teoria que consagra a sua ascensão ao topo da pirâmide jurídica.

Com a terceira fase apontada por Bonavides²²², como sendo aquela das

²¹⁹ BARROSO. **Curso de . . .**, cit. p. 269.

²²⁰ BONAVIDES. **Curso de . . .**, cit. p.259.

²²¹ BONAVIDES. **Curso de . . .**, cit. p. 263.

²²² O autor ressalta, nesse ponto, não se poder olvidar da importância dos princípios gerais de direito como fonte normativa no âmbito do art. 38 do Estatuto de Criação da Corte Internacional de Justiça, quando da criação da Organização das Nações Unidas, em 1945 e, portanto, antes que as constituições do pós-guerra assim o fizessem. BONAVIDES. **Curso de . . .**, cit. p. 264.

constituições do segundo pós-guerra, os princípios são convertidos em “pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico nos novos sistemas constitucionais”²²³.

Nesse período, Bonavides destaca o papel proeminente de Ronald Dworkin e de Robert Alexy que promoveram um ataque frontal ao positivismo, determinando o afastamento definitivo da visão de que somente as normas podem impor obrigações legais²²⁴.

Deixando de lado a questão específica sobre a normatividade dos princípios e partindo do pressuposto de sua aplicação à interpretação constitucional, tem-se que é, também, necessário que se estabeleça uma nova forma de olhar sobre os intérpretes da constituição.

Häberle propõe que além das questões relacionadas às tarefas, objetivos e métodos da interpretação constitucional é preciso que se analise também a questão relativa aos participantes da interpretação, pois, segundo afirma, “Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito mais amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo que se mostra muitas vezes difuso”²²⁵.

Esse círculo mais abrangente de intérpretes da Constituição faz parte da ampliação do caráter democrático da interpretação constitucional, uma vez que ela esteve tradicionalmente restrita à interpretação dos juízes, a partir da adoção de procedimentos formalizados.

Assim, as ciências sociais devem ser incorporadas ao âmbito da interpretação jurídica como forma de ampliar a sua abrangência, razão pela qual, a tese proposta pelo autor é a de que: “No processo de interpretação estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”²²⁶.

²²³ BONAVIDES. **Curso de . . .**, cit. p. 264.

²²⁴ BONAVIDES. **Curso de . . .**, cit. p. 265.

²²⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p. 11.

²²⁶ HÄBERLE. **A sociedade . . .**, cit. p. 13.

Enfim, à interpretação constitucional devem ter acesso todos os membros da “comunidade política”, conforme expressão amplamente utilizada pelo autor.

Para os fins da presente obra, interessa analisar as posições de Häberle quanto aos intérpretes estatais da constituição.

Nesse sentido, ele reafirma o sentido político dessa interpretação, que é feita por todos os membros participantes do processo de criação e interpretação da norma, ou seja, tanto os legisladores quanto os juízes.

O elemento político da interpretação tem importância maior do que aquela que normalmente se lhe atribui, conforme afirma Häberle:

“o poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da constituição diferencia-se qualitativamente do espaço que se assegura ao juiz constitucional da interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica”. [...] O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vista, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional [...].”²²⁷.

Restam claras, portanto, as vinculações existentes entre a Constituição, a participação efetiva de toda a sociedade na sua elaboração e co-interpretação e a co-existência necessária de um diálogo permanente entre os órgãos de poder do Estado na construção do sentido interpretativo das normas constitucionais.

Vê-se, pois, que entre os poderes do Estado, a construção do sentido interpretativo constitui um processo de criação de Direito que se distribui entre eles, sendo impossível dizer-se, então, que tais poderes estão rigidamente separados a ponto de não permitir a influência da visão de um deles sobre os demais.

O que existe e é inegável, segundo Häberle, é certa limitação de grau de liberdade no processo de criação do Direito por parte dos juízes, limitação essa, constituída por argumentos de ordem técnica.

Por outro lado, do ponto de vista da sociedade e do cidadão, em particular, essa interpretação política e aberta, dá-se através das possibilidades jurídicas colocadas à sua disposição através de mecanismos legais como o controle difuso de constitucionalidade e da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

²²⁷ HÄBERLE. **A sociedade** . . . , cit. p. 26

O importante a ressaltar nos papéis políticos desempenhados pelos intérpretes da Constituição é que todos eles estão vinculados à própria Constituição que, com isso, impede que haja uma dissolução interpretativa e uma perda de qualidade que traria como consequência a extinção do postulado da unidade política e da unidade da Constituição²²⁸.

A Constituição é o amálgama a consolidar as visões de mundo de todos os atores envolvidos no processo de interpretação constitucional. Essa interpretação deve se opor àquela anterior, positivista e meramente subsuntiva devendo ser substituída por uma visão ampliada da realidade pós-moderna que é multifacetada e, portanto, muito mais complexa.

A nova interpretação deve integrar a realidade ao processo interpretativo e remete a um “concerto” que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas”²²⁹.

A legitimação dessa nova forma de interpretação, segundo Häberle²³⁰, está em que, muito embora o ato de interpretar tenha sido atribuído constitucionalmente ao Judiciário, não se pode mais ignorar que o papel do “povo”, no âmbito da democracia, não está mais restrito à mera participação nas eleições.

O sentido de “povo” deve ser ampliado para todas as instâncias da sociedade, inclusive no Judiciário, traduzindo-se no direito que ele tem de ver a sua interpretação da Constituição levada em consideração pelos tribunais.

O panorama traçado nesse capítulo demonstra que a interpretação constitucional é o amálgama que vincula os temas relacionados às teorias sobre aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas à teoria da separação entre poderes, na medida em que permite que os indivíduos participem ativamente da tarefa de construção de seus direitos fundamentais.

A evolução da interpretação constitucional acompanhou as transformações operadas no âmbito da estrutura estatal, tornando inadequadas expressões como “separação” e “divisão” de poderes que devem ser substituídas por vocábulos como

²²⁸ HÄBERLE. **A sociedade** . . . , cit. p. 13

²²⁹ HÄBERLE. **A sociedade** . . . , cit. p. 32.

²³⁰ HÄBERLE. **A sociedade** . . . , cit. p. 36.

“distinção”, “coordenação” e “colaboração”²³¹.

Assim, cai por terra a pretensão intelectual a uma separação de poderes rígida²³², típica do período em que o homem deveria, na visão da doutrina liberal, ter a sua vida, a sua liberdade e o seu patrimônio protegidos contra o Estado e ascende no cenário constitucional uma doutrina voltada à realização dos direitos do homem, não mais, apesar do Estado, mas, em colaboração estreita com ele.

Nesse novo ambiente constitucional, avulta a função política do Judiciário que nada mais é do que a ampliação das possibilidades interpretativas do magistrado para além da rigidez das competências tradicionalmente atribuídas ao juiz, com o fim último de permitir a maximização da eficácia dos direitos fundamentais em todos os quadrantes da vida em sociedade.

Resta evidente que a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas é um dos aspectos da irradiação dos direitos fundamentais à vida em sociedade e constitui, por assim dizer, uma evolução, um refinamento desse processo, que coincide com a evolução da própria entidade estatal.

Por certo, há uma expectativa social em relação a uma nova postura a ser adotada pelo Judiciário que, superando a rigidez da doutrina clássica da separação de poderes, vislumbra como legítima e necessária sua atuação na interpretação, na ampliação e na efetivação dos direitos fundamentais em todos os aspectos da vida comunitária.

Se o homem contemporâneo deve realizar-se através do Estado e não mais apesar dele, como se disse, subtende-se que a temática do controle estrito dos poderes, típica do Estado Liberal, deve ser substituída pela temática da colaboração e da coordenação entre os mesmos, tornando políticas todas as manifestações oriundas dos poderes estatais, desde que fundadas e direcionadas ao mesmo fim, qual seja, a plenitude da realização dos direitos fundamentais na vida em sociedade.

²³¹ Expressões sugeridas por Bonavides. In: BONAVIDES. **Do Estado** . . . , cit. p. 62.

²³² Nesse sentido, Bonavides destaca que “O sistema de freios e contrapesos constitui a primeira correção essencial que impôs ao referido princípio, como decorrência até certo ponto empírica, da prática constitucional, bem que não estivesse ausente das reflexões de Montesquieu”. In: BONAVIDES. **Do Estado** . . . , cit. p. 64.

CONCLUSÕES

A separação entre o direito e a política é uma tese clássica do constitucionalismo e motiva, ainda hoje, discussões teóricas sobre a separação dos poderes do Estado de forma que eles sejam exercitados por órgãos distintos e independentes uns dos outros.

Nesse trabalho, demonstrou-se haver uma conexão íntima entre as competências atribuídas a cada um desses poderes. Essa conexão é formada pela responsabilidade a eles atribuída na Constituição de promover harmonicamente a democracia e a efetivação dos direitos fundamentais.

A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas é um desdobramento da aplicação tradicional dos direitos fundamentais nas relações entre o indivíduo e o Estado.

Ela é um aspecto importante da atuação do Poder Judiciário no âmbito da convivência com os demais poderes e revela uma atitude cada vez mais abrangente da interpretação das relações entre particulares, a partir de uma ótica constitucional e ampliativa das possibilidades hermenêuticas que conduz parte da doutrina a afirmar que o Poder Judiciário exerce uma função política.

Para verificar a assertividade da tese proposta no projeto de pesquisa foi necessária uma imersão na história e no desenvolvimento de diversos temas da filosofia política, da teoria do Estado, do direito constitucional, dos direitos humanos e da hermenêutica constitucional ao fito de analisar isoladamente os aspectos mais importantes relacionados ao tema para, em seguida, encontrar o fio condutor que os une.

A análise histórica dos direitos fundamentais demonstrou que a sua evolução esteve diretamente relacionada às transformações políticas ocorridas na vida em sociedade, principalmente, a partir de eventos históricos como a revolução francesa e a declaração de independência norte-americana.

Os direitos fundamentais de primeira geração consolidaram-se neste contexto, como direitos de proteção do indivíduo contra o Estado, o grande patrocinador da opressão encarnada na figura do rei absolutista.

O poder consolidou-se, em seguida, nas mãos do povo, mais propriamente, nas mãos da burguesia, que após ter enriquecido, cobrava das elites sociais e políticas da época uma participação efetiva nos destinos da sociedade.

O modelo de Estado típico desse período é o liberal cuja função é proporcionar aos indivíduos o máximo de fruição dos direitos à liberdade é à propriedade.

As funções antes concentradas nas mãos do rei são agora, por influência das ideias de Montesquieu, distribuídas em três órgãos distintos correspondentes aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os poderes e os deveres do Estado foram estabelecidos em documentos denominados *constituições* que inauguraram um novo período na relação da sociedade com o poder por ela instituído.

Estabeleceu-se uma distinção inicialmente rígida entre a esfera dos denominados *interesses públicos* e aquela dos chamados *interesses privados*, que foram formalizados em grandes compêndios como o Código Civil napoleônico de 1804.

Duas distinções claras são observadas nesse período. A primeira delas em relação às funções do Estado, que foram atribuídas a poderes independentes e que deveriam se controlar reciprocamente.

A outra se deu em relação à separação da esfera da vida privada, regida pela liberdade individual e pela autonomia, da esfera da vida pública, regida pela constituição, cuja principal tarefa era a de garantir a não interferência estatal na vida dos indivíduos.

A separação rígida entre os poderes do Estado não tardaria a se dissipar.

Já em 1803, a Suprema Corte norte-americana, no caso, *Marbury x Madison*, firmou o seu poder de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos. Com isso, inaugurou uma nova fase no relacionamento entre os poderes do Estado influenciando o movimento constitucionalista internacional como um todo.

O constitucionalismo espalhou-se pelo mundo fazendo da Constituição o mais importante documento jurídico-político do Estado, conformando os mais diferentes tipos deles e legitimando as mais diversas formas de poder, algumas, inclusive, de caráter eminentemente autoritário.

Paralelamente, a distinção público/privado permaneceu inalterada por longo tempo, fomentando um modelo de sociedade vista como progressista para alguns e extremamente injusta para outros, já que privilegiava o individualismo e a acumulação de riqueza, em detrimento dos interesses da grande maioria da sociedade.

Esse modelo de ordenamento jurídico-político sustentou o sistema capitalista de

produção econômica, cuja história é amplamente conhecida.

Paralelamente, as teorias de interpretação caminharam de uma visão primeiramente divina da atribuição das leis, para um modelo racional-naturalista e, em seguida, consolidaram-se na filosofia positivista do século XIX e da primeira parte do século XX.

A inclinação incontornável de todas as teorias (da separação de poderes, dos direitos fundamentais e de interpretação positivista do direito) para uma nova posição de análise de seus próprios fundamentos dar-se-ia somente com o fim da segunda guerra mundial.

Esse período caracterizou-se pelos esforços empreendidos no sentido de estabelecer novos fundamentos jurídicos, políticos e filosóficos capazes de promover a paz e o livre desenvolvimento de todas as nações.

Em 1945, a Organização das Nações Unidas - ONU foi criada e com ela a Corte Internacional de Justiça, cujo estatuto de criação, em seu art. 38, consagrou a adoção dos princípios como fonte primária de direito internacional público, circunstância que inaugurou um novo período para a hermenêutica jurídica em que a normatividade dos princípios haveria de ser discutida até ser entronizada na doutrina e na prática constitucional da maioria dos Estados.

Paralelamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e os direitos humanos tornaram-se paulatinamente parte do catálogo de direitos dos povos e foram recepcionados nas constituições escritas mundo afora, sob a forma de direitos fundamentais.

Uma nova conformação político-institucional surgiu nesse cenário marcado pela afirmação constitucional dos direitos humanos. Está-se a falar do denominado Estado social de direito.

Os direitos fundamentais, que outrora se restringiam aos chamados direitos individuais, foram ampliados para diversas outras áreas da vida humana e inseridos em diversas Constituições mundo afora.

A Constituição avançou sobre o direito privado e tornou insustentáveis as doutrinas que advogavam a rígida separação entre direito público e direito privado. Fala-

se, nesse período, em uma *constitucionalização do direito privado* e em uma submissão de todas as relações privadas do indivíduo, ao paradigma constitucional dos direitos fundamentais.

Contemporaneamente a esses fatos, instaurou-se na doutrina alemã a discussão sobre a amplitude da aplicação dos direitos fundamentais.

Impôs-se sobre a teoria tradicional da aplicação direitos fundamentais, restrita às relações indivíduo/Estado, uma nova proposta, no sentido de que eles fossem, também, aplicados às relações havidas entre particulares.

O argumento que legitimou essa teoria estava relacionado à disparidade de posições jurídicas entre partes privadas que, muitas vezes, assemelhava-se ou até sobrepujava aquela existente entre o cidadão e o Estado.

Com o caso *Lüth*, o Tribunal Constitucional Alemão consolidou a interpretação da Lei Fundamental de Bonn no sentido de que a obediência estrita aos direitos fundamentais poderia ser exigida de todos aqueles que se encontrassem sob o pálio da Constituição, não importando se entes públicos ou privados, ou mesmo, o tipo de relação jurídica estabelecida entre eles.

Paralelamente, desenvolveu-se a correlação necessária e imprescindível entre os conceitos de *Estado de Direito, constituição e democracia*, tornando essa última, parte integrante do conceito de Estado de Direito, dando vida a um novo conceito, o de *Estado democrático de direito*.

O Estado Democrático de Direito tem por pressupostos, portanto, a Constituição, a separação de poderes, a supremacia da lei, a democracia e os direitos fundamentais.

A estrutura do relacionamento entre os três poderes continua a obedecer a lógica secular da teoria de Montesquieu, todavia, não há mais como compreendê-los artificialmente isolados uns dos outros, já que a complexidade da vida moderna tornou impossível essa pretensão.

Concorreram para a superação da visão clássica de separação de poderes não só as correntes filosóficas pós-positivistas que enfatizaram os diversos aspectos da relação entre o direito e a política, como também, o avanço do Poder Judiciário sobre o controle de constitucionalidade das leis.

No que se refere à Constituição brasileira de 1988, o controle de

constitucionalidade firmou a vocação política do Supremo Tribunal Federal como defensor da Constituição.

Essa vocação materializou-se por meio de decisões que interferem nos mais diversos aspectos da vida da sociedade brasileira, inclusive, no que se refere aos casos concretos da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, conforme demonstra a jurisprudência analisada.

As decisões que interferem na aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas são proferidas não somente pelo Supremo Tribunal Federal, mas, por todos os tribunais e juízes brasileiros através do controle difuso de constitucionalidade.

Discute-se na doutrina sobre a forma de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. A discussão, iniciada na Alemanha na década de 50, como já se disse, propagou-se por diversos ordenamentos jurídicos, inclusive, o brasileiro, onde foi recepcionada nos anos 90 pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

As duas principais correntes sobre o assunto defendem abordagens opostas. A teoria que defende a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas afirma que a Constituição e os direitos e garantias nela inseridos aplicam-se direta e imediatamente a todos os atores sociais, não importando se públicos ou privados, e a todas as relações jurídicas colocadas sob a sua proteção.

Os princípios constitucionais são normas jurídicas com comandos efetivos que atuam sobre a relação jurídica atenuando ou mesmo impedindo que as assimetrias de poder entre as partes impeça a efetivação dos direitos fundamentais.

Já a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas defende que os direitos fundamentais sejam efetivados a partir das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, como o princípio da boa-fé contratual, por exemplo, que são interpretados pelo juiz no caso concreto visando impedir ou compensar as assimetrias de poder entre as partes.

Em ambos os casos, o juiz estará diante de posições jurídicas em que deverá atuar direta ou indiretamente de forma criativa preenchendo ou ampliando o sentido axiológico dos princípios constitucionais que, por sua natureza, são abertos à interpretação de todos os participantes da sociedade.

E não há dúvidas de que ao preencher o conteúdo axiológico dos princípios

constitucionais concretizando-os no caso *subjudice*, o juiz estará, indubitavelmente, preenchendo espaços interpretativos que o ordenamento jurídico lhe reservou, criando o direito do caso concreto, exercendo a função política que lhe é reservada como intérprete estatal da sociedade aberta de intérpretes da Constituição e, acima de tudo, realizando a mais alta aspiração do Estado democrático de direito que é a plena realização dos direitos fundamentais.

Pelas razões expostas, não há dúvida quanto ao legítimo exercício de uma função política do Judiciário na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Esse exercício da função política não constitui uma invasão de competências atribuídas a outros poderes, nem muito menos, constitui-se em poder discricionário do juiz, conduzindo as partes a uma situação de insegurança jurídica, muito pelo contrário, é através dela que se possibilita a garantia de direitos fundamentais que, sem a sua intervenção, restariam desprotegidos.

Logicamente, é de se considerar sob a ótica estrita do direito privado, que uma interpretação ampliativa por parte do juiz pode dar azo a certa visão ideológica de ojeriza às forças de mercado, conduzindo a um estreitamento do leque de liberdades e autonomias do indivíduo.

Esse estreitamento do leque de liberdades, também, não interessa à sociedade, já que pode inibir o potencial produtivo dos indivíduos, com as consequências já conhecidas de empobrecimento do Estado e da sociedade.

A solução, portanto, está, uma vez mais, na ponderação²³³ entre os princípios em conflito na interpretação do caso concreto, no aperfeiçoamento da democracia, no fortalecimento institucional do Poder Judiciário, na afirmação do controle difuso de constitucionalidade e na ampliação das possibilidades de interpretação da constituição por toda a sociedade.

Só assim, essa função política do Judiciário deixará de ter uma conotação negativa ou corporativista para ganhar a dimensão de técnica de interpretação constitucional balizadora das relações entre os indivíduos na sociedade, cumprindo o seu

²³³ Essa ponderação deve-se dar, segundo proposta de Alexy, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito cujo enunciado por ele proposto é o seguinte: "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro." ALEXY, Teoria . . . , cit. p.593.

papel de possibilitar a efetivação dos direitos fundamentais.

Por fim, resta concluir que o fio condutor da pós-modernidade é a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais no grau mais elevado possível de atuação, o que deve se dar por meio da ampliação da participação democrática na criação e aplicação do direito.

Essa participação democrática transforma as partes e o juiz em autênticos legisladores, na medida em que participam dialeticamente da construção da decisão no caso concreto em sintonia com os direitos fundamentais.

O homem contemporâneo deve realizar-se através do Estado e, portanto, devem ser superadas as teorias que dividem rigidamente o poder estatal, substituindo-as por uma visão de coordenação entre eles que torne políticas, no sentido de legítimas ações estatais, quaisquer decisões que tenham por fim a plenitude da realização dos direitos fundamentais na vida em sociedade.

Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ed. Ática, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Angela Mendes de. **A República de Weimar e a ascensão do nazismo**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

ALSTON, Philip. **A Framework for the Comparative Analysis of Bill of Rights**. Oxford, GG: Oxford University Press, 1999.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Ed. Revista e ampliada. São Paulo, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. São Paulo: **RT 797**, Março de 2002.

BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S.. **Constitutional Analysis**. Saint Paul. Maine, USA: Thomson/West, 2003.

BALLEEIRO, Aliomar. A função política do Judiciário. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (Org.). **Direito Constitucional: Organização dos poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os**

conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria das Formas de Governo.** Sérgio Bath (Trad.). 6.ed. . Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCI Nicola; PASQUINO, Gianfranco Nicola. **Dicionário de Política.** 7. ed. . Carmen C. Varriale *et al* (Trad.). Brasília: Ed. Universidade de Brasília. 1995.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 2. reimp. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 .

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** Nélío Morra (Compilador). Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues (Trad.). São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26. ed . São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires;. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação de Poderes na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Fabris, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Alternativo em movimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª reimp. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª reimp. . Aroldo Plínio Gonçalves (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo Moderno e o Papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. In: **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional**. Vol. IV. CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. Coord. São Paulo: RT, 2011.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**. Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 3. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010 .

COLANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca (Trads.). Rio de Janeiro: Ediouro, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo, Saraiva.

COSTA, NELSON NERY. **Curso de Ciências Políticas**. Rio de Janeiro: 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIJK Pieter Van; HALLER, Gret; JOWELL, Jeffrey e TUORI Kaarlo. **Report on the Rule**

of Law - Venice Commission. Strasbourg. Council of Europe, Study nº512/2009. Disponível em: <www.venice.coe.int>. Acesso em: 13 jul. 2012.

DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. **Human Rights Quarterly** 29. Maryland: John Hopkins University Press. 2007, p. 281-306. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 16 jul. 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. in: FERRAZ, Anna Cândida Cunha (Org.). **Direitos Humanos Fundamentais. Positivação e Concretização**. Osasco: Edifício, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIORAVANTE, Maurizio. **Constitucion. De la antigüedad a nuestros dias**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva (Trad.). 2. ed. São Paulo: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1999.

HOBBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos: O Breve Século XX: 1914-1991**. Marcos Santarrita (Trad.). 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Edson Bini (Trad.). Bauru: Edipro, 2001.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Ivone Castilho Benedetti, JeffersonLuiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow (Trads.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? **Jurisdição Constitucional**. Alexandre Krug (Trad). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado . São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LACERDA, Bruno Amaro. A dignidade humana em Pico della Mirandola. In: **Revista Eletrônica Legis Augustus**. Rio de Janeiro, 2010, v.1, n.1. Disponível em <http://www.unisuam.edu.br/legis_augustus/index.php?option=com_content&view=article&id=103:a-dignidade-humana-em-giovanni-pico-della-mirandola&catid=49:ed-1&Itemid=165>. Acesso em 20 ago. 2012.

LAFER, Celso. **A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. **Os Pensadores**. Anoar Aiex (Trad.). São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: **Os Clássicos da Política 1**. 8.ed. WEFORT, Francisco C. (Coord.). São Paulo, 1997.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional. Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima: Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição**. São Paulo: RT, 1968.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **John Locke e o individualismo liberal**. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 1997.

MELO, Adriana Zawada. A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. Débora Gozzo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERRIAM-WEBSTER'S. **Dictionary of Law**. Springfield-Massachusetts: Merriam-Webster's Inc. 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Roberto Leal Ferreira (Trad.). São Paulo: Martins Claret, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado-Nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: **O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do Direito Judiciário**. In: Sequência 41. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Ano XXI, 2000.

PAGELS, Elaine. **The Roots and Origins of Human Rights**. Human Dignity: The Internationalization of Human Rights. Aspen(USA): Aspen Institute of Humanistic Studies, 1979.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RESTA, Giorgio. La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità. **Rivista dell'Istituto di Diritto Privato della Università di Padova**, Padova, novembre/dicembre-2002.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social e Discurso Sobre Economia Política**. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima (Trad.). São Paulo: Hemus, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

SCHMIDT, Mário Furley. **Nova História Crítica**. 1. ed. São Paulo: Nova Geração, 2005.

SÓFOCLES. **Antígona**. Domingos Paschoal Cegalla (Trad.). Rio de Janeiro: Difel, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Edit.,2001.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos poderes do Estado. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (Org.). **Direito Constitucional: Organização dos poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: **Temas do Direito Civil**. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILLELA, João Baptista. **Apontamentos sobre Direitos Humanos e sua Garantia Judicial**. Belo Horizonte, 2009. Não publicado.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O Universalismo Europeu: A retórica do poder**. Beatriz Medina (tradutora). São Paulo: Bontempo, 2007.

WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ed. Ática, 1997.

WYSANSKI JÚNIOR, Charles E. **The Philosophical Background of the Doctrines of Human Rights**. Human Dignity: The Internationalization of Human Rights. Aspen (USA): Aspen Institute of Humanistic Studies, 1979.