

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

Rafael Carlos Soares Maia

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO
PRIVADO BRASILEIRO**

RIO DE JANEIRO

2020

Rafael Carlos Soares Maia

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO
PRIVADO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso,
apresentada à Faculdade Nacional de
Direito (FND/UFRJ) como requisito
parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito, sob orientação do
Professor: Eduardo Ribeiro Moreira

RIO DE JANEIRO

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE**(UNIVERSIDADE)/(NOME DA REDE)/ BIBLIOTECA**

Autorizo apenas para fins acadêmicos e científicos a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

RAFAEL MAIA

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO
PRIVADO BRASILEIRO**

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

2º Membro:

3º Membro:

RIO DE JANEIRO, ____ de _____ de 2020.

RESUMO

A afirmação histórica dos direitos humanos vem de longa data, entretanto, sua positivação enquanto direito fundamental tem início com as primeiras constituições escritas, momento em que encontramos um entrecruzamento com os constitucionalismos, e as atuais técnicas adotadas pelo Direito Constitucional. Nesta linha, as constituições passaram a ser o centro da órbita do ordenamento jurídico e suas normas o norte dos demais ramos do direito, inclusive do direito privado. Aos direitos fundamentais, por sua vez, não basta a previsão formal e a positivação, mas é necessário que sejam efetivados no plano concreto. É neste ponto que se insere nossa discussão, ou seja, no questionamento acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, em como a discussão aparece na doutrina e direito pátrios, bem como na confrontação das teorias com a recepção da jurisprudência e pela sociedade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, constitucionalismos, relações privadas, eficácia horizontal

ABSTRACT

The historical affirmation of human rights comes from a long time, however, its recognition as a fundamental right begins with the first written constitutions, at which time we find an intersection with constitutionalisms, and the current techniques adopted by Constitutional Law. It is to say, the constitutions became the center of the orbit of the legal system and its norms are the north of the other branches of law, including private law. Fundamental rights, in turn, formal and positive provision are not enough, but it needs to be carried out at the specific level. Our discussion is included here, that is to say, in the questioning about the effectiveness of fundamental rights in private relations, how the discussion appears in the doctrine and law of Brazil, as well as in the confrontation of theories with the reception of jurisprudence and by society.

Keywords: Fundamental rights, constitutionalisms, private relations, horizontal effectiveness

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO E CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 5	
1.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS OU DIREITOS HUMANOS?.....	5
1.2. AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E SUA CONSEQUENTE POSITIVAÇÃO.....	8
1.3. A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
1.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	16
CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALISMO.....	21
2.1. CONSTITUCIONALISMOS	21
2.2. NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS, REGRAS E SUA FORÇA NO CASO CONCRETO	29
2.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	33
2.4. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
CAPÍTULO III – POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 45	
3.1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO	45
3.2. PRECEDENTES DO TRIBUNAL.....	50
3.3. CASO MAGAZINE LUIZA.....	58
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho de conclusão do curso de Direito é investigar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Neste aspecto, será traçado um panorama a respeito da evolução histórica dos direitos fundamentais; procuraremos identificar e analisar teorias que versem a respeito deste tema de forma interdisciplinar, mormente calcada nos direitos constitucionais, civis e humanos; explicar a teoria do constitucionalismo e apontar para a centralidade da Constituição e sua relação com os ramos infraconstitucionais e, por fim, demonstrar a necessidade da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, inclusive identificando, através da análise jurisprudencial, seus reflexos sociais.

Quando se fala a respeito dos direitos e garantias fundamentais, é impossível não atribuir a essencialidade que esses institutos trouxeram ao ordenamento jurídico, não apenas do Brasil, mas da humanidade. Principalmente quando se observa que os direitos e garantias fundamentais estão intimamente relacionados com as promessas de melhores condições de vida, saúde, respeitabilidade etc.

Isto porque a mera positivação não significa necessariamente concretude, conquanto os direitos fundamentais não sejam apenas diretrizes de baixa densidade, mas normas aplicáveis, sua previsão nos documentos legais que compõem o ordenamento nacional nem sempre se traduz na aquisição efetiva e material do direito.

Porém, segundo Gustavo Tepedino¹, os referidos direitos somente possuem poder cogente dentro do espectro do Estado, que condiz com a sociedade em sua coletividade, portanto, dentro do Direito Público. Paralelamente a essas diretrizes mais plurais, existe o espectro do Direito Privado, onde, em um primeiro momento, não há que se falar em direitos e garantias fundamentais, principalmente porque o Direito Privado é aplicado

¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

como uma espécie de limitação ao Direito Público, de modo que a interferência tanto do Estado quanto de suas prerrogativas, é uma das mais latentes.

Entretanto, com inspiração na doutrina alemã, tem início o questionamento acerca da possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, sendo certo que com a evolução da sociedade, atualmente, discute-se, e tem aplicação prática, o modelo interdisciplinar entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A eficácia horizontal direta dos Direitos Fundamentais é admitida no Brasil?

Esse trabalho, portanto, pretende demonstrar que os direitos fundamentais são plenamente aplicáveis às relações privadas, tanto no aspecto da exigência de concretude dos mandados de otimização por particulares, quanto por sua aplicação voluntária enquanto ação afirmativa e discriminações positivas com vistas à efetivar tais direitos.

Neste aspecto, para responder à questão acerca da imposição de concretude às normas fundamentais encampadas pelo direito pátrio no âmbito privado, será realizada pesquisa predominantemente de cunho bibliográfico, a se desenvolver ao longo de três capítulos. Desenvolveremos o referencial a ser utilizado na análise de caso prático do terceiro capítulo ao longo dos dois primeiros.

No capítulo I, será traçada um panorama sobre os direitos fundamentais, sem pretender esgotar o tema. A afirmação histórica dos direitos humanos, e sua consequente positivação, será abordada de uma perspectiva ampla, partindo do ponto de vista de que a história não é estanque, nem mesmo acontece linearmente; são avanços e retrocessos que nascem de pressões sociais por novos direitos; realizaremos esta passagem reservando-nos a tratar do universo judaico-cristão, a partir do século XVIII. e sempre do ponto de vista da previsão desses direitos em textos que destacamos como marcos dessa aquisição.

O capítulo II procura demonstrar como se dá a vinculação dos direitos fundamentais ao Direito Privado, buscando esmiuçar cada uma das possibilidades que essa eficácia pode ter. Além disso, nesse capítulo também serão abordadas algumas das controvérsias que atualmente existem sobre o tema.

Ao final, no capítulo III, como forma de realizar o confronto entre a positividade e a realidade social que nos cerca, procuraremos estudar a posição do STF – Supremo Tribunal Federal, especialmente colacionando decisões neste sentido no âmbito da Suprema Corte.

Além disso, cumpre ressaltar que recentemente foi proposta pela Defensoria Pública da União, uma ação civil pública contra o Magazine Luiza. Neste aspecto, a empresa desenhou política de reserva de cotas para negros, com fulcro em realizar a inserção destes nos altos cargos que, atualmente, são ocupados apenas por brancos, em flagrante desigualdade social.

Consideramos relevante o caso, pois movimentou toda a sociedade em debates sobre a horizontalidade dos Direitos Fundamentais, recebendo atenção midiática e alcançando leigos e juristas. Dada a repercussão, cremos que será um marco dentre os demais casos que discutem a eficácia desses direitos às relações privadas, motivo pelo qual entre muitos outros exemplos, escolhemos nos debruçar sobre este.

Assim, chegará ao STF com base na doutrina e jurisprudência um caso que provavelmente servirá de modelo para o país quanto à aplicação horizontal das normas constitucionais fundamentais no âmbito particular, sendo, por isso, interessante acompanhar neste terceiro parágrafo também o andamento desse específico ponto.

Justifica-se a pesquisa uma vez que diante das transformações por que passou o mundo, especialmente no que concerne ao poderio econômico de diversas corporações, muitas vezes tem existido confronto entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, sendo certo que não é mais o bastante apenas exigir a intervenção estatal, mas é necessário o respeito e aplicação dos direitos inerentes aos seres humanos positivados em nossa Constituição.

Essa questão é destacadamente relevante em nosso país, pois o Brasil tem uma profunda desigualdade social, de acordo com dados do IBGE², havendo uma parcela significativa da população que não possui condições mínimas de existência ou qualidade de vida, em dissonância com o texto constitucional e os objetivos e fundamentos do Estado brasileiro.

O objetivo principal da pesquisa é o estudo acerca da eficácia horizontal imediata dos Direitos Fundamentais no país e especificamente procuraremos compreender o que são direitos fundamentais e a evolução histórica que nos traz até a realidade contemporânea; por outro lado, estudar os Constitucionalismos e como as novas formas de compreensão do Direito Constitucional possibilitam fazer essa discussão; analisar o que é eficácia e o que é eficácia direta; realizar o levantamento de decisões que tenham discutido a eficácia horizontal no sítio do Supremo Tribunal, de forma a averiguar qual seu posicionamento e, finalmente, discorrer sobre o caso Magazine Luíza.

Como marco teórico, procuramos fazer uso da mais abalizada doutrina nacional, especialmente Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet e Eduardo Ribeiro Moreira.

²“Regionalmente, observa-se rendimento médio similar nas Regiões Sudeste (R\$ 1 773,00), Sul (R\$ 1 788,00) e Centro-Oeste (R\$ 1 776,00), e superiores ao do Norte (R\$ 1 011,00) e Nordeste (R\$ 984,00)(...) Tratando especificamente da distribuição de renda, um indicador clássico para medir desigualdade de rendimentos é o índice de Gini, apresentado para o Brasil e Grandes Regiões no Gráfico 4. Entre 2016 e 2017, o Gini do rendimento domiciliar per capita oscilou de 0,546 para 0,549 em nível nacional”. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2018**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO E CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS OU DIREITOS HUMANOS?

Tanto a doutrina quanto os diplomas nacionais e internacionais e a jurisprudência fazem uso indiscriminado de vocábulos que descrevem aqueles direitos que são indispensáveis ao indivíduo, de forma a assegurar sua dignidade inerente. Neste aspecto, tanto se lê direitos humanos, quanto direitos fundamentais, naturais, liberdades públicas, direitos do Homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos e liberdades fundamentais.

Essa imprecisão terminológica é resultado da evolução da proteção de certos direitos essenciais do indivíduo, pela qual a denominação de tais direitos foi sendo alterada, a partir do redesenho de sua delimitação e fundamento³.

A maior parte dessas expressões comporta críticas. Entretanto, não é o cerne deste trabalho, motivo pelo qual não adentraremos o tema. Contudo, havemos de marcar a distinção apontada pela doutrina entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, de forma a dar continuidade com conhecimento pelo leitor sobre a que nos referimos.

Há uma tendência a estabelecer que o vocábulo “direitos humanos” refere-se àqueles direitos positivados internacionalmente e presentes em normas previstas nos tratados e convenções. Por outro lado, aqueles direitos encampados pelas constituições internas dos Estados seriam descritos pela expressão “direitos fundamentais”. Também daqui deriva outra diferenciação feita entre esses termos; o primeiro – “humanos” – seria composto de meras diretrizes, valores assentados sem consequências práticas, enquanto os “fundamentais” seriam os exigíveis no âmbito interno dos Estados e passíveis de demandas judiciais.

³ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2018 [s/p]

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)⁴.

Os direitos fundamentais, portanto, seriam a incorporação dos direitos do homem dentro do ordenamento jurídico de um Estado. Porém, a doutrina é bastante enfática ao mencionar que não basta que tais direitos estejam positivados. Existe uma necessidade ainda maior de que esses direitos sejam efetivados dentro do plano concreto do Estado⁵.

Nesse sentido, “os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, [...], os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”⁶.

Santiago Guerra Filho Willis⁷ complementa, dizendo que “os direitos fundamentais são o que há de se considerar como mais importante hoje em dia, porque o Direito de um Estado Democrático deve ser constituído (e desconstituído) tendo como parâmetro o aperfeiçoamento de sua realização”.

Em conclusão, sem querer nos aprofundar em descrições doutrinárias, buscamos assentar que de ora em diante daremos preferência por utilizar a expressão “direitos fundamentais” na medida do possível, querendo significar aqueles direitos essenciais ao ser humano que estão previstos na constituição brasileira, seja no corpo principal, seja em normas que tenham passado pelo procedimento do artigo 5º e sido incorporadas ao bloco de constitucionalidade.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 [s/p]

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008

⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antônio Carlos (Coord). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. [s/p]

⁷ WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997. s/p

Cabe ressaltar, porém, que muitas vezes as fontes consultadas para este trabalho, tanto em doutrina, quanto nas normas, quanto na jurisprudência, usam de forma indiscriminada tais expressões, sendo possível que sejam identificadas nas transcrições ao longo do texto.

A proteção dos direitos fundamentais é indissociável do Direito, uma vez que é este o instrumento que a assegura. Bem por isso, a Constituição constitui condição de existência deles e sua eficácia depende de sua positivação por um Estado Constitucional de Direito.

Neste aspecto, a reconstrução dos direitos fundamentais – e humanos – do ponto de vista da percepção da necessidade de interferência estatal de forma a assegurar a eficácia vertical desses direitos, tem início nas constituições do *Welfare State*.

As críticas utilitaristas foram superadas pela aceitação da necessidade de se associar a liberdade e autonomia individuais com o bem comum, ponderando-se, no caso concreto, os limites necessários a determinado direito para que se obtenha um benefício a outro. Não há conflito entre o conceito de direitos individuais e a igualdade ou justiça social. A linguagem dos direitos não implica desconsiderar o bem comum, que, aliás, é o objetivo do Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, os direitos servem para exigir do Estado e da comunidade as prestações necessárias para o bem-estar social fundado na igualdade⁸.

A Constituição de 1988, dita cidadã, foi exatamente inspirada nessas constituições desenhadas no bojo da implantação dos Estados de Bem-Estar social. Ali está contida uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais, sendo certo que é inculpada como fundamento do Estado brasileiro a dignidade humana.

Assim, é indissociável do exame acerca da eficácia dos direitos humanos às relações privadas o estudo sobre direitos fundamentais, sua força normativa e a posição ocupada pela Constituição que os carrega no ordenamento pátrio.

⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* [s/p]

1.2. AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E SUA CONSEQUENTE POSITIVAÇÃO

Os direitos fundamentais são fruto de diversos contextos e fontes presentes na sociedade. Desse modo, são avanços e retrocessos que se formam a partir do choque entre a demanda por novos direitos e a manutenção de velhos poderes.

Neste aspecto, a afirmação dos direitos humanos vem de longa data. Poderíamos tratar da pavimentação deste caminho a partir do cristianismo, do estoicismo e do judaísmo, dentre outros marcos. Entretanto, nos é relevante destacar, para o encadeamento da questão que iremos abordar, o ponto de vista desses direitos que emanam da dignidade humana inerente a todos nós após sua positivação, quando foram alçados a direitos fundamentais.

Direito é uma construção cultural, e como tal, vai sendo afirmado paulatinamente. Não todos de uma vez, nem de uma vez por todas, sendo certo que o que se passa em uma parte do mundo em um dado momento provavelmente influencia outros acontecimentos, em um grande emaranhado sem linearidade. Dessa forma, a fim de conferir clareza à redação dos resultados desta pesquisa, nos limitaremos a lançar um olhar panorâmico nos principais documentos tidos como marcos para a positivação e aquisição de direitos humanos.

Apesar de toda esta movimentação nos direitos inerentes, Fabio Konder Comparato nos relembra que se os direitos humanos variam ao longo da história, o cerne desses direitos, o ser humano, permanece uma constante:

se a identificação dos diferentes direitos humanos varia na História, a sua referibilidade em conjunto ao homem todo e a todos os homens tem sido incontestavelmente invariável. Na verdade, todos direitos, e não apenas os fundamentais, são historicamente relativos porque a sua fonte primária - a pessoa humana - é um ser essencialmente histórico⁹.

Esses documentos serão selecionados especialmente no espaço judaico-cristão do universo, a partir do momento em que se principia a mudança da condição de súditos para a de cidadãos, mais ou menos na Europa do século XVIII.

⁹ COMPARATO, Fabio Konder. Fundamento dos direitos humanos. **Fundamento dos Direitos Humanos**. São Paulo: IEA – Instituto de Estudos Avançados da USP, 1997, p.10

Como parâmetro didático, é costume apontar para as gerações de direitos humanos, ondas de previsões assecuratórias em torno de novos padrões sociais. A teoria geracional dos direitos humanos nasceu em 1979 com Karel Vasak, não sem um tanto de críticas, principalmente no que toca a evitar o raciocínio de que uma geração supera a geração anterior ou de que esta é uma divisão essencialmente positivista, vez que leva em conta documentos legais escritos. Entretanto, foi difundida por Norberto Bobbio e é largamente adotada no mundo.

Trata-se de dividir o advento dos direitos fundamentais em dimensões; uma primeira advinda principalmente de demandas das grandes revoluções, tal qual a Revolução Francesa, previu em seus textos prerrogativas voltadas aos direitos civis e políticos, de forma a impor a abstenção dos Estados de interferir na esfera particular dos indivíduos e coibir abusos, sendo identificada com a garantia à liberdade. Desta feita, esses direitos surgiram dentro de um cenário em que se procurou, antes de todas as coisas, instaurar um limite e um controle social em relação aos abusos do Estado¹⁰.

O conceito de direitos humanos é um artefato da Modernidade. Foram as revoluções liberais que – apoiadas no substrato filosófico do contratualismo – converteram em textos jurídicos a concepção, que assumiu prevalência nos séculos XVII e XVIII, de que o homem é titular de direitos que antecedem a instituição do Estado, razão porque lhe deve ser assegurada uma esfera inviolável de proteção¹¹.

Portanto, “os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹².

¹⁰ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹² WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Por sua vez, quanto aos direitos de segunda geração:

são os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do Poder Público¹³.

São direitos inspirados no ideário de igualdade socialista, resultantes do sindicalismo e dos movimentos operários do pós-guerra. A situação da maioria da população era precária, especialmente na Europa do século XX. Assim, esses direitos foram previstos pelas Constituições, que estruturaram o chamado “Estado de Bem Estar Social”, como a Constituição de Weimar de 1919. Essas Constituições serviram de inspiração para grande parte das constituições ocidentais contemporâneas.

Desta feita

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar¹⁴.

Portanto, aqui teve início o movimento que, inobstante haja críticas à denominação, foi convencionado chamar neoconstitucionalismo. Em outras palavras, essa nova onda assecuratória de direitos trouxe consigo mudanças na compreensão a respeito do papel do direito constitucional, o que veremos mais detalhadamente mais adiante.

Os direitos sociais, portanto, são o estopim pelo qual veio a nascer a consciência de que não basta a salvaguarda do indivíduo, existindo uma necessidade latente de proteção a instituições. Desse modo, o que se busca com tais direitos é uma realidade social mais rica e receptiva em relação a participação criativa, além da valorização da personalidade¹⁵.

¹³ *Idem* p. 8.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Op Cit.** p. 564-565.

O surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais está relacionado também com os valores sociais que precisam de uma realização concreta, de modo que o Estado se torne um artífice e se coloque na posição de agente que fomente e busque a concretização desses direitos sociais¹⁶.

Por fim, mas não menos importante, cumpre mencionar o surgimento da terceira dimensão de direitos, que aparece no século XX, onde já era possível observar um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Além disso, esse período fica marcado pelo desenvolvimento da tecnologia que foi adotada pelos países desenvolvidos e colocava em pauta a própria existência da humanidade¹⁷.

Desse modo, outras questões não mais relacionadas com a liberdade ou à vida foram sendo colocadas em xeque. Mas que visavam sobremaneira a qualidade de vida, bem como a solidariedade que deveria existir entre os seres humanos, independente de questões relacionadas a raça ou nações¹⁸.

A sua gênese está relacionada:

À veiculação de novos processos e técnicas de produção, associados à modificação das relações de apropriação econômica dos bens de produção, e a tecnicização dos processos de gestão e legitimação do conhecimento que caracterizam um novo perfil do capitalismo e o desenvolvimento das sociedades industriais do século XX são referenciais que provocaram profundas transformações não apenas sobre a forma de organização das relações econômicas e sociais, mas, sobretudo sobre o modo como seriam, a partir desse momento, definidas e legitimadas as relações de poder, bem como as condições do seu exercício, de acordo com as novas qualidades de conflitos até então desconhecidas das instituições, exigindo, por sua vez, formas diferenciadas de atuação institucional, conjugadas com a especificação de novos objetivos políticos da parte dos Estados¹⁹.

¹⁶ *Idem* p. 567.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

¹⁸ *Idem*, p. 58.

¹⁹ LEITE, José Rubens Moratto; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

Assim, esses direitos de terceira dimensão não estão relacionados com o homem de forma individual ou estão conectados a classe social. Estão muito mais relacionados com o interesse da coletividade, como o direito à paz, à qualidade de vida, à comunicação, ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e à conservação do patrimônio histórico cultural²⁰.

Finalmente, cumpre destacar neste caminho rumo à positivação dos direitos humanos nas constituições que as três dimensões dos direitos fundamentais, originalmente previstas por Vasak, foram se desdobrando e hoje em dia fala-se em cinco ou seis dimensões.

Inobstante toda esta evolução que pavimentou o caminho para a previsão de direitos e garantias constitucionais pelas diversas Constituições, inclusive a da República Federativa do Brasil, não significa que as normas ali previstas tenham alcançado concretude no plano fático.

É certo que desde o século XX discute-se o fato de que a mera previsão formal não assegura a materialidade do direito e inúmeras violações continuam acontecendo diuturnamente por meio de ações e omissões, seja pelo poder público ou, o que aqui se pretende discutir, nas relações privadas.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op Cit*, p. 569

1.3. A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Acerca destas prestações, os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva: podem ser vistos a partir da ideia de que são direitos dos indivíduos ou direitos subjetivos ou, de outra perspectiva, são também direitos objetivos ou programas que determinada sociedade erige a fim de atingir o bem comum.

Reconhece a doutrina contemporânea a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo. Abrem-se, desta feita, novos caminhos e potencialidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da dimensão objetiva²¹.

A dimensão subjetiva nasce com os direitos de primeira geração e estão intimamente vinculados ao reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direitos. É importante pontuar também que esse reconhecimento se ampliou a tal ponto que não se restringiu apenas às relações econômicas interpessoais, mas também abarca as relações de poder que existem entre o príncipe e seus súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos.

A respeito, explica Norberto Bobbio em seu “A Era dos Direitos” que “passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão”²².

Assim, voltando-se para o titular do direito, esta concepção entende os direitos fundamentais como fonte de direitos subjetivos. Paulo Gonnet Branco, Gilmar Mendes e Inocêncio Mártires Coelho explicam que o aspecto subjetivo dos direitos fundamentais “corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas”²³.

²¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Editora Lumen Iuris, 2ª edição, 2008, p. 106

²² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.p.7

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonnet, MARTIRES, Inocêncio Coelho. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Humanos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 152

Nesta feição que se identifica dentre os direitos fundamentais, exige-se uma ação negativa, principalmente no que toca à não interferência na liberdade do indivíduo ou uma ação positiva de outro sujeito e por fim são competências que admitem a mudança de posições jurídicas.

O aspecto negativo convive com o aspecto objetivo. Sobre a dimensão objetiva, há controvérsias na doutrina acerca de seu conteúdo e, também, mais uma vez, o vocábulo que denomina o conceito é variável. Optamos, entretanto, pela compreensão de que são “objetivos”, motivo da escolha da terminologia.

O aspecto objetivo dos direitos fundamentais, portanto, advém da percepção de que eles representam os valores caros à nação que os positivou e por eles é alcançada. São valores morais coletivos assegurados no seio da constituição, sendo, por este motivo, um problema a ser enfrentado por toda a sociedade.

Esta postura pavimenta o caminho para a tese de que é necessário compreender os direitos fundamentais a partir de uma perspectiva comunitária: todos são responsáveis por concretizar os valores da Constituição e não apenas o Estado. Bem por isto, cada membro da sociedade é responsável por agir de forma a defender esses valores não apenas no Poder Judiciário, “mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação em ONG’s e outras entidades, do exercício responsável do voto”²⁴.

Embora já existissem discussões esparsas sobre o conceito, foi com a decisão no caso Lüth, em janeiro de 1958, que a teoria ganhou folego. Assim, a Corte Constitucional alemã discorreu acerca da condição em que a Constituição da República de Weimar foi omissa ou lacunosa quanto à revisão processual e judicial das leis federais. Ali ficou assentado que os direitos fundamentais “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”²⁵.

Reconhecer essa “dimensão” objetiva dos direitos fundamentais significa a compreensão de que essa ordem de valores objetivos e direcionadores do poder público não pode mais resultar na compreensão do Estado apenas como garantidor negativo dos interesses individuais. Eles se mantêm como garantias

²⁴ SARMENTO, Daniel, *Op. Cit.* p.10.

²⁵ SARLET, *op. cit.*s/p.

da relação Estado-indivíduo, mas vão além e passam a ser a coluna mestra da arquitetura do ordenamento jurídico.

André Ramos de Carvalho nos informa sua compreensão a respeito, explicando que:

Os direitos humanos têm distintas maneiras de implementação, do ponto de vista subjetivo e objetivo. Do ponto de vista subjetivo, a realização dos direitos humanos pode ser da incumbência do Estado ou de um particular (eficácia horizontal dos direitos humanos, como veremos) ou de ambos, como ocorre com o direito ao meio ambiente (art. 225 da CF/88, que prevê que a proteção ambiental incumbe ao Estado e à coletividade). Do ponto de vista objetivo, a conduta exigida para o cumprimento dos direitos humanos pode ser ativa (comissiva, realizar determinada ação) ou passiva (omissiva, abster-se de realizar). Há ainda a combinação das duas condutas: o direito à vida acarreta tanto a conduta omissiva quanto comissiva por parte dos agentes públicos: de um lado, devem se abster de matar (sem justa causa) e, de outro, tem o dever de proteção (de ação) para impedir que outrem viole a vida²⁶.

Em conclusão, compreende-se modernamente que os direitos fundamentais ultrapassam o horizonte em que é posto como assegurador de posições individuais para adquirir a estatura de normas que delineiam os valores fundamentais da sociedade e os ampliam para todo o direito positivo. Neste sentido, se conformam como o alicerce de todo o ordenamento jurídico de um Estado democrático.

²⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Op Cit. s/p.*

1.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O Golpe Civil-Militar de 1964 se refere a um período em que foi instalada no Brasil uma ditadura que esteve à frente do país por vinte e um anos e violou sequencialmente os direitos fundamentais e o Estado brasileiro. Houve interferência em todas as searas da vida e na estrutura estatal, de modo direto, buscando o rompimento com a normatividade que com muito custo foi instituída no país.

Uma Constituição é a lei maior de um Estado e isso significa dizer que está acima de qualquer outra lei. A origem dessa concepção está intimamente relacionada com os diversos horizontes e culturas divergentes que convivem e que gozam de liberdades e direitos.

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado²⁷.

A Constituição da República surge na esteira dos movimentos que buscavam restaurar a democracia e assegurar que violações daquele tipo não mais acontecessem. Assim, o documento foi responsável pela instauração de um novo regime, adotou o Estado Democrático de Direito e assegurou uma larga gama de direitos e garantias fundamentais. Por este motivo, foi chamada por Ulisses Guimarães de Constituição Cidadã.

O constituinte fez uma opção dogmática por dar tratamento aos direitos fundamentais a partir do critério do direito constitucional positivo. Dessa forma, denominou esses “Direitos e Garantias Fundamentais”, neles englobando toda uma gama de espécies jurídicas essenciais ao ser humano, tais como direitos de defesa, de cunho prestacional e de índole institucional. Desse modo:

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. P. 37-38.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos²⁸.

A Constituição é cidadã, dada à realidade de que o objetivo principal dos direitos fundamentais é garantir aos cidadãos, da mesma forma que a qualquer pessoa dentro do território nacional, uma vida mais digna, respeitando limites mínimos de existência, como saúde, moradia, saneamento básico, educação, alimentação, acesso à informação e à liberdade de manifestação.

Por outro lado, é necessário ressaltar que não existe identidade entre os direitos humanos existentes internacionalmente e aqueles assegurados pela Constituição de 1988, como de resto de nenhuma outra. Assim, a gama de direitos humanos previstas no âmbito externo ultrapassa aqueles incorporados no plano interno de nosso Estado, bem como, aqueles assegurados em outros países, muitas vezes não correspondendo à opção de valores escolhidos por nossa sociedade para ser constitucionalizada.

Também é preciso destacar que nosso sistema constitucional prevê, como assentado acima, direitos e garantias fundamentais, sendo certo que os primeiros estão ligados à ideia de materialidade do bem jurídico apostado na norma e os segundos aos instrumentos postos para realizá-los. Nesse sentido, segundo Bruno Galindo.

A ideia dos direitos fundamentais está associada a prerrogativas de todos os cidadãos, enquanto que a ideia de garantias fundamentais está ligada à questão dos meios utilizáveis para fazer valer aqueles direitos, ou seja, salienta-se o caráter material dos direitos fundamentais e o caráter instrumental das garantias fundamentais. Canotilho destaca que, a rigor, as garantias são também direitos, embora se saliente nelas o caráter instrumental de proteção destes últimos. As garantias tanto seriam o direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos [...] ²⁹.

²⁸ MORAES Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 31.

²⁹ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais – análise de sua concretização constitucional**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.50.

Desse modo, os direitos fundamentais são protegidos de forma máxima dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que são considerados cláusulas pétreas e não podem vir a ser alterados ou modificados³⁰. Além disso, os direitos fundamentais constituem o núcleo essencial da Constituição.

Pode-se destacar a respeito tanto o posicionamento topográfico dos direitos fundamentais, os primeiros a aparecer, quanto a opção por determinar que a dignidade humana é um dos fundamentos de nossa República. Tal intuito atesta o fato de que o constituinte erigiu esses direitos para conferir proteção máxima pelo Estado.

Completo-se recentemente 32 anos da promulgação da Constituição, que continua sendo uma via assecuratória dos direitos basilares dos brasileiros, estrangeiros residentes e em trânsito. Muito se caminhou desde o antigo regime em termos de garantias formais. Entretanto, materialmente ainda existe um grande hiato entre as previsões ali contidas e a efetiva aquisição de direitos.

Assim, quando as normas que asseguram e determinam quais são os direitos essenciais aos seres humanos, existe uma grande defasagem entre a previsão normativa e sua efetiva aplicação. Conquanto possam ser exigidas via Poder Judiciário, é necessário fazer uma análise acerca da força das normas constitucionais e da distância entre as previsões ali contidas e sua eficácia no plano fático, para que se possa discutir a aplicação dessas à relação entre particulares.

A Constituição da República tem três características que é de relevo ressaltar, todas podendo ser estendidas aos direitos fundamentais ali previstos: ela é analítica, plural e tem forte escopo programático e dirigente. Analítica é uma constituição prolixa: nossa Constituição trata de uma inúmera gama de assuntos, sendo bastante extensa. Ali estão previstos temas que se refletem em todos os ramos infraconstitucionais do direito.

Há 246 artigos, sendo claro que a extrema regulamentação está desdobrada quantos aos direitos fundamentais, além de inúmeras previsões esparsas. O Título II – dos direitos e garantias fundamentais – contém cento e nove incisos. Interessante ressaltar a quantidade de previsões que se desdobram no artigo 5º.

³⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 18.

Neste contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos³¹.

Por outro lado, sua pluralidade dá-se devido à grande pauta de assuntos que se aportam ali. O processo constituinte, como já apontado acima, acontece em um momento em que irá se restabelecer a democracia e agrupa forças de diversos espectros e matizes, o que faz com que tenha sido insculpida na Constituição a previsão assecuratória de diversos interesses, por vezes, inclusive, incompatíveis entre si. Assim, quanto aos direitos fundamentais há uma vasta lista de direitos civis, políticos e sociais.

Por fim, a função programática da Constituição significa que ela é dirigente e condensa intenções para o futuro do país que deverão ser implantadas no futuro. Especialmente quanto àquelas normas-programas, a distância entre as previsões e sua materialidade é imensa no país. Peguemos o exemplo da educação: a previsão é de garantia de educação universal e igualitária, mas a realidade coloca inúmeras crianças e adolescentes fora das escolas, ou ainda, em escolas que se distanciam das congêneres particulares, em termos de estrutura, formação, segurança etc., o que além de favorecer a evasão escolar, resulta em uma estrutura que mantém a desigualdade socioeconômica e propicia exclusão social. Sobre essas, destacamos a explicação de Norberto Bobbio:

Na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que ia nos perguntarmos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”³².

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* [s/p]

³² BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p.72

É interessante que existam previsões formais nas normas constitucionais pátrias, inclusive o planejamento do futuro de acordo com os valores sociais. Porém, outras questões se impõem entre a prescrição normativa e a realidade do mundo.

Para ficar em um motivo usado constantemente para obstar a concretude dos direitos, assegurar a existência de direitos fundamentais está associado ao dispêndio de custos pelo Estado. Principalmente porque, tanto para a criação quanto para a manutenção de tais direitos, existe a necessidade de uma estrutura pública que permita o respeito e a eficácia dos direitos instituídos.

Além da estrutura pública, toda a sociedade precisa se mobilizar de forma a respeitar e concretizar tais direitos no plano fático, sendo necessária a possibilidade de exigência via Poder Judiciário para tornar eficaz esta demanda quando dentro de relações privadas.

CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALISMO

2.1. CONSTITUCIONALISMOS

Longos ciclos e momentos fragmentados da História acontecidos em diversos locais formam um agrupamento que podemos denominar movimento constitucional. Com o intento de realizar um estudo acerca do movimento constitucional moderno e dos fundamentos do direito constitucional brasileiro, é necessário perpassar uma pequena parte desta pavimentação para compreender como chegamos ao presente momento e como partes restantes deste processo têm reflexos até os dias atuais.

Neste aspecto, Joaquim José Gomes Canotilho nos explica que o movimento que resultou no conteúdo atribuído atualmente ao vocábulo “Constituição” traduz-se na ideia de que existem vários constitucionalismos, uma vez que “tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados”³³.

São, desta forma, diversos movimentos constitucionais que se aproximam entre si em alguns momentos, podendo referir-se ao constitucionalismo francês, inglês, norte-americano, germânico, mexicano, português, brasileiro etc.

Não é possível dissociar a construção deste moderno movimento constitucional da aquisição de direitos fundamentais, uma vez que está umbilicalmente ligado à concepção de limitação do poder e da revelação de direitos e princípios fundamentais contra a tirania da maioria de maneira positivada.

A noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular³⁴.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p.51.

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit*, p. 19.

Constitucionalismo, portanto, é o conjunto de técnicas que devem estar presentes nos diversos regimes políticos e cujo objetivo é o bem comum. Significa também uma ideologia que se traduz, em suas raízes, no governo das leis e não dos homens. É a construção histórico-cultural-jurídica da busca em limitar o poder absoluto dos governantes.

Fica absolutamente nítida, pois, a apresentação do constitucionalismo como movimento que, embora de grande alcance jurídico, apresenta feições sociológicas inegáveis. O aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes — a Constituição. O aspecto sociológico está na movimentação social que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado³⁵.

À noção mínima de constitucionalismo, nesta linha, pode ser dada por duas acepções; referindo-se ao movimento político que configura-se em uma nova forma de ordenação e estruturação do poder político ou, de outra forma, para designar o princípio do governo limitado, fator imperativo à garantia dos direitos basilares da organização político-social de uma comunidade. É a limitação do poder dos governantes com objetivos assecuratórios e leva consigo, nas palavras de Canotilho “um claro juízo de valor”³⁶.

Dessa maneira, quando se principiou a inscrever os direitos fundamentais em documentos positivos, tem início a construção do que hoje temos por constitucionalismo. A este constitucionalismo clássico podemos atribuir caráter liberal individualista. Nele, as constituições procuraram coibir os abusos dos governantes e atribuir possibilidade de voto a um maior número de pessoas. Em outras palavras, promove a defesa dos seres humanos em sua esfera política.

Podem-se notar traços desta pavimentação ainda nos povos primitivos, dado que mesmo que através da religião havia algum tipo de limite àqueles que governavam. Na Antiguidade, as cidade-estado gregas possuíam democracias constitucionais muito evoluídas³⁷.

³⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. [ebook] [s/p].

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op Cit.* 2003. p. 59

³⁷ André Ramos Tavares traça em sua obra um panorama mais detalhado das raízes do constitucionalismo entre os Hebreus, na Antiguidade Clássica, Idade Média etc. *Op. Cit.*, [s/p]

Adentrando no cerne desta questão, confrontamos a Inglaterra, os Estados Unidos da América do Norte e a França para fazer um breve apanhado da construção que eleva as constituições da parte ocidental ou judaico-cristã do mundo ao centro dos ordenamentos jurídicos.

Neste aspecto, o documento mais conhecido da história constitucional inglesa, a *Magna Cartha Libertatum* de 1215, foi emitido pelo rei João Sem Terra que estava pressionado pela nobreza, que desejava obter e garantir privilégios. Nesta foi garantido também o respeito a certos costumes das cidades e a leis implícitas que protegiam os direitos individuais, através de referências que aludiam de forma vaga a um direito de julgamento por júri, “habeas corpus” e ao direito de resistência. A *Common Law* tratou essas limitações ao poder absoluto do monarca como precedentes a serem seguidos posteriormente por reis, juízes e legisladores.

Posteriormente, o reinado de Henrique VIII (1509-1547) foi marcado por políticas ousadas e pautadas por grandes despesas. Até então, a Câmara dos Comuns era consultada quando os monarcas ingleses precisavam de capital, porém, mais como uma cortesia do que como obrigação. O grande número de projetos deste rei levantou, entretanto, questões sobre a aceitabilidade de seus gastos e o rei passou a depender de aprovação do parlamento.

Ainda sobre o constitucionalismo inglês, onde o sistema legal é baseado no costume e precedentes estabelecidos por decisões judiciais, ganha relevância o caso do Dr. Bonham, médico que se recusou a reconhecer a autoridade do Colégio de Médicos de controlar a prática da medicina, função esta conferida a este pela coroa e pelo parlamento. Ele continuou a praticá-la sem a aprovação do Colégio, foi preso em 1607 e o *Chief Justice* – chefe da Suprema Corte – Edward Coke, o libertou e restaurou seu direito de exercer a medicina. Este foi o primeiro precedente conhecido do *Judicial Review* prevendo que quando um ato do parlamento é contra o direito comum e a razão ou é impossível de ser realizado, o direito comum será parâmetro de controle e o ato será anulado por julgamento.

O *Petition of Rights*, de 1628, emergiu da luta entre o rei e o parlamento sobre o poder real de cobrar impostos sem a aprovação prévia daquele último. Diante da falta de recursos, o rei utilizou uma série de medidas para captar dinheiro do povo, ao que o parlamento respondeu pela edição deste documento

que declarava a ilegalidade dos esforços reais para recolher impostos sem a aprovação do Parlamento.

Com a Revolução Gloriosa de 1688 e o *Bill of Rights* de 1689, o parlamento inglês promoveu uma mudança de governantes. James II foi forçado a fugir da Inglaterra, William e Mary foram trazidos da Holanda e em seguida afirmou sua supremacia por meio de uma série de estatutos que asseguravam reuniões anuais do parlamento, a garantia da permanência dos juízes em suas funções por mérito, independentemente da vontade do rei, e a garantia do direito de reunião e crença. A distinção entre lei ordinária e constitucional praticamente desaparece na Inglaterra no final dos séculos XVII e início do século XVIII e não reaparece até a defesa de Edmund Burke de reclamações por colonos norte-americanos sobre o tratamento inconstitucional pelo parlamento.

Como membro do parlamento e defensor das colônias americanas³⁸, Edmund Burke fez uma análise minuciosa do dano causado ao constitucionalismo inglês por acontecimentos empreendidos em nome do poder absoluto popular entre os líderes da corte real e do parlamento nas últimas décadas do século 18. Incluídos na análise dele estão uma defesa clara do sistema de freios e contrapesos e da separação dos poderes. George III e seus assessores parlamentares estavam determinados a infringir as limitações constitucionais colocadas sobre o rei e seu governo em sua política de colonização e o argumento apresentado por Adams, Madison e outros era que os americanos estavam apenas defendendo os direitos tradicionais dos cidadãos ingleses e que foi fundada a partir da análise feita por Burke.

Já nos Estados Unidos é possível identificar traços de limitação ao poder estatal ainda nos navios que se dirigiam às Américas, quando foram celebrados os chamados "contratos de colonização" entre as famílias. Por exemplo, no *Mayflower* foi acordado o *Compact* em 1620, que acabou resultando nas *Fundamental Orders of Connecticut* de 1639. Eram regras de convivência que deveriam ser seguidas e são as raízes do estabelecimento do governo pelos próprios governados naquele país.

³⁸ Foi apoiador da Independência dos Estados Unidos da América, ou, Revolução Americana de 1776.

O valor jurídico da Constituição foi mais tardio na Europa que neste país, pois naquele continente os movimentos liberais enfatizaram o princípio da primazia da lei e do parlamento, o que abafou o prestígio da Constituição enquanto norma vinculante.

Aqui não havia preocupação com o poderio do Poder Executivo, vez que o Presidente da República era eleito pelo voto popular, mas havia desconfiança do parlamento, resultante das leis britânicas editadas às vésperas da independência.

De outra parte, no início do séc. XIX aparece a preocupação com a defesa das minorias, posto que dois dos poderes (funções) constituídos eram escolhidos pelo voto majoritário. Assim, deveria haver um documento único, vinculante e insuscetível de mudança pela maioria: a Constituição. Nasceram, como consequência, nos estados americanos constituições com este ideário nelas presente, como, por exemplo, a *Declaration of Rights* da Virgínia de 1776.

Em 1787, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos, que perdura até os dias atuais e é baseada no ideário de constituição democrática escrita e rígida, criada para limitar o governo e garantir os direitos fundamentais, seguindo a ideologia moral puritana da concepção de igualdade política.

O *Bill of Rights* americano, por sua vez, foi promulgado em 1791, com os mesmos parâmetros do inglês anteriormente tratado. Em 1803-1861, foi aceito o *Judicial Review*, no caso *Marbury versus Madison*, marco do controle de constitucionalidade, e no período entre 1865 a 1870 foram editadas emendas constitucionalizando conquistas da Guerra Civil que reintroduzem a ideia de que deve haver poder no governo federal para proteger os direitos humanos dos cidadãos frente aos Estados.

Na França, o povo, mais precisamente a burguesia, não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha que também ser o soberano. Vinha de uma história despótica do regime absolutista que não concedia nenhum direito ao chamado “Terceiro Estado”. Foi neste contexto que nasceu a chamada Revolução Francesa, que procurava afirmar direitos de participação nas decisões governamentais à burguesia e ao povo. Assim, a Constituição de 1791 (Preâmbulo: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) previu a separação de poderes, mas supervalorizou a função legislativa.

Através do Poder Legislativo, o Terceiro Estado poderia se fazer ouvir sem encontrar limites. O governo realizado através do parlamento fazia com que se fortalecesse a lei e não a Constituição. Apenas ao final da 2ª Guerra Mundial, com a necessidade de coibir o abuso do poder estatal, é que a justiça constitucional passou a ser instrumentalizada para proteger a Constituição, que foi posta no ápice do ordenamento. Além desta primeira Constituição escrita, este Estado teve mais cinco posteriores (1793, 1795, as constituições republicanas de 1799 (Napoleônica) e de 1944/46 – De Gaulle), as quais restabeleceram a ordem democrática e ensejou o advento da quarta República.

Foi na França que nasceu a distinção entre poder constituinte e poder constituído, mais precisamente com Emmanuel Joseph Sieyès em "O que é o Terceiro Estado?" (*Qu'est-ce que le tiers état?*), obra em que ele enfatiza que a França devia se reorganizar politicamente superando o modelo de legitimação de poder, antes baseado na tradição, para um onde o lastro fosse baseado em um poder político de uma decisão originária, desvinculado do direito preexistente e uma força criadora da ordem primária e incondicionada. Assim, para ele a Constituição organizaria e geraria os poderes do Estado, o poder constituído, sendo superior a ele.

em toda nação livre – e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição". "Uma sociedade política" – diz – "só pode ser o conjunto dos associados. Uma nação não pode decidir que ela não será uma nação, ou que não o será de uma forma, pois isso seria dizer que ela não o é de qualquer outra forma. Da mesma maneira, uma nação não pode estabelecer que sua vontade comum deixará de ser sua vontade comum³⁹.

Esses direitos individuais e políticos são concebidos em um período de formação do constitucionalismo político clássico. As teses do Estado Democrático de Direito, dentro da teoria da tripartição dos poderes, partindo do princípio da soberania popular, em conjunto com a doutrina da universalidade dos direitos e garantias fundamentais⁴⁰.

³⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa** (*Qu'est-ce que le Tiers État?*). Organização e introdução analítica de Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azevedo. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p.4

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Op Cit.*, p. 78.

Esse constitucionalismo liberal é relevante na medida em que assenta ideias que servem de alicerce para a construção futura. Porém, foi superada e a Teoria da Constituição foi concebida como uma reação contra a visão positivista e demasiadamente formal existente até ali.

No constitucionalismo clássico estão previstas as raízes da evolução que viria com a redemocratização da Europa no pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Conforme ensina Alexandre de Moraes “Parece ser consenso que as estruturas liberais sobre as quais foram assentadas as regras básicas de funcionamento, primeiramente no parlamento (...), e em um segundo momento, transferidas, quase que integralmente, para os Poderes Executivo/Legislativo, no regime presidencial, estão superadas”⁴¹.

Dessa forma, principiam as discussões sobre o neoconstitucionalismo, que, explica Luís Roberto Barroso, “sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo”⁴².

a necessidade de uma noção de constituição material que conseguisse abarcar, compreender e explicar a realidade constitucional tudo isso levou alguns autores a uma recusa frontal do positivismo e normologismo vazios, que limitavam a compreensão da constituição e dos problemas constitucionais à interpretação e aplicação da lei constitucional positiva⁴³.

Neste aspecto, havia uma destruição generalizada e condições precárias nas classes mais marginalizadas, motivo pelo qual, as Constituições foram reposicionadas e a autoridade constitucional sobre as leis e instituições ampliou-se. Canotilho adiciona a característica da força atribuída ao precedente judicial, o que se deu em diversas partes, extrapolando os países de *Common Law*, incluído o Brasil, que parte para um sistema jurídico misto.

A jurisdicionalização do direito constitucional está mesmo na base do «moderno constitucionalismo», chegando a retomar-se a velha fórmula americana — «a constituição é o que os juizes dizem» — (juiz HUGHES: «We are under a constitution, but the constitution is what the judge say it is») e a definir-se a constituição como «acto jurisprudencial». Cfr., por ex., D. ROUSSEAU, «Une résurrection: la notion de constitution», in R.D.P., 1/1990, p. 16⁴⁴.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.*. p. 490

⁴² BARROSO, Luis Roberto. *Op Cit.* [s/p]

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional**. 6º edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 155

⁴⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques Apud CANOTILHO, J. J. Gomes, *Op Cit.* 1993. p.143

Neste aspecto, reorganizam o constitucionalismo alemão, que, tal qual aqueles anteriormente citados, acaba influenciando a construção do nosso constitucionalismo e temos o advento da Lei Fundamental de Bonn em 1949, com a subsequente criação do Tribunal Constitucional em 1951.

A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou -se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angestattet werden*). Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo⁴⁵, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais⁴⁵.

Além dessas, as Constituições da Itália de 1947 e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) ampliaram as novas discussões em torno do Direito Constitucional. Nosso atual constitucionalismo foi fortemente influenciado por esses documentos e no bojo do novo constitucionalismo latino-americano.

Assim, essa nova visão do Direito Constitucional adicionou aos sistemas abarcados por ela três principais características, “a expansão da jurisdição constitucional, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e o reconhecimento de força normativa à Constituição”⁴⁶.

Sobre essas novas características, trataremos da força normativa a seguir, e das demais de forma breve no capítulo terceiro, dedicado ao nosso Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP) [s/p]

⁴⁶ BARROSO, Op. Cit. [s/p]

2.2. NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS, REGRAS E SUA FORÇA NO CASO CONCRETO

A Constituição pode ser considerada como um sistema aberto de regras e princípios. Existem, portanto, dentre as previsões constitucionais, direitos fundamentais que podem ser compreendidos em ambas as formas (regras e princípios). Além disso, os dois tipos normativos figuram na dimensão objetiva e na subjetiva desses direitos.

O sentido tradicional que se atribuiu às constituições escritas continua a existir. Dessa forma, a lei maior é a ordem jurídica que estrutura uma determinada sociedade, estabelecendo os instrumentos de governo, a garantia dos direitos fundamentais e a disposição sobre os fins e tarefas.

As regras e princípios ali assentados tem diferentes natureza e densidade, mas todos valem como “lei”, aspecto que aponta para um Direito Constitucional positivo. Neste ponto, se vale tal qual lei, então, regras e princípios possuem normatividade, regulam jurídica e concretamente a vida relacional, dirigem condutas e conferem segurança a expectativas de comportamentos⁴⁷ Explica o professor Eduardo Ribeiro Moreira que

Faltava-lhes um elemento “que a dogmática jurídica destinou apenas às Constituições contemporâneas e democráticas: a normatividade. Com a positivação na Constituição e a decorrente normatividade, os princípios passaram de papel auxiliar ao de proeminência no cenário jurídico mundial⁴⁸.

Entretanto, hodiernamente essas afirmações não são bastantes, sendo necessária a discussão sobre vigência, validade, eficácia etc. As constituições, enquanto integradoras dos princípios fundamentais, ou seja, o documento que garante a justiça, tiveram, a partir da evolução do Direito Constitucional, questionada sua normatividade, o que se procurará compreender neste tópico. Nesse sentido, o Direito Constitucional não termina na positivação das normas da constituição, tanto menos na positivação das normas fundamentais ali previstas. Ao contrário: o direito deve ser justo.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.* 1993, p.183.

⁴⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição*. Coleção Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008, p. 93.

A função de "reserva de justiça" do direito constitucional, se fornece o impulso para uma vigilância crítica relativamente aos conteúdos do direito "posto" e "imposto", também é um limite para quaisquer transcendências ("fundamentos últimos", "essências", "naturezas") clara ou encapuçadamente conducentes a *fundamentalismos* ideológicos, filosóficos ou religiosos⁴⁹.

Força normativa, deste modo, é a possibilidade de imposição das normas constitucionais, de forma que sejam obedecidas e cumpridas, tanto pelo poder público quanto pela sociedade. Até o advento do moderno constitucionalismo, à Constituição era atribuído o papel de ser uma mera diretriz interpretativa. Com a sua superação, a norma constitucional adquiriu estatura de norma jurídica.

Concreta é norma que produz efeitos no mundo fático, tendo por seqüela da subsunção normativa resultados concretos. Ou seja: conferir densidade à normatividade:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas⁵⁰.

Com o advento das constituições contemporâneas e a admissibilidade de sua força normativa, há uma mudança de parâmetro dentro do próprio Direito. Tavares observa que "convém observar que todas as normas constitucionais possuem força normativa"⁵¹, a respeito, as teorias acerca das normas e princípios, especialmente aquelas lastreadas nas posições de Robert Alexy⁵² e Ronald Dworkin, propõem-se a analisar esse fenômeno, superando o positivismo anterior, o que significou reconhecer, que todas essas normas contém algum grau de eficácia sempre.

Assim, a partir da teoria da integridade de Dworkin e dos mandados de otimização de Alexy, os direitos fundamentais, que têm a estrutura de princípios, entabularam uma ligação entre direito e moral, a compreensão desses como detentores de caráter normativo, em conjunto com o aspecto da força normativa

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. Paginação irregular

⁵⁰ HESSE, Konrad. A Força normativa das constituições. Tradução e notas de Gilmar Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, ano do centenário da Faculdade de Direito da Bahia - 1991

⁵¹ TAVARES, André Ramos. *Op Cit.*[s/p]

⁵² ALEXY, Robert. Teoria **Dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90

da Constituição, possibilitaram a discussão sobre a validade e eficácia dessas normas.

Dworkin afirma a existência de regras e princípios nos ordenamentos jurídicos, sendo que, quando instado a decidir, na inexistência de regra específica que se atenha ao caso, o magistrado deve lastrear suas decisões nos princípios. Ainda segundo sua teoria, os princípios não operam com base no tudo ou nada, mas são razões justificadoras das decisões.

Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio⁵³.

Além disso, ele demonstra que os princípios têm peso normativo. Conforme sua teoria, "os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância"⁵⁴. Quando há uma colisão entre os princípios, por exemplo, a autonomia em contraposição à igualdade, há que se levar em conta a força relativa de cada um.

Alexy, de sua parte, acrescenta que a diferença entre regras e princípios é o fundamento dele em defesa de um "constitucionalismo moderado" Assim, os princípios são mandados de otimização, enquanto as regras são mandados definitivos⁵⁵.

Desta forma, os princípios são normas que determinam que algo seja realizado em sua máxima efetividade, "que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"⁵⁶. Sua característica principal é poder ser satisfeito em graus variados.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito), p.36

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* p.36

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Concepto y la Validez del Derecho**. Segunda edición: febrero de 2004, Barcelona, p.162

⁵⁶ Outros doutrinadores também trabalham e contribuem para a construção desse novo constitucionalismo, tais como ZAGREBELSHY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, Derechos y Justicia. Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995, e SANCHÍS, Luis Pietro. Constitucionalismo e positivismo. Distribuciones Fontamara: México, 2ª ed. 1999

Completamos esclarecendo que a opção pelo único princípio é derivada da teoria do direito neoconstitucional e da supremacia da Constituição, e negar seu aproveitamento máximo é negar a eficácia direta, por aceitar uma das críticas, a do salto sobre o legislador, ainda que de forma mitigada⁵⁷.

É essa força que detém a Constituição que leva à eficácia concreta dos princípios fundamentais assentados nas diversas constituições, inclusive naquela brasileira de 1988.

Teoricamente, pela supralegalidade de que elas gozam, apresentam uma maior intensidade de coercibilidade, produzindo maior efeito do que as outras normas. Ela se configura como requisito inexorável para que a Constituição deixe de ser um texto semântico, destituído de qualquer eficácia, e passe a ser uma norma respeitada, dotada de coercitividade, e limitando as opções do *lower lawmaking track*⁵⁸.

Nessa toada, a força normativa conferida à Constituição impõe a observância dos princípios ali existentes por todo o ordenamento jurídico, sendo certo que nenhum pode ser totalmente suprimidos, e, ao decidir, deve-se atribuir peso aos princípios colidentes e procurar conferir a cada um deles a máxima efetividade possível no caso concreto.

⁵⁷ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Op. Cit.* 2008, p. 126.

⁵⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 2018. p.75

2.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Norberto Bobbio apontou a preocupação dos juristas em separar o Direito Público do Direito Privado e manifesta sua impressão de que “é doutrina jurídica tradicional a de que o Direito Público pode regular o Direito Privado, ao passo que o Direito Privado não pode derogar o Direito Público”⁵⁹.

Grosso modo, a distinção entre Direito Público e Direito Privado diz respeito ao emprego de regimes jurídicos diferentes. Neste último, os princípios regentes são a liberdade e a autonomia privada e o alvo da regulamentação é o interesse dos sujeitos privados.

O constitucionalismo tem em sua exegese a efetivação das normas jurídicas, a supremacia da Constituição e sua força normativa ocasionaram que todo o direito infraconstitucional deve deferência à Constituição. Luis Roberto Barroso opina que:

é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o Direito Administrativo, Civil, Penal, do Trabalho, Processual Civil e Penal, Financeiro e Orçamentário, Tributário, Internacional, e mais além⁶⁰.

Assim, a reorganização do sistema jurídico, com a conseqüente mudança da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, e com a promulgação do texto constitucional em 1988, a supremacia formal que se reconhecia ao Direito Constitucional, tornou-se também material, “potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”⁶¹.

Neste aspecto, a força normativa da Constituição acabou por modificar o antigo sistema civilístico. As normas orbitavam ao redor do Código Civil, que direcionava o restante do ordenamento, foram deslocadas e os princípios e regras constitucionais passaram a ocupar o papel de limite ao legislador e aplicadores do Direito, bem como norte e fator de unidade de todo o Direito Infraconstitucional.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Op cit.* p.50

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In. Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.) Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017 p.41

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op cit.* p. 41

A doutrina já vinha apontando para o enfraquecimento do sistema civilístico com o advento de inúmeros microssistemas e leis especiais para regular situações específicas, em grande parte de forma dissonante com o Código Civil. O processo de descodificação, portanto, é anterior à 1988, uma vez que à margem do Código, outros tantos institutos operavam fora de seu alcance.

Inobstante disso, é com a força normativa da Constituição de 1988, que foi gradualmente aumentando ao longo dos anos, que este processo se acelerou e advieram normas que opõem limites na autonomia privada com vistas ao atingimento do bem comum e do interesse da sociedade. Por outro lado, as normas da Constituição se projetaram de tal forma que passaram a disciplinar a economia e o mercado.

Estes valores vão fecundar o Direito Privado com os ideais igualitários e solidarísticos entranhados no tecido constitucional, impondo uma releitura, sob nova ótica, de conceitos e institutos tradicionais, elaborados em outro contexto social e axiológico⁶².

É importante anotar ainda que os “novos” Códigos – Civil de 2002 e Processual Civil de 2015 – não tiveram intuito de reorganizar esse novo sistema. Ao contrário, foram reformulados de forma a haver adequação às normas constitucionais, ambos se voltaram para a constituição federal de 1988.

Deveras, a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura das suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam também sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e a informar seu conteúdo. Ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição⁶³.

⁶² SARMENTO, Daniel. **A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003. p.272

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Op cit.* 2003 p. 289

2.4. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da evolução dos conceitos trabalhados ao longo do tempo, a doutrina jurídica contemporânea se viu diante de uma questão a que se lançou luz, como compatibilizar a autonomia em que está baseado o Direito Privado com os direitos fundamentais de terceiros que venham a colidir com esta.

Neste aspecto, a eficácia vertical dá-se no seio da relação entre o Estado e os cidadãos, liame este em que apenas os indivíduos são titulares de direitos fundamentais. Em outras palavras, são direitos que asseguram as pessoas contra interferências indevidas do Estado ou que garantem a interferência deste ente de forma a intervir positivamente para efetivar tais direitos.

Por outro lado, quando a relação existe entre cidadãos, ambos detentores de direitos fundamentais, estamos a tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, seara esta em que colidem princípios assegurados a pessoas que estão em pé de igualdade.

Cumprir destacar que, de fato, não se trata propriamente de um terceiro nível eficaz (ou de uma terceira classe de destinatários), mas sim de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação dos particulares (relação horizontal) em contraposição à clássica e incontestada vinculação das entidades estatais, no âmbito das relações (verticais) entre particular e Estado⁶⁴.

Em consonância com as teorias acerca de princípios e regras, à autonomia privada deve ser dado o máximo grau de otimização. Porém, qual seu peso diante de outros direitos que também não podem ser suprimidos? Nesta toada, é de Virgílio Afonso da Silva o seguinte questionamento:

A questão que está por trás do problema é bastante simples: os direitos fundamentais, que originalmente foram pensados para regular as relações entre os indivíduos e o Estado, devem produzir efeitos nas relações das quais este não participa, ou seja, nas relações entre particulares?⁶⁵

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais E Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais Online**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. vol. 1. Ago. / 2011. p. 5

⁶⁵ DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais E Relações Entre Particulares. **Revista Direito GV** V. 1 N. 1 | P. 173 - 180 | MAIO 2005.

Para responder a tal pergunta, em primeiro lugar faz-se necessária a análise do conceito de eficácia. Nesta linha, a questão terminológica traz incertezas, uma vez que se encontra, não raro, o uso de diversos vocábulos em clara confusão de definições, tais como vigência, validade e eficácia.

José Afonso da Silva explica que os sociólogos do Direito reduzem o problema da vigência ao da eficácia. Vigente seria o direito eficaz, aquele que não se exaure na letra da lei, mas tem força social suficiente para impor-se à sociedade. Entretanto, adiciona ele, é necessário fazer a distinção entre a eficácia social da norma e a eficácia jurídica⁶⁶.

No primeiro caso, ela é efetivamente aplicada e em seguida produz efeito no mundo dos fatos, o que se denomina efetividade. Dessa maneira, trata-se da capacidade de “atingir objetivos fixados em metas”. Já a eficácia jurídica significa “traduzir os objetivos fixados pelo legislador”. É a capacidade de produzir efeitos jurídicos e, em maior ou menor alcance, é a “aplicabilidade, exigibilidade, executoriedade da norma⁶⁷”.

Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia social se verifica em relação à efetividade. Portanto, a eficácia jurídica é a possibilidade de que ocorram efeitos no plano fático, enquanto a efetividade é o produto do objetivo assentado na norma.

Na classificação consagrada por José Afonso da Silva as normas de eficácia limitada não incidem imediatamente, pois necessitam de regulamentação legal a ser realizada pelo legislador infraconstitucional, para serem consideradas eficazes *self-action provisions* as normas de aplicabilidade diferida, assim como as normas programáticas teriam apenas eficácia jurídica limitada conteriam, portanto, carga meramente negativa, ou seja, com finalidade de apenas proteger o indivíduo contra usurpação dos abusos do Estado, mas não seriam exigíveis de plano. A par de excelente trabalho doutrinário que permitiu enxergar que dos direitos deveríamos nos preocupar com a sua eficácia e efetividade -, tal classificação serviu como justificativa para que os tribunais afastassem a eficácia das normas constitucionais de eficácia limitada e das normas constitucionais programáticas. a classificação era o apoio para negar, de pronto, a eficácia das normas constitucionais⁶⁸.

⁶⁶ DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1982, p. 65

⁶⁷ DA SILVA, José Afonso, *op cit.* p. 66

⁶⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Op. Cit.*, 2008 p. 100.

Com o uso hermenêutico da ponderação, a classificação entre as espécies de norma constitucional esvaziou-se de aplicação prática. No sopesamento, o juiz decide a prevalência, de acordo com o princípio da ponderação, em que mesmo normas de eficácia limitada-programática dão ensejo a que se exija ações do destinatário no caso concreto, ainda que diante de ressalvas, tais como a da reserva do possível.

Se é fato, portanto, que não há mais norma constitucional ineficaz, ao tratarmos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por sua vez, estaremos diante de um aspecto dilatado de “eficácia”, querendo nos referir à vinculação dos particulares aos princípios e regras constitucionais fundamentais no que concerne às relações privadas. Ingo Wolfgang Sarlet adiciona o esclarecimento que segue:

Cumprе ressaltar a existência de uma série de normas de direitos fundamentais que restam, desde logo, excluídas da discussão, por serem, em princípio, inoponíveis aos particulares (pessoas físicas e/ou jurídicas), notadamente quando têm por destinatário exclusivamente os órgãos estatais, como ocorre, por exemplo, com os direitos políticos, assim como no caso do direito à nacionalidade, das garantias fundamentais processuais (especialmente na esfera penal), direitos de asilo e não-extradução, apenas para citar alguns exemplos particularmente eloqüentes e habitualmente referidos na doutrina⁶⁹.

Também não se cinge a discussão àquelas normas fundamentais que já possuem como destinatários sujeitos privados e que tem por escopo regular relações entre dois particulares, como, por exemplo, as normas sociais que regulam relações trabalhistas.

Há ainda nesta pavimentação sobre quais normas são oponíveis às relações particulares a discussão acerca dos efeitos irradiantes dos direitos fundamentais, ou seja, se a eficácia é mediata ou imediata.

De um lado ficam aqueles que entendem que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta às relações entre particulares, da mesma forma como são aplicados na relação entre o Estado e os indivíduos; do outro lado ficam aqueles que defendem que os direitos fundamentais devem produzir efeitos nas relações entre particulares, mas que esses efeitos são apenas indiretos, produzidos sobretudo por meio de uma espécie de reinterpretação do direito infraconstitucional⁷⁰.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais E Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais Online**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. vol. 1. Ago. / 2011. p. 6

⁷⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Op cit.* p. 175

A teoria da aplicabilidade mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas implica em considerar que tais direitos dependem da intermediação do Estado para ter eficácia. Daniel Sarmento aponta que esta posição é intermediária entre os que negam que os particulares estejam adstritos aos direitos fundamentais e os que defendem que há incidência direta destes direitos nas relações entre particulares⁷¹.

Esta é a corrente majoritária no direito germânico e sua diferença com relação à *State Action*, doutrina dos Estados Unidos da América do Norte – que nega qualquer eficácia aos direitos fundamentais nas relações privadas – consiste no reconhecimento de que esses direitos são uma ordem de valores que se irradia por pelo ordenamento todo, caso em que a interpretação das normas os tem por norte.

Inobstante disso, nossa atual Constituição em seu artigo 5º, §1º dispõe da seguinte forma: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Ingo Sarlet, tratando de tal imposição, nos traça um panorama do que se encontra na doutrina:

Se até o presente momento não se registram maiores dificuldades, o mesmo não ocorre quando nos deparamos com o problema do significado e alcance do art. 5º, § 1º, da CF para as diversas categorias de direitos fundamentais, especialmente no que tange ao problema de sua eficácia e aplicabilidade. Já quanto a este ponto, a controvérsia que se trava no seio da literatura jurídico-constitucional conduz a tudo, menos a um juízo seguro sobre a matéria. As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa⁷².

Fica claro que o legislador pretendeu evitar que as normas de direito fundamental fossem meras diretrizes formais sem qualquer eficácia e conferiu aplicação imediata às mesmas, restando evidente que todo o ordenamento jurídico deve voltar-se para a obediência a este comando.

⁷¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 197.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit.* p. 237

As normas de direito fundamental, portanto, devem ter eficácia plena, imediata e irradiante, ou seja, independe de lei regulamentadora, reflete-se por todos os ramos jurídicos e devem ser aplicadas não apenas às relações verticais, mas ainda naquelas que não guardam liame de autoridade e que são relações, portanto, horizontais.

Ainda assim, existem determinadas normas a que o próprio constituinte não dotou de força suficiente para ter aplicação imediata e eficácia plena, requerendo, para tanto, intervenção do legislador infraconstitucional, fazendo-se necessário, portanto, uma análise do alcance e sentido daquela disposição.

A respeito, Daniel Sarmento explica que “essa aplicabilidade deve ser individualizada e dependerá das características de cada norma de direito fundamental”⁷³. Essas características analisaremos de forma breve, contudo, vale lembrar a disposição de Jorge Miranda que esclarece não existir hierarquia entre as normas constitucionais, vejamos:

Entre normas preceptivas e normas programáticas (assim como entre normas exequíveis e normas não exequíveis por si mesmas) não há uma diferença de natureza ou de valor. Só existem diferenças de estrutura e de projeção no ordenamento. São normas umas e outras jurídicas e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional; nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. Tão pouco se vislumbram dois graus de validade, mas só de realização ou de efectividade⁷⁴.

As normas de direitos fundamentais que se revestem da característica de direitos de defesa, possuem eficácia plena, uma vez que exigem do destinatário principalmente abstenção: são os direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais e direitos políticos.

Por outro lado, quanto às normas que possuem dimensão prestacional, exigem uma ação, uma conduta positiva do destinatário da norma, seja ela uma prestação fática ou normativa. A respeito delas, Sarlet explica o que segue:

⁷³ SARMENTO, Daniel. *Op cit.* 2003, p. 35

⁷⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** p.243

A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de posituação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de posituação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto⁷⁵.

O ponto nevrálgico dos direitos prestacionais concerne às normas sociais que demandam prestações materiais, especialmente quando assumem a característica de normas-programa.

As normas programáticas, que são de aplicação diferida ou mediata e são comandos-valores, tem como destinatário principal o legislador que deve estruturar meios para revesti-las de eficácia. Não possibilitam, dessa maneira, que os cidadãos exijam do Poder Judiciário a aplicação imediata do comando diretamente a partir da Constituição.

Em sua dimensão positiva, esses direitos prestacionais sociais reclamam do Estado e do particular a quem a norma se destina uma ação discriminatória positiva ou uma ação afirmativa. Ou seja: deve ter por resultado a disponibilidade concreta de seu objeto. Aqui encontram-se problemas de natureza fática, muitas vezes de raiz econômica, levando ao raciocínio de que se exige materialmente apenas o possível, a “reserva do possível”, ou seja:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade⁷⁶.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op Cit.* 2003, p. 250

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit.* 2003, p. 255

No caso da imposição a entes privados de prestações positivas, a questão resta ainda mais tormentosa, uma vez que se chocam com a autonomia de maneira flagrante.

A disposição constitucional que atribui eficácia imediata aos direitos fundamentais é ela própria um princípio, um mandado de otimização que não pode ser aplicado na base do tudo ou nada, mas deve ser extraída dali sua máxima eficácia. Ou seja: da melhor forma possível no caso concreto, o juiz deve privilegiar a aplicação direta dos direitos fundamentais.

Desta feita, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, bem como sua eficácia plena, deve ser tratada como a regra geral, sendo certo que exceções deverão ser analisadas no caso concreto sopesando e justificando a opção contrária, sempre atribuindo a todas essas normas a maior eficácia possível.

Virgílio Afonso da Silva menciona que é necessário ir além do sopesamento de valores, sendo necessária a “elaboração de parâmetros para a solução da tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada”⁷⁷.

Neste aspecto, ele faz referência a Daniel Sarmento e Wilson Steinmetz, que apresentam algumas diretrizes de forma a diminuir o subjetivismo e a discricionariedade do julgador⁷⁸.

Para Sarmento, deve se levar em conta a assimetria entre as partes e se o cerne do objeto do direito diz respeito à uma questão existencial. Assim, quanto maior a desigualdade fática entre os sujeitos, maior deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo, em detrimento da autonomia privada. Reversamente, quanto mais iguais ou envolvidos, maior a proteção da autonomia privada.

Só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isto não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia⁷⁹.

⁷⁷ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Op cit.* p. 175.

⁷⁸ SARMENTO, Daniel; STEINMETZ, Wilson. *Apud* DA SILVA, Virgílio Afonso. *Op cit.* p. 175.

⁷⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares: O Caso Das Relações De Trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011. p. 85

De outro lado, Wilson, alinhado com o que se defendeu ao longo deste trabalho, demanda a aplicação do princípio da proporcionalidade ao solucionar o caso concreto. Para ele, tanto a maior parte dos direitos fundamentais quanto a autonomia privada estruturam-se como princípios, nos termos definidos por Alexy. Neste aspecto, a fim de guiar a aplicação da proporcionalidade, desenha como critério o uso de “precedências *prima facie*”, levando em conta a igualdade material entre as partes e se o direito fundamental colidente com a autonomia tem cunho patrimonial ou pessoal.

Virgílio, de sua parte, crítica ambas as posições. Para ele, é a sinceridade no exercício da autonomia a característica decisiva a se levar em conta ao sopesar e não a desigualdade material. Assim, por exemplo, o participante do *reality show* contra o conglomerado de comunicações contém uma desigualdade material inegável e isso “não significa, contudo, que haja uma necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos⁸⁰.

Quanto à tese de Wilson, adiciona que o uso do “princípio da proporcionalidade para solucionar problemas nas relações das quais o Estado não participa” traz problemas, especialmente quanto ao teste da necessidade. Para ele, “exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias” subtrai-lhes a autonomia⁸¹.

Portanto, é possível identificar duas correntes distintas quanto à vinculação de destinatários privados aos direitos fundamentais, as relações materialmente desiguais e aquelas que tendem a uma maior igualdade no que concerne às relações de poder. Desta feita, conclui Sarlet:

em se tratando de um particular "poderoso" e configurado o desequilíbrio de poder social na relação jurídico-privada em causa, ter-se-á sempre - ao menos de acordo com expressiva parte da doutrina - uma vinculação direta, aqui também presente uma eficácia do tipo vertical e não propriamente "horizontal", como já foi ressaltado⁸².

Não se pode olvidar, não obstante o poderio de uma das partes, que ainda estamos diante de sujeitos privados e, portanto, também detentores de direitos fundamentais, não sendo possível a equiparação ao poder público.

⁸⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Op cit.* p. 176.

⁸¹ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Op cit.* p. 179.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit.* 2011 p 14

No nosso entender, o uso da ponderação entre os princípios envolvidos ainda é o critério mais adequado a fim de solucionar colisões no caso concreto. Da crítica do Prof. Virgílio podemos averiguar que nem sempre inferir que existe uma vulnerabilidade a ser protegida pelo menor poderio financeiro é uma boa solução. De outra parte, a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares tem como um de seus fins exatamente coibir o abuso do poder econômico.

Nesta linha de raciocínio, a ponderação de princípios levaria à uma análise da situação prática sem esvaziar nenhum direito e, ao mesmo tempo, protegendo a eficácia daqueles mais sensíveis *prima facie*.

Sobre a ponderação, Eduardo Ribeiro Moreira explica o que segue:

A proporcionalidade é parâmetro para o juiz adentrar em um mérito da razão da Lei, para resolver o confronto entre princípios. O juiz, na verdade, pela proporcionalidade, decide aquilo que o legislador não ponderou, não criou regra que considerasse os interesses postos em jogo. E a ponderação, ao contrário do senso comum, não eleva os poderes do juiz a grau de arbitrariedade disfarçada. Ela se apresenta com critérios racionais de decisão, fases que substituem o subjetivismo. O melhor entendimento é que a população é um critério – e não princípio, pois rege os princípios em colisão – que veio para ficar. Necessita, sim, de parâmetros de racionalidade; quanto mais racional for a ponderação, mais confiável e utilizada ela será⁸³.

É certo que a busca dos três professores por uma fórmula que limite a discricionariedade dos julgadores é necessária, porém não uma fórmula fechada como as antevistas, mas uma simples e que sirva de diretriz aos magistrados para decidir a qual princípio atribuir mais peso.

O uso das técnicas da argumentação jurídica parece ser o caminho-diretriz. Os critérios para pensar o direito, tal como o uso da razoabilidade, a justificação da decisão e o afastamento do argumento absurdo e do contraditório, em resumo, é a fundamentação coerente e indispensável para a ponderação.

A respeito, vide a explicação do Moreira, “a justificação argumentativa vai além e serve para revelar, com clareza, os meios escolhidos na construção do processo decisório, que muitas vezes, - não se pode esquecer -, foge aos meios estritamente jurídicos⁸⁴”.

⁸³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Op. Cit.* 2008. p. 106

⁸⁴ MOREIRA, Roberto Ribeiro. *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 37.

Neste sentido, a hipótese proposta no início do trabalho, de que os direitos fundamentais são exigíveis nas relações entre particulares no país se confirma, pela descrição de toda a construção doutrinária analisada até este ponto, o que será melhor posto nos tópicos seguintes, em que se dedicará ao estudo jurisprudencial.

CAPÍTULO III – POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1. SUPREMO TRIBUNAL: O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, a efetividade das normas constitucionais “foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional”, o que ensejou em uma Constituição forte e que se traduz em benefício para a cidadania⁸⁵.

A expansão da jurisdição constitucional é um dos responsáveis por tal fenômeno, que, grosso modo, ao redor do mundo democrático foi representado pela implantação de tribunais constitucionais. Em nosso contexto, há um reclame pela criação de um tribunal puramente constitucional desde antes da promulgação da atual Constituição. Entretanto, tal papel acabou a cargo do STF e a jurisdição constitucional se consubstanciou através da previsão de propositura de ações constitucionais diretas, o que levou a esta corte a se manifestar sobre os grandes casos jurídicos em debate no país.

A jurisdição constitucional no Brasil é exercida por todos os juízes e tribunais, misturando o modelo estadunidense de controle difuso com o modelo austríaco de controle concentrado, do qual é encarregado o Supremo Tribunal Federal. Neste aspecto, a promoção dos ditames constitucionais e a concretização da supremacia formal da Constituição é exercida por tais órgãos nos litígios que se põem em sua incumbência.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura¹⁵. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade¹⁶ e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental⁸⁶.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. 2017**, p.8.

⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Op cit.* p. 9

O constituinte originário de 1988 atribuiu ao STF a função de "guarda da Constituição", motivo justificador da consequente posição de responsável por proferir sempre a última palavra em questões concernentes à direitos fundamentais. Neste aspecto, extrai-se da Constituição o seguinte comando "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe (...)".

Por esta razão, não pode a Suprema Corte se evadir de decidir as questões que envolvam direitos inerentes aos seres humanos positivados na lei maior. Este particular aspecto investe a corte no poder-dever de manifestar-se quanto à eficácia horizontal desses direitos nos casos concretos que ali aportam. Também deriva dessa razão a imposição de que a instância maior do Poder Judiciário brasileiro aplique as normas delimitadoras de direitos e garantias fundamentais em sua máxima eficácia.

O exercício dos deveres do STF ocorre através do controle de constitucionalidade, que pode se dar em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III), ou ainda por via concreta nas ações diretas – Ação Direta de Constitucionalidade – ADC, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF e por fim Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO's.

Pavimentou-se, portanto, o caminho em que o Supremo Tribunal Federal detém a última palavra⁸⁷ exatamente na discussão que viemos analisando, especialmente no Brasil em que existe uma Constituição repleta de garantias e direitos e na outra ponta uma sociedade extremamente desigual e carente de bens e serviços mínimos, na prática este papel se amplifica, dotando esta função estatal de influência política.

⁸⁷ Há autores que expressam discordância quanto ao STF deter a palavra final. Exemplo disso é a Crítica de Juliano Zaiden Benvindo de que em uma democracia ninguém detém a última palavra e que este é um discurso supremacista que privilegia o judiciário em detrimento do parlamento de forma contrária ao equilíbrio e harmonia que deve ser encontrado na separação de poderes. BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51 Número 201 jan./mar.; ou ainda aquela encontrada em SEPULVEDA, Antonio Guimarães; BARBOSA Carolina Almeida. O Falacioso Monopólio Da Última Palavra. **Revista Quaestio Iuris**. vol.10, nº. 03, Rio de Janeiro, 2017, que parte da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de que trataremos pouco à frente, para fazer uma crítica no sentido de que a constituição é viva e sua construção demanda a participação de toda a sociedade.

O neoconstitucionalismo não postula o surgimento de um *judicial power*; os marcos normativos devem ser obedecidos pelos poderes estatais. Entretanto, em países periféricos como o nosso, o ativismo judicial pode ser admitido quando houver a premência da realização de direitos fundamentais, assegurando a “densidade suficiente”, estabelecida de forma conjunta pela seara política e pela seara jurídica⁸⁸.

Para cumprir o encargo de exercer o poder na jurisdição constitucional, a Corte Suprema deverá fazer uso das atuais técnicas de hermenêutica constitucional, bem como daquelas tradicionalmente utilizadas. Hermenêutica é um vocábulo que se refere à sistematização das normas do ordenamento jurídico com o objetivo de buscar o máximo resultado do processo.

A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica. Trata-se de uma finalidade prática, no que se distingue de objetivos semelhantes das demais ciências humanas. Na verdade, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema. Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento⁸⁹.

Pode-se delinear “hermenêutica”, portanto, como um método para compreensão, sistematização e aplicação da norma ou a termos como o próprio Direito se auto realizando. São premissas metodológicas que levam à uma conclusão e conseqüente aplicação do Direito.

A introdução de técnicas de hermenêutica constitucional foi outro responsável por atribuir força normativa à Constituição pátria, bem como eficácia às normas ali postas.

Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica⁹⁰.

⁸⁸ AGRA, Walber de Moura. *Op cit.* p. 80

⁸⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. cd. São Paulo: Atlas, 2003. p.255

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* 2017, p.8

Desta feita, por força do disposto no art. 5º, § 1º (CRFB), o Poder Judiciário, e em particular o STF, está obrigado a assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, inclusive podendo tratar de lacunas e adicionar sentido e densidade às previsões da Constituição. Desta forma, a teoria da argumentação jurídica possui componentes fundantes que aparecem quando da construção dos argumentos, muitas vezes utilizados para a arquitetura do conteúdo jurídico.

Ainda neste caminho, o art. 4º da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – de acordo com o qual: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

O artigo 5º da LINDB, de sua parte, comanda ao magistrado a atenção aos fins sociais e ao bem comum na aplicação da lei. A subsunção do fato à norma não é mais suficiente. A análise deve ser feita nos casos concretos, abordando os diversos ângulos existentes e princípios envolvidos, acarretando na ponderação entre os valores da sociedade solidificados nos princípios constitucionais.

Com efeito, qualquer posição que se adota em relação à controvérsia em questão não pode se descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos⁹¹.

A construção dessa hermenêutica constitucional renovada que busca o bem comum e a efetividade dos direitos fundamentais teve importantes mudanças para sua operacionalização. Solidificou-se a crença de que Direito é um reflexo de interesses dominantes em um dado momento e local e ainda que a melhor resposta para grande parte dos problemas jurídicos não está positivada no ordenamento jurídico e deve ser elaborada pelo intérprete extrapolando a mera lei e abarcando valores morais e sociais e por vezes conhecimentos em outros ramos do saber.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006, p.237.

Peter Häberle⁹², dentre outros, tratam da abertura constitucional, que pode ser vista de diversos ângulos, inclusive quanto à postura hermenêutica. Essa moderna forma de ver o Direito, necessariamente, há de debater sobre princípios, “valores” e “moral”, em sua força e alcance. Ademais, busca o pluralismo e a participação social na extração do conteúdo normativo e construção do ordenamento.

Ainda sobre esta nova hermenêutica, Barroso esclarece que há um conjunto de novas categorias, forjada para decidir situações complexas e plurais. Dessa forma, colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Diz ele que “a norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade”⁹³.

A hermenêutica jurídica tradicional não diz porque uma premissa metodológica foi escolhida e não a outra; com isso a opção por um princípio sem comparação ao princípio que permite a atividade interpretativa dissociado da argumentação jurídica. Qual a ponderação, opera-se o contrário. O porquê de uma premissa ser preferida ou deve ser respondido, pelo princípio da ponderação e pela teoria da argumentação jurídica por ver esse argumentação e ponderação são elementos que se completam, indissociados, com primeiro servindo de baliza estruturante para a ponderação entre direitos fundamentais em conflito. Na verdade, o melhor enquadramento da ponderação é como critério argumentativo procedimental⁹⁴.

Em conclusão, encontrar respostas para a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tarefa que demanda o uso dessas técnicas e que encontra exatamente na Suprema Corte sua última palavra.

A questão ainda se mostra controversa, uma vez que não existe uma resposta clara prevista em lei, mas é necessária a análise de casos complexos, tendo em vista que nos dois polos encontram-se detentores de direitos fundamentais, dentre eles a autonomia privada. Esta é um preceito que se encontra na raiz dos direitos individuais e das liberdades públicas, desdobrando-se dele diversas facetas do direito à liberdade.

⁹² HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes - Sergio Antônio Fabris Editor. DPU N° 60 – Nov-Dez/2014. Assunto Especial – Textos Clássicos Controle de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* 2017, p.13.

⁹⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. Coleção Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008, p.99.

3.2. PRECEDENTES DO TRIBUNAL

A teoria da aplicação imediata foi adotada pela jurisprudência pátria, mormente pela Corte Suprema, que propugna a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou neste sentido em diversas ocasiões, tais como na decisão em Recurso Extraordinário (RE) nº 201819/RJ – Rio de Janeiro, onde discutiu-se a exclusão de um sócio pela União Brasileira de Compositores, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

A discussão circunscreveu-se ao fato de que a entidade privada realizou a exclusão do sócio sem que a ele fosse dado o direito à ampla defesa. A ementa que segue foi extraída do caso. Neste aspecto, colidem a mencionada autonomia privada com os princípios constitucionais processuais.

Dentre os princípios acima tratados, encontra-se o *due process of law*, que é um sobreprincípio ou um superprincípio, do qual emanam todos os demais. Seu conteúdo é fluido, não se esgotando em um conceito unívoco, porém se pode aproximar de tratá-lo como o direito a um processo justo e equânime. Atualmente, pode-se dizer que “o princípio do devido processo legal é analisado sob duas óticas, falando-se em devido processo legal substancial (*substantive due process*) e devido processo legal formal (*procedural due process*)”⁹⁵.

Deste decorrem os princípios da ampla defesa e do contraditório, os quais alguns doutrinadores chegam hoje a entender fazer parte da própria definição do que é Direito Processual. Longamente tratados em conjunto, porém como dois princípios separados, modernamente a doutrina entende que há uma identificação entre o contraditório substancial e a ampla defesa. Eupídio Donizetti explica a respeito que “o ‘modelo constitucional do processo traz como principal característica o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada”⁹⁶.

⁹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil -Volume único I** 9. ed.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 174

⁹⁶ DONIZETTI, Elpídio **Curso didático de direito processual civil**. – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017 p. 69.

Como é possível notar, esses são direitos fundamentais que se fundaram no direito de defesa contra abusos estatais, originalmente direcionados ao Estado, o que se discute é a possibilidade de exigir que um ente privado assegure a ampla defesa ao outro particular que dela necessite, a respeito transcrevo a ementa do tribunal:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais⁹⁷.

Novamente, a corte se posicionou em *obter dictum* de 2008, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 2.120 (AM), cujo relator foi o Ministro Celso De Mello, que ali explanou:

A questão pertinente aos direitos fundamentais assume tamanha gravidade e importância, no âmbito da ordem constitucional, que, mesmo na esfera das relações de direito privado que se estabelecem entre particulares, impõe-se o respeito a prerrogativas tão caras e essenciais à própria configuração do Estado democrático de Direito, de modo a viabilizar-lhes a aplicação direta e imediata como natural decorrência da própria eficácia e força normativa da Constituição⁹⁸.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira Dos Compositores Recorrida: Vera Lucia Rodrigues Gatti e outros. Relatora: Ministra Ellen Grace. Relator Para Acordão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2.120/AM. Requerente: Confederação Brasileira De Trabalhadores Policiais Civis – COBRAPOL Intimados:

Transcrevo a ementa da ação:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS (COBRAPOL) – ENTIDADE SINDICAL INVESTIDA DE LEGIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” PARA INSTAURAÇÃO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – CONFIGURAÇÃO – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS QUE PREVÊM PUNIÇÃO DISCIPLINAR ANTECIPADA DE SERVIDOR POLICIAL CIVIL – CRITÉRIO DA VERDADE SABIDA – ILEGITIMIDADE – NECESSIDADE DE RESPEITO À GARANTIA DO “DUE PROCESS OF LAW” NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁTER DISCIPLINAR – DIREITO DE DEFESA – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI AMAZONENSE Nº 2.271/94 (ART. 43, §§ 2º a 6º) – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

O plenário da corte, em mais uma ocasião, se propôs à discussão em torno deste tema. Em 15/03/2018, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617 (DF), discutiu-se a destinação do fundo partidário para mulheres, no bojo de uma ação afirmativa e em homenagem ao princípio da isonomia de gênero.

O relator, ministro Edson Fachin, lembrou o papel da corte de conferir densidade às normas constitucionais e que a igualdade material é defendida através do desenho de ações afirmativas. Porém, qualquer ato discriminatório baseado em sexo é vedado. Por outro lado, assentou:

A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, pois é precisamente na artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres⁹⁹.

Vale lembrar que, conquanto tenham papel de destaque na democracia, os partidos políticos são uma forma específica de associação, que no Brasil, estão submetidas a regime jurídico de direito privado, classificado pela lei dos partidos políticos como “pessoa jurídica de direito privado”.

Governador Do Estado Do Amazonas e Assembleia Legislativa Do Estado Do Amazonas.
Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Brasília, 16 de outubro de 2008.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.617/DF. Requerente: Procurador-Geral da República Intimados: Presidente Da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 15 de março de 2018.

É neste aspecto o excerto da decisão copiada:

É certo que, enquanto pessoas jurídicas de direito privado, conforme preceitua o art. 44, V, do Código Civil, aplicam-se aos partidos políticos não só a garantia da plena autonomia, nos termos do art. 17, § 1º, da CRFB, mas também a própria liberdade de associação livre da interferência estatal (art. 5º, XVIII, da CRFB). O respeito à igualdade não é, contudo, obrigação cuja previsão somente se aplica à esfera pública. Incide, aqui, a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo importante reconhecer que é precisamente nessa artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres.

Novamente em 2017, o tema foi tratado pelo plenário da corte por duas vezes (RE 766.618 e RE 636.331). Ambos os casos discutiam o limite de indenização por danos materiais e o prazo prescricional pelo extravio de bagagens em voos internacionais apostos na Convenção de Varsóvia, que estaria em conflito com normas do Código de Defesa do Consumidor. O Tribunal decidiu a questão com fulcro no art. 178 (CRFB), regra esta que prevê a imposição de observância das normas fixadas em tratados sobre o tráfego aéreo pelo ordenamento infraconstitucional.

Conquanto voto vencido, o ex-ministro Celso de Mello divergiu dos demais. No entendimento dele, esta é uma questão a ser decidida através da ponderação de direitos fundamentais incidentes na presente relação entre particulares. A tese elaborada pelo Ministro reconheceu a proteção ao consumidor, que para ele deve ter os direitos resguardados em sua máxima eficácia.

Em consonância com o voto ora discutido, a defesa do consumidor destina-se a neutralizar o abuso do poder econômico por entidades privadas em detrimento dos indivíduos “e de seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa”.

Ainda de acordo com o ex-ministro, a liberdade de atuação empresarial e de prática negocial não é absoluta, sendo condicionada pelas normas constitucionais, mormente aquelas protetivas do consumidor previstas pelo artigo 5º.

Os agentes econômicos não têm nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto – não criam, em torno dos organismos empresariais, inclusive das empresas de transporte aéreo internacional, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República¹⁰⁰.

Nesta construção, o ex-ministro Celso de Mello sublinha que o exame da controvérsia deve se dar em torno da discussão “do mais alto relevo constitucional”, fundada na análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No caso, companhia aérea internacional, de um lado, e consumidor, de outro.

É que a proteção assegurada ao consumidor tem suporte em norma que, além de possuir idêntico perfil constitucional, também é resguardada por cláusula pétreia, o que lhe confere eficácia jurídica preponderante, precisamente porque enunciadora de direito fundamental, como resulta claro do que proclama o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República, cujo texto – ao contrário do que ocorre com o art. 178 acima mencionado – traduz limitação material explícita ao poder reformador do Congresso Nacional (CF, art. 60, § 4º, IV)¹⁰¹.

Neste mesmo ano (2017), com relatoria do ministro Luiz Fux, chega novamente ao plenário caso em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cuja ementa copio abaixo, *verbis*:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. DIREITO DE ASSOCIAÇÃO. RECUSA. REQUISITOS ASSOCIATIVOS. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS E DO ESTATUTO SOCIAL DA ASSOCIAÇÃO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 454 DO STF. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA SEDE RECURSAL. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO DESPROVIDO¹⁰².

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618/SP. Recorrente: Air Canada. Recorrida: Cintia Cristina Giardulli. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 25 de maio de 2017.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 /RJ. Recorrente: Societé Air France Recorrida: Sylvia Regina De Moraes Rosolem. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de maio de 2017.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº. 1.008.625/SP Recorrente: APROFARMA - Associação Das Farmácias Do Município De Jundiá E Região Recorrida: Airton Alves Rodrigues E CIA LTDA. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de março de 2017.

Tratou-se de recurso extraordinário com agravo levado à corte a fim de tratar de decisão anterior do ministro Luiz Fux, no sentido de reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais quando da negativa de associação à APROFARMA – Associação de Farmacêuticas do Município de Jundiaí, em São Paulo, mesmo ante o cumprimento de requisitos associativos pelo candidato à sócio.

A agravante – APROFARMA – requisitou a aplicação e efeito do princípio constitucional insculpido no art. 5º, incisos XVII e XVIII, que assegura a liberdade associativa e a vedação da interferência estatal em seu funcionamento. Está no voto do relator:

Demais disso, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não havendo bloqueio constitucional quanto à irradiação de efeitos dos direitos fundamentais às relações jurídicas de direito privado, tem-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas.

Em 2020, no recurso extraordinário 639.138, originário do Rio Grande Do Sul e com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Tribunal mais uma vez se pronunciou sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais à relações particulares¹⁰³.

No caso em tela, discutiu-se a possibilidade que uma entidade de previdência privada previsse em seu contrato cláusulas contendo regras diferentes para homens e mulheres.

Nesta toada, o artigo 5º, I da Constituição da República prevê que

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 639.138/RS. Recorrente: Fundação Dos Economizários Federais - FUNCEF Recorrida: Inês Caumo Guerra. Relator: Gilmar Mendes. Relator Para Acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, 18 de agosto de 2020.

Logo, como é de se notar, há novamente choque entre os direitos fundamentais das partes, quais sejam, a autonomia privada e a isonomia. O princípio da isonomia ou igualdade prevê a igualdade perante a lei, impedindo a criação de discriminações negativas. A maior parte das Constituições democráticas atuais preveem a igualdade entre homens e mulheres de forma expressa, estando ele, inclusive, insculpido na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Walber de Moura Agra pontua o que segue:

Através deste princípio não se tenciona igualar os homens de forma arbitrária, pois, nos casos em que foi tentado, essa política resvalou em redundante fracasso, como nas políticas implementadas no início da Revolução Chinesa. A igualdade almejada é a jurídica, em que a lei não pode discriminar cidadãos que estejam em semelhantes situações¹⁰⁴.

Então, esse princípio é exigido, de início, nas relações entre os particulares e o Estado. Entretanto, ao analisar o caso, o Supremo decidiu que é inconstitucional uma entidade privada prever normas distintas para “cálculo e concessão de complementação de aposentadoria” e estabelecer “valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição”.

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÁLCULO DO VALOR DO BENEFÍCIO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DEVIDA POR ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA. CONTRATO QUE PREVÊ A APLICAÇÃO DE PERCENTUAIS DISTINTOS PARA HOMENS E MULHERES. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A isonomia formal, assegurada pelo art. 5º, I, CRFB, exige tratamento equitativo entre homens e mulheres. Não impede, todavia, que sejam enunciados requisitos de idade e tempo de contribuição mais benéficos às mulheres, diante da necessidade de medidas de incentivo e de compensação não aplicáveis aos homens. 2. Incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com prevalência das regras de igualdade material aos contratos de previdência complementar travados com entidade fechada. 3. Revela-se inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição. 5. Recurso extraordinário conhecido e desprovido.

¹⁰⁴ AGRA, Walber de Moura. *Op cit.* p.209

Como se percebe através da análise dos precedentes relatados acima, a orientação adotada pela Corte parece apontar para a concessão da máxima eficácia aos direitos fundamentais sobre as relações privadas, reconhecendo efeito jurídico-subjetivo às normas.

A influência dos direitos fundamentais sobre a relações privadas está albergada pelo Direito Constitucional objetivo e, nos tribunais pátrios, especialmente no Supremo Tribunal Federal, vem sendo reconhecida a aplicação direta ou imediata desses direitos.

é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados¹⁰⁵.

Da análise dos julgamentos, especialmente do que vai publicado no informativo 405, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, devendo eles serem aplicados na esfera privada de forma direta e imediata, o que confirma mais uma vez a hipótese a que se propôs analisar nesta pesquisa.

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *Op cit.* 2006, p.297.

3.3. CASO MAGAZINE LUIZA

Recentemente no país instaurou-se uma polêmica acerca do caso concreto, que vamos denominar “Magazine Luiza”. Dado o alcance que tomou a discussão, envolvendo não apenas juristas de diversas áreas, anônimos e reconhecidos, mas também pessoas comuns, jornalistas e ativistas, houve uma escolha, dentre tantos outros, que ocorrem diuturnamente por esta razão.

Artigos foram redigidos, as redes sociais se movimentaram ao redor do caso, discutiu-se de forma leiga e técnica, com argumentos contrapostos e dissonantes e finalmente o caso foi levado ao Poder Judiciário, através da Defensoria Pública da União (DPU).

A Magazine Luiza – Magalu – é uma rede varejista de eletrônicos e móveis fundada em 1957 em Franca, no Estado de São Paulo. Seu modelo de negócios se baseia fortemente no ambiente digital, direcionamento estratégico este realizado pelo atual presidente Frederico Trajano.

Constatando que apenas 16% dos cargos de gestão e direção da empresa eram ocupados por negros, ficando maior o abismo quanto mais alta a função e levando em conta que nos últimos processos seletivos de *trainees* da empresa não havia candidatos negros, a Magalu decidiu entrar de cabeça na luta contra o racismo estrutural e realizar uma ação afirmativa privada exigindo para a candidatura ao Programa *Trainee* Magalu 2021 a auto declaração preto ou pardo.

Em entrevista ao programa Roda Viva da TV CULTURA, Luiza Helena Trajano Inácio Rodrigues, presidente do Conselho de Administração do Magazine Luiza, explicou o funcionamento do programa de trainee voltado a jovens negros.

De acordo com ela, foram ofertadas vinte vagas e para ter acesso a elas a empresa modificou os requisitos usualmente exigidos, como a fluência em inglês e a experiência internacional. Explicou assim que é usual a ausência de candidatos negros por não atender os requisitos mínimos, motivo pelo qual tomou-se a decisão de propor o programa com menores exigências e a própria empresa decidiu ofertar cursos para que ao longo do programa os aprovados as

atinjam¹⁰⁶. Nas palavras da empresária, não apareciam candidatos negros porque “a partida já é desigual”.

A iniciativa é inovadora no Brasil e causou polêmica, especialmente no meio digital, mas a empresa manteve a decisão e aponta que irá promover as competências técnicas e comportamentais dos escolhidos para posições comerciais, *e-commerce*, financeiro, gestão de pessoas, logística, luizalabs, *marketing*, *marketplace* e operações.

As vagas oferecidas oferecem muitos benefícios para o candidato, sendo o Programa de *Trainee*, por isso mesmo, usualmente bastante concorrido. Neste ano, o candidato à vaga receberá um salário de R\$ 6.600,00, participação nos lucros e resultados, *Gympass*, vale-transporte, vale-alimentação, desconto em produtos, bolsa de estudo, previdência privada, assistência médica, desconto em farmácias credenciadas, bolsa inglês, *Home Office* e frutas no escritório.

Neste mesmo programa, Laura Ancona, da revista Marie Claire, questionou a empresária sobre as críticas que recebeu pela decisão. Ao responder, ela menciona ter sido chamada de racista, racista reversa, racista inversa etc. Adiciona que o programa foi muito bem pensado, que foram consultadas entidades/organizações dos movimentos negros, além de ter sido realizado prévio estudo jurídico e que ela procurou, na realidade, combater o racismo estrutural¹⁰⁷.

Delineando o conceito, é necessário anotar que raça é um vocábulo que varia de conteúdo, a depender do local, e seu caráter biológico hoje é visto como relativo e estatístico.

É possível ficar impressionado com o recurso ao conceito de raça, pelo menos como temos vindo a traçá-lo. Antes de mais, a raça não existe enquanto *facto* natural físico, antropológico ou genético. A raça não passa de uma ficção útil, de uma construção fantasista ou de uma projecção ideológica cuja função é desviar a atenção de conflitos antigamente entendidos como mais verosímeis - a luta de classes ou a luta de sexos, por exemplo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ TRAJANO, Luiza. Entrevista aos jornalistas mediados por Vera Magalhães do programa Roda Viva da TV CULTURA em 05/10/2020.

¹⁰⁷ TRAJANO, Luiza. Resposta à pergunta feita pela repórter Laura Ancona em entrevista aos jornalistas mediados por Vera Magalhães do programa Roda Viva da TV CULTURA em 05/10/2020.

¹⁰⁸ MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder soberania estado de exceção política da morte**. Arte & Ensaios. Revista do PPGAV/EBA/UFRJ . n. 32. dezembro 2016 p.27.

Racismo, portanto, refere-se a uma construção cultural e política que hierarquiza grupos de seres humanos com base em características comuns, sendo a pessoa avaliada a partir de seu fenótipo, sobretudo a coloração da pele.

No Brasil, racismo ainda é um elemento estrutural e estruturante da sociedade que atua na manutenção das relações sociais e de poder. Deste modo, mecanismos de poder que passam pela educação, o mercado de trabalho, a violência e a repressão reproduzem continuamente a desigualdade racial.

É no mercado de trabalho que a desigualdade educacional dos negros em relação aos brancos mais se reflete, fazendo com que os primeiros tenham maior chance de serem encontrados nas ocupações de trabalhos manuais de baixa qualificação e remuneração, e mesmo entre essas, desempenhando as tarefas de menor prestígio¹⁰⁹.

Após a divulgação do programa, a Defensoria Pública da União, através do defensor público federal Bento Júnior, ingressou com ação civil pública contra a Magalu, onde requer R\$ 10 milhões de reparação à empresa por danos morais coletivos. O argumento usado é que a empresa não poderia o uso de sua autonomia realizar processo seletivo baseado em cor de pele e que a Constituição veda a discriminação por raça. Na inicial, lê-se:

Não se trata de querer debater a tese da existência ou não do chamado racismo reverso. (...) Pretende-se combater a discriminação do trabalhador por motivo de raça, cor ou etnia (art. 7º, XXX, CR). (...) É nítida a firme opção constitucional de vedação da discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, estabelecendo, também para os direitos sociais, o vetor maior da isonomia (art. 5º, caput, CR)¹¹⁰.

Ainda de acordo com ele, esta não é uma política de cotas, onde há reserva de uma porcentagem das vagas para candidatos negros, mas sim contratação exclusiva fundada na cor.

No *Twitter*, a juíza do Trabalho Ana Luiza Fischer Teixeira criticou o programa. “Discriminação na contratação em razão da cor da pele: inadmissível”, apagando o *post* posteriormente. Em seu apoio, a Associação Brasileira de Magistrados do Trabalho – ABMT – emitiu nota dizendo que “não há qualquer debate público ou consenso entre os milhares de magistrados do trabalho sobre

¹⁰⁹ Observatório das desigualdades. Falando Sobre Racismo: Alguns apontamentos acerca das desigualdades raciais no Brasil Boletim nº7, Fevereiro de 2020

¹¹⁰ TRT – Tribunal Regional do Trabalho da 10 Região. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ACPCiv 0000790-37.2020.5.10.0015 Partes: Defensoria Pública da União X Magazine Luiza.

tão novo assunto, sequer havendo notícia de judicialização da matéria nos nossos Tribunais”¹¹¹.

No mesmo sentido de que a Constituição impede que no uso de sua autonomia privada a Magazine Luiza desenhe política de ação afirmativa reservando todas as 20 vagas para candidatos negros, segue o artigo publicado por Flávio da Costa Higa e André Araújo Molina, ambos juízes do Trabalho¹¹².

Nota-se que a discussão põe-se em nível constitucional e opõe diversos juristas, sendo muito provável que o Supremo Tribunal Federal seja instado a se pronunciar sobre o tema.

As questões que se põem de pronto me parecem ser relacionadas ao uso da autonomia privada: a Magazine Luíza está autorizada a realizar política de inclusão social de um grupo específico? É possível favorecer uma única minoria em detrimento de outras minorias e da maioria em política de inserção positiva? É necessário que a reserva de cotas seja realizada sobre determinado percentual ou é possível que se escolha um subgrupo social para efetivar? Como seria realizada a seleção? Se um branco se autodeclarar pardo, como se vê diuturnamente nas cotas realizadas em nível vertical, como tal situação seria aferida? A Magazine Luíza estaria autorizada a excluir um branco ou um índio ou ainda um asiático do processo seletivo fundada no fenótipo?

A política de cotas é um forte instrumento voltado à concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades e a promoção do bem comum, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Nesta medida, as políticas de cotas desenhadas pelo Estado são um meio apto a reduzir vulnerabilidades e exclusões, sendo certo que a desequiparação neste caso não é incompatível com o que vai assentado na Constituição.

O conteúdo do direito à igualdade está baseado, para além da previsão no corpo constitucional, no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos:

¹¹¹ ABMT - Associação Brasileira de Magistrados do Trabalho. Nota Pública em defesa da Juíza do Trabalho Ana Luíza Fischer. 23/09/2020

¹¹² MOLINA, André Araújo; HIGA, Flávio da Costa. Blacks only: o caso dos trainees do Magazine Luiza. **Revista Consultor Jurídico**, 9 de outubro de 2020.

Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se sobre a política de ações afirmativas estatais na quadra do ADPF 186, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em 17.10.2014, quando decidiu que prestigia a igualdade material, prevista no caput do art. 5º.

a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estas certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares¹¹³.

É decorrente do conteúdo do direito à igualdade a possibilidade de uma discriminação positiva pontual que objetive superar desigualdades históricas. Essas ações vão além de conter uma desigualdade atual e tem o condão de também interromper a estrutura discriminante construída no passado que persiste ao longo do tempo.

Nesse âmbito insere-se o racismo estrutural, realidade perversa nacional que perpetua desigualdades entre grupos e subgrupos sociais, sendo certo que está a iniciativa privada instada a posicionar-se de forma a tornar eficaz os direitos fundamentais assinalados na Constituição. A proporcionalidade da medida encontra-se em razão de ser uma ação pontual, voltada para apenas uma seleção de *trainees*, não se desdobrando no tempo em absoluta discriminação, como aduzem muitos dos que se pronunciaram.

Prestigia a um só tempo a autonomia privada e a discriminação positiva a aplicação da tese em que se exposta a não apenas a possibilidade, mas a necessidade da sociedade participar da efetivação dos direitos humanos.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental nº 186-2/DF. Arguente: Democratas - DEM. Arguidos: Conselho De Ensino, Pesquisa E Extensão Da Universidade De Brasília – CEPE; Reitor Da Universidade de Brasília; Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília - CESPE/UNB. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012.

O caso Magalu sustenta meu ponto de vista, uma vez que dentro da relação entre particulares está sendo aplicado os direitos fundamentais. No plano concreto, há efetividade e mais que isso, a discussão dentro do Poder Judiciário demonstra a eficácia.

Qualquer seja o lado adotado, ambas as correntes apontam para a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, como aqueles que demandam uma mudança de postura da Magalu de forma a concretizar a isonomia e combater a seleção voltada para apenas uma raça.

De forma contraposta, há quem defenda que a autonomia da empresa deve ser respeitada, estando em sua esfera de decisão os critérios de seleção dos funcionários, mais uma vez ponderando sobre a eficácia no plano privado.

Finalmente, o terceiro grupo de argumentos se volta para a igualdade material em contraponto à igualdade formal, equivalentemente levando a discussão para o plano da imposição de resguardo aos direitos fundamentais de forma direta por particulares.

CONCLUSÃO

O trabalho buscou discutir a evolução histórica dos direitos fundamentais; seus pontos de entroncamento com os constitucionalismos, especialmente o moderno, e como as constituições passaram a ser o centro da órbita do ordenamento jurídico.

A partir deste ponto, procuramos demonstrar como da aquisição dos direitos que buscaram a abstenção do Estado, passamos à imposição de interferência estatal de modo a tornar aqueles direitos materiais e finalmente sobre o pensamento de que não apenas em relações verticais, mas também nas horizontais, esses direitos devem ser concretizados.

Com a análise da doutrina e jurisprudência pátria, confirmamos nossa hipótese e finalmente, a partir do caso Magalu, demonstramos a incorporação da teoria pela sociedade.

Aos direitos fundamentais e a incorporação dos direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional, não basta a previsão formal e a positivação, mas é necessário que sejam efetivados no plano concreto. Essa efetivação não está separada do direito. Ao contrário: é necessária a previsão de instrumentos que assegurem o socorro ao Poder Judiciário para sua realização fática.

Tais direitos são frutos de construções culturais em determinado momento e local, especialmente quando existe um choque entre velhas estruturas de poder e novas demandas assecuratórias.

Neste aspecto, a afirmação histórica dos direitos humanos vem de longa data, podendo-se remontar seus primeiros movimentos a eras antigas. Entretanto, sua positivação como direito fundamental tem início com as primeiras constituições escritas.

Num primeiro momento, essas constituições buscaram coibir o abuso de poder dos soberanos, conferindo direitos de defesa e liberdade aos cidadãos. Posteriormente, novas demandas vieram por perceber que a mera abstenção não tornava esses direitos concretos e não os transpunham ao plano fático.

Em busca de uma igualdade material, advém a exigência para que o Estado, em meio à relação vertical, interviesse através de políticas públicas a fim de assegurar direitos mínimos à manutenção da vida, especialmente àqueles indivíduos mais vulneráveis em seus momentos de maior fragilidade.

Ademais disso, tem início o entendimento de que tais direitos possuem uma dimensão objetiva, aspecto em que representam os valores caros ao Estado que os positivou e por eles é alcançada. São valores morais da coletividade assegurados no corpo da Constituição, sendo, por este motivo, um problema a ser enfrentado por toda a sociedade.

Esta mudança na compreensão sobre os direitos fundamentais construiu a estrada em direção à crença de que existe uma perspectiva comunitária em que todos são responsáveis por concretizar os valores da Constituição, não apenas o Estado. Deste ponto de vista, todos os participantes de determinada comunidade são responsáveis pela defesa desses valores.

Essa nova configuração do Direito ocasionou uma remodelagem no Direito Constitucional e uma nova relação entre os ordenamentos jurídicos e as constituições. O constitucionalismo foi um movimento que teve início com a positivação dos direitos humanos e que primava pela busca do bem comum.

Existia nesta base, o dito constitucionalismo liberal, ainda uma visão altamente positivada do mundo. As normas constitucionais, especialmente no Brasil, estavam esvaziadas de força, sendo vistas como diretrizes interpretativas para a realização do Direito Infraconstitucional.

A nova etapa do constitucionalismo reposicionou as constituições e sua autoridade sobre as leis e instituições ampliou-se. Além disso, foram criadas as cortes constitucionais, responsáveis por guardar os preceitos existentes nos textos constitucionais de seus respectivos países.

Amplia-se a força normativa da constituição e regras e princípios passam a ser vistos todos como norma, regulando juridicamente a vida relacional e recebendo força suficiente para serem impostas e produzir efeitos no plano concreto. Houve mudança de parâmetro do próprio Direito.

Princípios passam a ser vistos como mandados dotados de pesos que não devem ser aplicados na base do tudo ou nada. Nenhum deve ter seu conteúdo completamente esvaziado, à medida da máxima eficácia conferida a cada um dos princípios que se envolvem em um caso concreto.

Por outro lado, o Direito Privado que se encontrava no centro dos ordenamentos civilísticos – no Brasil ocupado pelo Código Civil – é reestruturado para se harmonizar às normas constitucionais, que agora são o centro em volta do qual orbitam todos os demais ramos do Direito.

Essa abertura no sistema jurídico dotou de maior força a Constituição e regras limitadoras da autonomia privada passaram a aparecer no ordenamento jurídico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está inserida neste movimento. Surge em um momento de retomada da cidadania e afirmação de direitos e prevê uma ampla gama assecuratório de direitos fundamentais aos brasileiros, estrangeiros residentes e em trânsito.

No Brasil, a Constituição passou a regular economia e o mercado e o direito infraconstitucional se renovou de forma a alinha-se aos ditames ali assentados, reposicionam-se leis infraconstitucionais, tais como o Código Empresarial, o Código Civil e o Código de Processo Civil.

Por esse motivo, passa a existir uma demanda latente no Direito de como compatibilizar a iniciativa privada e os conceitos que dela derivam, tais como a livre iniciativa e outras decorrências da liberdade, com a efetivação dos direitos fundamentais de terceiros no plano fático.

O surgimento de grandes organizações privadas, o poderio econômico e as desigualdades marcantes de nossos tempos levam à busca por coibir abusos contra brasileiros detentores de direitos fundamentais, sem que com isso a autonomia restasse sufocada ou totalmente suprimida, em dissonância com a ideia de otimização máxima.

A eficácia horizontal, com a possibilidade de exigir via Poder Judiciário o cumprimento de ditames fundamentais a fim de refletir-se no plano fático, resulta no sopesamento entre essas garantias e a autonomia privada, de modo que nenhum direito seja completamente eliminado.

Portanto, a eficácia jurídica é a possibilidade de que ocorram efeitos no plano fático, enquanto que a efetividade é o produto do objetivo assentado na norma e a eficácia horizontal é a vinculação dos particulares aos princípios e regras assegurados constitucionalmente.

No Brasil, parece prevalecer o entendimento de que esta eficácia se dá de forma direta e imediata, sendo possível exigir dos particulares ações voltadas à concretização dos direitos fundamentais.

A análise da jurisprudência da Corte Suprema aponta para o alinhamento dos precedentes com a doutrina pátria, admitindo o tribunal a eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais.

Recentemente no país, uma grande rede varejista decidiu por realizar uma política de inserção social selecionando apenas candidatos negros para seu programa de *trainees*, o que reacendeu a discussão. Muitos apontam para a impossibilidade de romper-se a isonomia através de sua autonomia privada. Outros posicionam-se no sentido de que autonomia prevalece neste caso, e outros tantos apontam para a realização dos direitos fundamentais através de discriminação positiva.

Não existe resposta certa para tal questionamento, mas seguramente passa pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo necessário observar-se o posicionamento da Suprema Corte acerca do caso.

REFERÊNCIAS

ABMT – Associação Brasileira de Magistrados do Trabalho. **Nota Pública em defesa da Juíza do Trabalho Ana Luíza Fischer**. 23/09/2020 Disponível em: <http://www.abmtrab.com.br/n.php?ID=215&T=nota-p-blica-em-defesa-da-ju-za-do-trabalho-ana-lu-za-fischer> Acesso em: 18/10/2020.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**.– 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Concepto y la Validez del Derecho**. Segunda edición. Barcelona: 2004.

ALEXY Robert, **The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights**, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 37, Issue 1, Spring 2017, Pages 31–47, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqw013> Acesso em: 08/10/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.) Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.

_____. **Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. 2017. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf Acesso em: 16/10/2020

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p71.pdf Acesso em: 24/10/2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Direitos humanos e justiça social, as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar , 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6^o edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra editora Ltda., 2000.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a edição. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. Fundamento dos direitos humanos. **Fundamento dos Direitos Humanos**. São Paulo: IEA – Instituto de Estudos Avançados da USP, 1997.

_____. **Ética: Direito Moral e Religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1982.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais e Relações Entre Particulares. **Revista Direito GV** V. 1 N. 1 | P. 173 - 180 | MAIO 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35274/34067> Acesso em: 10/10/2020.

DONIZETTI, Elpídio **Curso didático de direito processual civil**. – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução e notas Nelson Boeira. — São Paulo: Martins Fontes, 2002. — (Justiça e direito)

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. — 4. cd. — São Paulo: Atlas, 2003.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais** – análise de sua concretização constitucional. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes - Sergio Antônio Fabris Editor. DPU Nº 60 – Nov-Dez/2014. Assunto Especial – Textos Clássicos Controle de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa das Constituições**. Tadução e notas de Gilmar Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, ano do centenário da Faculdade de Direito da Bahia – 1991.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2018**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.

LEITE, José Rubens Moratto; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder soberania estado de exceção política da morte**. Arte & Ensaios. Revista do PPGAV/EBA/UFRJ. n. 32. dezembro 2016 p.27.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP) MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet, MARTIRES, Inocêncio Coelho. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Humanos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORAES Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. Coleção Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008.

_____.Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único I** 9. ed.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Observatório das desigualdades. Falando Sobre Racismo: Alguns apontamentos acerca das desigualdades raciais no brasil Boletim N°7 Fevereiro de 2020 Disponível em: <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Boletim-n%C2%BA7.pdf> Acesso em: 18/10/2020.

OLIVEIRA, Vanessa Silva de. **A proteção judicial dos direitos fundamentais nas relações privadas**(Monografia). Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018 [ebook].

SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo e Positivismo**. Distribuciones Fontamara: México, 2ª ed. 1999.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares: O Caso Das Relações De Trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006.

_____. **A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais E Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais Online**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. vol. 1. Ago. / 2011. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2018/03/SARLET-Direitos-fundamentais-e-direito-privado.pdf> Acesso em: 10/10/2020.

_____. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 [ebook]

SILVA, Fernanda Lopes da. Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar , 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa** (Qu'est-ce que le Tiers État?). Organização e introdução analítica de Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azevedo. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

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

SEPULVEDA, Antonio Guimarães; BARBOSA Carolina Almeida. O Falacioso Monopólio Da Última Palavra. **Revista Quaestio Iuris**. vol.10, nº. 03, Rio de Janeiro, 2017 DOI: [10.12957/rqi.2017.25249](https://doi.org/10.12957/rqi.2017.25249)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental nº 186-2/DF. Arguente: Democratas - DEM. Arguidos: Conselho De Ensino, Pesquisa E Extensão Da Universidade De Brasília – CEPE; Reitor Da Universidade de Brasília; Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília - CESPE/UNB. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira Dos Compositores Recorrida: Vera Lucia Rodrigues Gatti e outros. Relatora: Ministra Ellen Grace. Relator Para Acordão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 639.138/RS. Recorrente: Fundação Dos Economíarios Federais - FUNCEF Recorrida: Inês Caumo Guerra. Relator: Gilmar Mendes. Relator Para Acordão: Ministro Edson Fachin. Brasília, 18 de agosto de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 /RJ. Recorrente: Sociéte Air France Recorrida: Sylvia Regina De Moraes Rosolem. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618/SP. Recorrente: Air Canada. Recorrida: Cintia Cristina Giardulli. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 25 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº. 1.008.625/SP Recorrente: APROFARMA - Associação Das Farmácias Do Município De Jundiai E Região Recorrida: Airton Alves Rodrigues E CIA LTDA. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de março de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.617/DF Requerente: Procurador-Geral da República Intimados: Presidente Da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 15 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2.120/AM. Requerente: Confederação Brasileira De Trabalhadores Policiais Civis - COBRAPOL Intimados: Governador Do Estado Do Amazonas E Assembléia Legislativa Do Estado Do Amazonas. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Brasília, 16 de outubro de 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. [ebook]

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

TRAJANO, Luiza. Entrevista aos jornalistas mediados por Vera Magalhães do programa Roda Viva da TV CULTURA em 05/10/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OFnf7lfBM9E> Acesso em: 18/10/2020.

_____. Resposta à pergunta feita pela repórter Laura Ancona em entrevista aos jornalistas mediados por Vera Magalhães do programa Roda Viva da TV CULTURA em 05/10/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=StMxG1OTL8> Acesso em: 18/10/2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Ação Civil Pública ACPCiv nº 0000790-37.2020.5.10.0015 Requerente: Defensoria Pública da União Requerida: Magazine Luiza. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/10/0000790-37-2020-5-10-0015-1-compressed.pdf> Acesso em: 18/10/2020.

WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAGREBELSHY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, Derechos y Justicia. Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995.