

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; Riva Sobrado de Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-696-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

Apresentação

Realizou-se em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento revela o amadurecimento acadêmico e a aproximação da teoria à realidade social, assim, contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Civil Constitucional I durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, ultrapassam o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, atinge, sobretudo, o fortalecimento dos estudos voltados para a constante constitucionalização do direito civil e suas relações de natureza privada.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Civil Constitucional I, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como: Indenização nas relações de família; A compatibilidade constitucional da eutanásia com o ordenamento jurídico do Brasil por meio do neoconstitucionalismo; A dicotomia entre direito público e privado sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; A função social dos contratos e sua expressão a partir do princípio da solidariedade: um exemplo de constitucionalização do direito civil brasileiro; A multipropriedade imobiliária e a rediscussão do princípio *numerus clausus*; Análise de coesão do conceito da função social do contrato na doutrina; Análise dos limites ao duplo grau de jurisdição: Possibilidade legal ou infração constitucional? Da união poliafetiva e suas implicações no mundo contemporâneo; Estatuto da pessoa com deficiência, direitos fundamentais e os conflitos diante da realidade empírica: breves apontamentos sob a ótica do direito e da psiquiatria; Função e limites da igualdade no direito privado; O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise da sua significação no sistema interamericano de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores;

O direito civil constitucional: novo paradigma do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro; O emprego da legitimação fundiária sobre as áreas de titularidade privada: um exame acerca da proporcionalidade do artigo 23 da lei 13.465/17; Propedêutica da verdade no direito processual constitucional brasileiro; Transparência nas relações médico-paciente: a informação à luz dos direitos da personalidade; Usucapião extrajudicial: Introdução do instituto no ordenamento pátrio e os problemas decorrentes de falhas legislativas à luz de direitos fundamentais.

Diante da atualidade e relevância dos temas abordados, a preocupação acadêmica expressada nos trabalhos, bem como pertinência temática com a realidade, espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Civil Constitucional no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Prof. Dr. Riva Sobrado de Freitas – UNOESC

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr – UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO SOB A PERSPECTIVA
DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE
PARTICULARES**

**THE DICHOTOMY BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE LAW UNDER THE
PERSPECTIVE OF THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN
RELATIONS BETWEEN INDIVIDUALS**

Thiago Penido Martins

Resumo

O trabalho tem o objetivo de proceder ao estudo da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates e das construções teóricas que foram desenvolvidas ao longo das últimas décadas, na tentativa de formular proposições capazes de conciliar os direitos fundamentais em conflito no âmbito de relações jurídicas privadas e refletir acerca de dicotomia entre direito público e privado.

Palavras-chave: Eficácia, Direitos fundamentais, Relações jurídicas entre particulares, Dicotomia, Direito público e privado

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this work is to study the efficacy of fundamental rights in the context of legal private relationships, with the purpose of contributing to the development of the debates and theoretical constructions that have been developed during the last decades, in the attempt to formulate propositions capable of reconciling fundamental rights in conflict within the framework of private legal relations and reflecting on the dichotomy between public and private law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Efficacy, Fundamental rights, Private relationships, Dichotomy, Public and private law

1 Introdução

Uma das temáticas mais controversas e que tem despertado o interesse de inúmeros estudiosos é aquela relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, em especial, quando o objetivo é definir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nessas relações jurídicas. A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares assume especial relevo, haja vista que seu estudo demandará, necessariamente, a análise das relações existentes entre as normas jurídicas constitucionais e as normas jurídicas de direito privado, bem como o conflito entre direitos fundamentais no âmbito de relações jurídicas privadas.

O trabalho tem o desiderato de proceder ao estudo da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes e aperfeiçoamento das construções teóricas que foram desenvolvidas ao longo das últimas décadas, na tentativa de formular proposições adequadas, capazes de conciliar os direitos fundamentais em conflito no âmbito de relações jurídicas privadas e refletir acerca de dicotomia entre direito público e privado.

2 Repensando a dicotomia entre direito público e direito privado a partir da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é uma decorrência lógica da força normativa e irradiante das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, dentre as quais estão as normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais. Trata-se da superação da visão dicotômica do direito, segundo a qual direito público e direito privado seriam compartimentos estanques, impermeáveis e incomunicáveis, conforme fora sustentado pela doutrina alemã do século XIX.

Essa visão compartimentada do Direito, que predominou até meados do século XX, partia do pressuposto de que as normas constitucionais não poderiam assumir uma função protetora ou garantidora de direitos fundamentais no âmbito de relações jurídicas privadas, uma vez que essas funções deveriam ser exercidas pelas normas jurídicas de direito privado, fato que explicava, à época, a propalada primazia do Direito Privado sobre o Direito Constitucional, bem como o dogma da completude do Direito Civil. Tratava-se de uma visão essencialmente legicêntrica que se assentava na crença da legitimidade dos parlamentos,

enquanto órgãos de representação popular, para a criação das normas jurídicas e obrigações legais e na ilegitimidade dos órgãos jurisdicionais para a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.¹

No modelo oitocentista, às codificações civis competia disciplinar de forma detalhada as condutas humanas e suas consequências jurídicas, de modo que a função dos órgãos jurisdicionais deveria se limitar à realização de simples silogismos jurídicos, à análise da subsunção dos fatos às normas jurídicas. Nesse contexto, acreditava-se na onipotência dos órgãos legislativos e no servilismo dos órgãos jurisdicionais à lei, decorrente de uma concepção clássica do princípio da separação dos poderes.² Aos órgãos jurisdicionais competiria apenas aplicar o direito, a norma jurídica, sendo vedada qualquer atividade hermenêutica construtiva.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a relação entre direito público e privado passa por uma “mutação qualitativa essencial”³, caracterizada pela completa alteração das funções desempenhadas pelas normas jurídicas de direito público e de direito privado. Essa mudança é marcada pela passagem de uma “originária justaposição amplamente incomunicada” entre direito público e direito privado, para uma “relação de recíproca complementariedade e dependência”⁴. O próprio fenômeno da constitucionalização do direito privado surge a partir do reconhecimento da necessidade de se reinterpretar essa visão clássica e dicotômica da ciência jurídica, superando a compreensão dos direitos fundamentais como direitos de defesa ou liberdades públicas subjetivas oponíveis apenas ao poder estatal, desconsiderando a sua força normativa irradiante, sua dimensão objetiva e sua capacidade de produzir efeitos no âmbito de relações jurídicas privadas.⁵

¹ Conforme destaca Salvador Coderch: *“nadie niega hoy seriamente la relevancia de la Constitución en las normas del Derecho Privado ni su aplicación judicial, ni la necesidad de una concordancia práctica entre las normas sobre derechos fundamentales y el Derecho Privado o de conciliar el alcance de los distintos derechos fundamentales cuando se produce una colisión entre ellos en el ámbito de una relación privada negocial o extranegocial.”* (SALVADOR CORDECH, 1997, p. 99)

² Atualmente muito se discute acerca do conteúdo do princípio da separação de poderes e das funções a serem desempenhadas pelos órgãos legislativos e jurisdicionais. Em decisão proferida no julgamento do Mandado de Injunção n.º, o Supremo Tribunal Federal destaca a necessidade de se revistar o conteúdo do princípio da separação dos poderes e superar a sua concepção clássica, segundo a qual.

³ QUEIROZ, 2010, p. 363.

⁴ HESSE, 1955, p. 32.

⁵ Segundo destaca Canaris: *“Em quase todo e qualquer ordenamento jurídico moderno, de modo mais ou menos cogente, coloca-se a questão da relação entre direitos fundamentais e o Direito Privado. Ela radica no fato de os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um*

Há que se destacar a importância da evolução da teoria dos direitos fundamentais para o processo de superação e desconstrução da dicotomia entre direito público e privado, uma vez que, conforme destaca Leisner⁶, neste contexto em que o texto constitucional adquire centralidade perante o ordenamento jurídico, outrora ocupada pelo Direito Civil, os direitos fundamentais transformam-se em indispensáveis pontos de conexão entre a Constituição e o Direito Privado. O próprio Código Civil, acompanhando as mudanças promovidas pelo constitucionalismo contemporâneo e evolução dos direitos fundamentais, passou a dedicar alguns de seus dispositivos à proteção dos direitos de personalidade, os quais, em sua essência, também estão assegurados como direitos fundamentais pelo texto constitucional. Essa inserção de normas protetivas dos direitos da personalidade no Direito Privado contribuiu para o processo de personalização do Direito Privado e consequente matização da patrimonialidade até então dominante.

A dicotomia entre público e privado traz consigo a falsa ideia de que o direito público se restringiria a disciplinar as relações entre particulares e o poder público, quando o próprio texto constitucional contém diversas normas constitucionais que possuem como titulares particulares, tutelando-os no âmbito de suas relações jurídicas privadas. Numerosos são os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais que possuem como destinatários particulares em suas relações jurídicas privadas. Esse processo de relativização da dicotomia entre público e privado é marcado por uma profunda mudança nas relações entre as normas constitucionais, em especial, as normas de direitos fundamentais, e as normas jurídicas de direito privado, transferindo a posição de centralidade no ordenamento jurídico para o texto constitucional.⁷

grau mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo.” (CANARIS, 2003, p.9).

⁶ LEISNER, Walter. **Grundrechteundprivatrecht. Munique**, 1960.

⁷ Conforme destaca Perlinger: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora, O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global.” (PERLINGER, 1999, p.6). Veja-se também, sobre o tema, as obras de: MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional, **Revista de Direito Civil**, nº 65. p. 21-32. jul./set., 1993, pág. 22.; FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª. ed. Atual. Rio de Janeiro, Renovar, 2003a; TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1/16.; MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A normatividade da constituição e a constitucionalização do Direito Privado. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

O reconhecimento da força normativa e supremacia hierárquica das normas constitucionais, com a consequente mudança do eixo interpretativo para o texto constitucional, não tem o condão de subtrair do direito privado a sua autonomia e importância no ordenamento jurídico. É importante reconhecer que da mesma forma que o direito público possui institutos e princípios que lhes são próprios, os quais são erigidos considerando as peculiares características das relações jurídicas que pretendem disciplinar, o direito privado também possui institutos e princípios que lhe são próprios e lhes dão essência, de modo que, mesmo diante do reconhecimento da força normativa e irradiante das normas constitucionais, é indispensável que o intérprete não desconsidere as normas de direito privado vigentes e a princiologia que lhe é inerente.^{8 9}

Muitas são, todavia, as situações em que o direito público recorre aos institutos ou princípios inerentes ao direito privado, para atender a situações específicas. Canotilho adverte que mesmo diante dessa aproximação entre direito público e privado e dos influxos das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, não se pode pretender transformar a Constituição em um supercódigo, nem reduzir o direito privado a um simples direito constitucional concretizado, competindo ao intérprete observar as especificidades e peculiaridades das relações jurídicas entre particulares e aquelas inerentes as relações entre os particulares e o poder público, bem como respeitar as decisões legislativas contidas nas normas jurídicas de direito privado decorrentes do livre exercício das competências constitucionais pelo legislador, desde que, obviamente, estejam em conformidade com o texto constitucional.¹⁰

⁸ Preleciona Canotilho, *“A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – veem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transforma-se em direito de não liberdade do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais.”* (CANOTILHO, 2006, p.211)

⁹ Conforme destaca Nery: *“As situações jurídicas privadas pautam-se pela igualdade e pela liberdade, enquanto que as situações jurídicas públicas têm embasamento em princípios diferentes, dos quais os da autoridade e da competência são os mais marcantes. Em virtude disso, os sujeitos de direitos, no âmbito das situações particulares, podem agir livremente no contexto das situações jurídicas que não lhe sejam proibidas (atipicidade dos negócios jurídicos). Diferentemente se dá com o sujeito que realiza atos e negócios que se inserem no contexto do trato das coisas públicas, a quem se permite apenas a realização daquilo para cujo exercício esteja previamente autorizado (princípio da legalidade e tipicidade dos negócios de direito público).”* (NERY, 2008, p. 172)

¹⁰ CANOTILHO, 2006, p. 1288.

Nery aduz que a despeito a autonomia estrutural e principiológica existente entre direito público e direito privado, não se pode admitir e fomentar a existência de um dualismo dogmático-jurídico, no qual o direito público seja compreendido como o ordenamento do bem comum e o direito privado como uma ordem jurídica egoística e individualista de utilidade privada. O ordenamento jurídico não pode se orientar por princípios contraditórios sob pena de perda de sua unidade e quebra de sua sistematicidade, comprometendo a segurança jurídica das relações sociais.¹¹ Nessa perspectiva o texto constitucional assume a função de centro axiológico normativo do ordenamento jurídico, tornando-se responsável por promover e assegurar a unidade e harmonia normativa.

Sarmiento¹², defensor da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, analisando o fenômeno da constitucionalização do direito privado, tece relevantes observações acerca dos riscos de uma “panconstitucionalização” ou “constitucionalização metodologicamente descontrolada”. Para o autor, a constitucionalização descontrolada e excessiva do direito privado poderia se apresentar antidemocrática, ao subtrair do povo, o direito de, mediante representantes eleitos e observado o devido processo legislativo, decidir sobre aspectos da vida privada, bem como provocar uma “anarquia metodológica”, decorrente da utilização irracional e não intersubjetivamente controlável de preceitos constitucionais semanticamente vagos, abstratos e abertos na resolução dos casos concretos pelos órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, Sarmiento destaca que:

Muito mais que servos autômatos da lei, os juízes, sobretudo os investidos de jurisdição constitucional, tornaram-se guardiões dos direitos fundamentais e partícipes, em alguma medida, no próprio processo de criação do Direito – o que não deixa de suscitar uma série de questões complexas, seja no que tange à sua legitimação democrática, seja no que concerne aos cuidados metodológicos necessários à compatibilização deste ativismo com os postulados imanentes ao Estado de Direito, ligados à previsibilidade e à segurança jurídica (SARMENTO, 2007, p. 121).

Do mesmo modo que as normas jurídicas de direito privado devem ser interpretadas em conformidade com o texto constitucional, garantindo a unidade do ordenamento jurídico, deve-se atentar para a necessidade de se respeitar a competência decisória do legislador, no cumprimento de sua função constitucional de densificar e concretizar o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. O reconhecimento da força normativa,

¹¹ NERY, 2008, p. 172.

¹² SARMENTO, 2007, p. 115.

superioridade e fundamentalidade das normas constitucionais, tem o condão de proporcionar-lhes a possibilidade de irradiarem seus efeitos por todo o tecido normativo, tornando questionável a visão liberal e clássica assentada na contraposição rígida entre direito público e direito privado. Ao irradiarem seus efeitos para todo o tecido normativo, as normas constitucionais ampliam a sua efetividade e promovem mudanças substantivas nas relações entre direito público e direito privado, entre as normas constitucionais e as normas de direito privado, viabilizando as discussões entorno da eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

3 Repensando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas exige a adoção de soluções diferenciadas, que não se limitem a defender de maneira uniforme o reconhecimento da eficácia imediata ou mediata.¹³ A exigência por soluções diferenciadas decorre, principalmente, do fato de que a questão deverá ser analisada considerando os direitos fundamentais em conflito, bem como as especificidades do caso concreto. Ademais, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não deve ser analisada a partir do pressuposto de que eficácia imediata e mediata são formas incompatíveis e excludentes de incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, pois conforme destaca Andrade:

A análise concreta das soluções resultantes das diversas posições defendidas mostrava que as teorias, para além de estarem de acordo quanto à existência de uma vinculação, surgiam mitigadas, procurando cada uma conciliar ou adaptar sua tese central com os princípios ou situações que eram, afinal, os que fundavam a argumentação das outras. Por vezes, todas as teorias, partindo de pressupostos distintos ou operando por vias diversas, chegavam ao mesmo resultado prático (ANDRADE 2009, p. 239).¹⁴

¹³ SILVA, 2008, p. 134; SARLET, 2009, p. 358.

¹⁴ Vale comunga no mesmo entendimento ao sustentar que, “o grande equívoco que paira sobre as construções teóricas a respeito da maneira como os direitos fundamentais influenciam a seara privada é, sobretudo, o fato de que cada teoria trata o assunto de forma a excluir as demais, como se eficácia mediata, imediata e eficácia produzida por direitos de defesa e de prestação fosse categorias inconciliáveis entre si. Cada construção teórica, portanto, concebe-se como única correta, negando as demais.” (VALE, 2004, p. 170).

A superação dessa visão dicotômica entre eficácia imediata e mediata perpassa pelo reconhecimento da multifuncionalidade e pluralidade de funções que exercem os direitos fundamentais, em especial, da capacidade de irradiarem seus efeitos por todo o ordenamento jurídico. Veiculados mediante normas constitucionais, os direitos fundamentais assumem uma posição privilegiada dentro do ordenamento jurídico, em razão de sua superioridade hierárquica, característica que exige que todas as demais normas jurídicas integrantes do ordenamento jurídico estejam em conformidade com o seu conteúdo. A construção de um modelo de contenha soluções diferenciadas, que transcendam a propalada dicotomia entre eficácia direta e indireta das normas de direitos fundamentais, pressupõe, de início, releitura da concepção clássica dos direitos fundamentais como direitos de defesa ou liberdades públicas oponíveis apenas ao poder público.¹⁵

É possível sustentar, em essência, que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é uma decorrência lógica do fenômeno da constitucionalização do direito privado, que traz consigo a ideia de irradiação dos efeitos das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, inclusive das normas constitucionais de direitos fundamentais. Ainda que, na atualidade, a irradiação de efeitos das normas constitucionais tenha adquirido maior aceitação, isso nem sempre ocorreu, principalmente em se tratando de irradiação de efeitos das normas constitucionais sobre o direito privado e as consequências sobre o primado a autonomia privada e tutela da liberdade contratual.¹⁶

A irradiação dos efeitos das normas constitucionais de direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre as relações jurídicas entre particulares, acaba por conduzir as discussões sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas para a discussão acerca da colisão de direitos fundamentais concretizada no tráfico privado, em regra, traduzida pelo conflito entre a autonomia privada e os demais direitos fundamentais, que se desdobrará, ao final, na discussão relativa à constitucionalidade das limitações impostas aos direitos fundamentais no âmbito de relações jurídicas entre particulares em decorrência do exercício da autonomia privada.

A irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais para as relações jurídicas privadas, não poderá desconsiderar que o direito privado possui principiologia própria, que

¹⁵ Nesse sentido destaca Canotilho que, “o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/imediata a favor de soluções diferenciadas” e conclui “essa eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade e pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.” (CANOTILHO, 2003, p. 1208-1209).

¹⁶ SILVA, 2008, p. 41.

não poderá ser distorcida ou deturpada. É por este motivo que o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas deverá necessariamente considerar a importância de se proteger da autonomia privada e liberdade enquanto fontes e princípios basilares do Direito Privado, em especial, como fonte dos negócios jurídicos.¹⁷ A atividade legislativa, nessa perspectiva, deve cumprir importante função na concretização dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, em especial, em seu dever de conformar o exercício da autonomia privada compatibilizando-a com a proteção dos demais direitos fundamentais, limitando aquele exercício se dê de forma abusiva.

Conforme destaca Vale, independente do ponto de vista adotado, deve-se privilegiar o papel a ser desempenhado pelo legislador na densificação do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, uma vez que:

(...) não há maiores discussões sobre o papel preferencial exercido pelo legislador democrático na operação de acomodação dos direitos fundamentais no cenário privado. Não cabe dúvida, que tanto neste âmbito como no campo das relações entre indivíduo e Estado, a lei é o instrumento mais apropriado para essa função. Dessa forma, qualquer que seja a posição que se mantenha a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o protagonismo do legislador é um dado unanimemente reconhecido (VALE, 2004, p. 76).

Silva também destaca a importância da atividade legislativa na concretização do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, ao assim prelecionar:

A existência de um Código Civil, cujas normas tem, em geral, a estrutura de regras, impede, prima facie, uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares. Os efeitos desses direitos chegam às relações jurídicas entre particulares pela via indireta isto é, para usar a expressão de DURIG, por meio do direito privado. O direito privado deve servir, nesse caso, de transporte para os direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, o que exige, portanto, uma interpretação dos dispositivos jusprivados sempre tendo com base os princípios constitucionais (SILVA, 2008, p. 121).

¹⁷ Conforme destaca Alexy, “o tribunal civil tem que levar em consideração os princípios de direitos fundamentais favoráveis às posições alegadas pelas partes; mas, de outro, ele também tem que aplicar o direito privado vigente, a não ser que ele seja incompatível com todas as possíveis interpretações dos princípios constitucionais. O fato de não serem apenas os princípios de direitos fundamentais que tem que desempenhar um papel nos casos de efeitos perante terceiros, mas também o direito privado, é algo que pode ser percebido a partir da constatação de que os princípios, em muitos casos, aceitam diversas soluções como constitucionalmente possíveis, e de que o juiz não está submetido apenas à vinculação a princípios materiais, mas também a diversas outras vinculações, como, por exemplo, àquela que decorre do princípio formal do respeito às decisões do legislador democraticamente legitimado e da consideração dos precedentes.” (ALEXY, 2014, p. 537)

A atividade legislativa nem sempre conseguirá disciplinar e concretizar o conteúdo das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, nem mesmo problematizar e estabelecer soluções prévias para todos os conflitos jurídicos possíveis. Nessas situações, em que o legislador for omissivo, uma vez que não é plausível acreditar ou confiar em sua onisciência, os órgãos jurisdicionais assumirão a função de concretizar o conteúdo dos direitos fundamentais no âmbito daquela relação jurídica entre particulares, mediante a interpretação das cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, pela interpretação das normas jurídicas de direito privado vigentes em conformidade com o texto constitucional, ou, inclusive, pela aplicabilidade direta do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, em razão de sua dimensão objetiva e seu efeito irradiador.¹⁸

Inadequado, portanto, condicionar ou limitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas à prévia atividade mediadora concretizadora do legislador, dada a impossibilidade de que este anteveja e contemple todas as situações e conflitos possíveis entre os direitos fundamentais.¹⁹ Bokenforde, sustenta que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não pode ficar refém e condicionada à normatização infraconstitucional, razão pela qual, diante da possibilidade de insuficiência normativa, bem como da inexistência de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, necessário admitir e reconhecer a eficácia direta das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, a partir das especificidades do caso concreto.²⁰

Nesse sentido, Novais sustenta que a teoria da eficácia mediata não proporciona uma resposta satisfatória nos casos em que inexistente densificação legislativa, uma vez que, diante da omissão legislativa, os direitos fundamentais acabariam ficando completamente desprotegidos de possíveis agressões perpetradas por outros particulares, não sendo plausível e aceitável que em nome do princípio da separação de poderes ou da suposta proteção da autonomia do

¹⁸ Conforme destaca Sombra: *“Não restam dúvidas, portanto, de que a lei consubstancia o mecanismo teoricamente mais apropriado, em termos de segurança jurídica e isonomia, para a concretização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, todavia, devem ser considerados dos aspectos de fundamental importância: a omissão inconstitucional e a incapacidade legislativa de dirimir todas as possíveis tensões entre direitos fundamentais em abstrato.”* (SOMBRA, 2004, p. 167) Bilbao Ubillos, reconhecido como defensor da eficácia direta dos direitos fundamentais, salienta a primazia da atividade legislativa, ao sustentar que: *“Esta competência se fundamentaria em dos argumentos, que me parecem válidos. En primer lugar, la concreción legislativa de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, mediante la promulgación de leyes antidiscriminatorias, por ejemplo, comporta muchas veces limitaciones de la libertad individual, que deberían imponerse por el legislador. Y en el segundo lugar, el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales constituye una opción de política legislativa porque la Constitución no impone un nivel determinado (...) sino únicamente un nivel mínimo.”* (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 292)

¹⁹ Em igual sentido, SOMBRA, 2004, p. 168.

²⁰ BOKENFORD, 1993.

direito privado se justifique a impossibilidade dos órgãos jurisdicionais resolverem conflitos privados aplicando diretamente os direitos fundamentais positivados no texto constitucional.

E conclui que:

(...) se o princípio da autonomia privada fosse justificação suficiente para recusar a aplicação das normas constitucionais, permaneceria sem fundamento a própria instituição da jurisdição constitucional, pois a recusa de intervenção do judiciário numa situação de omissão legislativa teria, em rigor, de ser acompanhada de análoga recusa de possibilidade de controle de constitucionalidade da legislação civil (NOVAIS, 2007, p. 360).

Contrariamente ao que se possa pressupor, eficácia direta e indireta, são construções teóricas compatíveis e complementares, constituindo perspectivas de um mesmo fenômeno, a serem adotadas em situações e momentos distintos da irradiação dos direitos fundamentais para as relações jurídicas privadas. Por esse motivo, uma solução que se pretenda adequada e aspire contribuir para o desenvolvimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, perpassará, necessariamente, pelo reconhecimento da coexistência de diversas formas de eficácia, cada qual se referindo a um determinado aspecto do problema, sem que deva existir qualquer pretensão de primazia entre si.

Para Alexy, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se reduz, em última instância, ao conflito entre princípios ou bens constitucionais e, portanto, a uma questão de ponderação, na qual o mais relevante não é o como, mas sim, o resultado a ser alcançado, qual seja, o reconhecimento de que os direitos fundamentais são eficazes nas relações jurídicas entre particulares. Destaca Alexy, todavia, que por mais que os resultados sejam equivalentes²¹, independentemente da construção teórica adotada, tal fato não torna desnecessário o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, dada a necessidade de se construir um modelo lógico que compatibilize e harmonize os principais contributos de cada uma das construções teóricas desenvolvidas, bem como seus aspectos mais relevantes, com o desiderato de tornar transparente e racional o processo hermenêutico de incidência dos

²¹ Segundo Alexy: “O fato de as três construções serem equivalentes nos resultados não significa que a questão acerca de sua correção seja irrelevante. A pergunta sobre como tem de ser pensado em cada caso o efeito dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no direito civil é algo que deve ser respondido não apenas porque a Ciência do Direito não se satisfaz com a simples obtenção de resultados corretos ou aceitáveis, sem considerações acerca de sua construção, mas também porque sem uma construção correta não é possível um quadro preciso do efeito dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico.” (ALEXY, 2014, p. 533) Em igual sentido, Bilbao Ubillos sustenta que não consegue enxergar diferenças entre as teorias da eficácia direta e indireta, ao assim se pronunciar: “no veoninguna, fracamente. A lamismasolución se puedellegar (con clausulas generales o sinellas) aplicando enel momento de interpretar las normas de derecho privado el principio general. El efecto de irradiación de losderechosfundamentalesenla esfera del derecho privado, no aporta, em realidade, nada de nuevo.” (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 313).

preceitos de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, observando, caso a caso, as especificidades fáticas e jurídicas, bem como o direito fundamental em questão.

Vale, também destaca a necessidade de se construir um modelo diferenciado para a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, a partir da superação da dicotomia entre eficácia direta e indireta, uma vez que, segundo o autor, “uma das principais razões pelas quais permanece pendente a polêmica a respeito de como incidem os direitos fundamentais no âmbito privado é o fato de as construções teóricas serem defendidas como se cada uma fosse a correta, de forma a se excluïrem as demais”²², entendimento igualmente perfilhado por Canotilho²³, para quem a questão demanda a construção de soluções diferenciadas e Gutierrez²⁴, que sustenta que as construções teóricas da eficácia direta e indireta, além de razoáveis e compatíveis, por não produzirem resultados contraditórios, aspiram e postulam à aplicação coordenada e complementar.²⁵ Novais²⁶ destaca que tanto a teoria da eficácia imediata, eficácia mediata e teoria dos deveres de proteção, a despeito de apresentadas como antagônicas, adotam a premissa de que competirá, inicialmente, aos órgãos legislativos, conformar o exercício da autonomia privada e liberdade contratual ao conteúdo dos direitos fundamentais.

A dicotomia entre eficácia direta e indireta acaba perdendo parte de seu sentido em ordenamentos jurídicos caracterizados pela coexistência dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade. Ao se reconhecer que todos os juïzos são dotados de jurisdição de constitucionalidade, possuindo competência constitucional para afastar a aplicabilidade de normas jurídicas eivadas de inconstitucionalidade, bem como para interpretá-las em conformidade com o texto constitucional, caminha-se no sentido de se admitir que qualquer relação jurídica privada possa ser objeto de análise de sua conformidade com o texto constitucional, seja mediante a eficácia direta ou indireta das normas de direitos fundamentais.

²² VALE, 2004, p. 95.

²³ CANOTILHO, 2003, p. 1208

²⁴ GUTIERREZ, 2010, p. 22

²⁵ Conforme destaca Bydlinski, citado por Silva: “Se as normas de direitos fundamentais são aplicáveis diretamente ou se elas simplesmente adentram no direito privado por meio de seus conceitos e cláusulas gerais é questão que não tem necessariamente influência sobre o grau de relativização dos direitos fundamentais. Pode-se proceder, no sopesamento entre o direito fundamental envolvido e a liberdade individual, de forma mais rígida ou mais flexível e o mesmo pode ocorrer por intermédio da cláusula dos bons costumes (...) É possível se basear somente nas cláusulas gerais (...) nas cláusulas gerais combinadas com os artigos de direitos fundamentais ou recorrer somente a esses últimos, sem que isso faça alguma diferença na definição do resultado.” (SILVA, 2008, p. 142)

²⁶ NOVAIS, 2007, p. 232

A questão, portanto, desbordará e redundará na análise da constitucionalidade das restrições estabelecidas aos direitos fundamentais em decorrência do exercício da autonomia privada e da liberdade de contratação, a partir da ponderação dos princípios constitucionais e ou bens constitucionais em conflito.

Nos casos em que o legislador densificou o conteúdo do direito fundamental, disciplinando a forma de sua aplicação às relações jurídicas privadas, duas situações podem se verificar. A primeira situação verificar-se-á quando se constatar a existência de normas infraconstitucionais que, a despeito de terem o propósito de densificar a aplicação de determinado direito fundamental às relações jurídicas entre os particulares, apresentam-se incompatíveis com o texto constitucional. Nesta hipótese, competirá ao intérprete promover a interpretação e aplicação da norma jurídica de direito privado em conformidade com o texto constitucional. Sendo impossível atribuir-lhe interpretação conforme a Constituição, outra medida não restará senão a declaração de sua inconstitucionalidade. A segunda situação verificar-se-á quando se constatar a existência normas infraconstitucionais que, a despeito de terem o propósito de densificar o conteúdo de direitos fundamentais, o fazem de forma insuficiente. Nesta hipótese competirá ao intérprete promover a integração do conteúdo das normas jurídicas de direito privado com o conteúdo das normas constitucionais de direitos fundamentais, em especial, mediante as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Em ambas situações, os órgãos jurisdicionais, em respeito ao princípio democrático e a separação de poderes, não poderão desprezar as decisões legislativas que estão materializadas nas normas jurídicas infraconstitucionais, salvo na hipótese de vício de inconstitucionalidade, situação na qual a norma jurídica deverá ser declarada inconstitucional e ter afastada sua aplicabilidade.²⁷ Seja na hipótese em que se afasta a aplicabilidade de uma norma jurídica em decorrência de sua inconstitucionalidade, seja na hipótese de ser necessária a integração do conteúdo da norma jurídica de direito privado, por se entender que a densificação legislativa fora insuficiente, estar-se-á diante do reconhecimento da força normativa das normas de direitos fundamentais e sua capacidade de irradiar efeitos sobre as relações jurídicas privadas.²⁸ Conforme destaca Silva:

²⁷ Conforme destaca Julio Estrada: *“enun Estado de Derecho, y envirtud del principio democrático, no cabe duda que él órgano que ostenta la representación popular há de gozar de la primacia para la concreción de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico civil.”* (JULIO ESTRADA, 2000, p. 210) Em igual sentido, sustenta Steinmetz que, *“em virtude dos princípios democráticos e da separação de poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de pose (ônus da argumentação), afastar-se da solução legislativa.”* (STEINMETZ, 2004, p. 26).

²⁸ Conforme destaca Perlinger: *“a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a fattispecie em consideração) ser a fonte da disciplina de uma*

Há, no entanto, diversas situações para as quais somente uma aplicação direta dos direitos fundamentais pode fornecer uma solução adequada. Essas situações são aquelas para as quais não há mediação legislativa ou que a atividade legislativa se tenha mostrado insuficiente. É na aplicação direta, portanto, que os problemas se tornam mais agudos, pois é nesses casos que os direitos fundamentais mais diretamente se chocam com a autonomia privada. A principal questão a ser resolvida nesse ponto é a forma de combinar essa autonomia com direitos fundamentais que, aplicados diretamente à relação entre particulares, tendem a eliminá-la (SILVA, 2008, p. 148).

Analisando profundamente a questão, verifica-se que, independentemente da adoção da eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais, em razão da vinculação direta dos poderes constituídos às normas constitucionais, bem como dos deveres de proteção que lhe são inerentes, em especial, aos órgãos jurisdicionais, estes acabarão, ao final, chegando ao mesmo resultado, qual seja, a irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito privado.²⁹Essa conclusão corrobora para a necessidade de se superar a dicotomia entre eficácia imediata ou mediata, para buscar uma solução diferenciada para a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídica contratuais entre particulares, sem desprezar os contributos de cada uma das construções teóricas para a temática. Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas e a atuação dos órgãos jurisdicionais, destaca Canotilho que:

Os juízes, embora vinculados em primeira linha pela mediação legal dos direitos, liberdades e garantias, devem também dar operatividade prática à função de proteção (objectiva) dos direitos, liberdade e garantias. a) em primeiro lugar, devem fazer a aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a Constituição. b) se a interpretação conforme direitos, liberdades e garantias for insuficiente cabe sempre na competência dos tribunais a desaplicação da lei (por inconstitucional) violadora dos direitos (subjectivos) ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais. c) a interpretação

relação jurídica de direito civil.” E conclui, “a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.” (PIERLINGERI, 2002, p 11)

²⁹ Essa afirmativa não indica que em todos os casos de conflitos de direitos fundamentais com a autonomia privada esta sempre terá sua eficácia afastada para dar lugar aos demais direitos fundamentais. Conforme se demonstrará ao longo do trabalho, a autonomia privada, enquanto relevante direito fundamental, essência do Direito Privado e fonte dos negócios jurídicos, prevalecerá em inúmeras situações de conflito. Ademais enquanto direito fundamental, a autonomia privada também irradia seus efeitos por todo ordenamento jurídico. Conforme destacou Leisner, citado por Alexy, “o efeito perante terceiros será, no final de contas, sempre um efeito direto.” (ALEXY, 2014, p. 540)

conforme os direitos, liberdades e garantias das normas de direito privado utilizará como instrumentos metódicos não apenas as clássicas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados (boa-fé, abuso de direito), mas também as próprias normas consagradoras e defensoras de bens jurídicos absolutos (vida, liberdade). Trata-se, pois, de uma concretização de bens jurídicos constitucionalmente protegidos através de normas de decisão judiciais (CANOTILHO, 2003, p. 1292).

Essa perspectiva promove a superação de uma das premissas sob as quais a eficácia indireta se sustenta, uma vez que a irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais não fica restrita nem condicionada à existência de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, haja vista ser dever dos poderes constituídos, em razão de sua vinculação às normas constitucionais, dotadas de fundamentalidade, força normativa e superioridade hierárquica, atuar no sentido de garantir a máxima efetividade da Constituição. Dessa forma, quer o legislativo, ao elaborar normas jurídicas para concretizar e regulamentar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, quer os órgãos jurisdicionais ao apreciarem e julgarem litígios jurídicos entre particulares, quer o executivo ao dar executoriedade às normas jurídicas vigentes, por estarem vinculados aos direitos fundamentais tem o dever de impedir violações ao seu conteúdo, protegendo e garantindo a sua eficácia.

Sustenta Vieira de Andrade que no direito português há tendência de se superar essa dicotomia entre eficácia imediata e mediata, para ampliar a vinculação do poder público no dever de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, em nítida influência da teoria dos deveres de proteção. Assim, “quer o legislador, ao fazer as leis reguladoras das relações privadas, quer o juiz, ao resolver os conflitos entre particulares” por estarem vinculados aos direitos fundamentais, “teriam sempre de ter em conta e de aplicar os preceitos constitucionais respectivos”³⁰ Aqui, todavia, há que se destacar que, conforme aduz Canotilho, os direitos fundamentais também não podem aspirar a se transformarem em uma força conformadora das relações privadas, uma vez que uma tal pretensão teria como consequência um confisco substancial da autonomia privada, comprometendo a capacidade dos indivíduos de livremente conformarem suas relações jurídicas e desenvolverem sua personalidade.³¹

A dicotomia entre eficácia direta e indireta das normas de direitos fundamentais perde parte de seu sentido no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que as normas jurídicas de direito privado, inclusive a Lei de Introdução ao Código Civil, estão repletas de

³⁰ VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 241.

³¹ CANOTILHO, 2003, p. 1293

cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de modo que os órgãos jurisdicionais poderão promover com facilidade a irradiação do conteúdo dos direitos fundamentais para as relações jurídicas entre particulares, exemplificativamente, ao delimitar o conteúdo do que configura um abuso de direito, definir que condutas caracterizam o cumprimento da função social da propriedade, posse ou contrato, bem como quando se esta diante da violação da boa-fé objetiva ou dos bons costumes.

Esse talvez seja um dos motivos pelos quais a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não tenha sido objeto de intensos e profundos debates pelos estudiosos dos direitos fundamentais, nem mesmo sido utilizada como fundamento para a resolução de casos concretos em que haja notório conflito de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Os órgãos jurisdicionais tem se valido das cláusulas gerais do abuso de direito, da boa-fé, dos bons costumes para resolver os conflitos entre a autonomia privada e liberdade contratual e os demais direitos fundamentais, principalmente nas relações de natureza consumerista, quando considera abusivas cláusulas contratuais que restrinjam em demasia os direitos fundamentais dos consumidores.

O princípio da competência decisória de legislador expressa a ideia de que as decisões legislativas devem ser respeitadas na maior medida do possível, observadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, a atividade mediadora concretizadora a ser realizada pelo legislador deve ser considerada válida, não pelo seu conteúdo, que deverá ser objeto de controle de constitucionalidade, mas sim, pelo simples fato de que as normas jurídicas concretizadoras do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas estarem assentadas no exercício da competência democrática pelo legislador, bem como em respeito ao princípio da separação dos poderes.³² Destaque-se que as decisões legislativas materializadas mediante a edição de normas infraconstitucionais poderão ter seu sentido reconstruído, a partir da interpretação conforme a Constituição, de modo a garantir a máxima efetividade das normas constitucionais, ou ter sua aplicabilidade afastada nos casos de contrariedade de seu conteúdo com qualquer norma constitucional.³³

³² Importante destacar que todas as normas constitucionais vigentes são dotadas de presunção relativa de constitucionalidade, que pode ser absolutizada pela via das ações do controle de constitucionalidade ou afastada pelos controles difuso ou concentrado de constitucionalidade.

³³ No entendimento de Sarmiento, *“Portanto, quando o legislador já tiver concretizado alguma norma constitucional mais vaga, ou equacionado normativamente uma tensão entre princípios e valores constitucionais colidentes, a solução legislativa deve ser acatada pelo Judiciário na solução do caso, a não ser que se afigure incompatível com a própria Constituição, em abstrato ou na hipótese concreta.”* (SARMENTO, 2007, p. 142) E conclui, *“a constitucionalização do Direito pela filtragem constitucional não deve ser levada ao ponto de confiscar a liberdade decisória que, numa democracia, deve caber ao legislador. Afinal, sendo o constitucionalismo uma técnica de combate do*

Conforme destaca Sarmento, os órgãos jurisdicionais não podem agir como se o ordenamento jurídico fosse um sistema composto apenas por princípios, competindo-lhes toda a tarefa de concretização dos direitos fundamentais, comportando-se como se as regras não existissem. Nos casos em que os órgãos legislativos promoveram a concretização do conteúdo das normas de direitos fundamentais, editando normas jurídicas dotadas de presunção de constitucionalidade, surge para os órgãos jurisdicionais, no mínimo, o ônus argumentativo de demonstrar a incompatibilidade da concretização realizada com a ordem constitucional ou sua eventual insuficiência, pois “do contrário, abre-se a porta ao arbítrio e ao decisionismo, em prejuízo da segurança jurídica e da democracia.”³⁴ Os órgãos jurisdicionais não podem se transformar em substitutos do poder legislativo, se imiscuindo em sua competência, devendo observar as decisões legislativas assentadas no princípio democrático.

4 Considerações Finais

Uma das temáticas mais controversas e que tem despertado o interesse de inúmeros estudiosos é aquela relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, em especial, quando o objetivo é definir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nessas relações jurídicas, o qual demanda, necessariamente, a análise das relações existentes entre as normas jurídicas constitucionais e as normas jurídicas de direito privado, bem como o conflito entre direitos fundamentais concretizado no âmbito de relações jurídicas privadas.

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, exige, na atualidade, a adoção de soluções diferenciadas, que não se limitem a defender de maneira uniforme uma eficácia imediata ou mediata. A exigência por soluções diferenciadas decorre, principalmente, da necessidade de que a questão seja sempre analisada a partir dos direitos fundamentais em colisão, bem como as especificidades do caso concreto. Ademais, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não deve ser analisada a partir do pressuposto de que eficácia imediata e mediata são formas incompatíveis e excludentes de incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

autoritarismo, seria altamente paradoxal converter a Constituição num instrumento autoritário de modelação de todos os espaços da vida social nas mãos de juízes não eleitos.” (SARMENTO, 2007, p. 142)

³⁴ ALEXY, 2014, p. 147

A atividade legislativa nem sempre conseguirá disciplinar e concretizar o conteúdo das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, nem mesmo problematizar e estabelecer soluções prévias para todos os conflitos jurídicos possíveis. Nessas situações, em que o legislador for omissivo, uma vez que não é plausível acreditar ou confiar em sua onisciência, os órgãos jurisdicionais assumirão a função de concretizar o conteúdo dos direitos fundamentais no âmbito daquela relação jurídica entre particulares, seja mediante a interpretação das cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, seja pela interpretação das normas jurídicas de direito privado vigentes em conformidade com o texto constitucional, ou, inclusive, pela aplicabilidade direta do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, em razão de sua dimensão objetiva e seu efeito irradiador.

Quando se constatar a existência de normas infraconstitucionais que, a despeito de terem o propósito de densificar a aplicação de determinado direito fundamental às relações jurídicas entre os particulares, apresentam-se incompatíveis com o texto constitucional, competirá ao intérprete promover a interpretação e aplicação da norma jurídica de direito privado em conformidade com o texto constitucional. Sendo impossível atribuir-lhe interpretação conforme a Constituição, outra medida não restará senão a declaração de sua inconstitucionalidade. Quando se constatar a existência de normas infraconstitucionais que, a despeito de terem o propósito de densificar o conteúdo de direitos fundamentais, o fazem de forma insuficiente, competirá ao intérprete promover a integração do conteúdo das normas jurídicas de direito privado com o conteúdo das normas constitucionais de direitos fundamentais, em especial, mediante as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Em ambas as situações, os órgãos jurisdicionais, em respeito ao princípio democrático e da separação de poderes, não poderão desprezar as decisões legislativas que estão materializadas nas normas jurídicas infraconstitucionais vigentes, exceto na hipótese de vício de inconstitucionalidade, situação na qual a norma jurídica deverá ser declarada inconstitucional e ter afastada sua aplicabilidade. Seja na hipótese em que se afasta o conteúdo de uma norma jurídica em decorrência de sua inconstitucionalidade, seja na hipótese de ser necessária a integração do conteúdo de norma jurídica de direito privado, por se entender que a densificação realizada pelo legislador se deu de forma insuficiente, estar-se-á diante do reconhecimento da força normativa das normas veiculadoras de direitos fundamentais e sua capacidade de irradiar efeitos sobre as relações jurídicas privadas.

Não se pode olvidar que os órgãos jurisdicionais não podem agir como se o ordenamento jurídico fosse um sistema composto apenas por princípios, competindo-lhes toda a tarefa de concretização dos direitos fundamentais, comportando-se como se as regras não

existissem. Nos casos em que os órgãos legislativos promoveram a concretização do conteúdo das normas de direitos fundamentais, editando normas jurídicas dotadas de presunção de constitucionalidade, surge para os órgãos jurisdicionais, no mínimo, o ônus argumentativo de demonstrar a incompatibilidade da concretização realizada com a ordem constitucional ou sua eventual insuficiência, sob pena de estar-se permitindo o decisionismo jurídico. Deve-se observar a principiologia própria e inerente ao direito privado, a qual não pode ser simplesmente desconsiderada.

Não se deve partir do pressuposto de que a ausência de normas jurídicas de direito privado decorre de uma omissão legislativa, uma vez que, em inúmeras situações, a ausência de normatização específica decorre do reconhecimento de que, naquela situação, deverá prevalecer a competência decisória dos particulares na conformação de seus negócios jurídicos, a qual sofrerá restrições pelos princípios gerais do direito privado, pelo respeito à ordem pública e ao direito de terceiros. Não se pode olvidar que o princípio da legalidade, uma das mais relevantes garantias fundamentais, estabelece que, no âmbito das relações jurídicas privadas, aquilo que não é proibido insere-se dentro do espaço de liberdade individual, sendo, portanto, permitido, desde que o exercício da liberdade não afronte a ordem jurídica, em especial, ao conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Referências

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

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Autonomia privada y derechos fundamentales. **Anuario de Derecho Civil**, 1993, p. 57-122.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. José Afonso da Silva (Trad.). São Paulo: Malheiros, 2014.

BILBAO UBBILOS, Juan Maria. **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado: lanoción de State action en la jurisprudência norteamericana**. Madrid: McGraw-Hill. 1997.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLTET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.145-163.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿Enqué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Juan Luis Requejo Pagés (Trad.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Orgs.) **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 108-113, 2003b.

DURIG, Gunther. **Grundrechte und Zivilrechtsprechung**. In: Maunz, Theodor (Hrsg.); Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München, 1956.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Ignacio Gutiérrez (Trad.). Madrid: Civitas, 1955, 88 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

JULIO ESTRADA, Alexei. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000, 332 p.

LEISNER, Walter. **Grundrechte und privatrecht**. Munique, 1960.

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

NEUNER, Jorg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.213-236.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SARMENTO, Daniel António de Moraes. (Org.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

PEREZ LUÑO, António Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, 234 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 359p.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007a. 503 p.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. XII, p. 297-332, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A normatividade da constituição e a constitucionalização do Direito Privado. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 362 p.

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

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Brasília, n. 5, jan./jun. de 2005.

STERN, Klaus. **Derecho Del Estado de la Republica Federal Alemana**. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón (Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Mandamentos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, p. 53-74, jul/ago/set. 2005.

VIERA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.