



Kleber Sales

# NEOCONSTITUCIONALISMO E RELAÇÕES PRIVADAS: alguns parâmetros

Samir José Caetano Martins

61

## RESUMO

Analisa os reflexos do neoconstitucionalismo no Direito Privado, destacando a importância de avaliar a extensão da aplicabilidade das normas constitucionais ao ambiente dos particulares, em que se deve considerar a tensão entre os valores patrimoniais tutelados pelo Direito Privado e os valores existenciais consagrados pela Constituição.

Entende que, embora haja consenso em torno da eleição da dignidade da pessoa humana como valor fundamental do ordenamento jurídico de qualquer Estado democrático de Direito, o mesmo não ocorre quanto à definição dos limites e possibilidades dessa dignidade, quer em relação ao Estado, quer em relação aos particulares.

Apresenta alguns critérios para a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, como o seu grau de existencialismo e o grau de essencialidade do bem, entre outros.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Privado; Direito Constitucional; neoconstitucionalismo; direito fundamental; dignidade da pessoa humana; Constituição Federal – art. 1º.

## 1 INTRODUÇÃO

De modo geral, convencionou-se apelar provisoriamente de Neoconstitucionalismo<sup>1</sup> o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo garantístico (expresso em declarações de direitos amadurecidas e em instrumentos de salvaguarda diversificados, incluindo o controle de constitucionalidade por meio de uma jurisdição constitucional) e com pretensão à efetividade (neste particular, tributável muito mais ao sentimento constitucional nutrido pelos povos do que a uma específica característica das normas constitucionais), verificado a partir de meados do século XX, como resultado das lições duramente aprendidas com os horrores da Segunda Guerra Mundial.

Usualmente, são apontados como marcos normativos desta evolução a Constituição Italiana (1947), a Lei Fundamental da Alemanha (1949), a Constituição Portuguesa (1976) e a Constituição Espanhola (1978).

No Brasil, coube à vigente Constituição da República (1988) o papel de referência legislativa dessa corrente de pensamento, que tem como um de seus principais vetores a constitucionalização dos diversos setores do ordenamento jurídico, impregnando todas as normas infraconstitucionais com o teor da outrora vagamente definida como “Carta Política”, fenômeno que revolucionou o modo de interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas, trazendo a reboque especulações que tornaram mais complexo o raciocínio jurídico e menos evidente a racionalidade das decisões judiciais.

Duas concepções digladiam-se sobre a forma de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas: a teoria da eficácia imediata (direta) e a teoria da eficácia mediata (indireta).

Segundo a teoria da eficácia mediata (indireta), a menos que a Constituição da República expressamente preveja sua aplicação às relações privadas, deve ser respeitada a liberdade dos particulares e a própria autonomia do Direito Privado: as normas constitucionais serem apenas referencial normativo para a interpretação e a aplicação das normas infraconstitucionais, cabendo privativamente ao legislador a tarefa da ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

Segundo a teoria da eficácia imediata (direta), a Constituição se aplica diretamente às relações privadas, pois não há motivo razoável para colocar as relações privadas à margem da eficácia normativa da Constituição, pois cabe ao juiz a tarefa de ponderação definitiva entre os direitos fundamentais e a autonomia privada (vale dizer: o juiz não está vinculado à postura do legislador, não havendo razão para conformar-se com a ponderação realizada ou para tomar a ausência de ponderação no caso específico como um silêncio eloquente em favor da autonomia privada).

Ao examinar as relações entre a norma constitucional e as normas infraconstitucionais que regulam as relações privadas, Pietro Perlingieri faz breve referência à disputa entre as teorias da aplicabilidade direta (imediata) e da aplicabilidade indireta (mediata) da Constituição, concluindo que

realidade socioeconômica oitocentista “ou melhor, setecentista”, impondo-se com vigor cada vez maior um modelo socializado, de matiz dirigista, que expressa a realidade política e socioeconômica de sociedades marcadas por conflitos sociais e por conquistas dos setores individualmente mais fracos, mas coletivamente fortes, como o dos trabalhadores<sup>3</sup>.

Poder-se-ia objetar que, embora a força normativa da Constituição se irradie sobre o Estado e sobre os particulares que nele vivem, o projeto social assumido pela Lei Maior tem como protagonista o Estado, não se podendo exigir dos particulares o esforço exigido do Estado para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

No terreno da filosofia política, Robert Nozick defendeu em uma obra clássica do neoliberalismo<sup>4</sup> que nenhum padrão de justiça distributiva era logicamente sustentável. Do ponto de vista estritamente lógico, seu postulado é convincente. Para compreender a sociedade, não bastam argumentos lógicos que ignorem séculos de lutas sociais<sup>5</sup>.

Do mesmo modo, não se pode compreender a vinculação direta dos particulares à Constituição, ignorando que a sociedade atual não é marcada por um simples diálogo entre a sociedade civil e o Estado, mas sim por um complexo debate envolvendo o Estado e os diversos grupos sociais, polarizados por uma rede de diversos interesses, ora antagônicos, ora complementares, ora competitivos, no qual o Estado, não-raro, se limita a proclamar com uma lei a vitória de um grupo social sobre outro.

A profunda mutação da forma e do conteúdo do debate social se reflete na multiplicação dos palcos deste debate: os grupos sociais não restringem o *locus* da consagração de suas conquistas apenas aos parlamentos, passando a estendê-los aos tribunais e aos gabinetes da administração pública (sobretudo em tempos de desregulamentação, no qual proliferam as agências reguladoras de importantes atividades econômicas, como a distribuição de energia elétrica, água e o fornecimento de assistência suplementar à saúde).

O dinamismo dos debates sociais alcança dimensão tamanha que a instabilidade normativa não atinge apenas a legislação por sucessivas revogações, algumas vezes acompanhada do reconhecimento jurisprudencial da retroatividade mínima: a própria coisa julgada é posta em xeque e

### *O debate sobre a constitucionalização do Direito Privado no cenário nacional foi adiado pelos ventos autoritários que marcaram o período de pós-guerra, entremeado pelas ditaduras getulistas e militares, com alguns espasmos democráticos plasmados em um desenvolvimentismo populista (...)*

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – EM ESPECIAL, DO DIREITO CIVIL

Com relação ao Direito Privado e, mais especificamente, ao Direito Civil, as características do neoconstitucionalismo que suscitam maior interesse são a interpretação das leis conforme a Constituição e a aplicação direta da Constituição, aspectos nem sempre conjugados pela doutrina especializada.

*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<sup>2</sup>.*

Há quase meio século, Michele Giorgiani denunciava o esgotamento do modelo individualista do Direito Privado, de matiz voluntarista, que expressava uma

relativizada em situações de conflito com direitos fundamentais. A trilogia da segurança jurídica, caracterizada pela combinação do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada não pode mais ser explicada nos termos taxativos em que tradicionalmente era exposta pela doutrina.

Na doutrina pátria a discussão em torno do tema é mais recente: há apenas vinte anos e com certo pioneirismo, Orlando Gomes denunciou a crise do paradigma individualista simbolizado pelo Código Civil de 1916, com o surgimento de um verdadeiro polissistema formado por leis especiais voltadas à regulação de setores expressivos da vida nacional, como o parcelamento do solo urbano, a propriedade industrial, o inquilinato e a situação jurídica da mulher casada, que rompeu com o mito da unidade, generalidade e simplificação que conferia o tom da legislação civil e consolidou uma nova espécie de legislador que os movimentos sociais reclamaram: o legislador engajado em um projeto constitucional (a Constituição como “centro do universo jurídico”), que não se limitasse a criar leis repressivas, mas também leis promocionais<sup>6</sup>.

O debate sobre a constitucionalização do Direito Privado no cenário nacional foi adiado pelos ventos autoritários que marcaram o período de pós-guerra, entremeados pelas ditaduras getulistas e militares, com alguns espasmos democráticos plasmados em um desenvolvimentismo populista: falar em “socialização” do Direito Privado poderia trazer ao estudioso a pecha de “comunista” ou “subversivo”, com todas as perseguições políticas daí decorrentes.

Durante esse período, a legislação extravagante evoluía lentamente, trazendo certos avanços sociais, mas continuava portadora de uma racionalidade pagã, que não recebera o batismo da democracia. Em verdade, a legislação espelhava o perfil de uma sociedade pretensamente tutelada pelo Estado, longe de conquistar sua emancipação. O exame atento das leis desta época revela que, como na fábula italiana, promoviam-se mudanças para assegurar que tudo continuaria como antes.

Só é possível compreender a importância da Constituição de 1988 para a reconstrução do Direito Privado brasileiro mediante o esclarecimento prévio de que se trata da única constituição verdadeiramente democrática que a nação conheceu, não tanto por suas origens (uma as-

sembléia constituinte convocada pelo Regime Militar), mas sim pelo ambiente democrático em que se desenvolveu sua paulatina concretização.

O quanto se expôs permite compreender o diferencial metodológico da Constitucionalização do Direito em relação ao pensamento jurídico tradicional, acentuada por Pietro Perlingieri: *A função do jurista é, portanto, complexa e a sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos que vão do ideológico e político ao social, ético e religioso*<sup>7</sup>.

### *Só é possível compreender a importância da Constituição de 1988 para a reconstrução do Direito Privado brasileiro mediante o esclarecimento prévio de que se trata da única constituição verdadeiramente democrática que a nação conheceu (...)*

Cabe averbar que esta metodologia fortemente influenciada pelos anseios sociais abre um novo campo de investigação aberto ao aplicador da lei, como observa o mestre italiano:

*Para o civilista apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (giudizio di meritevolezza); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc.), em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação*<sup>8</sup>.

A advertência realça que a aplicação das normas constitucionais às relações jurídicas privadas transcende a consideração pura e simples do ordenamento jurídico como sistema meramente normativo caracterizado pela unidade (tendo uma norma suprema como centro de gravidade do conjunto normativo e tendo os elementos normativos escalonados de forma que não haja antinomias): exige-se um sistema normativo permeável a elementos políticos, sociológicos e filosóficos, que con-

ferem maior dinamismo à interação entre fatos, valores e normas.

Dentro da perspectiva de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, nem sempre esta aplicação se fará sentir pelo reconhecimento de um específico direito subjetivo, como observa Daniel Sarmento:

*Na verdade, parece-nos que não é possível resumir todas as hipóteses de aplicação direta dos direitos individuais nas relações privadas à moldura, por vezes específica, do direito subjetivo. Os direitos*

*individuais podem e devem ser aplicados diretamente, por exemplo, a interpretação de cláusulas contratuais ou de outras declarações de vontade, de sentido duvidoso, independentemente da invocação de qualquer conceito jurídico indeterminado formulado pelo legislador privado. Podem e devem ser usados também como pautas exegéticas, ou, em casos patológicos, como limites externos para a regulação jurídica emanada de fontes não estatais do Direito (estatuto da associação de moradores ou do clube, convenção do condomínio, regulamento interno da escola privada etc.)*<sup>9</sup>.

O particular tem o dever de respeitar, tanto em suas ações quanto em suas omissões, os direitos fundamentais dos demais particulares mas, geralmente, não se lhe exige que proteja o próximo das agressões de terceiros<sup>9</sup>.

Esta ressalva, evidentemente, não se estende às hipóteses de omissão de socorro, que constitui crime (art. 135 do Código Penal: *Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública*).

A propósito do tema, cabe breve referência à situação corriqueira em que usuário de plano de saúde, em situação de iminente risco de vida, tem a cobertura negada pela operadora de saúde.

Nesse caso, o hospital privado não se

pode furtar a prestar socorro, mas terá o direito de efetuar a cobrança da conta hospitalar diretamente ao paciente ou a quem se apresentar como responsável pela internação, devendo informar previamente esta circunstância: a solidariedade social exige somente que não se deixe ao desamparo pessoa em iminente risco de vida, não se podendo exigir a este título que o hospital privado preste serviços gratuitos, em evidente enriquecimento sem causa do paciente e do próprio Estado, a quem incumbe o dever constitucional de assistência gratuita à saúde.

No Brasil, como observa Daniel Sarmiento, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais é amplamente dominante na doutrina e na jurisprudência<sup>11</sup>, de modo que a questão central se coloca muito mais na extensão da aplicabilidade das normas constitucionais às relações privadas.

*Embora haja firme consenso em torno da eleição da dignidade da pessoa humana como valor fundamental do ordenamento jurídico de qualquer Estado democrático de Direito, o mesmo consenso não se traduz quanto à definição dos limites e possibilidades da dignidade da pessoa humana, quer em relação ao Estado (...) quer em relação aos particulares (...)*

No atual estado dos estudos civilísticos, não parece passível de discussão a constitucionalização do Direito Privado (aí compreendidos o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor e o Direito Civil, entre outros), tendo se tornado verdadeiro lugar comum a referência aos estudos de Gustavo Tepedino<sup>12</sup> e Maria Celina Bodin de Moraes<sup>13</sup> sobre o impacto da Lei Maior sobre o Direito Civil.

Feito o breve registro dessas relevantes mutações na técnica legislativa, parece desnecessário passar em revista a trajetória do Direito Civil brasileiro desde a centralidade do Código Civil de 1916, passando pelo surgimento de leis extravagantes e pela formação de múltiplos microssistemas, até a reunificação do sistema em torno da Constituição da República.

O mais importante no atual contexto brasileiro é avaliar a extensão da aplicabilidade das normas constitucionais ao ambiente dos particulares, em que é preciso considerar a tensão entre os valores patrimoniais tradicionalmente tutelados pelo Direito Privado e os valores existenciais consagrados pela Constituição da República.

### 3 APONTAMENTO SOBRE O CONTEÚDO NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para avaliar os desdobramentos da tensão normativa gerada pelo impacto dos valores existenciais carreados pela constitucionalização sobre uma seara em que vicejava um ferrenho patrimonialismo, é preciso tomar como ponto de partida a norma de maior densidade no sistema.

Não há dúvida de que a Constituição da República elegeu a dignidade da pessoa humana como vetor normativo de máxima proeminência, como se extrai do seu art. 1º, III.

Embora haja firme consenso em torno da eleição da dignidade da pessoa humana como valor fundamental do ordenamento jurídico de qualquer Estado democrático de Direito, o mesmo consenso não se traduz quanto à definição dos limites e possibilidades da dignidade da pessoa humana, quer em relação ao Estado (cujas

exigências do preceito são cerceadas pelas famosas “escolhas trágicas” e pelo velho discurso da reserva do possível), quer em relação aos particulares (cujas exigências do preceito são questionadas diante da liberdade do indivíduo, que, em princípio, não pode ser compelido a lançar-se sem reservas no projeto de construção de uma sociedade solidária).

De modo geral, a abordagem do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana assume duas vertentes: uma enumerativa, que busca pinçar os direitos fundamentais mais relevantes para a pessoa e inseri-los sob a capa da dignidade, e outra ampliativa, que abarca sobre a dignidade, em certo grau a ser definido conforme o caso concreto, todos os direitos fundamentais (individuais e sociopolítico-econômicos).

Maria Celina Bodin de Moraes enfeixa, sob a capa da dignidade da pessoa humana, a salvaguarda dos princípios da igualdade (que consiste no direito a não receber tratamento discriminatório: em ver respeitadas as suas peculiaridades – direito à diferença – e em obter o mesmo tratamento dos demais – direito à igualdade perante a lei<sup>14</sup>) da integridade física e moral (no qual se insere o direito a não ser torturado e o direito à existência digna), da liberdade (em que se inserem a privacidade, a intimidade e o livre exercício da vida privada) e da solidariedade (definido como um “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”, inserindo-se aí a disciplina da responsabilidade civil, especialmente nos casos de danos aos consumidores e ao meio ambiente)<sup>15</sup>.

Antonio Junqueira de Azevedo observa que o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana pressupõe a intangibilidade da vida humana (de que se extraem conseqüências como a proibição da eutanásia<sup>16</sup>, a proibição do abortamento do embrião<sup>17</sup> e a impossibilidade da introdução legislativa da pena de morte) e carrega como conseqüências o respeito à integridade física e psíquica da pessoa<sup>18</sup> (por força do qual, nos casos de danos à pessoa, a responsabilidade civil objetiva passa a ser a regra e a responsabilidade civil subjetiva passa a ser a exceção<sup>19</sup> e por força do qual se exige o consentimento informado do paciente para a realização de procedimentos médicos); o respeito às condições mínimas de vida (cujo exemplo de consagração mais conhecido é o regime das impenhorabilidades, especialmente do bem de família e cuja síntese mais eloqüente é a idéia de “mínimo existencial”) e o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens (no qual podem ser enquadrados os chamados “direitos da personalidade”, à exceção dos direitos à vida e à saúde, que já foram enquadrados nas categorias anteriores e sobre o qual podem ser enumerados os seguintes desdobramentos, a título meramente exemplificativo: direito ao nome, direito à liberdade – com especial destaque ao repúdio da prisão civil por dívidas, exceto as alimentares, direito à igualdade e direito à intimidade).

Em conclusão, observa o mestre paulista que, grosso modo, o conteúdo da dignidade da pessoa humana pode ser resumido no *caput* do art. 5º da Constituição: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (os tradicionalmente conhecidos como “direitos civis”).

Ana Paula de Barcellos apresenta uma noção mais ampla do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, identificando-o com os direitos fundamentais: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais (nos quais se enquadrariam os direitos sociais,



econômicos e culturais)<sup>20</sup>. Detém-se na ideia do mínimo existencial como núcleo sindicável do princípio da dignidade da pessoa humana, alinhando em seu bojo a educação fundamental (incluídos tanto o ensino regular de crianças e adolescentes quanto a educação de jovens e adultos – o antigo “supletivo”); a saúde básica (aí compreendidos o saneamento básico, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica, sustentando-se como parâmetro o plano-referência instituído pela Lei n. 9.656/98 como cobertura mínima a ser oferecida pelas operadoras de saúde); a assistência aos desamparados (observando-se a dificuldade de concretizar a assistência social sem desvirtuamentos, que a entrega de numerário aos necessitados, por exemplo, ensejaria<sup>21</sup>) e o acesso à Justiça (destacando-se neste contexto a assistência jurídica integral confiada às defensorias públicas e o benefício da gratuidade de custas e emolumentos)<sup>22</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta a seguinte definição, no plano jusfilosófico universal:

*Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>23</sup>.*

Prossegue o professor gaúcho, expondo que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos)<sup>24</sup>, pressupondo a personalidade jurídica de todos os seres humanos e abarcando um amplo espectro de direitos que inclui a vida, a liberdade pessoal, a identidade pessoal (inserindo-se aqui a autonomia o direito ao nome e a proteção à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem), a

igualdade, a integridade, a propriedade (podendo-se considerar aqui o “estatuto jurídico do patrimônio mínimo”, de resto, há muito tutelado pelo regime legal das impenhorabilidades), os direitos sociais, econômicos e culturais, tanto na sua dimensão de defesa quanto na sua dimensão prestacional (como o direito à moradia, que não significa necessariamente moradia própria) e os direitos políticos (em cujo espectro se inclui o acesso à Justiça, que deve ser assegurado não só aos cidadãos, mas também aos estrangeiros residentes ou não no País).

**(...) a dignidade da pessoa humana não serve apenas como anteparo contra ataques à pessoa, mas também como instrumento de reclamo de providências para sua plena realização.**

Os exemplos de direitos fundamentais que podem ser associados à dignidade da pessoa humana devem ser tomados tanto na sua dimensão defensiva (negativa) quanto prestacional (positiva), concluindo-se daí que a dignidade da pessoa humana não serve apenas como anteparo contra ataques à pessoa, mas também como instrumento de reclamo de providências para sua plena realização.

Serve bem ao realce deste importante aspecto, que associa a valoração das condutas comissiva e omissiva, a transcrição da passagem:

*De todos os exemplos colacionados – que de longe não esgotam o rol dos direitos fundamentais embasados na dignidade da pessoa humana – já transparece a sua referida dupla função defensiva e prestacional (negativa e positiva), inclusive na condição de posições jurídicas subjetivas. Com efeito, tal caráter dúplice manifesta-se não apenas pela circunstância – já suficientemente demonstrada – de que tanto os assim denominados direitos de defesa (ou direitos negativos), mas também os direitos a prestações fáticas e jurídicas (direitos positivos) correspondem, ao menos em regra, às exigências e constituem – embora em maior ou menor grau – concretizações da dignidade da pessoa humana, mas também pelo fato de que a dignidade decorrem, simultaneamente, obrigações de respeito e consideração (isto é, de sua não violação) mas também um dever de promoção e proteção, a ser implementado*

*inclusive – consoante já referido relativamente aos assim designados direitos sociais – por medidas positivas não estritamente vinculadas ao mínimo existencial<sup>25</sup>.*

Segundo essa concepção, o rol dos direitos fundamentais reconduzíveis à dignidade da pessoa humana ainda pode se estender além do texto constitucional, por força do § 2º do art. 5º da Constituição (Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por elas adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil

*seja parte*). Uma concepção tão ampla da dignidade da pessoa humana reclama a necessidade de saber quais direitos fundamentais efetivamente possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana, em outras palavras, se podem ser tidos como manifestação (exigência) direta ou, pelo menos, indireta desta dignidade<sup>26</sup>.

A esta equação se adiciona o elemento complicador de que ainda que se parta da premissa (não de todo inquestionável no sistema jurídico-constitucional brasileiro) de que todos os direitos fundamentais possuem, como elemento comum, pelo menos um conteúdo mínimo em dignidade, remanesce a dúvida de qual é exatamente este conteúdo em dignidade que, para além disso, poderá, ou não, coincidir com o assim denominado núcleo essencial do direito fundamental<sup>27</sup>.

#### 4 O MÉTODO TÓPICO-SISTEMÁTICO APLICADO ÀS RELAÇÕES PRIVADAS CONSTITUCIONALIZADAS

Ingo Wolfgang Sarlet sintetiza a metodologia a ser aplicada na perspectiva constitucionalizada das relações privadas ao afirmar que:

*No âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos funda-*

mentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um<sup>28</sup>.

De fato, como se observou, a consagração da plena normatividade dos princípios, sobretudo os de hierarquia constitucional, gerou a necessidade de recorrer-se a uma técnica de conjugação, a ponderação de bens e interesses, que busca equilibrar valores conflitantes por meio de um raciocínio interpretativo com pretensão à concordância da comunidade (afinal, não se concebe que uma decisão, num Estado democrático de Direito, não traga insita a aspiração ao reconhecimento de sua legitimidade), o que se espelha nas teorias da argumentação.

A dificuldade na aplicação da ponderação de bens está em definir-se, na colisão entre dois princípios, qual deles deverá ceder espaço ao outro.

Esta dificuldade metodológica não passou despercebida a Luís Roberto Barroso, que anotou: *A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.*

Para tentar eliminar o alto grau de subjetivismo que o neoconstitucionalismo ensaja, com a larga aplicação de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, é preciso compreender as etapas de aplicação da ponderação de bens e, finalmente, buscar critérios para orientar esta aplicação.

Luís Roberto Barroso descreve três etapas pelas quais o intérprete deve passar para realizar a ponderação: a identificação das normas relevantes para a solução do caso concreto, que devem ser agrupadas em função da solução a que conduzam, identificando-se desde já eventuais conflitos entre as normas identificadas; o exame da interação entre os fatos deduzidos do caso concreto e as normas, destacando-se as conseqüências práticas da incidência de cada norma e confrontando-se os fatos e as normas, escolher qual das soluções aventadas deverá prevalecer em relação às demais, determinando-se ainda o grau desse prevailecimento, tendo como norte os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

***Para tentar eliminar o alto grau de subjetivismo que o neoconstitucionalismo ensaja, (...) é preciso compreender as etapas de aplicação da ponderação de bens e, finalmente, buscar critérios para orientar esta aplicação.***

A esta altura, Barroso reconhece que *é certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências.*

Apointa a falta de critérios apriorísticos para o exame da regularidade da ponderação, ao dizer: *a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou*

*axiológicas para a valoração a ser feita.*

Sem embargo da conclusão inevitável, o constitucionalista carioca observa que a ampla margem de discricionariedade do juiz (ensejada pela falta de critérios objetivos) deverá, como regra, ficar adstrita às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer uma solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer, averbando que *a existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial*<sup>29</sup>.

Partindo do ponto em que a exposição de Barroso se encerrou, surge uma perplexidade que não tranqüiliza o aplicador da lei em busca de segurança jurídica (e, quiçá, também de uma justiça apreensível): se a regra é que o juiz só promova a ponderação de bens em hipóteses de lacuna do ordenamento, quais seriam as exceções?

Se admitirmos que a supremacia da Constituição empresta aos princípios constitucionais a força não só de integrar o sistema jurídico, mas também de eliminar suas disfunções (e não pode ser diferente, diante da força normativa da Constituição), será forçoso admitir que o juiz é convocado a aplicar a ponderação de bens, que remonta ao próprio senso de justiça – o que também é reconhecido por Barroso –, em qualquer caso em que o princípio reclame sua satisfação segundo as diretrizes traçadas pela Constituição.

Pouco conforta a recondução do raciocínio ao princípio da unidade da Constituição, diante da constatação de que, embora não haja hierarquia normativa entre as normas constitucionais, é possível reconhecer uma hierarquia axiológica entre as normas, sobretudo se tomarmos em conta o núcleo imodificável da Constituição, ou seja, as “cláusulas pétreas” (§ 4º do art. 60 da Constituição da República) em relação a outras normas<sup>30</sup>.

Com efeito, embora se considere que as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia, quem proclamaria que a plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana deveria ceder passo ao princípio da livre-iniciativa, num confronto entre estas normas?

A conclusão inarredável é, respeitado o espaço de discricionariedade legislativa e administrativa, que não há limites ao emprego da técnica de ponderação de bens e interesses: o neoconstitucionalismo consagrou a abertura da Caixa de Pandora, reconhecendo que ao Poder Judiciário cabe inescapável monopólio da última palavra, sendo inútil lançar mão de artifícios com a exigência de cega obediência à lei escrita e a medidas hermenêuticas previsíveis (interpretação literal, sistemática, histórica, teleológica) para proclamar uma falsa segurança jurídica.

Na falta de elementos objetivos, o controle de legitimidade da ponderação pelo juiz tem sido realizado pelo exame da argumentação (ou, melhor dizendo, da fundamentação) desenvolvida<sup>31</sup>.

Sem adentrar nas (muitas) complexidades das teorias da argumentação, Luís Roberto Barroso oferece três parâmetros elementares de controle da correção da argumentação jurídica<sup>32</sup>: a capacidade de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que a apoiem e que lhe dêem sustentação; possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão – o que permite a identificação de desvios e inconsistências<sup>33</sup> e recurso aos princípios constitucionais, tanto os instrumentais quanto os materiais, advertindo que os critérios não se voltam para o problema, igualmente crucial na avaliação da legitimidade da fundamentação, do acerto na identificação dos fatos relevantes e na escolha das normas aplicáveis.

Nesse contexto, destaco a observação de Barroso: *como é corrente, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao direito; mas quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, porque decidiu por uma direção ou sentido e não por outro.*

Em sentido semelhante é o magistério do genial Michele Taruffo, para quem a motivação da sentença judicial em um Estado democrático de Direito deve apresentar um conteúdo mínimo, que compreende: a enunciação das escolhas feitas para identificar as normas aplicáveis e para o accertamento dos fatos<sup>34</sup>, a atribuição de qualificação jurídica à fatispécie e a extração das conseqüências jurídicas; o conjunto dos nexos de implicação e coerência entre esses enunciados; a justificação de cada enunciado com base em critérios de julgamento segundo os quais a escolha do juiz aparecem como racionalmente corretas.

Não se trata de um controle de mera logicidade ou validade formal do raciocínio do juiz, mas principalmente de uma verificação da congruência das escolhas do juiz com os valores da sociedade, ou seja de um controle essencialmente político sobre o fundamento de justiça da decisão<sup>35</sup>.

Evidentemente, para que o controle da racionalidade da motivação trabalhe sobre um objeto concreto – e não sobre uma miragem – é necessário que o juiz expresse com clareza e sinceridade suas razões. A motivação, de fato, deve descrever o caminho percorrido pelo juiz, entre alegações das partes e fatos julgados relevantes para a causa, assim como entre regras, princípios e os valores subjacentes a ambas as espécies normativas.

Isso é aplicável a todos os ramos do Direito, mas apresenta uma conotação excepcional em relação às relações jurídicas privadas, tendo em conta que do particular não há quem exista unicamente para promover o bem-estar de seu povo, como é o caso do Estado, e que para o particular a segurança jurídica constitui valor de enorme expressão, até mesmo para poder dimensionar criteriosamente os custos das obrigações assumidas. Afinal, ao particular

não é dado valer-se de moratórias como o escandaloso sistema de precatórios judiciais para o (não) pagamento de suas dívidas.

No campo específico do Direito Privado, Maria Celina Bodin de Moraes sentença que *ao interprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais*<sup>36</sup>.

*(...) onde estiver em jogo um direito da personalidade ou o estado civil (...) a alta densidade existencial implicará rigorosa limitação da autonomia privada e funcionalização absoluta da relação jurídica à promoção da dignidade da pessoa humana de todos os seus participantes.*

Esta sentença precisa ser – muito bem – contextualizada. Seria absurdo sustentar que qualquer valor existencial deve sobrepujar qualquer valor patrimonial e concluir que a cláusula geral dos direitos da pessoa humana significaria, por exemplo, que “o freguês tem sempre razão” nas relações de consumo, fazendo-se tábula rasa de contratos que nada têm de abusivos, apenas porque a execução forçada das obrigações assumidas pelo consumidor lhe gera tristeza e, portanto, afeta sua dimensão existencial. Onde não houver ofensa à dignidade da pessoa humana, o patrimônio pode – e deve – ser tutelado.

## 5 PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

Como observa Jane Reis Gonçalves Pereira, há certas “noções-chave” geralmente aceitas em termos de incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, que convém deixar assentadas para a boa fluência da exposição:

1) O poder do Estado não se manifesta apenas por meio dos entes e órgãos governamentais. Há certas instâncias privadas que atuam em áreas antes reservadas ao poder público, por delegação, ou que recebem incentivos ou apoio do Estado. Nesses casos, não seria legítimo tê-las como imunes às limitações que seriam postas à atuação do Estado caso este desempenhasse as funções que incentiva ou transferiu a terceiros;

2) As relações sociais não são sempre iguais ou paritárias, e o fenômeno do po-

der também se manifesta no seio da sociedade. Assim, se o propósito dos direitos fundamentais é proteger a liberdade e a dignidade humana, é preciso garantir essa proteção quando se trate de ameaças provenientes de poderes públicos e privados;

3) É preciso assegurar aos indivíduos uma esfera imune à ação do Estado. Os valores assentados na constituição não podem servir de fundamento à intervenção estatal em todos os setores da vida das

pessoas, sendo necessário assegurar um âmbito de autonomia individual inviolável. Nessa seara particular, às pessoas deve ser garantido o poder de agir de acordo com sua vontade, mesmo que essa vontade não seja razoável. Trata-se de proteger, como afirmou Louis Henkin, “the individuals freedom to be irrational”.

4) *A aplicação irrestrita dos direitos fundamentais nas relações entre particulares poderia implicar uma indesejada homogeneização da sociedade, já que a obrigação de respeitá-los de forma absoluta e incondicional aniquilaria a individualidade e a pluralidade*<sup>37</sup>.

Portanto, atualmente existe forte convergência na doutrina e jurisprudência brasileiras quanto à vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais<sup>38</sup> e quanto à impossibilidade de exigir-se dos atores privados o quanto se exige dos atores públicos, embora se reconheça uma franca carência de critérios mais palpáveis para a aplicação da metodologia civil-constitucional.

Neste sentido, anota Daniel Sarmiento<sup>39</sup>: *Portanto, observa-se que, de um modo geral, entre os autores que cuidaram da matéria, prevalece a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos constitucionais.*

*Já na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raras exceções, esses julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamenta-*

ção teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, somente agora vem encontrando eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre os condicionamentos e limites para aplicação dos direitos humanos na esfera privada<sup>40</sup>.

Apresento adiante alguns parâmetros para a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, com a ressalva de que a enumeração a seguir não se mostra exaustiva e não se pretende definitiva, considerando que o tema carece de maior reflexão pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

### *Tratando-se da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, caberá ao juiz adotar soluções tendentes a assegurar o acesso da pessoa ao bem essencial, sem prejuízo da justa compensação devida ao particular.*

#### 5.1 GRAU DE EXISTENCIALISMO DA RELAÇÃO

O primeiro parâmetro de aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas deve ser o seu grau de existencialismo, ou seja, deve-se atribuir diferente peso aos direitos fundamentais conforme esteja em jogo uma relação jurídica de conteúdo predominantemente existencial ou patrimonial. E assim é porque a dignidade da pessoa humana não se expressa prioritariamente em relações de conteúdo meramente patrimonial, mas sim em questões existenciais, nas quais o patrimônio só adquire relevo no plano da proteção ao mínimo existencial.

Neste passo, onde estiver em jogo um direito da personalidade<sup>41</sup> ou o estado civil<sup>42</sup> – seja em relações de parentesco, seja em relações de matrimonialidade-companheirismo, seja em outra espécie de relação afetiva (caso dos homossexuais<sup>43</sup> e dos heterossexuais impedidos de constituir união estável<sup>44</sup> que constituem uma união pública, duradoura e baseada no amor), a alta densidade existencial implicará rigorosa limitação da autonomia privada e funcionalização absoluta da relação jurídica à promoção da dignidade da pessoa humana de todos os seus participantes<sup>45</sup>.

Esta perspectiva conduziu à equiparação da união estável ao casamento em relação aos direitos e deveres que decorrem da consideração do casamento como espécie de família, sem que se perdesse de vista a perspectiva de que a equiparação não se pode estender em relação aos direitos e deveres que decorram do casamento enquanto ato jurídico solene (como a necessidade de outorga uxória e vênua marital para a alienação ou reivindicação de direitos sobre bens imóveis e a prestação de fiança ou aval, salvo quando o regime de bens for o da separação absoluta)<sup>46,47</sup>.

Na mesma linha de pensamento, pode-se considerar abolido o regime de culpa na separação e divórcio (e, por extensão, na dissolução da união estável): a culpa do cônjuge (ou, *mutatis mutandis*, do companheiro) não deve ter qualquer reflexo na disciplina da guarda e visitação dos filhos, que deve ser projetada de modo a satisfazer o melhor interesse da criança ou adolescente; não deve influir na partilha de bens ou na prestação de alimentos naturais<sup>48</sup> e, não deverá implicar perda do nome, se este passar a compor sua identidade do cônjuge “culpado” na vida social<sup>49</sup>.

Outro reflexo muito evidente dos direitos fundamentais nas relações privadas de denso conteúdo existencial reside na exigência

intransigente de um tratamento igualitário entre os filhos, independente de sua origem (matrimonial, adulterina, incestuosa ou natural) ou mesmo entre filhos da mesma origem (basta lembrar que a anulabilidade da venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais descendentes<sup>50</sup>), não havendo espaço para tergiversações diante dos explícitos termos do § 6º do art. 227 da Constituição da República<sup>51</sup>.

O impacto dos direitos fundamentais nas relações de parentesco também pode-se revelar na partilha de bens.

Imagine-se a seguinte hipótese: um casal resolve dissolver a união estável, resultando da união um filho pequeno e havendo a partilhar uma casa modesta. A mãe, que auferia parcos rendimentos, recebeu a guarda do filho. O pai, que auferia rendimentos mais significativos como trabalhador autônomo, passa a prestar modestos alimentos ao filho, tendo escrito estes fixados de acordo com a renda que o pai alega auferir, renda esta muito menor do que a necessária para concretizar todas as suas realizações desde a dissolução da união estável: constituir nova família, gerar novos filhos e construir uma nova casa.

De toda sorte, sendo o pai trabalhador autônomo e considerando que sua nova companheira também atua como trabalhadora autônoma, não há meios de apurar se o pai oculta sua verdadeira renda para furtar-se a prestar alimentos de maior monta ao filho que já não lhe interessa tanto proteger.

Além disso, por qualquer razão, constata-se que a mãe não consegue obter a assistência jurídica adequada para promover uma ação revisional de alimentos, visando a obter do pai novos alimentos que se transfigurem no direito de moradia sobre aquele imóvel de propriedade conjunta de pai e mãe, que nenhuma falta faz ao pai ausente.

As únicas certezas são a de que há um único imóvel a partilhar e a de que a sua alienação deixará ao relento mãe e filho, pois a quota-parte de cada companheiro na partilha não é suficiente para a aquisição de novo imóvel.

Nessa hipótese, a solução a ser dada tendo em conta a dignidade da pessoa humana e a proteção prioritária da criança e do adolescente é a decretação da partilha sob a forma de condomínio simples, com duração mínima equivalente ao tempo que restar para a maioridade do filho do casal, data a partir da qual é facultado aos condôminos promover a dissolução do condomínio: neste caso, o valor patrimonial consistente na livre disposição dos bens pelo ex-companheiro pai cede passo ao valor existencial consistente na preservação da moradia da família monoparental constituída pelo filho e sua mãe.

Nesta ordem de idéias, percebe-se como visível preferência do direito à moradia sobre a autonomia privada, no momento da partilha de bens, a própria formulação do art. 1.831 do Código Civil (*ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar*).

#### 5.2 GRAU DE ESSENCIALIDADE DO BEM

O Direito não trata todos os bens objeto de relações jurídicas da mesma forma, mesmo porque é intuitivo que os bens supérfluos não têm o mesmo valor social que os bens essenciais: a solidariedade humana não se volta (ao menos prioritariamente) a futilida-



des, preocupando o ser humano muito mais a sobrevivência do que o *status*.

Não é sem motivo, por exemplo, que o imposto sobre produtos industrializados e que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços têm suas alíquotas fixadas de acordo com a essencialidade do produto ou serviço (art. 153, § 3º, I e art. 155, § 2º, III, da Constituição da República). E, no campo das relações jurídicas privadas, também não é casual a classificação das benfeitorias em necessárias, úteis e voluptuárias (art. 1.219 e 1.220 do Código Civil).

É que a essencialidade do bem está ligada à sua proximidade com a ideia de mínimo existencial, ou seja, do conjunto de bens necessários a uma existência digna: quanto mais essencial o bem, maior a proteção do ordenamento jurídico à pessoa que dele necessita, porque a relação jurídica de acesso ao bem sofre a incidência da tutela prioritária da dignidade da pessoa humana<sup>52</sup>.

Com relação aos contratos, Teresa Negreiros observa:

*Os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão –; e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma<sup>53</sup>.*

Não existe uma rígida enumeração dos bens essenciais. Há valiosas balizas para sua identificação, como as apresentadas por Ana Paula de Barcellos, que refere a saúde básica, o ensino fundamental, a assistência aos desamparados e a assistência judiciária<sup>54</sup> e as apresentadas por Teresa Negreiros, que lembra o inc. IV do art. 7º da Constituição (o salário mínimo do brasileiro deve ser capaz de *atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*) e os arts. 10 e 11 da Lei n. 7.783/89 (Lei de Greve), concluindo que também aqui se faz necessária a atividade criativa do juiz no exame do caso concreto<sup>55</sup>.

O paradigma da essencialidade é capaz de explicar, por exemplo, a razão de o Estado intervir intensamente em determinadas atividades econômicas que, embora abertas à iniciativa privada, têm a liberdade de contratar e a liberdade contratual limitadas conforme regulamentações específicas, como é o caso dos planos privados de assistência à saúde (art. 199 da Constituição da República), sujeito à Lei n. 9.656/98 e à regulamentação do Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e do ensino (art. 209 da Constituição da República), sujeito à Lei n. 9.394/96 e à regulamentação do Ministério da Educação e Cultura (MEC) e dos Conselhos de Educação.

Do mesmo modo, a essencialidade explica o regime geral de impenhorabilidades e o regime do bem de família (que, a despeito no nome, é extensivo ao indivíduo que vive sozinho, precisamente porque constitui reflexo da dignidade da pessoa humana).

Tratando-se da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, caberá ao juiz adotar soluções tendentes a assegurar o acesso da pessoa ao bem essencial, sem prejuízo da justa compensação devida ao particular.

*(...) o Estado observa o mais intensamente quanto possível os direitos fundamentais dos particulares porque, (...) o simples fato de se tratar de uma entidade custeada pelo povo a torna necessariamente comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, políticos e econômicos.*

### 5.3 GRAU DE DESEQUILÍBRIO ENTRE AS PESSOAS

O Direito Privado contemporâneo não ignora que as relações jurídicas muitas vezes são assimétricas, isto é, travam-se entre pessoas em condições desiguais, o que justifica, dentro de parâmetros razoáveis, a adoção das “ações afirmativas” pelo Poder Público. Na relação entre os particulares, a vulnerabilidade de um dos particulares em relação ao outro se mostra mais evidente no campo contratual (embora, fique claro desde logo, o fenômeno não se restrinja o campo dos contratos), em que a desigualdade pode se apresentar tanto na liberdade de contratar quanto na liberdade contratual.

Sob essa perspectiva, é necessário analisar a específica condição do particular frente ao outro, passando o objeto da rela-

ção jurídica a um plano secundário (para fins de aplicação direta dois direitos fundamentais, o objeto é analisado sob a perspectiva da essencialidade).

Um exemplo ilustra bem o que se pretende demonstrar: o fornecimento de energia elétrica é um serviço público essencial (o que atrai o paradigma da essencialidade), mas o desenvolvimento da relação jurídica entre o fornecedor e o consumidor é completamente diverso se o consumidor for uma pessoa comum ou uma grande usina produtora de gases industriais.

No primeiro caso, não há possibilidade de escolha entre fornecedores e, como o serviço contratado é essencial, a liberdade de contratar é praticamente inexistente: a pessoa se vê diante de um contrato cativo de longa duração.

No segundo caso, existe uma efetiva liberdade de contratar, considerando que o consumidor pode adquirir a energia elétrica de vários fornecedores, definindo inclusive a quantidade a ser fornecida durante cada período do ano, contratando em separado o serviço de distribuição da energia entre o fornecedor escolhido e o local do consumo. Nesse caso, existe um expressivo poder negocial do consumidor.

Daniel Sarmento: *a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis*<sup>56,57</sup>.

Dessa forma, em relação aos contratos, afirma Teresa Negreiros: *Com efeito, a constitucionalização do direito civil, instituindo a dignidade da pessoa humana como valor a ser resguardado em toda e qualquer relação jurídica, repercute no direito contratual, alterando o modo de se ver o contratante: o conceito abstrato e atomizado, próprio a uma concepção individualista, é substituído por um conceito que ganha em concretude e que põe à mostra o caráter desigual, e por isso injusto, de certas relações contratuais*<sup>58</sup>.

Cabe o esclarecimento de que a incidência dos direitos fundamentais em relações jurídicas privadas assimétricas não significa necessariamente que o particular mais fraco deve ter acesso incondicional ao bem jurídico, tendo em vista que *os particulares detentores de poderes sociais são também titulares de direitos fundamentais, e sua autonomia privada não deixa de ser protegida constitucionalmente*<sup>59</sup>. Ou seja: os direitos fundamentais devem atuar no estrito limite da equiparação prática das partes.

#### 5.4 GRAU DE PUBLICISMO DAS PESSOAS

O Estado, no exercício de suas funções públicas, está mais fortemente vinculado do que os particulares aos direitos fundamentais. Do mesmo modo, concessionários e permissionários de serviços públicos estão tão fortemente vinculados ao respeito e à promoção dos direitos fundamentais quanto o Estado, ressalvado o respeito dos direitos do particular estabelecidos na concessão ou permissão, os quais, evidentemente, também devem passar pelo crivo do controle de legalidade e de constitucionalidade.

Quando desempenha atividades tipicamente privadas, o Estado observa o mais intensamente quanto possível os direitos fundamentais dos particulares porque, embora exerça atividade privada, o simples fato de se tratar de uma entidade custeada pelo povo a torna necessariamente comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, políticos e econômicos.

Do mesmo modo, estão intensamente vinculadas à promoção dos direitos fundamentais as organizações sociais, disciplinadas na esfera federal pela Lei n. 9.637/98, as chamadas “entidades de apoio” previstas pela Lei n. 8.958/94 e os serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Senac).

Daniel Sarmento observa haver determinadas entidades que, embora tenham natureza jurídica privada e não exerça propriamente um serviço público, praticam atividades de relevante interesse público, por alguma espécie de permissão legal, como é o caso do Ecad – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, pessoa jurídica de direito privado encarregada da proteção dos direitos autorais nos termos da Lei n. 5.988/73 e, atualmente, da Lei n. 9.610/98 e das associações musicais que o administram (como a União Brasileira de Compositores – UBM), lembrando interessante precedente do Supremo Tribunal Federal em que a decisão de exclusão sumária de um músico por parte da UBM foi declarada nula por infração à garantia fundamental do devido processo legal (Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, Segunda Turma, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, publicado no DJ em 27/10/2006, p. 64)<sup>60,61</sup>.

Em suma, na feliz síntese de Jane dos Reis Gonçalves Pereira, *outro aspecto a ser considerado é a proximidade da relação*

*jurídica da esfera pública (...). Quanto mais próxima à esfera privada revelar-se uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada*<sup>62</sup>.

#### 5.5 GRAU DE INGERÊNCIA NA ESFERA JURÍDICA ALHEIA

A proteção aos direitos fundamentais tenderá a ser mais ostensiva nas hipóteses em que há uma decisão heterônoma sobre a situação jurídica do particular, ou seja, quando a situação jurídica do particular não foi formada com o seu concurso direto e específico (como, por exemplo, na punição por falta disciplinar do empregado).

Na feliz síntese de Daniel Sarmento: *Quando o atingido não participa do ato gerador da lesão ao seu direito fundamental, está em jogo apenas a autonomia privada de outra parte da relação jurídica. Neste caso, o peso atribuído à autonomia privada é menor*<sup>63</sup>.

É sob este aspecto que se pode vislumbrar a incidência dos direitos políticos nas relações jurídicas privadas, especialmente quanto à capacidade de autodeterminação coletiva: *o direito de cada um de participar da discussão e da tomada de decisões importantes que o afetem, nos espaços de vida comunitária de que participe*<sup>64</sup>.

Ilustrativo dessa situação é o exemplo, desenvolvido em estudos anteriores<sup>65</sup>, do direito do locatário de participar de deliberações condominiais, apesar do silêncio do Código Civil de 2002 (que não repetiu a previsão de voto do locatário prevista no § 4º do art. 24 da Lei n. 4.591/64 – previsão que enfim também não atendia inteiramente à posição que aqui vem defendida, porque conferia ao locatário o poder de voto somente na ausência do locador), especialmente em matérias atinentes às despesas ordinárias e aos assuntos do cotidiano da vida condominial.

Reproduzido breve passagem de estudo anterior:

Estando em discussão a majoração de despesas ordinárias, o locatário será diretamente afetado pela decisão da assembléia geral de condôminos. É evidente que o locatário poderá comparecer à assembléia, que de resto vai tratar de matéria para ele relevante, mesmo porque é assegurado a todos o acesso à informação, nos termos do art. 5º, XIV, da Constituição da República.

Mais: estará o locatário habilitado a votar e apresentar propostas, no que diga respeito às despesas ordinárias, pois não se concebe numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição Federal) que uma pessoa seja afetada por uma decisão sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de participar do processo decisório, por si ou por seu representante regularmente constituído, o que, aliás, é uma decorrência lógica do princípio democrático, que se traduz na ordem jurídica atual pela democracia representativa (art. 1º, caput e parágrafo único, da Constituição Federal).

Lembre-se, aliás, que toda propriedade (e o condomínio em edifícios nada mais é do que uma forma de propriedade) deve cumprir sua função social, nos termos do art. 5º, XXIII, da Constituição da República, sendo certo que o desempenho desta função social está intimamente atrelado aos princípios fundamentais da República e à promoção do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e do bem-estar de seus habitantes.

(...)

*No condomínio em edifício, tem-se uma autêntica zona de intersecção entre o plano individual e o plano coletivo da cidade. A constatação disso salta aos olhos na primeira – e mais impor-*

tante – deliberação da assembléia de condôminos, que é a aprovação da convenção de condomínio, ato-regra que traça as normas básicas de convivência na-quele microcosmo social<sup>66</sup>.

Outro campo de aplicação fértil deste critério é o da participação do particular na administração de clubes, associações e sindicatos, cujo controle muitas vezes é entregue, pelos mais diversos artifícios, a uma parcela diminuta de pessoas, que, não-raro, adotam medidas contrárias ao interesse da maioria numérica.

Sustentar a gradação da incidência dos direitos fundamentais de acordo com a ingerência na esfera jurídica alheia não implica atribuir um direito de participação direta nas decisões nas hipóteses em que a lei ou o ato jurídico, validamente, afastem ou restrinjam esta espécie de participação.

Imagine-se, por exemplo, que um detentor de ações preferenciais deseje ter os mesmos direitos do detentor de ações ordinárias (arts. 15 e ss. da Lei n. 6.404/76). Neste caso, sua pretensão deverá ser repelida porque o detentor de ações preferenciais tem plena ciência de que seu relacionamento com a sociedade por ações é apenas especulativo, ressalvadas sempre as medidas cabíveis na esfera administrativa, criminal e civil em hipóteses de má-fé do administrador ou de qualquer órgão societário.

## REFERÊNCIAS

- 1 O próprio conteúdo do neoconstitucionalismo é instável, como observa Miguel Carbonell: *Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas. Pensemos simplemente en la técnica de la ponderación de bienes constitucionales, la cual no se presta a soluciones generales que sirvan para todos los casos y para todos los países.* (Nuevos Tiempos para el Neoconstitucionalismo. Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 9-12.
- 2 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 12.
- 3 BIORGIANI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. Trad. Maria Cristina De Cicco. *Separata da Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 747, n. 87, p. 35-55. jan. 1998.
- 4 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*.

Trad. de Ruy Jungmann, *passim* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

- 5 Como observa o aclamado Otfried Höffe, em aguda crítica à teoria de justiça sem padrão de justiça formulada por Robert Nozick (*Justiça Política*. Trad. Ernildo Stein, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 423).
- 6 GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, v. 10, p. 1-9. 1986.
- 7 PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p. 3.
- 8 *Idem*, p. 12.
- 9 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006. p. 257.
- 10 *Idem*, p. 258.
- 11 *Idem*, p. 246.
- 12 Destacam-se, em sua produção acadêmica, os ensaios Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22 e, mais recentemente, Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2, p. 21-46.
- 13 Destacam-se, na sua produção acadêmica, os ensaios: A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, 1993, e, mais recentemente, Constituição e Direito Civil: Tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 95-113, ago./dez. 1999.
- 14 A questão está mais associada à razoabilidade do critério de discrimen do que à discriminação em si, como teve a oportunidade de demonstrar Celso Antônio Bandeira de Mello na clássica monografia *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- 15 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conteúdo de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (coord.) 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 107-149.
- 16 O professor paulista observa que não se deve confundir a eutanásia com a ortotanásia. A matéria é objeto da recente Resolução n. 1.805 do Conselho Federal de Medicina (D.O.U. em 28 nov. 2006, Seção I, p. 169).
- 17 O aborto é um dos temas mais complexos e (insuperavelmente) controversos do Biodireito. No amplo espectro que vai da admissão irrestrita (como ocorre na Grã-Bretanha e na França) até a criminalização (como ocorre no Brasil), há situações específicas como a da chamada “antecipação terapêutica do parto” em casos de anomalia fetal, objeto da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8/DF.
- 18 Discute-se, na atualidade, a admissibilidade de exceções ao preceito, sendo os mais conhecidos os casos de aceitação da tortura sobre terroristas (uma das propostas do que se convencionou chamar “Direito Penal do Inimigo” e da condução *manu militari* do réu em “ação de investigação de paternidade” que se recuse a fornecer seu material genético para o Exame de DNA. Sobre esta última possibilidade, confira-se a favor, por todos: MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa do Réu em Submeter-se ao Exame de DNA na Investigação de Paternidade: Consequências da Recusa. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 141-151, 1999) e contra,

por todos: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, especialmente p. 17).

- 19 Nas palavras do professor paulista: *Os autores nacionais parece que ainda não se conscientizaram de que a obrigação de segurança, tão firmemente referida nos arts. 8º, 9º e 10 do Código de Defesa do Consumidor (Seção: ‘Da proteção à saúde e segurança’), tem sede constitucional, seja como decorrência do princípio da dignidade, seja por força do caput do art. 5º da CR. (...) É importante dizer: em matéria de danos à pessoa, a regra é hoje a responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva, nesse campo, atualmente é a exceção. A responsabilidade objetiva, na obrigação de segurança, surge agora diretamente da Constituição (não é da lei ou jurisprudência); somente haverá responsabilidade subjetiva quando houver lei expressa (p. ex., na responsabilidade médica – na qual, assim mesmo, há inversão do ônus da prova, porque a prova deve ser feita por quem tem melhores condições para fazê-la). A admissão da responsabilidade subjetiva como exceção à responsabilidade objetiva constitucional é admissível, porque os preceitos decorrentes dos princípios jurídicos não são absolutos.” (AZEVEDO, *op. cit.*, p. 18).*
  - 20 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 110 e 112.
  - 21 Interessante: em matéria publicada no jornal *O Globo*, de 10 de dezembro de 2006, fez-se referência a casos de pessoas beneficiadas com o bolsa-família que simplesmente não buscavam emprego, porque receberiam após um mês de trabalho árduo algo próximo ao que já recebiam sem fazer esforço.
  - 22 *Com efeito, educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente. Observe-se que, embora se faça referência a um momento inicial, essas prestações não se concentram necessariamente na infância e na juventude: a saúde básica será um elemento que acompanhará a pessoa por toda a sua existência e a educação fundamental poderá vir a ser prestada em qualquer fase da vida, caso não o tenha sido na infância.*
- A assistência aos desamparados, por sua vez, identifica um conjunto de pretensões cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo. É o direito de não “cair abaixo de um determinado patamar mínimo”, independentemente de qualquer coisa.
- Como se pode intuir, a assistência aos desamparados poderá ser prestada simultaneamente à educação e à saúde, de forma complementar a estes dois elementos. (...) A assistência aos desamparados poderá também, em outros casos, sinalizar o fracasso daquela primeira fase, isto é: nada obstante a prestação de saúde e educação, aquele indivíduo não foi capaz de se desenvolver sozinho, necessitando de assistência.*



- O acesso à justiça, por fim, é o elemento instrumental e indispensável da eficácia positiva ou simétrica reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial.* (BARCELLOS, *op. cit.*, p. 259-260).
- 23 SARLET, Ingo Wolf. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.
- 24 *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, *op. cit.*, p. 84-85.
- 25 Idem. p. 97-98.
- 26 Idem. p. 124.
- 27 Idem. p. 125.
- 28 SARLET, Ingo Wolf. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 401.
- 29 BARROSO, Luis Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3, p. 3-59, especialmente p. 22 a 24.
- 30 A tese da hierarquia axiológica é sustentada, entre outros, por BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 187 e 188.
- 31 A encruzilhada dogmática não é casual, segundo o ensinamento de Margarida Maria Lacombe Camargo: *O direito, apesar de toda sua carga dogmática, faz parte de uma tradição filosófica cuja base reside na tópica e na retórica; o que nos leva a acreditar que o seu conhecimento, como criação humana, histórica e social, comporta uma dimensão hermenêutica. Voltamos, assim, à nossa posição inicial, afirmando que o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico e a técnica argumentativa.* (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 259).
- 32 BARROSO, *O começo da história...*, *op. cit.*, p. 27 a 33.
- 33 Tem-se, aqui, uma interessante variação do imperativo categórico kantiano: onde se lê: *age sempre em conformidade com uma máxima que desejarias que pudesse ser ao mesmo tempo uma lei universal* (KANT, Immanuel. *Introdução à Metafísica dos Costumes*. Trad. de Edson Bini *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2003, p. 67 e 68), leia-se: *Decide sempre em conformidade com uma máxima que poderias aplicar a todos os casos semelhantes*.
- 34 Não é demais registrar que “acertar os fatos” é definir os fatos: trata-se da noção processual de accertamento.
- 35 GRECO, Leonardo. Resenha do Livro de Michele Taruffo. *La Motivazione della sentenza civile* (Padova: CEDAM, 1975), mimeografado.
- 36 MORAES, Maria Celina Bodin de. “A caminho de um direito civil constitucional”. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, 1993.
- 37 PEREIRA, Jane Reis de. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192, especialmente p. 187-188.
- 38 Em atenção ao consenso formado na doutrina brasileira, este estudo se dispensa de analisar, embora caiba referir, que no plano estrangeiro há amplo debate em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, como mostra a resenha de SARMENTO, *op. cit.*, 2006, p. 185-233.
- 39 Nas palavras de Daniel Sarmento: *De fato, se, por um lado, a jurisprudência pátria vem caminhando para o reconhecimento de uma ampla eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, por outro, ela o tem feito praticamente sem qualquer fundamentação jurídica. As decisões parecem basear-se mais numa intuição de justiça dos juizes do que numa argumentação dogmática sólida. É preciso avançar neste ponto, para construir alicerces mais firmes na nossa matéria, tornando a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado intersubjetivamente controlável, e, na medida do possível, relativamente independente dos humores e das inclinações espirituais e ideológicas dos magistrados. Afinal, se há muitos juizes bons, justos e equilibrados, há outros tantos que não o são, e os direitos fundamentais não podem ficar à mercê do psiquismo e da formação moral de quem quer que seja.* (SARMENTO, *op. cit.*, p. 261)
- 40 Idem, p. 250.
- 41 Não é o caso, nesta sede, de passar em revista às teorias monista e pluralista sobre os direitos da personalidade, que, de resto, nada contribuem para o debate central sobre o tema. Como observa Gustavo Tepedino: *Nesta direção, não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome, etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade.* (A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In *Temas de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58, especialmente p. 49.
- 42 Aspecto interessante, relacionado ao estado civil, é a situação dos transexuais, para quem a (re)definição do sexo masculino ou feminino implica a própria integridade psicofísica da pessoa. Lamentavelmente, a compreensão do diferente ainda cerca o tema de preconceitos jocosos no Brasil.
- 43 No Direito Civil brasileiro, a união homossexual ainda não é reconhecida como espécie de família, embora se reconheçam os efeitos patrimoniais da sociedade de fato. Mas cabe o registro de que a legislação previdenciária já permite que o segurado inscreva como beneficiário de sua pensão por morte o companheiro homossexual, o que sinaliza uma tendência para o reconhecimento, dependente de uma melhor aceitação social das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, de uma espécie de família homoafetiva.
- 44 Como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro exige, para a caracterização da união estável, que as pessoas não sejam impedi-
- das de casar-se, ressalvado o caso do separado de fato ou judicialmente (art. 1.723, § 1º, do Código Civil).
- 45 Em sentido aparentemente diverso, Daniel Sarmento pondera que *de qualquer forma, esta seara de relações intersubjetivas que se revela mais refratária à incidência direta dos direitos fundamentais não é a dos contratos e negócios jurídicos de conteúdo eminentemente patrimonial, mas a das vivências afetivas, quando envolverem opções existenciais e personalíssimas da pessoa humana, que não podem ser heteronomamente ditadas, sob pena de sacrifício do sagrado espaço de autodeterminação individual abrigado sob o pálio do princípio da dignidade da pessoa humana.* (*Direitos fundamentais e relações privadas*, *op. cit.*, p. 269).
- 46 Conforme o art. 1.647 do Código Civil.
- 47 Neste sentido, TEPEDINO Gustavo. *Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio.* *Temas de direito civil*, *op. cit.*, p. 371-394.
- 48 Nos termos do § 2º do art. 1.694 do Código Civil, que, apesar de manter um resquício do “estatuto da culpa”, parece ter se orientado de modo muito plausível: seria odioso que o cônjuge traído ou ludibriado pelo ex-consorte ainda fosse obrigado a custear não só o necessário para sua sobrevivência, mas também o necessário para a manutenção de seu status. Imagine-se a possível situação em que parte dos alimentos fossem compartilhados entre o cônjuge “culpado” e o cúmplice da infidelidade, em jantares e motéis.
- 49 Na linha do que vem afirmado, TEPEDINO, Gustavo. *O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio.* *Temas de direito civil*, *op. cit.*, p. 417-441.
- 50 Conforme o art. 496 do Código Civil.
- 51 Neste sentido, cabe a referência a TEPEDINO, Gustavo (A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional. *Temas de direito civil*, *op. cit.*, p. 443-488.
- 52 Em sentido semelhante: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 267.
- 53 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 463.
- 54 BARCELLOS, *op. cit.*
- 55 NEGREIROS. *op. cit.*, p. 473.
- 56 SARMENTO. *op. cit.*, p. 262.
- 57 Observa Teresa Negreiros: *De fato, parece inegável a tendência do direito contratual contemporâneo em considerar cada vez mais relevantes certos dados pessoais do contratante, como sejam a inexperiência, a leviandade, a pobreza, a doença, a velhice: o que não passa de um desenvolvimento do princípio segundo o qual um certo nível de desequilíbrio de poder negocial entre os contratantes é capaz de legitimar a intervenção no sentido de reequilibrar a relação contratual* (NEGREIROS. *op. cit.*, p. 328).
- 58 Idem, p. 337.
- 59 Sarmento. *op. cit.*, p. 266. O autor invoca em abono da sua conclusão a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet.
- 60 Idem, p. 251.
- 61 Colhe-se do voto condutor do acórdão que *afigura-se-me decisiva no caso em apreço, tal como destacada, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD que, como se viu na ADI nº 2.054-DF,*



exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa.

- 62 PEREIRA, *op. cit.*, p. 188.
- 63 SARMENTO, *op. cit.*, p. 270.
- 64 Idem, p. 315. O referido autor sustenta a vinculação dos particulares a direitos políticos, sociais não-trabalhistas (ao menos os autônomos) e mesmo aos direitos transindividuais (onde insere o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural). Parece mais adequado, entretanto, respeitar os direitos políticos na estrita medida apontada na seqüência deste trabalho e os direitos sociais nos limites do respeito ao mínimo existencial, sem considerações sobre a promoção dos direitos sociais independente de lei, porque tal implicaria em inaceitável afronta ao princípio da legalidade, direito fundamental do cidadão. Do mesmo modo, parece mais adequado exigir o respeito ao meio ambiente e ao patrimônio histórico-cultural nos limites da lei, sob pena de instaurar-se inaceitável insegurança jurídica, implicando-se em conseqüências graves o particular que seguiu escrupulosamente as determinações dos órgãos de fiscalização competentes, obtendo as autorizações legalmente devidas.
- 65 Sobre o debate acerca da revogação total ou parcial da primeira parte da Lei de Condomínio e Incorporações pelo Código Civil de 2002, e os efeitos daí decorrentes (especialmente o direito do locatário de participar de deliberações em assembléia), seja consentido remeter aos estudos de nossa autoria, intitulados "Condomínio em Edifícios: o problema de sua atual regulamentação na perspectiva civil-constitucional". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 841, ano 94, p. 77-86, nov. 2005 e "Direito do Locatário de Participar nas Assembléias Condominiais". *Boletim de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 24, n. 17, jun. 2004.
- 66 MARTINS, *Condomínio em edifícios, op. cit.*, p. 83.

#### REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

- ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p.75-98.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo. Martin Claret, 2005, p.124 e 125.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.
- \_\_\_\_\_. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. *Temas de Direito Constitucional*. t.

- 3, p. 303-339. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9. n. 33, p. 43-92, 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde – ADUSEPS e Agência Nacional de Saúde Suplementar. Agravo Regimental em Suspensão de Liminar e Sentença n. 163/PE, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, publicada no DJ em 27/03/2006, p. 133.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*: Uma contribuição ao Estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Neoconstitucionalismo. Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 9-12.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico. Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.75-98.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- GUASTINI, Ricardo. La 'Constitucionalización' del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano". Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 49-73.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOERSTER, Norbert. *En Defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KANT, Immanuel. *Introdução à Metafísica dos Costumes*. A Metafísica dos Costumes. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. (brasileira). São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: Tendências*. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 95-113, ago-dez 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*: Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.

Artigo recebido em 08/01/2007.

#### ABSTRACT

*The author analyses the effects of neoconstitutionalism on Private Law, highlighting the importance of evaluating to which extent constitutional norms apply to the personal sphere, where conflict between patrimonial values protected by Private Law and existential values set forth in the Brazilian Constitution should be taken into consideration.*

*As far as he understands it, although there is a general consensus about human person's dignity being a fundamental value within the legal system of any democratic Rule of Law, it cannot be said the same regarding definition of limits and*

*possibilities of that dignity, either in relation to the state, or in relation to individuals.*

*He presents some criteria for the direct application of fundamental rights to private legal relations, such as their level of existentialism as well as asset importance, among others.*

#### KEYWORDS

*Private Law; Constitutional Law; neoconstitutionalism; fundamental right; human person's dignity; Brazilian Federal Constitution – 1<sup>st</sup>. article.*