

99233

Eros Roberto Grau
e
Willis Santiago Guerra Filho
(organizadores)



DIREITO CONSTITUCIONAL
ESTUDOS EM HOMENAGEM
A
PAULO BONAVIDES

Colaboradores

• ROBERTO AMARAL • SAMUEL RODRIGUES BARBOSA • GILBERTO BERCOVICI • JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO • MARCELLO CERQUEIRA • FÁBIO KONDER COMPARATO • SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA • DALMO DE ABREU DALLARI • PINTO FERREIRA • JUAREZ FREITAS • JORGE MIRANDA • GERMANA DE OLIVEIRA MORAES • VITAL MOREIRA • FRIEDRICH MÜLLER • MARCELO NEVES • CARMÉN LÚCIA ANTUNES ROCHA • PAULO LOPO SARAIVA • FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO • JOSÉ AFONSO DA SILVA • WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA • KLAUS STERN • PABLO LUCAS VERDÚ • OTÁVIO YAZBEK

 **MALHEIROS**
EDITORES

DIREITO CONSTITUCIONAL
ESTUDOS EM HOMENAGEM A PAULO BONAVIDES

© EROS ROBERTO GRAU e
WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (orgs.)

ISBN: 85-7420-221-5

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (0xx11) 3842-9205
Fax: (0xx11) 3849-2495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@zaz.com.br

SV 592.238

Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
01.2001

CIVILIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL OU CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL?

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICO-CIVIL NO CONTEXTO DO DIREITO PÓS-MODERNO

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

I – Razão de estar e razão de ser. II – A interminável “Drittwirkung”. Aproximação conceitual. III – Constitucionalismo e projecto da modernidade. IV – O insustentável peso do exemplo. V – Compreensões pós-modernas do Direito: a chave da “compreensão” da eficácia dos direitos fundamentais?

I – Razão de estar e razão de ser

A colaboração num livro de homenagem ao professor Paulo Bonavides é, simultaneamente, um grande prazer pessoal e intelectual e uma tremenda responsabilidade. Quem conhece a obra e o magistério de Paulo Bonavides não pode deixar de reconhecer, com humildade, os limites do nosso saber quando à nossa frente se perfila um dos mais notáveis cultores da Juspublicística em língua portuguesa. Aos seus trabalhos – lúcidos e informados – está sempre subjacente um incontornável imperativo categórico e uma inquebrantável implantação cidadã. Escrever, assim, em companhia de outros, um livro dedicado ao Mestre e Amigo Paulo Bonavides exige coragem e humildade. Pela nossa parte, tentaremos afivelar a máscara de aprendiz, acreditando que a sovela do sapateiro não atormente as próprias iguanas, que, nos telhados da sua bela moradia em Fortaleza, fazem companhia ao homem, nosso homenageado. O mote para a escolha do tema foi-nos dado pela notável conferência que o nosso colega de Faculdade, Dr. Sousa Ribeiro,

proferiu em Curitiba com o título “A constitucionalização do Direito Civil”.¹

II – A interminável “Drittwirkung”. Aproximação conceitual

O tema que nos vai merecer atenção é conhecido pelos juristas através de duas expressões estrangeiras – *Drittwirkung* e *State Action*. Insere-se, pois, na panóplia de *import/export*, como há pouco tempo anotou o professor Ingo von Münch. Em Português pretende-se significar isto: a eficácia dos direitos fundamentais (ou, pelo menos, de alguns deles) na ordem jurídica civil. Mais rigorosamente: quer a *State Action* quer a *Drittwirkung der Grundrechte* procuram responder à questão de saber sob que pressupostos um comportamento lesivo da esfera jurídica de uma pessoa pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados. O problema é que quando se procura encontrar um fio lógico e unitário para recortarmos os termos básicos da questão corremos o risco, assinalado por alguns, de nos precipitarmos num verdadeiro “desastre conceitual”. Este alerta exige, pelo menos, que se preste atenção às lógicas escondidas nas várias culturas jurídicas. Assim, a *Supreme Court* dos Estados Unidos e, em geral, a doutrina norte-americana parecem reconduzir a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada a uma *questão de imputação*. Trata-se de saber se o acto de uma pessoa privada directa ou indirectamente agressor de direitos ou princípios constitucionais pode ser imputado ao Estado. Pergunta-se, na verdade, se um comportamento privado poderá ter a qualidade ou qualificação de *State Action*, ou seja, se ele, de alguma forma, foi imposto através do Estado. A fórmula tabeliônica da doutrina e jurisprudência norte-americanas é sempre esta: “(...) so that the action may fairly be treated as that of the State itself”.

A doutrina e a jurisprudência germânicas preferem associar a *Drittwirkung* ao problema da irradiação da ordem constitucional dos direitos fundamentais para a ordem jurídica civil. Outras expressões são, de resto, utilizadas para exprimir o mesmo leque de problemas: “vigência horizontal”, “aplicação horizontal”, “eficácia externa”,

1. Publicada no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1998.

“privatização de direitos fundamentais”. Mas será verdadeiramente novo o problema que estamos aflorando? A irradiação das normas constitucionais para outros ramos do Direito não acompanhou, logo, os primeiros textos constitucionais? Vejamos.

III – Constitucionalismo e projecto da modernidade

A problemática não é nova. As Constituições oitocentistas procuraram resolver algumas questões da eficácia da ordem dos direitos fundamentais constitucionalmente plasmada na ordem jurídica civil nos moldes típicos da Política. Como é sabido, o conceito de modernidade relaciona-se com o modo de construção sócio-política que se impõe no Ocidente partindo de certos vectores fundamentais: (1) crença nas virtudes da razão originadora de um processo de racionalização técnica, económica e política; (2) crença nas virtudes da *ciência*, conferindo ao homem um senhorio crescente sobre as forças da natureza; (3) crença no *sentido da história*, acreditando que o sentido da história irá impondo progressivamente a sua lei; (4) crença no *universalismo* do modelo político racional que irá servir de modelo de referência para todos os povos e para todas as épocas; (5) crença no *sujeito*, capaz de prever, calcular e dirigir a sua vida em termos de liberdade individual (subjectivização/individualização). A organização racionalizada das relações sociais encontrou nos documentos constitucionais da modernidade expressões importantes. A afirmação da igualdade de todos os indivíduos, a supressão da hereditariedade dos cargos públicos e, sobretudo, a proibição da escravatura podem considerar-se como exemplos radicais da eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Seja em nome da razão, seja em nome da realização do projecto da modernidade, as Constituições oitocentistas rasgaram conformadamente a ordem jurídico-civil. E os temas que nela operaram serviram para dar liberdade e autonomia aos *sujeitos* envolvidos e presos nas malhas estamentais e nobiliárquico-feudais. Todavia, e por paradoxal que pareça, é a construção dos direitos fundamentais segundo o arquétipo da teoria política liberal que, progressivamente, conduziu à aporia da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Se os direitos são *direitos de defesa contra o Estado*, como poderão transmutar-se em *direitos de defesa de particulares contra particulares*?

IV – O insustentável peso do exemplo

Ao leitor menos familiarizado com a questão o discurso anterior pecará certamente pelo seu tom abstracto e teorizante. Faltarão, pois, a presença dos *sujeitos densos* agora radicalmente reclamada pela *Critical Race Theory*. Mas exemplos não faltam, e, como poderá ver-se nos “casos” subseqüentemente expostos, aí está o mundo tal como ele é.

Caso 1 – A urbanização quimicamente branca ou a “action under color of State law”. O caso conta-se em poucas palavras. Os compradores de moradias dentro de uma urbanização localizada numa cidade norte-americana teriam de aceitar a cláusula contratual de proibição de venda a indivíduos de raça negra. Um dos adquirentes violou a cláusula contratual, alienando a sua propriedade a um “cidadão preto”. O problema aí está: será de imputar a violação do princípio da igualdade ao próprio Estado na medida em que este, através dos seus tribunais, dá razão aos titulares da urbanização, reconhecendo a nulidade da venda em violação de uma cláusula contratual? Mas o que é que é “nulo”: é a própria cláusula contratual por amor à Constituição (princípio da igualdade) ou a venda em violação da cláusula por amor à liberdade contratual?

Caso 2 – A “terceira mulher”: da “mulher diabolizada” e da “mulher exaltada” à “mulher criadora do seu papel”. Este caso é hoje sobejamente conhecido como o caso do “diferencialismo das executivas”. A história tem mulheres de carne e osso e conta-se também em curtas palavras. Uma multinacional propõe a uma sua executiva de *top* a colocação imediata num importante posto de chefia com a cláusula de proibição de gravidez ou de “barriga de aluguer” durante 10 anos. A opção para a mulher de 26 é clara: ser mãe ou ser mulher de sucesso. A “proibição de gravidez” é uma cláusula constitucionalmente proibida; mas como proibir, no mundo da autonomia contratual-global, a inserção de uma condição que mais não é, segundo alguns, que a invenção da “terceira mulher”: a “mulher criadora do seu próprio papel”?

Caso 3 – As antenas parabólicas dos emigrantes portugueses. O caso vem relatado em revistas alemãs. Vale a pena conhecer a história. Um emigrante português solicitou ao senhorio do prédio que

tomara de arrendamento a autorização necessária para colocar no telhado uma antena parabólica de televisão para melhor captar os programas em língua portuguesa. O senhorio denegou tal autorização, e, perante esta recusa, o emigrante português intentou a acção competente junto dos tribunais para o reconhecimento do seu direito fundamental à informação. O êxito junto dos tribunais ordinários foi nulo, mas o mesmo já não aconteceu quando, através da acção constitucional de defesa, o Tribunal Constitucional Alemão se teve de pronunciar sobre o assunto. A ordem jurídica dos direitos fundamentais está presente na “ordem dos contratos”. Os contratos de arrendamento não são espaços livres de direitos fundamentais como o direito de informar-se e ser informado.

Caso 4 – Liberdade de consciência ou ciência aplicada? O caso do “químico anti-radioactivo”. Chegamos aos exemplos “nucleares”. O cientista “X”, que trabalhava numa empresa de produtos químicos, viu-se confrontado com um projecto de investigação destinado a estudar tratamentos contra as doenças radioactivas resultantes da utilização de armas nucleares. Defensor como era da utilização pacífica da energia atómica, recusou-se a participar num projecto atentatório da sua liberdade de consciência e de convicção. O despedimento esperava-o. Mas poderá ou não invocar-se o direito fundamental da liberdade de consciência contra a violação de deveres funcionais resultantes de uma relação jurídica de emprego?

Caso 5 – Liberdade de religião ou divórcio religiosamente correcto?. Mais uma ingerência na ordem jurídica civil. Desta feita é a ordem civil matrimonial que está em causa. A senhora “X” solicitou o divórcio porque o seu marido mudou de religião, o que tornou insustentável uma relação matrimonial construída no pressuposto da igual religião dos cônjuges. Será juridicamente correcto fazer apelo à liberdade constitucional de religião (e de mudança de religião) para se opor à dissolução do matrimónio num tribunal civil? Em que medida o contrato de casamento (e o seu termo) estará condicionado à ordem constitucional dos direitos fundamentais?

Os exemplos anteriores parecem-nos suficientemente sugestivos para ilustrar a problemática dos efeitos (ou eficácia) jurídicos da ordem constitucional dos direitos fundamentais na ordem jurídica

civil. e, como desde logo alertámos, estamos bem longe de uma simples récita literária. Os casos, ligeiramente adaptados ou tendencialmente simplificados, abrem-nos as janelas para os perigos das récitas e contra-récitas jurídicas (*counterstorytelling*). Até porque, neste campo, não se sabe bem quem transporta os mitos e interesses das narrativas maioritárias e quem tenta neutralizar ou subverter estas narrativas através das vozes dos *outsiders* minoritários. Dito por outras palavras: a récita pertence à Constituição e à sua ordem constitucional de direitos tendo como mensageiros os constitucionalistas ou a récita cabe ao direito privado e aos seus agentes oraculares? Colocar assim a questão, em termos de récitas e contra-récitas, de constitucionalistas e de civilistas, afigura-se-nos querer insistir em fotografia a preto e branco quando, hoje, o mundo é o das cores naturais, mesmo quando a moda se desloque para “cores camaleónicas”. Explicitemos melhor esta questão. A isso se dedicam os desenvolvimentos subsequentes. Os perigos da “panconstitucionalização” da ordem jurídica privada foram salientados por Konrad Hesse quando salienta a “colonização” do direito privado eventualmente operada pela hipertrofia irradiante dos direitos fundamentais. Esta colonização transportaria riscos evidentes quer para a *constituição* dos *direitos fundamentais* quer para a *ordem jurídica privada*. 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 – vêm 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 transformar-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. Em causa está também o problema de saber se o apego à *Drittwirkung* não transporta um *pathos* ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas. Propomos, assim, uma breve suspensão reflexiva sobre este tópico.

V – *Compreensões pós-modernas do Direito: a chave da “compreensão” da eficácia dos direitos fundamentais?*

A ideia de *Drittwirkung* ou de *eficácia directa* dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projecto da modernidade: modelar a sociedade civil segundo os valores da razão, *justiça, progresso* do Iluminismo. Este código de leitura – pergunta-se – não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções *múltiplas e débeis* da pós-modernidade? Coloquemos entre parêntesis a caracterização de pós-modernidade (alguém sabe?). Perguntemos apenas, tendo em conta os exemplos ou casos atrás referenciados, se todos eles merecem a mesma resposta. E por que uma única solução em vez de soluções múltiplas. Por que uma deliberação valorativa heterónoma da Constituição em nome do “direito a ser mãe” em detrimento de um esquema processual de negociação corporizador do “direito da mulher a criar o seu papel” no mundo organizacional das *corporations*? Por que a imperatividade da *equal protection clause* em vez da *singularidade* e das diferenças nas relações humanas, justificativas do triunfo da negociação, da flexibilidade, da adaptabilidade e da permissividade? É bem de ver que estas interrogações pressupõem já um outro mundo: o da absolutização das diferenças e da singularidade, o da complexidade, da indeterminação e do relativismo! Numa palavra: o mundo da pós-modernidade. Mas não só. É também o mundo do globalismo e da arbitragem, da desestatização e da privatização da ordem liberal mundial da bolsa e do comércio. Poderá ainda a ordem normativo-constitucional e dos seus respeitáveis valores da razão, da pessoa e do progresso abarcar a desordem, a indeterminação, a globalização e o diferencialismo? O problema que se põe a qualquer jurista colocado no meio destes dois mundos é o de saber como resolver em termos juridicamente rigorosos e constitucionalmente não-capitulacionistas as questões da ponderação de direitos e bens através de uma balança que já não tem só dois pratos, antes digitaliza em termos reais interesses múltiplos e múltiplos interesses. De qualquer forma, e à laia de roteiro problemático, cremos que a epígrafe deste estudo exprime bem o *punctum saliens* da questão. A “constitucionalização do direito civil” e a “civilização do direito constitucional” não dispensam a abordagem de relevantes problemas metódicos como os da unidade da ordem jurídica, da autonomia do direito privado e do direito público, da interpretação do direito privado em conformidade com a Constituição, da aplicação jurídica

imediate dos direitos fundamentais pelo juiz e da articulação da observância dos direitos fundamentais com a ordem pública. Destas tarefas metódicas não vamos cuidar aqui. Esperamos que em momento próximo tenhamos oportunidade de voltar ao tema. Sempre em diálogo com o Mestre nosso homenageado.