Marcelo Schenk Duque

**Direito privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**

“Se mesmo nas relações onde o Estado age como parte que intervém em âmbitos protegidos do cidadão pela constituição percebem-se dificuldades quanto a justificaão dessas intervenções, bem como de seus limites, o que se dirá dos casos eminentemente privados, palco da drittwirkung, onde há um conflito entre titulares igualmente legitimados de direitos fundamentais? Nessa conexão, a questão que se coloca é determinar em que medida se fundamenta a eficácia dos sireitos fundamentais nas relações privadas, com plano de fundo nas relações de consumo, onde tal fenômeno se mostra com clareza”. – p. 39.

“Efetivamente, o campo das relações de trabalho revelou-se como terreno fértil para o desenvolvimento de um debate em torno da drittwirkung, já que se afirma como o típico caso de relações entre sujeitos privados, já que se afirma como típico caso de relações entre sujeitos privados, nas quais os direitos fundamentais podem assumir um significado preponderante, independentemente da presença do Estado em um dos polos da relação”. – p. 41.

“Com efeito, no Brasil, após a promulgação da CRFB, desenvolveu-se uma corrente doutrinária – que, inclusive, faz escola no País – a qual, sobretudo após o final da década de noventa, passou a defender a ideia de que os direitos fundamentais vinculam os particulares nas relações jurídico-privadas, de forma direta e imediata”. – p. 43.

“O presente trabalho apresenta uma visão diversa, no sentido de que os direitos fundamentais, em geral, não podem vincular os particulares diretamente, como ocorre nas relações entre o cidadão e o Estado. Parte-se do pressuposto de que, em princípio, somente o Estado está diretamente vinculado aos direitos fundamentais; os particulares, nas relações que tecem entre si, apenas indiretamente”. – p. 45.

“A dificuldade de se acumular em uma só pessoa, simultaneamente, as prerrogativas de sujeito ativo e passivo de direitos fundamentais, encontra registro na doutrina pátria a partir da observação de que uma relação privada, que envolve a incidência de direitos fundamentais, não é classificada como uma relação jurídica sinalagmática, típica do direito privado, na qual o direito de uma pessoa corresponde, necessariamente, ao dever da parte oponente”. – p. 48.

“(...) a questão do drittwirkung não se confunde com a chamada vigência fiscalizadora dos direitos fundamentais (Fiskalgetung der Grundrechte). Esta diz respeito à vinculação do Estado ao direitos fundamentais, nos casos onde os seus órgão atuam não pelas normas de direito público, que normalmente regulam a sua vida soberana, mas sim de acordo com as normas de direito privado”. – p. 51.

“O fato de que nem todos os direitos fundamentais possuem significado para o direito privado deriva de uma constatação mais ampla, no sentido de que nem todos os direitos fundamentais possuem significado para todos os ramos do ordenamento jurídico, simultaneamente”. – p. 52.

“A posição sistemática dos direitos fundamentais na constituição contribui para reforçar a sua condição de hierarquia no texto constitucional e, com isso, na ordem jurídica total. Ainda que a partir daí não se possa concluir, necessariamente, por uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, nada fala ao contrário”. – p. 54.

“Assim, por se tratar de uma construção dogmática da mais elevada complexidade, que requer um esforço argumentativo permanente, entende-se que essa modalidade de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ficar em aberto pela constituição, cabendo a cada ordenamento jurídico encontrar as soluções que se mostrem mais adequadas à sua realidade, levando em conta não apenas o arranjo constitucional, como também a estrutura do direito privado”. – p. 56.