

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TICIANA PEREIRA NOBRE

**A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

FORTALEZA

2008

**TICIANA PEREIRA NOBRE**

**A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Henrique Botelho Frota**

**FORTALEZA**

**2008**

**TICIANA PEREIRA NOBRE**

**A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Henrique Botelho Frota**

**Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/2008**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Henrique Botelho Frota (Orientador)**

**Universidade Federal do Ceará**

---

**Prof. Daniel Gomes de Miranda**

**Universidade Federal do Ceará**

---

**Emanuel de Melo Ferreira**

**Universidade Federal do Ceará**

***À minha avó, Neide, mulher de força e  
alegria invejáveis, que me ensina, mesmo sem  
palavras, a enfrentar as dificuldades da vida.***

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pelo amor e carinho incondicionais demonstrados durante toda a minha vida.

Aos meus avós, pelo apoio em todos os momentos e pelos exemplos de caráter e de solidariedade.

Aos familiares amados, em especial meu tio César, pela amizade e incentivo em tantos momentos difíceis.

Aos amigos: Diego, Déborah, Teixeira, Maia, Rafinha e Rachel, por dividirem comigo todos os momentos de alegria e aflição. Sinto-me orgulhosa de tê-los como amigos.

A Ramon, amigo com o qual posso contar em qualquer circunstância, pela sua constante implicância, sempre contribuindo para que eu me torne uma pessoa melhor.

À Sacha, amiga querida, pelas conversas insanas e por me fazer sorrir sempre, até mesmo quando isto parece ser impossível.

À Lia e a Jeremias, meus companheiros de faculdade, pela força e motivação sem as quais este trabalho não teria sido concluído.

Ao professor Henrique Botelho Frota, por ter assumido a orientação deste trabalho, mesmo com tantos compromissos importantes a honrar.

Aos colegas da Justiça Federal, pela cumplicidade e pelas valiosas lições de justiça e humanidade lá aprendidas.

“Felizmente há palavras para tudo. Felizmente que existem algumas que não se esquecerão de recomendar que quem dá deve dar com as duas mãos para que em nenhuma delas fique o que a outras deveria pertencer. Assim como a bondade não tem por que se envergonhar de ser bondade, também a justiça não deverá esquecer-se de que é, acima de tudo, restituição, restituição de direitos. Todos eles, começando pelo direito elementar de viver dignamente. Se a mim me mandassem dispor por ordem de precedência a caridade, a justiça e a bondade, daria o primeiro lugar à bondade, o segundo à justiça e o terceiro à caridade. Porque a bondade, por si só, já dispensa a justiça e a caridade, porque a justiça justa já contém em si caridade suficiente. A caridade é o que resta quando não há bondade nem justiça.”

José Saramago

## **RESUMO**

Este trabalho tem como objeto o estudo da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação no direito brasileiro. Partimos da análise da teoria dos direitos fundamentais e sua evolução, do Estado Liberal ao Estado Pós-Social, para que pudessem ser traçados os pressupostos que condicionam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, quais sejam: o fim da dicotomia entre Direito Público/Direito Privado, o fenômeno dos poderes privados e o reconhecimento da força normativa da Constituição. Posteriormente, apresentamos alguns pontos das principais concepções doutrinárias estrangeiras desenvolvidas sobre o tema. Em seguida, tendo em mente que a questão da eficácia dos direitos fundamentais é particularmente problemática no Brasil, é nosso propósito defender a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em sua forma direta, já que se trata de uma importante ferramenta para a construção uma sociedade livre, justa e solidária. Por fim, apresentamos a posição da doutrina e da jurisprudência brasileiras acerca do tema, visando dar um panorama geral da questão no contexto nacional.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Relações entre particulares. Eficácia horizontal.

## **ABSTRACT**

The purpose of this essay is to analyze the effectiveness of fundamental rights in the relations between private parties and the approach given to this theory in Brazil's legal system. At first, we studied the evolution of the fundamental rights theory, from the Liberal State to the Post-Welfare State era, in order to establish the conditions that precede the recognition of the applicability of fundamental rights in private relations, which are: the end of the dichotomy Public-Private Law, the growth of power amongst private parties, and the acceptance of the normative power of the Constitution. Then, we will present some aspects concerning the main theories on the theme, developed by the international authors. In addition, having in mind that the problem concerning the effectiveness of fundamental right is a major issue in Brazil, it is our aim to defend the use of the horizontal effect of fundamental rights in its direct form, since it represents an important tool to build a free, just and solidary society. The final part of this study consists in examining the position of the Brazilian authors and the Constitutional Court on the subject, so as to give a broad view of how this issue is being treated within our context.

Keywords: Fundamental rights. Relations between private parties. Horizontal effectiveness.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>14</b>
<b>2.1 Conceito</b> .....	<b>14</b>
<b>2.2 Formação histórica</b> .....	<b>15</b>
<b>2.3 Características</b> .....	<b>22</b>
<b>2.4 As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais</b> .....	<b>24</b>
2.4.1 As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.....	<b>24</b>
2.4.1.1 A eficácia irradiante dos direitos fundamentais .....	<b>25</b>
2.4.1.2 A teoria dos deveres estatais de proteção .....	<b>28</b>
2.4.2 A ampliação e multifuncionalização dos direitos fundamentais.....	<b>29</b>
<b>3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>31</b>
<b>3.1 Premissas teóricas</b> .....	<b>31</b>
3.1.1 A constitucionalização do direito privado .....	<b>31</b>
3.1.2 A crise do Estado Social e o fenômeno do Poder Privado .....	<b>34</b>
3.1.3 A força normativa da Constituição .....	<b>36</b>
3.1.4 A questão da autonomia privada.....	<b>38</b>
<b>3.2 A questão terminológica</b> .....	<b>39</b>
<b>3.3 O caso Lüth</b> .....	<b>41</b>
<b>3.4 As construções teóricas sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais</b> .....	<b>43</b>
3.4.1 A negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina da <i>State Action</i> .....	<b>43</b>
3.4.2 A teoria da eficácia indireta ou mediata.....	<b>46</b>
3.4.3 A teoria da eficácia direta ou imediata.....	<b>49</b>
3.4.4 A teoria dos deveres de proteção .....	<b>50</b>
3.4.5 Teoria da convergência estadista .....	<b>52</b>

	10
3.4.6 Teoria integradora (o modelo de Alexy) .....	52
<b>4 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL .....</b>	<b>54</b>
<b>4.1 Fundamentando a vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais na Constituição Federal.....</b>	<b>54</b>
<b>4.2 Parâmetros para aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.....</b>	<b>61</b>
<b>4.3 Posição da doutrina brasileira.....</b>	<b>64</b>
<b>4.4 Posição do Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>66</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>74</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Para doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais tinham como objetivo a limitação da ação estatal em face dos cidadãos, preservando estes de eventuais abusos perpetrados pelo Poder Público. Sua aplicação, portanto, estava restrita às relações públicas, que tinham o Estado em um dos pólos, não se projetando sobre as relações jurídico-privadas.

Essa concepção, formulada no contexto em que vigorava o Estado Liberal e fruto de um pensamento excessivamente individualista que caracterizava a época, tinha como principal meta restringir ao máximo a intervenção do Estado na sociedade, de forma a satisfazer o interesse da burguesia, que ansiava pela liberdade econômica. Acreditava-se que essa liberdade econômica só seria possível com a limitação do papel do Estado, que deveria se ater apenas à proteção da autonomia privada e da propriedade.

É preciso mencionar também que tal compreensão partia da premissa de que somente o Estado possuía reais poderes para ameaçar a esfera de liberdade individual de seus cidadãos. No âmbito das relações entre particulares, por sua vez, essa diferença de poderes não existia, pois os indivíduos gozavam dos mesmos direitos, encontrando-se em situação de igualdade.

Com as profundas mudanças sociais que o mundo sofreu no século XX, essa percepção acerca do papel do Estado e dos direitos fundamentais revelou-se insuficiente para combater os inúmeros problemas econômicos e sociais gerados pelo modelo do *laissez faire*. Assim, impôs-se ao Estado a adoção de políticas públicas intervencionistas, de forma a restabelecer o bem-estar social, garantindo os direitos sociais e econômicos aos cidadãos.

Foi a partir desse momento que se tornou evidente que o poder não se encontrava concentrado apenas nas mãos do Estado, mas sim disperso na sociedade, e que, portanto, as ofensas a direitos fundamentais também poderiam partir de uma multiplicidade de atores privados.

Assim, fez-se necessário repensar o modelo tradicional dos direitos fundamentais, estendendo a sua aplicação também às relações travadas entre particulares, já que o argumento para a não-intervenção nas relações privadas, baseado na igualdade formal das partes, não mais se sustentava frente ao enorme poder político, econômico e social que certas entidades privadas apresentavam.

Todavia, a questão acima merece uma análise cuidadosa, tendo em vista que nas relações travadas entre particulares, vislumbram-se dois titulares de direitos fundamentais, investidos de poder autodeterminação para gerir seus interesses. Dessa forma, não seria correto submeter esse tipo de relação ao mesmo regime jurídico aplicado aos Poderes Públicos.

É este o ponto principal da questão: como compatibilizar a proteção efetiva dos direitos fundamentais, num panorama em que as agressões partem de inúmeros lados, com a autonomia privada da pessoa humana?<sup>1</sup>

Nesse sentido, o propósito do presente trabalho é responder, tomando como referência a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aos seguintes questionamentos: Os direitos fundamentais devem vincular os particulares nas relações que eles mantêm entre si? Em sendo positiva tal indagação, de que forma e em que medida ocorre esta vinculação?

Procura-se responder a uma série de questões relativas a potenciais lesões a direitos fundamentais dentro da esfera privada. Para ilustrar e ressaltar a importância do tema, eis alguns casos em que poderiam ocorrer referidas lesões: (a) um pai pode deixar de contemplar um filho no seu testamento, na parte disponível, por ser ele homossexual? Deve prevalecer a vontade do pai, que é dono do seu patrimônio e faz dele o que bem quiser, ou a norma constitucional que proíbe a discriminação? (b) Uma empresa poderia celebrar contratos de trabalho em que os trabalhadores renunciassem à filiação sindical, considerando o direito à livre associação profissional ou sindical? Ou ainda poderia esta empresa condicionar a admissão de trabalhadoras do sexo feminino à realização de testes de gravidez e determinar como justa causa para rescisão do contrato de trabalho a ocorrência de gravidez durante o curso desse contrato, tendo em vista o direito à intimidade, previsto no art.5º, X, da Constituição Federal? (c) Poderia um partido político excluir dos seus quadros indivíduos de raça negra, diante do princípio da igualdade? (d) Um clube poderia aplicar uma sanção contra

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.** In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 194-195.

sócio sem conceder-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa, haja vista a garantia do contraditório trazida no texto constitucional?<sup>2</sup>

Necessário também esclarecer e delimitar o âmbito desse estudo, já que a incidência das normas constitucionais suscita inúmeras questões relevantes, questões essas que não pretendemos abordar.

Destarte, o presente estudo tem como foco a questão da vinculação dos direitos fundamentais individuais. Portanto, exclui-se, desde já, do nosso objetivo, o exame da vinculação nos casos que envolvem direitos sociais, políticos e transindividuais, pois dada as suas especificidades, exigiriam um estudo mais aprofundado.

No primeiro capítulo, iremos abordar a teoria dos direitos fundamentais, analisando seu conceito, evolução histórica e características. Trataremos ainda do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e seus desdobramentos.

No segundo capítulo, estudaremos especificamente a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, estabelecendo suas premissas teóricas para, em seguida, expor as principais concepções sobre o tema.

Por derradeiro, será examinada a questão à luz do ordenamento jurídico nacional, de forma a estabelecer a teoria que melhor se compatibiliza com a ordem jurídica constitucional brasileira, bem como estabelecer alguns parâmetros de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em nosso país.

---

<sup>2</sup> Conf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 1204-1205; e SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 4.

## 2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, pretendemos abordar de forma sucinta a teoria dos direitos fundamentais, fazendo alusão ao conceito de direitos fundamentais, bem como a sua evolução histórica, e analisando, ainda, suas características e dimensões.

### 2.1 Conceito

Antes de adentrarmos no estudo da teoria dos direitos fundamentais, necessário fazermos uma breve menção às terminologias utilizadas pelos autores ao tratar do assunto. Eis algumas das denominações usualmente empregadas pela doutrina: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem, dentre outras<sup>3</sup>. Por fugir um pouco do propósito deste trabalho, não iremos distinguir todas essas nomenclaturas, mas apenas buscar um termo genérico mais adequado à redação do presente estudo.

A moderna doutrina constitucional vem progressivamente rechaçando diversos dos termos acima aludidos, classificando-os como anacrônicos, em dissonância com o atual estágio de evolução dos direitos fundamentais no Estado de Direito, pois se revelam insuficientes quanto a sua abrangência, já que, muitas vezes, se encontram atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.

De acordo com Paulo Bonavides, não obstante o uso indiscriminado de diversas expressões na literatura jurídica, as denominações encontradas mais frequentemente são “direitos humanos” e “direitos do homem”, entre os autores anglo-americanos e latinos, e “direitos fundamentais”, entre os publicistas alemães<sup>4</sup>. Embora muitas vezes esses termos sejam mencionados como sinônimos, haja vista a estreita conexão entre eles, existe sim uma ligeira distinção. A propósito, Ingo Sarlet bem clarifica essa diferença:

[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 175.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 560.

universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional)<sup>5</sup>.

Nesse sentido também é a lição de J.J. Gomes Canotilho, que distingue as expressões, segundo sua origem e significado, da seguinte maneira:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta<sup>6</sup>.

É bem verdade que os direitos fundamentais, de certa maneira, são sempre direitos humanos, pois seu titular sempre será o ser humano. Entretanto, podemos concluir, a partir do exposto, que a expressão “direitos fundamentais” é a mais adequada para designar os direitos positivados em nível interno, possuindo um sentido mais restrito; já “direitos humanos” seria o melhor termo quando se fala em direito dos povos, pois revela um carácter mais universal.

Há também de se levar em conta a terminologia empregada em nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, abrangendo todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, as quais englobam, ainda, as diferentes funções exercidas por estes, tais como os direitos de defesa, os direitos de cunho prestacional e os direitos de participação.

Dessa forma, utilizaremos o termo “direitos fundamentais” ao longo do presente trabalho, por este revelar uma direta e imediata relação entre a Constituição e os direitos que o nome sugere, o que é mais pertinente para este estudo cujo objetivo é analisar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz do direito constitucional positivo.

## 2.2 Formação histórica

Fundamental para o nosso objeto de estudo é o exame do processo de desenvolvimento da idéia de direitos fundamentais, o qual desemboca no surgimento do próprio moderno Estado constitucional, cuja essência reside no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos do homem.

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35-36.

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 369.

É certo que não podemos afirmar a existência de direitos fundamentais na antiguidade, bastando recordar que tanto Platão como Aristóteles defendiam o estatuto da escravidão como algo natural<sup>7</sup>.

Contudo, ainda que consagrada esta concepção, a antiguidade clássica legou, por meio da religião e da filosofia, algumas idéias-chave, que vieram a influenciar profundamente o pensamento jusnaturalista e a concepção de que os seres humanos são titulares de direitos naturais e inalienáveis simplesmente pelo fato de existirem. Esta fase é comumente denominada de “pré-história” dos direitos fundamentais<sup>8</sup>.

A propósito, temos que fazer referência ao pensamento sofista e estóico no reconhecimento das idéias de igualdade natural dos homens e da crença num sistema de leis não-escritas anteriores e superiores às dos Estados e dos homens. O pensamento sofisticado, partindo da idéia de que os homens possuem uma natureza biológica comum, aproximou-se mais do conceito de igualdade natural e de humanidade. No pensamento estóico, a igualdade também assumiu um papel de grande importância. Os adeptos a esse pensamento preconizavam que a igualdade radica no fato de todos os homens se encontrarem em um *nomos* unitário que os converte em cidadãos do grande Estado universal. Eis aqui já a idéia de universalização dos direitos do homem. No entanto, ocorre que essa concepção de igualdade dos homens não conseguiu ultrapassar, na antiguidade, o plano filosófico e converter-se em categoria jurídica<sup>9</sup>.

Podemos apontar o pensamento cristão medieval, em especial a doutrina da escolástica e a filosofia de São Tomás de Aquino, como um dos antecedentes básicos para o reconhecimento dos direitos fundamentais. A concepção de que os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem alto valor intrínseco e uma liberdade inerente à sua natureza, fomentou a idéia de que dispõem de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política. São Tomás de Aquino defendia um direito natural, fundado na concepção do homem como criatura feita à imagem e semelhança de Deus. Esse direito

---

<sup>7</sup> Platão defendia que apenas um número pequeno de homens qualificados possuía um verdadeiro saber acerca da administração do Estado, restando aos demais indivíduos apenas obedecer incondicionalmente, na condição de súditos ou de escravos. Por sua vez, Aristóteles defendia a condição natural de escravo apregoando que: “Aquele que por lei natural não pertence a si mesmo, mas que, não obstante ser homem pertence a outro, é naturalmente escravo” (ARISTÓTELES apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p.357)

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

<sup>9</sup> CANOTILHO, *op.cit.*, p. 357.



subordinava o direito positivo e a discrepância entre um e outro autorizaria, em casos extremos, o direito de resistência da população.

No século XVI, inicia-se a chamada modernidade. Com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América dá-se início a um ambiente cultural não mais centrado nas tradições cristãs.

A centralização do poder político, fragmentado durante a Idade Média, resultou no absolutismo, o qual consistia basicamente em um sistema de governo no qual o soberano se investia de poderes absolutos, sem limite algum, exercendo de fato e de direito os atributos da soberania. O Estado absolutista, por concentrar todos os poderes nas mãos de um monarca, começou a ser visto na Europa como um instrumento de arbítrio e opressão ilimitados, que ia de encontro aos ideais de conhecimento e de liberdade pregados pela filosofia iluminista. Fazia-se necessário, naquele momento, proteger o indivíduo da discricionariedade do Estado, garantindo-lhe a liberdade. Assim, tendo como base a filosofia iluminista, a classe burguesa, insatisfeita com o poderio do Estado Absolutista e interessada em abolir os privilégios estamentais usufruídos pela nobreza e pelo clero, articulava a sua chegada ao poder.

Nesse contexto é que a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, ganha relevo. O contratualismo, influenciado sobremaneira pelo pensamento de John Locke, dava primazia ao indivíduo sobre o Estado, tendo como base o suposto de que os homens se reúnem em sociedade para se protegerem, preservando a vida, a liberdade e a propriedade. Dessa forma, estes bens, considerados conteúdo de direitos, seriam oponíveis ao próprio soberano, sendo a defesa destes direitos a razão de ser do Estado e seu princípio legitimador<sup>10</sup>.

Essa idéia teve enormes resultados políticos: foi a doutrina do direito natural que inspirou as revoluções liberais e fundamentou as doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta. Temos como os mais emblemáticos eventos apoiados no substrato filosófico jusnaturalista a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América de 1776, redigida por Thomas Jefferson, em que se afirma que todos os homens são possuidores de direitos inalienáveis, como o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade; e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, que constituiu um dos primeiros

---

<sup>10</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª parte. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1. ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002.

atos da Revolução Francesa e onde se proclamam igualmente como "direitos naturais" a liberdade, a igualdade, a propriedade etc<sup>11</sup>.

Foram justamente esses eventos que marcaram a ascensão da burguesia ao poder e a consolidação e jurisdicização dos direitos do homem, que embora tivesse a intenção maior de legitimar a dominação econômica da classe burguesa, com a consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, e a limitação do poder estatal, representou um inegável avanço para a civilização ocidental.

O nascimento do movimento constitucionalista liberal ocorre nessa época. Os constitucionalistas buscavam a jurisdicização do liberalismo tanto em seu sentido político, ligado à garantia do cidadão perante o Estado, quanto no sentido econômico, vinculado aos postulados de uma economia de livre mercado. Os adeptos desse movimento defendiam a constituição como o instrumento necessário para essa afirmação e realização dos direitos humanos, tendo como principal propósito estabelecer um sistema de separação de poderes, com a finalidade de contenção dos poderes estatais<sup>12</sup>, garantindo, dessa forma, a segurança jurídica tão necessária para o desenvolvimento capitalista. É precisamente a partir dessa concepção que surge a noção de que os direitos fundamentais corresponderiam a deveres de abstenção do Estado, propiciando aos cidadãos um espaço de liberdade imune às interferências do Poder Público.

Embora a doutrina liberal tenha se consolidado no sentido de que os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos, oponíveis apenas em face do Estado, uma análise de sua evolução não nos permite afirmar que estes se limitem às relações travadas entre indivíduo e Poder Público<sup>13</sup>. Conforme Daniel Sarmento, “a própria origem contratualista das teorias sobre os direitos humanos induz à idéia de que, na concepção dos filósofos inspiradores do constitucionalismo, tais direitos também valiam no âmbito das relações privadas”<sup>14</sup>. Nota-se, pois, que ocorreu uma subversão da teoria dos direitos

---

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. 1. ed. Editora Universidade de Brasília: Brasília, 1998, p. 668.

<sup>12</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Renovar : Rio de Janeiro, 2006, p. 435.

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 1. ed. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2004, p. 30.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 27.

fundamentais, originalmente concebida com base na existência de direitos inatos ao homem, os quais precederiam ao próprio Estado.

Para o Estado Liberal, surgido após a independência americana e a revolução francesa, a separação entre o Estado e a sociedade era a forma de garantir a liberdade individual. Para tanto, necessário fazia-se reduzir a atividade estatal ao mínimo, restringindo-a a mera atividade de proteção da segurança e propriedade dos cidadãos, evitando interferências na economia, de forma que esta permanecesse ao sabor das forças do mercado, assegurando, pois, o espaço de liberdade econômica dos indivíduos, considerados de forma abstrata. Acreditavam os defensores desse modelo que, ausentando-se o Estado da esfera econômica, à “mão invisível” do mercado caberia a resolução dos problemas sociais.

Considera-se essa a primeira fase de desenvolvimento dos direitos fundamentais, na qual se consagram os direitos à liberdade, à igualdade formal e à propriedade. O Estado seria o grande inimigo da liberdade individual, portanto, era a finalidade principal do Estado Liberal do século XIX impedir arbitrariedades contra os indivíduos e a sociedade civil. Predominava, nesse período, a ética do individualismo, considerado um valor a ser prestigiado. Destarte, concebidos nesse contexto, os chamados direitos de primeira geração ou direitos de liberdade - direitos civis ou políticos – correspondiam a direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

No decorrer do século XIX, acentuaram-se os problemas sociais, associados à industrialização em marcha, ao impacto do crescimento demográfico e ao agravamento das disparidades no interior da sociedade. O modelo desenvolvido com base em um Estado ausenteísta mostrava-se insuficiente para assegurar condições dignas de existência às camadas mais carentes da população, não respondendo satisfatoriamente às novas exigências do momento. Surgem, assim, correntes que irão criticar o individualismo, o liberalismo econômico e o capitalismo selvagem. Destacam-se, dentre essas correntes, o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja<sup>15</sup>.

O movimento socialista acreditava que os direitos humanos surgidos sob a égide do liberalismo tinham como principal propósito legitimar a dominação econômica burguesa, haja vista que apesar de abolidas as distinções entre indivíduos, fundadas no nascimento e classe, o Estado deixava essas distinções atuarem na sociedade livremente. Para os marxistas,

---

<sup>15</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 31.

a única forma de pôr um fim à exploração do homem seria a tomada do poder, através da força, pelo proletariado, com a conseqüente implantação do comunismo, suprimindo as diferenças de classe.

Por sua vez, o socialismo utópico defendia que a própria burguesia deveria promover as reformas sociais. Essa idéia, apesar de ser severamente criticada, exerceu um papel relevante na criação e no desenvolvimento da legislação trabalhista.

A questão operária era a principal preocupação para a doutrina social da igreja, que teve como marco a edição, em 1891, da Encíclica *Rerum Novarum*, a qual criticava a concentração de renda e defendia que o Estado deveria assumir um papel mais ativo na proteção dos direitos humanos, especialmente no que concernia aos mais desfavorecidos economicamente, que estariam mais expostos às injustiças, necessitando, portanto, de uma posição mais ativa por parte do Estado.

O medo da expansão do socialismo, mormente da revolução vivida na Rússia em 1917, gerou uma série de mudanças, as quais visavam a proporcionar uma maior proteção ao trabalhador bem como oferecer melhores condições de vida à população, minimizando os efeitos deletérios do capitalismo. Inicia-se, assim, a transição, no início do século XX, do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), ampliando a atuação e responsabilidades do Estado.

As crises econômicas e sociais vivenciadas pelo capitalismo, cujo ápice se deu em 1929, nos Estados Unidos, com a quebra da Bolsa de Nova Iorque, evidenciaram a necessidade de implantação de um novo modelo econômico, já que patente era a superação do modelo liberal, que não mais conseguia controlar os abusos dos agentes do mercado, legados ao seu próprio alvedrio. Após a quebra da bolsa, seguiu-se um período conhecido como “a grande depressão”, no qual se vivenciou a retração da economia, com o conseqüente fechamento de empresas, gerando uma massa de desempregados.

Nesse contexto, com arrimo nas idéias do economista inglês John Maynard Keynes, que defendia um papel mais ativo do Estado, implantou-se nos Estados Unidos um plano econômico denominado *New Deal*, no qual se defendia a intervenção estatal no mercado e que serviu para estancar a crise e fortalecer a economia norte-americana. Seguiu-

se, em diversos países a adoção de um modelo de Estado social, intervencionista, orientado sobretudo por motivações e objetivos de justiça social.

A partir do surgimento do *Welfare State*, o Estado assume o papel de regulador das relações sociais, tendo por objetivo buscar o equilíbrio entre o pólo mais forte e o mais fraco das relações jurídicas e promover a igualdade substancial entre os indivíduos. Assiste-se à ação sistemática do Estado sobre o processo econômico e a assunção pelos poderes públicos de novos programas de ação. Assim, ganha consagração constitucional uma nova gama de direitos fundamentais, os quais não mais se limitavam a uma abstenção do Estado, mas sim exigiam uma série de prestações positivas por parte do Poder Público, de modo a assegurar à população uma existência digna. São esses direitos os chamados direitos de segunda geração - direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos – introduzidos pelo constitucionalismo das distintas formas de Estado social<sup>16</sup>.

Cumprido consignar que, embora a positivação desses novos direitos tenha implicado uma relativização da autonomia privada, o reconhecimento dos direitos sociais não resultou no desaparecimento das liberdades públicas. Não existe qualquer hierarquia entre os direitos individuais, de primeira geração, e os sociais e econômicos, de segunda. Nesse sentido ressalta Fábio Konder Comparato:

[...] os direitos humanos [...] formam um conjunto uno e indivisível. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifícios dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais<sup>17</sup>.

Uma nova dimensão dos direitos fundamentais surge no fim do século XX assentada sobre o princípio da fraternidade.

Num cenário cuja característica mais decisiva é o alicerçamento do poder de organizações de natureza privada, principalmente das grandes multinacionais, a consciência de uma desigualdade mundial motivou a busca de direitos que não se limitassem a proteger o homem individualizado, ou mesmo um grupo ou Estado, mas que tivessem por destinatário o gênero humano. São esse os chamados direitos de terceira geração, “dotados de altíssimo teor

---

<sup>16</sup> BONAVIDES, *op.cit.*, p. 564.

<sup>17</sup> COMPARATO *apud* SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 36.

de humanismo e universalidade”, tendo como exemplos o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade<sup>18</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já fez referência aos direitos fundamentais de terceira geração, mencionando-se, como exemplo deles, entre nós, o estabelecido no art. 225, *caput*, da Constituição. Assim, lê-se no MS 22.164-0/SP:

A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILBRADO. DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.

- O direito à integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais)

- que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade<sup>19</sup>.

Por fim, impende mencionar que Paulo Bonavides faz também referência a uma quarta geração de direitos, relacionados à democracia participativa, quais sejam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, cuja positivação seria resultado da globalização política no âmbito jurídico.

### 2.3 Características

São inúmeras as características dos direitos fundamentais apontadas pelos autores. Como não compete ao nosso trabalho uma análise minuciosa da essência dos direitos fundamentais, iremos apontar apenas algumas de maior importância.

---

<sup>18</sup> BONAVIDES, *op.cit.*, p.569.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164 – SP. Relator: Min Celso de Mello. Publicação: DJ 17/11/1995.

Podemos dizer que os direitos fundamentais identificam-se pelos caracteres da universalidade, historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e vedação ao retrocesso<sup>20</sup>.

A marca da universalidade diz respeito ao fato de todos os seres humanos serem detentores de direitos fundamentais, independentemente de raça, credo ou condições econômicas, devendo, assim, constituírem uma preocupação de toda a humanidade. Deve-se consignar que apesar do caráter universal, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer restrições e limitações diante de uma eventual colisão com outros direitos fundamentais<sup>21</sup>.

Os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente irão fazer sentido dentro de um determinado contexto histórico. Assim, através do caráter da historicidade, podemos compreender por que os direitos proclamados em uma época desaparecem ou se modificam no tempo, revelando-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais.

A inalienabilidade consiste no fato de os direitos fundamentais estarem excluídos de quaisquer atos de disposição, quer jurídica, quer material, pois não possuem conteúdo jurídico-patrimonial. Destarte, constata-se que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo tão fato de o titular de direito nela consentir. A doutrina afirma que essa inalienabilidade resulta da fundamentação do direito no valor da dignidade humana.

A imprescritibilidade, por seu turno, diz respeito ao fato de os direitos fundamentais nunca deixarem de ser exigíveis, haja vista a prescrição ser um instituto jurídico que somente atinge a exigibilidade dos direitos patrimoniais, não a dos direitos personalíssimos.

A vedação ao retrocesso, no escólio de J.J Gomes Canotilho, representa:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. Com isto quer dizer-se que os

---

<sup>20</sup> As características foram tomadas com base em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 326; MENDES, Gilmar *et al.* **Curso de direitos constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 229 e ss.; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 180-182.

<sup>21</sup> Bobbio, apesar de acreditar que os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, afirma que os direitos a não ser escravizado e a não ser torturado podem ser considerados absolutos, já que “a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada”. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42)

direitos sociais e económicos ( ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*. A ‘proibição do retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises políticas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção, da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana<sup>22</sup>.

Portanto, podemos falar que quando uma sociedade atinge determinado grau de amadurecimento no que tange aos direitos fundamentais, seus cidadãos adquirem uma garantia institucional e um direito subjetivo, os quais limitam a reversibilidade dos direitos já adquiridos.

## **2.4 As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais**

### *2.4.1 As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais*

A tendência contemporânea na doutrina é de se distinguir duas dimensões centrais dos direitos fundamentais. Trata-se da dimensão subjetiva e da dimensão objetiva<sup>23</sup>.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor grau, ensejarem uma pretensão frente ao Estado para que se adote um determinado comportamento, relativo a uma ação positiva ou negativa, em razão de um direito positivado em sua ordem jurídica.

Por sua vez, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>24</sup> está ligada ao reconhecimento de que tais direitos não só vinculam os poderes estatais à realização de determinadas prestações, mas consagram igualmente os valores mais importantes de uma comunidade política. Dessa forma, os direitos fundamentais não podem mais ser pensados sob um prisma individualista, enquanto faculdades ou poderes de que os indivíduos são titulares,

<sup>22</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 320.

<sup>23</sup> É relevante mencionar que alguns autores preferem utilizar a expressão “perspectiva subjetiva e objetiva” para evitar confusão no que tange ao uso do termo dimensão, que é mais frequentemente utilizado quando tratamos das categorias (gerações) de direitos fundamentais. Devem-se destacar, ainda, as diversas denominações atribuídas à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, tais como ordem objetiva de valores, sistema de valores, decisões constitucionais fundamentais, direitos fundamentais como normas objetivas, diretrizes e impulsos, dentre outras.

<sup>24</sup> A construção teórica da dimensão objetiva teve papel salutar na superação do antigo entendimento que consagrava os direitos fundamentais como sendo oponíveis apenas ao Estado. Iremos estudar mais adiante o caso *Lüth*, ocorrido na Alemanha no ano de 1958, conhecido por ser o pioneiro no reconhecimento da dimensão objetiva ao estabelecer que os direitos fundamentais não reduzem sua operacionalidade à defesa do cidadão nas situações de ameaça imposta pelo poder estatal, posto que representam decisões constitucionais de natureza jurídico-objetiva válidas para todo o ordenamento jurídico.



mas devem sim ser considerados sob um enfoque comunitário, considerando que o bem a ser tutelado por eles é um valor moral coletivo em si, a ser preservado e fomentado.

A seguir temos o registro feito por Gilmar Ferreira Mendes acerca do tema:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos<sup>25</sup>.

A dimensão objetiva irá complementar a subjetiva, conferindo-lhe uma maior proteção, funcionando como um reforço à imperatividade dos direitos individuais e, ainda, terminando por alargar decisivamente sua influência em todo o ordenamento jurídico e na vida em sociedade. Afirma-se, ademais, que o caráter objetivo agrega à norma uma “mais-valia jurídica”<sup>26</sup>, justamente por permitir essa proteção reforçada da juridicidade das normas de direitos fundamentais, “através de esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos subjetivos”<sup>27</sup>.

Com base na idéia de dimensão objetiva é que se desenvolveram dois conceitos extremamente importantes, a serem analisados adiante: a chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, à qual se encontra associada a problemática da eficácia destes direitos nas relações privadas, e a teoria dos deveres de proteção.

#### *2.4.1.1 A eficácia irradiante dos direitos fundamentais*

O efeito irradiante dos direitos fundamentais significa que os valores consagrados pelas normas de direitos fundamentais espriam-se por todo o ordenamento jurídico, servindo como diretriz de interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais e de atuação para o legislador, a administração e o judiciário<sup>28</sup>.

Neste cenário, a eficácia irradiante exige que, no momento de aplicação de uma norma, o operador proceda a um reexame desta, sob as lentes dos valores consagrados

---

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 256.

<sup>26</sup> A expressão é de ANDRADE, José Carlos Vieira de *apud* SARMENTO, *op. cit.*, p. 136.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>28</sup> Esta projeção nos outros ramos do direito, incluindo-se os privados, enfatiza a necessidade de se adotar a técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição, como bem observou Ingo Sarlet. Conf. SARLET, *op. cit.*, p. 172.

constitucionalmente, como a dignidade humana, a igualdade substantiva e a justiça social. A partir desse raciocínio, podemos afirmar que os todos demais ramos do direito positivo deverão ser conformados de acordo com o que estabelece a Constituição.

Podemos apontar a interpretação conforme a Constituição como o principal instrumento da eficácia irradiante. A técnica da interpretação conforme a Constituição constitui, a um só tempo, princípio hermenêutico e mecanismo de controle de constitucionalidade. Quando atuar como princípio, impõe ao operador do direito, sempre que este se defrontar com uma norma a permitir mais de uma interpretação possível, a adoção da exegese mais compatível com os valores inculcados pela Constituição. Já quando atuar como mecanismo de controle de constitucionalidade, possibilitará, em sede de controle abstrato de normas, sem redução de texto, a eliminação das interpretações que não se coadunarem com os princípios estabelecidos constitucionalmente.

A propósito, insistimos em ressaltar que a eficácia irradiante não somente poderá ser utilizada em momentos de crise no ordenamento, mas deve sim ser empregada na prática jurídica diária. Chega-se a esse entendimento tomando como base o fato de que ao se admitir o efeito irradiante dos direitos fundamentais, estes, por estarem no “epicentro axiológico da ordem jurídica”, convertem-se “no norte do direito positivo”<sup>29</sup>.

O reconhecimento do efeito irradiante mostra-se especialmente útil quando se trata de interpretação e aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados presentes na legislação infraconstitucional. É por meio dessas cláusulas gerais, as quais requerem um preenchimento valorativo na atribuição de sentido pelo aplicador do direito, que ocorre “infiltração” dos direitos fundamentais no direito privado, e justamente por esta qualidade, poderão ser utilizadas para a extensão da eficácia dos direitos humanos no âmbito das relações privadas<sup>30</sup>.

Um caso muito curioso e mundialmente conhecido, chegando até ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, ocorreu na França, em meados da década de 90. Trata-se do caso do “lançamento de anões”, o qual serve muito bem para ilustrar a necessidade de interpretar-se um conceito jurídico indeterminado no sentido de promover os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana.

---

<sup>29</sup> SARMENTO, *op. cit.*, p. 156.

<sup>30</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 78-79.

O “lançamento de anões” é uma brincadeira na qual anões, vestindo roupas de proteção, são arremessados em direção a um tapete acolchoado, vencendo aquela pessoa que conseguir lançar o anão na maior distância possível.

Ocorre que na cidade de *Morsang-sur-Orge*, localizada na Riviera francesa, o prefeito, exercitando seu poder de polícia, resolveu interditar um bar onde era realizado o bizarro espetáculo. Para tanto, fundamentou a interdição na idéia de que aquela atividade violava a ordem pública, pois era contrária à dignidade da pessoa humana. Irresignado com a decisão, o anão impugnou o ato do prefeito, argumentando que necessitava daquele trabalho para a sua sobrevivência e que o direito ao trabalho e à livre iniciativa também seriam valores protegidos pelo direito francês e, portanto, tinha o direito de decidir como ganhar a vida.

O Conselho de Estado francês, órgão máximo da jurisdição administrativa daquele país, decidiu, em grau de recurso, que o poder público municipal estaria autorizado a interditar o estabelecimento comercial que explorasse o lançamento de anão, pois aquele espetáculo seria atentatório à dignidade da pessoa humana e, ao ferir a dignidade da pessoa humana, violava também a ordem pública. Criou-se, assim, um precedente no sentido de que um princípio constitucional pode condicionar a interpretação de um conceito jurídico indeterminado, sendo, no caso, o de “ordem pública”.

Em suma, pode-se afirmar que os valores sobre os quais se assentam os direitos fundamentais repercutem também na legislação infraconstitucional, fazendo incidir seus efeitos não só nas relações travadas entre indivíduo e Estado, mas igualmente nas relações entre particulares.

É justamente por essa idéia, a de que os direitos fundamentais devem ser exercidos no âmbito comunitário, considerando-se, ainda, que estes não possuem caráter absoluto, que se justificam certas limitações impostas à autonomia privada. Restringe-se o âmbito privado em prol dos interesses coletivos como forma a proteger os hipossuficientes da opressão dos poderes sociais não estatais.

No que tange a essa limitação, no entanto, mostra-se imperioso atentar para o fato de os espaços de liberdade dos indivíduos não devem ser restringidos imoderadamente. Para

tanto, respeitar o princípio da proporcionalidade e o núcleo essencial<sup>31</sup> dos direitos fundamentais é o melhor caminho para repelir qualquer tentativa de funcionalização dos direitos fundamentais em nome dos interesses da coletividade.

#### 2.4.1.2 A teoria dos deveres estatais de proteção

Outro desdobramento relevante da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais repousa no reconhecimento desses direitos como fonte de “deveres de proteção” por parte do poder público. Nesse sentido, ao contrário do que pregava a teoria liberal, a dupla dimensão dos direitos fundamentais e a vinculação do Estado aos valores contidos nas normas que assentam tais direitos demandam ao Poder Público a obrigação de implementar medidas concretas e eficazes para assegurar-lhes a máxima proteção, dentro das possibilidades fático-jurídicas de cada situação<sup>32</sup>.

Dessa incumbência do Estado de zelar pela proteção dos direitos fundamentais é possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção, suscetíveis de reclamação perante o Estado. Conclui-se, destarte, que os direitos à proteção são direitos prestacionais *latu sensu*, já que reclamam uma participação ativa por parte do Poder Público.

De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os deveres de proteção do Estado podem ser invocados tanto em se tratando de lesões ou ameaças a direitos fundamentais advindas de pessoas privadas como de Estados. Sobre o dever de proteção, Sarmento adverte ainda:

Admite-se ainda a sua presença em casos em que o risco ao direito fundamental não se origine de nenhuma pessoa em especial, como o perigo à vida decorrente de uma epidemia de HIV. Tal dever incube ao legislador, que tem a obrigação de editar normas que dispensem adequada tutela aos direitos fundamentais, à administração, a qual deve agir materialmente para prevenir e reparar as lesões perpetradas contra tais direitos, e também ao Judiciário, que, na prestação jurisdicional, tem de manter sempre a atenção voltada para a defesa dos direitos do homem.

---

<sup>31</sup> O núcleo essencial é o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de fulminar o próprio direito. Assim é que as restrições aos direitos fundamentais encontram sua constitucionalidade na preservação ao núcleo essencial do direito. *In*: PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>>. Acesso em: 02 jun. 2008.

<sup>32</sup> Daniel Sarmento atenta que um segmento de peso da doutrina alemã têm se afiliado a tal concepção dos direitos fundamentais. De acordo com Sarmento, autores como Isensee, Canaris, Oeter e Klaus Stern entendem que esse dever geral de tutela é preferível à teoria da eficácia direta porque “direciona os direitos fundamentais apenas para o Estado, evitando os riscos para a autonomia privada que decorreriam da sujeição dos particulares aos referidos direitos”. Além disso, desta forma evitar-se-ia também um indesejável ativismo judicial. Conf. SARMENTO, *op. cit.*, p. 259.

### 2.4.2 A ampliação e multifuncionalização dos direitos fundamentais

Pelo que já foi exposto, é de fácil constatação que os direitos fundamentais desempenham funções múltiplas na sociedade e na ordem jurídica, dada a sua ampliação, ao longo da história, seja no plano dos titulares, seja no plano da espacialidade, seja no plano dos âmbitos de proteção<sup>33</sup>.

Conforme já comentamos acima, inicialmente, à época em que se pregava o constitucionalismo liberal, influenciado pelos interesses burgueses, os direitos fundamentais eram vistos apenas como o direito do particular impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera privada, ou seja, como direitos de defesa. Desempenhavam, pois, uma função negativa, já que “impunham ao Estado os deveres de não-impedimento do exercício das liberdades, de não-restrição abusiva do exercício das liberdades e de não-eliminação das liberdades. É a chamada função clássica dos direitos fundamentais”<sup>34</sup>.

De outra banda, com a crise do paradigma liberal clássico e o advento do constitucionalismo social e democrático, soma-se à função negativa uma função positiva, a qual diz respeito aos direitos a prestações, associados à ótica emergente do Estado Social. Esta função exige do Poder Público uma mobilização de seu aparelho de forma a executar medidas orientadas diretamente ao bem-estar da população. A atuação positiva do Estado, portanto, é exigida aqui. É justamente em relação aos direitos a prestações que existe alguma divergência entre as classificações.

Por fim, temos a função desempenhada pelos direitos fundamentais de proteção do particular ante a ameaça de terceiros, que consiste basicamente em direitos à proteção do particular e deveres de proteção do Estado.

É evidente que as transformações sociais processadas nos séculos XIX e XX proporcionaram o acúmulo sucessivo de gerações e funções dos direitos fundamentais. Quer-se afirmar, dessa forma, que a ampliação e multifuncionalização são uma exigência do desenvolvimento social. Sobre o assunto assim afirma Steinmetz:

Ora, o poder como fenômeno social amplo nas sociedades capitalistas contemporâneas, a ação dos poderes privados ante a vigência de constituições com

---

<sup>33</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 95.

pretensões de normalização de múltiplos e significativos âmbitos da vida social, e a contínua ampliação e multifuncionalização dos direitos fundamentais pelas transformações sociais ao longo dos séculos XIX e XX explicam e justificam a necessidade e funções sociais da eficácia de direitos fundamentais entre particulares. Desconsiderar essa possibilidade eficaz é não tomar os direitos a sério<sup>35</sup>.

É relevante destacar que os próprios autores que defendem uma classificação dos direitos fundamentais com base no critério funcional reconhecem que estes, de uma forma geral, possuem uma dúlice função. Quer-se dizer com isso que um mesmo direito fundamental pode compreender um complexo de posições jurídicas, ou seja, num momento podem apresentar-se como um direito prestacional, já em outro podem possuir um caráter absenteísta.

A classificação dos direitos fundamentais de acordo com suas funções busca encontrar um critério mais abrangente do que os usualmente empregados da doutrina e, apesar de ainda comportar algumas divergências, encontra sua relevância no campo da hermenêutica jurídica, sobretudo no que concerne à problemática da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais.

---

<sup>35</sup> STEINMETZ, *op.cit*, p. 96.

### 3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo, estudaremos especificamente a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e suas correntes doutrinárias. Pertinente ressaltar que o nosso objetivo aqui não é o esgotar o tema, mas sim traçar linhas gerais para que, mais adiante, possamos analisar como ocorre a aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico nacional.

#### 3.1 Premissas teóricas

Cumpre-nos, antes de adentrar no tema, esclarecer algumas idéias que servem de base ao raciocínio que adiante será exposto, principalmente no que tange à constitucionalização do direito e à idéia de autonomia privada, salientando, ainda, a necessidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dentro do contexto social atual.

##### 3.1.1 A constitucionalização do direito privado

O fenômeno da constitucionalização do direito privado está ligado à superação da perspectiva que dividia o universo jurídico em suas searas radicalmente distintas: o direito público e o direito privado.

Referida distinção tem suas raízes no direito romano, em diversas passagens do *Corpus Júrís Civilis*. É de se mencionar que quanto ao assunto, não houve, ao longo da história, uma evolução linear, havendo épocas em que o direito privado prevalecia sobre o público, e, em outras, o primado era o do direito público sobre o privado, ressaltando-se que, não obstante a preponderância de uma seara sobre a outra, sempre existiram pontos de interferência entre elas<sup>36</sup>.

Com o advento do Estado Liberal, no qual a separação entre o Estado e a sociedade era concebida como de valor essencial para a preservação da liberdade individual, a divisão dicotômica entre público e privado acentua-se. São estabelecidos, sob o abrigo do Estado Liberal, dois sistemas diferentes de proteção da liberdade humana: as relações travadas

---

<sup>36</sup> FACCHINI, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 17.

entre os indivíduos e o Estado deveriam ser reguladas através da Constituição, ao passo que, na esfera privada, cabia ao Código Civil essa regulamentação<sup>37</sup>.

A rígida divisão concebida pelo modelo de codificação do Estado Liberal refletiu-se, assim, no modo como eram concebidos os direitos fundamentais, que vigoravam no direito público, como direitos públicos subjetivos, vinculando-se somente ao Estado. Já no âmbito privado, predominava o princípio da autonomia privada, haja vista a consagração do ideal da igualdade formal entre cidadãos.

Entretanto, a partir do reconhecimento da necessidade de intervenção do Estado na economia, a qual se deu quando da transição do modelo de Estado Liberal para o modelo do *Welfare State*, uma profunda modificação ocorreu nas fronteiras entre público e privado.

A preocupação em atender os anseios da parcela mais desfavorecida da sociedade e o crescente intervencionismo estatal proporcionaram a multiplicação das normas de ordem pública, restringindo-se, dessa forma, a autonomia da vontade das partes em favor dos interesses da coletividade. Portanto, podemos dizer que a ética do individualismo foi substituída pela ética da solidariedade, ou seja, no afã de oferecer uma maior proteção à dignidade humana, relativizou-se a tutela da autonomia da vontade.

Neste cenário, os códigos deixam de figurar como o eixo central de todo o ordenamento jurídico privado, iniciando-se a chamada “Era dos Estatutos”<sup>38</sup>. Caracteriza-se este período pela multiplicação das leis especiais, disciplinando novos institutos do direito privado, ou seja, referidos estatutos não só tratam de preceitos do Direito Civil, mas também contemplam normas administrativas, econômicas e até penais.

O surgimento desses “microssistemas legislativos” acabou por ocasionar a fragmentação do Direito Privado, sendo esse fenômeno denominado descodificação do direito privado. Aludido fenômeno implica não só na elaboração de normas esparsas previstas fora do Código Civil, mas também na consolidação de novos valores, a fundamentar os chamados microssistemas<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> SARMENTO, *op. cit.*, p. 92.

<sup>38</sup> FACCHINI NETO, *op.cit.*,p.25.

<sup>39</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 97.



A partir de então, a necessidade de um novo centro unificador do ordenamento civil se faz evidente, sendo este papel atribuído à Constituição, que, no Estado Social, não mais se limitará a regular as relações entre Estado e governados, passando, de igual modo, a disciplinar relações econômicas e privadas. Multiplicam-se as normas de conteúdo programático, que consubstanciam diretrizes, traçadas pelo constituinte, para a atuação dos poderes públicos e da própria sociedade.

Destaca-se a ocorrência de uma progressiva publicização do Direito Privado, diante da crescente influência exercida pela Constituição, que passou a disciplinar de forma direta alguns institutos tradicionalmente regulados pelos códigos civis. A tradicional divisão dicotômica entre Direito Público e Direito Privado resta então abalada diante desse novo panorama.

Cumprir mencionar que além da concepção de que o vértice do ordenamento jurídico localiza-se na Constituição, o Direito Constitucional contemporâneo também trouxe outra novidade: o reconhecimento da normatividade dos princípios, explícitos ou não, no texto constitucional. Esse reconhecimento, além de conferir harmonia e unidade ao ordenamento, irá condicionar a atividade do hermenêuta, que deverá pautar sua atuação, no caso concreto, sempre visando uma solução que melhor se coadune aos valores abrigados pelas normas principiológicas.

A chamada “constitucionalização do direito privado” advém justamente do reconhecimento da superioridade do texto constitucional, bem como da normatividade de toda a Constituição, e traz duas importantes conseqüências.

A primeira delas diz respeito à disciplina, pela própria constituição, de institutos que antes eram regulados apenas por códigos privados, tais como a família e a propriedade, atribuindo-se, pois, relevância constitucional às relações privadas.

Já a segunda conseqüência é compreendida dentro do campo da hermenêutica, sendo relativa à interpretação conforme a constituição. A inexistência de um campo específico de atuação dos princípios, bem como o efeito irradiante que lhes é próprio, irá permitir a sua penetração inclusive em normas de direito privado, o que acaba por exigir uma releitura de seus institutos tradicionais, que passam a sofrer a influência dos valores consagrados na Constituição. Neste sentido é a lição de Eugênio Facchini Neto:

[...] as normas principiológicas e programáticas concernentes ao direito privado, mas contidas na Constituição, necessariamente impõem ao legislador o dever de editar uma legislação compatível com tais princípios e que lhes devolvam o programa. É aí que está a razão do surgimento de leis especiais que acabam por reduzir o primado antes indiscutível do Código Civil. Tais leis especiais buscam disciplinar institutos de direitos privado, com base em outros princípios que não aqueles clássicos, contidos nas codificações. Emergem, então, leis como o *Código de Defesa do Consumidor*, que disciplina as relações de consumo à luz de princípios totalmente diversos daqueles que presidem as relações negociais codificadas, o *Estatuto da Criança e do Adolescente*, que pretende conferir uma proteção integral, com caráter prioritário, à criança e ao adolescente, em todas as suas fases e em todos os aspectos (em cumprimento aos princípios enunciados no art.227 da C.F.), dentre outras<sup>40</sup>.

Parte da doutrina, no entanto, insurge-se contra essa possibilidade de aplicação direta da Constituição na esfera privada argumentando que esta aplicação fere o princípio da autonomia privada e importa em ameaça à segurança jurídica, atribuindo, ainda, ao Judiciário um excessivo poder, em detrimento do legislativo<sup>41</sup>.

O que nos ocorre, porém, é que esse reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e da superioridade hierárquica da Constituição constituem um avanço para a sociedade e exigem, por parte do Judiciário, uma posição mais ativa, não representando necessariamente uma afronta à segurança jurídica, desde que suas decisões sejam devidamente embasadas na lei e na Constituição.

Por fim, é de se ressaltar que a constitucionalização do direito privado não implica em seu desaparecimento como ramo autônomo. Pretende-se, em verdade, não uma absorção do direito privado pelo constitucional, mas sim o reconhecimento de que tais normas devem ser criadas e interpretadas de acordo com os valores contidos nas regras e princípios da Constituição.

### 3.1.2 A crise do Estado Social e o fenômeno do Poder Privado

Nas décadas finais do século XX, assistimos ao enfraquecimento do modelo do *Welfare State*, decorrente da expansão desordenada do Estado, que se tornou tão burocrático ao ponto de não mais conseguir desenvolver as atividades as quais lhe competiam. Neste contexto é que ocorre a crise do petróleo, na década de 70, bem como as crises conjunturais da economia e do socialismo, com o desfazimento da União Soviética.

A partir da década de 80, ganham destaque, na ordem econômica internacional, as idéias neoliberais, cujas propostas básicas apontavam para necessidade de abertura dos

<sup>40</sup> FACCHINI NETO, *op.cit.*, p. 41.

<sup>41</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 103-106.

mercados internos, cortes com gastos sociais, privatizações, desregulamentação do mercado, reforma tributária e flexibilização das relações de trabalho.

Nesse cenário, também se acentua o fenômeno da globalização, que intensifica as relações econômicas entre países, tornando uma nação suscetível a fatores econômicos sobre os quais o Estado não possui mais controle.

Temos como principal característica dessa época a concentração de poder no âmbito das organizações de natureza privada, principalmente grandes multinacionais, característica essa que permanece fortalecida até os dias atuais.

Surge, após a crise do modelo intervencionista de Estado, a idéia de um “Estado Subsidiário”, que ganha relevo em vários países. Aqui, admite-se a existência de instâncias não estatais de regulação social e arbitragem de conflitos. Sarmento adverte que “se no Estado Social, o público avançara sobre o privado, agora ocorre o fenômeno inverso, com a privatização do público. Público e Privado cada vez mais se confundem e interpenetram”<sup>42</sup>. Essa convergência apresenta-se tanto na utilização crescente pelo Estado de institutos jurídicos do direito privado, travando relações negociais com os particulares, quanto na funcionalização de institutos clássicos do direito privado. Assim assevera Vieira de Andrade sobre o assunto:

Além de o Estado-Administração aparecer na vida social metamorfoseado em diversas figuras jurídicas e, cada vez mais, na veste de sujeito privado, as entidades privadas passam a exercer tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os comportamentos de indivíduos em diversas áreas sociais – esbate-se a distinção entre entidades públicas e privadas e, em consequência, a diferença entre o direito público e o direito privado como critério de relevância dos direitos fundamentais<sup>43</sup>.

Teme-se que essa interpenetração entre o público e o privado traga como consequência a flexibilização do Estado para uns, enquanto continua rígido para outros, aumentando, assim, os riscos de desrespeito aos direitos fundamentais, já que expõe o indivíduo a novas formas de opressão, não mais advindas do Estado, mas de novas instâncias de poder fortalecidas justamente por essa flexibilização.

---

<sup>42</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 52.

<sup>43</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 276.

O que nos parece evidente, a partir desse ensinamento, é a necessidade de se buscar uma forma conciliatória entre a desestatização da economia e o fortalecimento do poder social de atores privados com os direitos fundamentais, com o fim de minimizar os riscos e atenuar os males do Estado pós-social. Para tanto, faz-se fundamental reforçar a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.

### *3.1.3 A força normativa da Constituição*

Percorreu-se um longo caminho até a consolidação da idéia de que a Constituição possui status de norma jurídica, com caráter imperativo, inclusive no que concerne aos princípios nela insertos.

Inicialmente, na Europa, prevalecia a idéia de que a Constituição apenas continha princípios políticos, os quais dependeriam sempre de uma intermediação legislativa para serem efetivados no ordenamento. Dessa forma, acreditava-se que as constituições possuíam apenas uma carga moral, que seria dirigida aos poderes constituídos, sobretudo o Executivo e Legislativo, mas não qualquer eficácia jurídica<sup>44</sup>.

Foi a partir da adoção massiva de instrumentos de controle de constitucionalidade, que a idéia inicial dominante na Europa foi modificada, o que resultou na afirmação prática do valor jurídico e da superioridade normativa da Constituição.

Ao longo desse processo, mais precisamente com o surgimento do Estado Social, a Constituição sofre uma ampliação do seu papel, que agora não mais se restringe a garantir direitos individuais e estabelecer regras de organização do Estado. Ela passa a consagrar, igualmente, direitos sociais e econômicos, além de veicular em seu texto diversas medidas a serem executadas pelo Poder Público como forma de garantir o bem-estar da população.

Ocorre que para a doutrina dominante da época, tais direitos sociais e econômicos recém incorporados ao texto constitucional deveriam ser interpretados apenas como “normas programáticas”, não possuindo, pois, aplicabilidade imediata, só podendo gerar seus efeitos através da atuação do legislador infraconstitucional.

---

<sup>44</sup> O mesmo não se pode falar a respeito do que ocorria nos Estados Unidos, onde, desde o início da sua trajetória jurídica, a Constituição vinculava todos os poderes, inclusive podendo ser o legislador censurado através da chamada *judicial review*.

Tal entendimento acabou por comprometer a juridicidade da Constituição, que viu suas normas serem divididas em normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis<sup>45</sup>. Assim, negou-se uma real efetividade às normas constitucionais, comprometendo a sua credibilidade frente à sociedade.

Foi na esteira desse problema que Konrad Hesse formulou sua teoria sobre a “força normativa da Constituição”, através da qual abriu um caminho conciliador entre as radicais posições relacionadas à eficácia da Constituição, quais sejam: normativa de um lado, e do outro, a concepção sociológica de Ferdinand Lassale, a qual negava qualquer valor à Lei Fundamental, concebendo a Constituição real de um Estado como um “espelho das relações entre os fatores reais de poder da Nação”.

Hesse afirmava que apesar de a Constituição ser influenciada pela realidade social, ela também é capaz de conformar e influir sobre esta mesma realidade, determinando e, ao mesmo tempo, sendo determinada, haja vista possuir uma pretensão de eficácia. Seria através da realização dessa pretensão de eficácia que a Constituição adquiriria sua força normativa. Sarmiento bem explica o pensamento de Hesse:

[...] para que a Constituição tenha como desencadear a sua força normativa, ela não pode ignorar as leis espirituais, sociais e econômicas da sua época, senão não logrará efetivar-se. Além disso, o ingrediente essencial para a força normativa é o que Hesse chamou de “vontade de Constituição”. Deve haver o anseio da realização concreta da Constituição, e é importante que a sociedade se mobilize nesse sentido. Quanto maior a vontade da Constituição, menores serão os limites que a realidade social poderá lhe impor<sup>46</sup>.

O reconhecimento da força normativa da Constituição significa, portanto, aceitar a projeção dos valores constitucionais sobre todos os setores da vida humana. Inegável, também, é que esse reconhecimento consolida o entendimento de que as relações jurídicas reguladas pelo Direito Civil devem ser interpretadas à luz desses mesmos valores constitucionais.

---

<sup>45</sup> Sarmiento atenta para o fato de que esta doutrina reconhecia a eficácia jurídica somente às normas constitucionais que garantiam o *status quo*. Por sua vez, as normas não auto-aplicáveis eram justamente aquelas incorporadas a partir do advento do Estado Social e traziam consigo certas restrições aos interesses das classes sociais hegemônicas.

<sup>46</sup> SARMENTO, *op.cit*, p. 76.

### 3.1.4 A questão da autonomia privada

Um dos maiores entraves à ampliação do campo de eficácia dos direitos fundamentais diz respeito à questão da autonomia privada. Essencial, portanto, é o seu estudo para a melhor compreensão do tema.

Podemos conceituar a autonomia privada como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual, sem qualquer ingerência externa, mas respeitando o limite da autonomia privada alheia.

A autonomia privada encontra-se intrinsecamente ligada à natureza humana, constituindo um dos principais elementos da liberdade individual, envolvendo tanto aspectos ligados a escolhas existenciais, como também a escolhas triviais, como aquelas concernentes à celebração de contratos e de outros negócios jurídicos de caráter patrimonial.

Ela diferencia-se da autonomia pública (liberdade na praça), pois nesta encontra-se o cidadão participando da vontade do Estado, através da soberania popular, enquanto que a autonomia privada (liberdade no jardim) liga-se aos próprios direitos individuais<sup>47</sup>.

Seria impossível falar-se em autonomia privada sem uma série de condições mínimas para que o indivíduo possa se afirmar como gerente de si próprio. Portanto, não é suficiente o reconhecimento de uma série de direitos individuais cujo titular reprimido nunca poderá utilizar.

No concernente à vinculação dos particulares a direitos fundamentais é que a discussão sobre autonomia privada toma especial relevo, pois a questão da eficácia horizontal irá se resolver, na maioria dos casos, através da ponderação entre o direito fundamental invocado e a própria autonomia privada. Isto porque não existem direitos absolutos.

Nesse diapasão, ensina Sarmiento que a autonomia privada, por não ser absoluta, “tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> SARMENTO, *op.cit.* p. 177 e ss.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p.189.

Nada mais correto, então, do que limitar a autonomia privada, pois só assim mostra-se possível reduzir as pressões sofridas pelos homens, que se vêem intimidados em todos os contornos sociais, inclusive em suas relações privadas, nas quais muitas vezes o particular está numa posição bem mais ameaçadora que o poder público.

É com este entendimento que se redige o presente trabalho, tendo a autonomia privada como um princípio fundamental do direito privado, mas que, no entanto, deve ser relativizado, não servindo de manto para legitimar eventuais agressões a direitos fundamentais.

### 3.2 A questão terminológica

Não existe um consenso na doutrina acerca dos vários termos empregados para designar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Na Alemanha, palco onde se iniciou o desenvolvimento do tema ainda na década de 50, fazia-se referência a esse nova acepção de eficácia dos direitos fundamentais através da expressão *Drittwirkung der Grundrechte*, literalmente “efeito frente a terceiros dos direitos fundamentais”<sup>49</sup>.

Referida expressão, porém, recebeu inúmeras críticas, pois “só o apego à ultrapassada teoria liberal dos direitos fundamentais, que os limitava às relações entre cidadão e Estado, justifica que se conceba o particular como um ‘terceiro’ em relação a tais direitos”<sup>50</sup>. Acrescenta-se, ainda, que esta denominação “traz ínsita a idéia de que os direitos fundamentais não são oponíveis *erga omnes*, já que o vocábulo terceiros pressupõe que as pessoas vinculadas não seriam originariamente destinatárias de direitos”<sup>51</sup>. Desse modo, descarta-se, desde já, o uso do mencionado termo.

Por sua vez, Virgílio Afonso da Silva, que adota a expressão “relações entre particulares”, ao analisar as expressões “relações privadas” e “relações interindividuais”, afirma que:

A segunda expressão, “relações interindividuais”, peca por excluir qualquer ente coletivo, especialmente as pessoas jurídicas, de seu conceito. Já a expressão “relações privadas” peca por excluir, por exemplo, as relações trabalhistas, as quais,

<sup>49</sup> STEINMETZ, *op.cit.*, p. 31.

<sup>50</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 9.

<sup>51</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectivada teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.444.

a despeito de serem normalmente relações entre pessoas privadas, não podem ser classificadas como “relações privadas”.<sup>52</sup>

Também são empregados na doutrina os termos “eficácia privada” e, de teor semelhante, “eficácia dos direitos fundamentais no direito privado”. Ocorre que tais fórmulas pecam por serem demasiadamente amplas, podendo abranger tanto o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais como o da vinculação do legislador de direito privado<sup>53</sup>.

Até mesmo a expressão “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, ou *horizontalwirkung*, não é imune às críticas. Afirma-se que referida expressão acaba por induzir à idéia de igualdade entre as partes na relação, desconsiderando, assim, o fenômeno dos poderes privados, que se manifestam nas relações particulares em que uma parte representa o pólo mais forte da relação, sujeitando a outra.

Todavia, Wilson Steinmetz observa:

Aqui, tem-se como apropriado o uso da expressão “eficácia horizontal”, porque entende-se que a horizontalidade da relação entre particulares é definida por aquilo que os particulares têm em comum do ponto de vista jurídico-formal: (i) são igualmente titulares de direitos fundamentais; (ii) direitos e obrigações, nas relações que mantêm entre si, são regidos, de modo preponderante, pelo direito privado; (iii) no âmbito dos negócios jurídicos e de outros atos jurídicos da vida privada, a autonomia privada, que é a faculdade de livremente autodeterminar-se e autovincular-se para a consecução do auto interesse, opera como princípio fundamental; e (iv) os particulares não podem usar, entre si, da violência legal, por que essa competência é exclusiva do Estado. Em suma, do ponto de vista jurídico-formal, os particulares estão em um mesmo horizonte<sup>54</sup>.

Outro ponto em que surge controvérsia é com relação à distinção entre os termos “eficácia”, “efeitos” e “aplicabilidade”. José Afonso da Silva, por exemplo, afirma que “eficácia e aplicabilidade [...] constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno”<sup>55</sup>. De outra banda, Virgílio Afonso da Silva explica que a eficácia é a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos jurídicos. Distingue-se, assim, dos “efeitos”, já que uma norma pode ter eficácia sem, no entanto, produzir efeitos.

<sup>52</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

<sup>53</sup> PEREIRA, *op.cit.*, p.445.

<sup>54</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 58.

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.60.



A aplicabilidade, por sua vez, envolve uma dimensão fática, pois embora uma norma seja capaz de produzir efeitos, referida norma dotada de eficácia pode não ter aplicabilidade em um caso concreto. Virgílio Afonso da Silva esclarece essa idéia citando, como exemplo, que norma que prevê o usucapião é plenamente eficaz, porém, caso uma pessoa possua como seu, sem interrupção, nem oposição, um imóvel público por mais de quinze anos, não lhe adquire a propriedade, haja vista que no ordenamento jurídico brasileiro os bens públicos não podem ser usucapidos. Assim, não se pode falar que referida norma não possui eficácia. Em verdade, o que ela não possui é aplicabilidade<sup>56</sup>.

Partindo desses conceitos, pode-se chegar a algumas conclusões sobre as teorias relativas ao modo de aplicação dos direitos fundamentais às relações particulares, estudadas adiante, notadamente: 1) somente na teoria da eficácia direta ou imediata é que se pode falar em “aplicabilidade”, pois somente neste modelo os direitos fundamentais são de fato aplicáveis às relações entre particulares; 2) a teoria da eficácia indireta ou mediata na verdade trata de “efeitos” indiretos, e não de eficácia; 3) a teoria que nega a eficácia dos direitos fundamentais na verdade nega os “efeitos” nas relações entre particulares, pois as normas continuam eficazes para produzir efeitos nas relações travadas entre o Poder Público e o particular<sup>57</sup>.

No presente trabalho utiliza-se, indistintamente, vários termos aqui expostos, sobretudo aqueles mais empregados pela doutrina, sem esquecer, no entanto, as ressalvas feitas. Aqui, a exposição das diversas nomenclaturas utilizadas teve como objetivo compreender o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, possibilitando o discernimento acerca do que se está discutindo, mais do que aglutinar em um só termo todo o fenômeno.

### 3.3 O caso Lüth

Desenvolveu-se, pela primeira vez, a idéia de aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, nos tribunais alemães, em 1958, por ocasião do julgamento do “caso Lüth”, provavelmente o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Foi nesse julgamento que a Corte Constitucional alemã desenvolveu alguns conceitos que atualmente são as vigas-mestras da teoria dos direitos fundamentais, como por exemplo: a

---

<sup>56</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p.59.

dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos. Daí porque a doutrina é unânime em reconhecer na decisão o verdadeiro *leading case* no tema da eficácia *inter privados* dos direitos fundamentais<sup>58</sup>.

O fato que deu origem ao julgamento ocorreu em 1950, quando o então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, promoveu um boicote ao filme “Amada Imortal” (Unsterbliche Geliebt), dirigido Veit Harlan, cineasta que, no passado, foi um dos maiores divulgadores das idéias nazistas, em especial através do filme “Jud Süß”, filme líder da propaganda nazista antisemita. O filme foi um fracasso de público e, em razão disso, Veit Harlan, juntamente com os empresários que investiram no filme, ingressaram com uma ação judicial alegando que a atividade de Eric Lüth violava o artigo 826 do Código Civil alemão. Para tanto, sustentaram que todo aquele que causa prejuízo deve cessar o ato danoso e reparar os danos causados<sup>59</sup>.

A tese prevaleceu em todas as instâncias ordinárias. No entanto, Eric Lüth não se conformou e recorreu à Corte Constitucional alemã, argumentando, em suma, que se a Lei Fundamental alemã garantia o direito fundamental à liberdade de expressão, por que estaria ele sendo punido por apenas manifestar uma opinião?

A Corte Constitucional acatou os argumentos de Erich Lüth e reformou a sentença do juízo cível, que tinha ignorado os efeitos dos direitos fundamentais na esfera privada, assegurando, assim, o direito à liberdade de expressão de Lüth..

Na decisão, reconheceu-se que os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público, porém, a Corte também assinalou que a Lei Fundamental “não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico”, pois estabelece, com seu catálogo de direitos fundamentais, “um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais”. Assim, nenhuma

---

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16., n.2, junho de 2003, p. 131-140. Disponível em: <[http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS\\_FUNDAMENTAIS\\_BALANCEAMENTO\\_E\\_RACIONALIDADE\\_-\\_Robert\\_Alexy\\_2\\_.pdf](http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_BALANCEAMENTO_E_RACIONALIDADE_-_Robert_Alexy_2_.pdf)>. Acesso em: 04. jun. 2008.

<sup>59</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

norma de direito poderia contradizer o sistema de valores contido na Constituição, devendo ser interpretada segundo seu espírito<sup>60</sup>.

### **3.4 As construções teóricas sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais**

Passamos agora à análise das teorias existentes acerca da forma e do alcance da vinculação dos direitos fundamentais a particulares.

Atualmente, a doutrina identifica três principais teorias, que examinaremos a seguir, quais sejam: a doutrina americana do *state action*, que nega a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada e a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

#### *3.4.1 A negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina da “State Action”*

Conforme já exposto, a positivação dos direitos fundamentais teve por objetivo inicial proteger os cidadãos dos abusos do Estado. Tal concepção, a qual negava a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, não obstante já ter sido superada em vários países, em muito outros, ainda prevalece.

Pois bem, essa negativa em aceitar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é justamente o ponto de partida para que se possa verificar a necessidade de ampliação do seu âmbito de incidência.

O principal entrave para o reconhecimento da eficácia horizontal reside na proteção à autonomia privada, alicerce do Direito Privado. Alegam que a autonomia privada seria aniquilada, fazendo desmoronar tudo o que nela encontra fundamento. O Direito Privado seria absorvido pelo Direito Constitucional, fulminando a liberdade individual. Laurence Tribe assim argumenta:

[...] imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela estaria

---

<sup>60</sup> COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos fundamentais entre particulares na ordem jurídica constitucional brasileira**. 2007. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará, 2007, p. 79.

perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais<sup>61</sup>.

A teoria da *state action* é a de maior relevância dentro das doutrinas que negam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ela nasceu em solo germânico, por iniciativa dos doutrinadores Mangoldt e Fosthoff, que, pautados no ideário liberal, contrapuseram-se radicalmente à emergente teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais. Para os autores, os direitos fundamentais consistiriam em meros direitos de defesa contra o Poder Público, e desta forma encontravam-se previstos na Lei Fundamental alemã.

A teoria foi abandonada na Alemanha e acabou sendo incorporada em poucos países. No entanto, é essa concepção a que prevalece hoje no direito norte-americano.

Nos Estado Unidos, a concepção de que os direitos fundamentais impõem limitações tão-somente ao Poder Público, ressalvada a 13ª emenda que proibiu a escravidão, é um axioma praticamente aceito por toda doutrina e tribunais.

Os principais argumentos utilizados para defender que os direitos fundamentais contêm e limitam, exclusivamente, o Estado são, em síntese: *(i)* o texto expresso e literal da Magna Carta norte-americana, que os faz incidir unicamente sobre as relações públicas; *(ii)* a necessidade de preservação da autonomia privada; *(iii)* a imposição, decorrente do pacto federativo, de que só os Estados legislem sobre relações privadas e não a União, salvo em tema atinente ao comércio interestadual e internacional, não se admitindo, portanto, que tribunal federal faça incidir diretamente direitos fundamentais nas relações privadas, sob o fundamento de estar aplicando a Constituição.

Apesar de a Suprema Corte norte-americana ter superado o seu entendimento de que o Congresso Nacional não teria poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais mesmo nas relações que não envolvessem particulares, os demais argumentos continuam servindo como fundamento para a manutenção da doutrina da *state action*.

Todavia, a partir da década de 40, a Corte americana passa a fazer algumas mitigações à teoria da *state action*, adotando a chamada *public function theory*, através da qual o ator privado que pratica um ato revestido de natureza estatal, ou que é essencialmente estatal, submete-se à exigência de respeito aos direitos humanos alheios.

---

<sup>61</sup> TRIBE *Apud* SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 228.

Daniel Sarmento faz um apanhado das principais decisões da Corte Americana, contatando que estão abrangidas pela teoria as atividades estatais delegadas; atividades tipicamente estatais (ex: advocacia privada), ainda que não delegadas; atividades privadas fortemente ligadas a uma entidade estatal (ex: restaurante que ocupa espaço alugado pelo Poder Público. Várias são as decisões nas quais se pode identificar a aplicação da *public function theory*, o autor cita, como exemplo, o caso em que foi determinado aos partidos políticos, pessoas jurídicas de direito privado, o respeito ao princípio da igualdade, de forma a garantir o acesso a todos, inclusive a pessoas negras. Do mesmo modo, no caso *Evans v. Newton*, decidiu-se que um parque privado, aberto ao público, também deveria permitir o acesso a negros. Já em *Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc*, foi proferida decisão no sentido de que um advogado privado não poderia recusar testemunhas baseando-se em suas raças, pois a atividade do advogado estaria plenamente integrada à prestação jurisdicional, uma função estatal<sup>62</sup>.

Dessa forma, a Suprema Corte acaba por vincular, mesmo que indiretamente, os particulares a direitos fundamentais. É exatamente por essa vinculação, mesmo que indireta, que existem doutrinadores que não vêem a doutrina da *state action* como uma negação à eficácia horizontal. Nesse sentido, posiciona-se Virgílio Afonso da Silva, *in verbis*:

Ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *state action* tem como objetivo justamente definir em que situações uma conduta privada esta vinculada às disposições de direitos fundamentais<sup>63</sup>.

Ainda segundo o autor, igualar a doutrina da *state action* a uma não-aceitação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares seria o mesmo que confundir os seus fundamentos com os seus efeitos. É justamente a limitação imposta pelo fundamento dessa doutrina, o qual consiste na idéia de que os direitos fundamentais são aplicáveis apenas nas relações entre Estado e indivíduo, que a construção jurisprudencial da *state action* vem tentando romper, definindo, ainda que de forma assistemática e casuística, quando uma ação privada é equiparável a uma ação pública<sup>64</sup>.

Mesmo aceitando-se as observações até aqui assinaladas, comungamos da opinião que vê na doutrina da *state action* uma negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, já que aqui o que se vincula não são os particulares, mas a “ação estatal”

---

<sup>62</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 230.

<sup>63</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.99.

<sup>64</sup> *Ibid.*,p.100

realizada por ele. Além disso, entende-se que a definição de uma doutrina reside exatamente em seus fundamentos, e não na aplicação que eventualmente alguns tenham dado a ela, levando-se em conta, ainda, a inexistência de qualquer critério razoável.

Um caso que serve para ilustrar essa idéia é mencionado por Sarmento. Trata-se de uma decisão da Suprema corte norte-americana na qual se entendeu que companhias de energia elétrica não estariam vinculadas ao princípio do devido processo legal para interromper o fornecimento de energia elétrica, pois não estariam exercendo atividade tipicamente pública, embora suas atividades dependessem de licenciamento por parte do Governo.

O caso demonstra a existência de grandes oscilações e instabilidades da jurisprudência no modo como vem sendo aplicada a doutrina da *state action*, que ora segue, ora se desvia dos critérios acima expostos. E mais, “manifesta-se na Suprema Corte, desde a década de 70, uma tendência restritiva na aplicação desta teoria, o que contribui para a manutenção de vastos espaços da vida humana ao abrigo da incidência da Constituição dos EUA”<sup>65</sup>.

Por fim, mostra-se indubitável que não só a teoria da *state action* como também todas as teorias que concebem os direitos fundamentais apenas como direitos de defesa frente ao Estado não conseguiram acompanhar a evolução da realidade social, já que atualmente a ameaça a estes direitos não advém somente do Estado, mas de todas as partes.

### 3.4.2 Teoria da eficácia indireta ou mediata

A teoria da eficácia indireta ou mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) foi desenvolvida originariamente na Alemanha, por Günter Dürig, em obra intitulada “*Grundrechte und Privatrechtsprechung*”, e tornou-se a concepção dominante na doutrina e no Tribunal Constitucional daquele país. Ela se encontra em uma posição intermediária entre a teoria que nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada.

Para essa teoria, a Constituição não investe os particulares de direitos subjetivos privados, mas serve de baliza para o legislador infraconstitucional, que deve tomar como parâmetro os valores constitucionais na elaboração das leis de Direito Privado, e para o juiz,

---

<sup>65</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 231.

que deve interpretar e integrar tais leis conforme as normas constitucionais. Destarte, os direitos fundamentais não são apenas oponíveis em relação ao Estado, mas também constituem uma ordem de valores que orienta inclusive a legislação privada.

De acordo com concepção inicial formulada por Dürig, o Direito Privado deveria estar conectado com a Constituição e seus valores fundamentais. E isso se revelava na instituição pelo legislador privado de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, capazes de serem preenchidos valorativamente e que funcionariam como “portas de conexão”, através das quais os direitos fundamentais ingressariam na dinâmica jurídica, cabendo ao juiz, ao preenchê-los e aplicá-los, extrair seu sentido valorativo e constitucional<sup>66</sup>.

Entretanto, para essa teoria, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não deveria ser direta, com base no argumento de que esta aplicação direta colocaria em risco a autonomia privada e deturparia o próprio papel do Direito Privado, que acabaria se transformando em mero instrumento de efetivação da Constituição. Assim, o Direito Privado acabaria sendo tragado pelo Direito Constitucional, aplicando-se não mais leis privadas, mas sim leis constitucionais. Tal fato importaria na tomada, pelo Judiciário, do papel do legislador ordinário, podendo aquele afastar as normas infraconstitucionais e aplicar diretamente as sediadas na Constituição. Neste quadro, o Judiciário restaria munido de um poder excessivo, e a liberdade e autonomia individuais, portanto, submetidas ao livre arbítrio judicial<sup>67</sup>.

Para os partidários dessa doutrina, a Constituição não estabelece direitos subjetivos privados aos particulares. Ela contém, porém, normas objetivas, cujo efeito da irradiação leva à impregnação de leis civis por valores constitucionais. Por isso, diz-se que cabe ao legislador incorporar os valores constitucionais nas leis privadas, devendo elaborar normas protetivas dos direitos fundamentais, sem sacrificar a autonomia privada. Harmonizar um direito fundamental com a autodeterminação do outro, promovendo a ponderação de interesses no bojo das próprias leis privadas seria, portanto, uma tarefa legislativa, e não judicial. Somente desse modo, sustentam, é que se pode conferir maior segurança jurídica ao contexto negocial, preservando-se a separação de poderes e a democracia.

Nesse contexto, resta ao juiz apenas o papel de aplicar e interpretar as leis privadas e preencher as suas lacunas, através das cláusulas gerais e conceitos juridicamente

---

<sup>66</sup> PEREIRA, *op.cit.*, p. 468.

<sup>67</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 239.

indeterminados criados pelo legislador; ou simplesmente de rejeitá-las, caso maculados pelo vício da inconstitucionalidade. Somente em casos excepcionais, quando as leis privadas forem lacunosas, não existindo cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados a serem preenchidos, o juiz poderia aplicar diretamente os direitos fundamentais às relações privadas, independentemente da mediação do legislador<sup>68</sup>.

A teoria da eficácia indireta ou mediata, não obstante ter tido aceitação em vários países, é alvo de diversas críticas. A primeira está relacionada à invasão das leis privadas por preceitos constitucionais, o que compromete o princípio da legalidade, gerando insegurança na aplicação das leis, o que, por si, parece infundado, considerando que estas leis serão, sim, fielmente respeitadas, de acordo com os valores constitucionais.

Ela também é criticada por não garantir que os direitos fundamentais serão observados dentro do contexto privado, eis que sua incidência depende da iniciativa do legislador ordinário. Como sabemos, o processo legislativo é algo que demanda tempo, ainda mais quando se leva em consideração o jogo político que envolve a elaboração de inúmeras leis. Ademais, é de se considerar também os diversos casos de omissão legislativa, já que é quase impossível para o legislador contemplar todas as situações que podem emergir na realidade social. Isso demonstra a insuficiência das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que nem sempre seriam suficientes para a entrada dos direitos fundamentais na ordem privada.

Existem, ainda, aqueles que acusam a tese de reproduzir a consolidada hermenêutica constitucional, a que prega a interpretação conforme a constituição, denotando o seu caráter supérfluo. Tal argumento é bem colocado, considerando-se, também, que essa doutrina pouco se afasta daquela que prega a eficácia direta dos direitos fundamentais, pois, afinal, admite que o juiz também o faça, desde que silente a lei.

Com efeito, tanto o legislador como o juiz possuem o poder-dever de conformar direitos fundamentais nas leis e nas decisões. Se o legislador realiza previamente a ponderação entre um direito fundamental de um indivíduo e a autonomia privada do outro, esvazia-se o papel do juiz. No entanto, quando aquele é omissor, caberá ao juiz conformá-los, à luz do caso concreto. Daí resulta Juan María Bilbao Ubillos dizer que a teoria mediatista

---

<sup>68</sup>SARMENTO, *op.cit.*, p. 241.



nada mais é que “*uma pirueta que intenta soslayar el explícito reconocimiento de la relevância inmediata de los derechos fundamentales em la relaciones entre particulares*”<sup>69</sup>.

### 3.4.3 Teoria da eficácia direta ou imediata

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais (*Unmittelbare Drittwirkung*) tem seu marco inicial na Alemanha, a partir da obra de Hans Carl Nipperdey, em meados do século XX. Defendia o autor a tese de que, não obstante a Lei Fundamental alemã estabelecer alguns direitos fundamentais que vinculavam apenas o Estado, existiam outros que, por sua natureza, teriam incidência imediata nas relações privadas. Para o autor, “dos direitos fundamentais, além de direitos subjetivos públicos, fluem diretamente também direitos privados subjetivos do indivíduo, que afetam de forma imediata as relações entre particulares”<sup>70</sup>, podendo serem aplicados sem a mediação do legislador.

Nipperdey justifica sua tese no fato de que as ofensas aos direitos fundamentais provêm não apenas do Estado, mas igualmente dos poderes sociais e de terceiros em geral. Portanto, a escolha feita pela Constituição ao adotar o modelo de Estado Social é justamente consequência do reconhecimento desta realidade, o que irá implicar na ampliação do âmbito de incidência dos direitos fundamentais às relações privadas<sup>71</sup>.

Nessa linha é o entendimento de Jane Reis Gonçalves Pereira:

A tese da eficácia direta postula a incidência *erga omnes* dos direitos fundamentais, que assumem a condição de direitos subjetivos em face de pessoas privadas que se encontrem em posições de poder. Nas situações que envolvem iguais, embora não se aplique a finalidade protetora dos direitos fundamentais, estes também incidem diretamente, sendo empregados como parâmetros de aferição da validade de negócios privados<sup>72</sup>.

Portanto, embora a tese defendida por Nipperdey tenha como seu maior fundamento a idéia de desigualdade entre particulares, quando houver um alto grau de igualdade também deverá ocorrer essa aplicação direta dos direitos fundamentais.

Ademais, Nipperdey salienta que a Lei Fundamental não é neutra, e veicula uma ordem objetiva de valores. Por isso, ao contrário do que sustentava Dürig, os direitos

<sup>69</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.317.

<sup>70</sup> PEREIRA, *op.cit.*, p. 464.

<sup>71</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 246.

<sup>72</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 466.

fundamentais não necessitam de nenhuma “porta de entrada”, que seriam as chamadas cláusulas gerais, para se irradiar no Direito Privado. Em suas palavras:

Na verdade, o ordenamento jurídico é uma unidade; todo direito somente é válido com base na constituição e dentro dos limites nela impostos. Também o direito civil, sobretudo o código civil, somente é válido [...] desde que não contrarie a constituição. Para a validade dos direitos fundamentais como normas objetivas aplicáveis ao direito privado não é necessária nenhuma ‘mediação’, nenhum ‘ponto de rompimento’, que seriam, na opinião de Dürig, as cláusulas gerais (§§ 138, 826 e 242 do Código Civil alemão) [...]. *O efeito jurídico [dos direitos fundamentais] é na verdade direto e normativo e modifica as normas de direito privado existentes [...]*<sup>73</sup>.

A grande diferença apontada pela doutrina entre a eficácia indireta e a direta consiste na desnecessidade, para esta última, de qualquer previsão expressa, por parte do legislador, para a produção de efeitos, pelos direitos fundamentais, nas relações privadas. Tais direitos, pois, seriam oponíveis *erga omnes*<sup>74</sup>.

Impende ressaltar que os seguidores da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais não pretendem que esta aplicação ocorra de forma irrestrita. Reconhecem, pois, a necessidade de ponderação, no caso concreto, entre o direito fundamental a ser aplicado e a autonomia privada do particular.

Sarmiento enumera, em síntese, as principais críticas levantadas pelos doutrinadores contra a teoria da eficácia direta, *in verbis*:

(a) esta vinculação direta compromete em demasia a autonomia privada; (b) ela é antidemocrática, pois importa em atribuição de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador, que é quem deve ponderar os direitos e interesses constitucionais em jogo nos litígios privados; (c) ela gera insegurança jurídica, na medida em que enseja que os conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação é muitas vezes imprevisível; e (d) ela põe em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, permitindo a sua ‘colonização’ pelo Direito Constitucional<sup>75</sup>.

Referidas críticas serão melhor estudadas no capítulo adiante, que se propõe a tratar da aplicação da teoria da eficácia horizontal no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 3.4.4 Teoria dos deveres de proteção

A teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, sobre a qual já traçamos algumas linhas no primeiro capítulo deste trabalho, é apontada por

<sup>73</sup> NIPPERDEY *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da, *op.cit.*, p 90.

<sup>74</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p.245.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 281.

importantes juristas alemães como a mais pertinente para a solução da questão da proteção desses direitos na seara privada<sup>76</sup>.

Baseia-se esta teoria na idéia de que ao Estado não cumpre apenas abster-se de violar direitos fundamentais, deve, de igual forma, protegê-los de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive, particulares. De acordo com ela, os particulares não estariam obrigados a respeitar os direitos fundamentais, pois caberia ao legislador disciplinar as relações privadas, inibindo atos atentatórios àqueles direitos e estabelecendo limites à atividade negocial, e ao juiz interpretar as normas com o fim de promover a sua efetivação no caso concreto.

Inegável, portanto, a semelhança entre a teoria em comento e a teoria da eficácia direta ou imediata, pois, apesar de possuírem fundamentos diferentes, ambas, reclamam a mediação do legislador para a solução da questão.

Os partidários desta teoria manifestam a sua preferência argumentando que ela mantém a autonomia privada intocada, já que o dever de preservação dos direitos fundamentais é direcionado, tão-somente, ao Estado. Outrossim, defendem que ela evita o ativismo judicial, já que não compete ao juiz colmatar lacuna legal mesmo quando omissivo o legislador, sendo a única solução possível para o caso encontrada através do controle de constitucionalidade por omissão, pelo Tribunal Constitucional<sup>77</sup>. Dessa forma, contêm-se excesso e abusos por parte do Judiciário, preservando-se a separação de poderes.

Dentre as críticas feitas a esta concepção, podemos citar a de Jane Reis Gonçalves Pereira, que assim atenta:

Tal solução dogmática, ao procurar transferir a responsabilidade pela violação ao direito fundamental sempre para o Estado – deslocando, assim, o problema do campo do direito privado, para a esfera do direito público – põe em evidência o fato de que o reconhecimento da eficácia em face de particulares dos direitos fundamentais instaura uma crise na própria noção de direito público subjetivo, a qual pressupõe uma separação nítida entre direito público e direito privado. Essa construção, embora partindo de um postulado verdadeiro e genericamente aceito – o Estado tem o dever de promover e efetivar os direitos fundamentais – conduz à aporia de admitir que o Estado seja responsabilizado por uma conduta que, desde a ótica do direito privado, não é legítima<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Sarmiento destaca os autores Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris como os maiores defensores dessa doutrina. Conf. SARMENTO, *op. cit.*, p.259.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p.259.

<sup>78</sup> PEREIRA, *op.cit.*,p.490.

### 3.4.5 Teoria da convergência estadista

De acordo com teoria da convergência estadista formulada, na década de 70, pelo alemão Jürgen Schwabe, todas as lesões a direitos fundamentais devem ser atribuídas, em última análise, ao Estado, ainda quando estas têm origem em relações privadas.

Para Schwabe, toda a atuação privada deve pautar-se em uma permissão explícita ou implícita do ordenamento estatal, que o autoriza a fazer tudo o que não seja vedado por lei. Diante disso, sempre que o Estado não impedir uma ação atentatória aos direitos fundamentais, seja através da legislação, jurisdição ou administração, deverá ser responsabilizado por esta, já que ao particular só poderiam ser imputadas a ações devidamente proibidas pelo Estado.

Silva aponta que embora esta teoria, à primeira vista, negue a possibilidade de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, esta negação não passa de um artifício, mediante o qual se imputa ao Estado a responsabilidade por atos privados. Continua o autor, afirmando que:

Ao contrário do que acontece na doutrina da state action, em que ações privadas são equiparadas a ações estatais com o fim de vinculá-las às disposições de direitos fundamentais, a teoria de Schwabe “libera” o particular dessa vinculação e *imputa* seus atos diretamente ao Estado. Em outras palavras, na teoria de Schwabe não há, de fato, uma equiparação de um ato privado a um ato estatal, já que o ato privado não deixa de ser tratado com tal, ou seja, como privado; é a responsabilidade pelos efeitos do ato que é entendida como se estatal fosse<sup>79</sup>.

### 3.4.6 Teoria Integradora (o modelo de Alexy)

A teoria integradora idealizada por Robert Alexy tenta conciliar as três principais correntes até agora estudadas (teoria da eficácia direta, teoria da eficácia indireta e teoria dos deveres de proteção do Estado), defendendo que elas não são inconciliáveis.

Embora, a partir de uma análise superficial, as três teorias pareçam dissonantes, todas elas partem de premissas comuns. Nas palavras de Steinmetz:

As três teorias tomam em conta(i) que na relação entre particulares ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, (ii) que, por essa razão, a eficácia deve ser matizada (gradação da eficácia) e (iii) que a medida da eficácia deve ser definida,

---

<sup>79</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.104.

em última instância, pela ponderação. Em relação à ponderação, a diferença é que, para a teoria da eficácia mediata, ela deve ser realizada no marco do direito civil válido<sup>80</sup>.

Dessa forma, levando-se em consideração que cada uma das construções doutrinárias mencionadas possuem acertos, Alexy tenta, através de um modelo integrador, conjugar os seus aspectos principais.

O modelo proposto por Alexy tem três níveis de efeitos: (i) o nível dos deveres do Estado, (ii) o nível dos direitos frente ao Estado e o (iii) nível da relação entre sujeitos privados, vejamos:

(i) A teoria da eficácia mediata situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos fundamentais como princípios objetivos que se projetam sobre todos os âmbitos do direito obrigam o Estado a tomá-los em conta na legislação e na jurisdição. (ii) Os direitos ante o Estado (a teoria de Schwabe) situam-se no segundo nível. O particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental a que o juiz e os tribunais, em suas decisões, tomem em consideração os princípios jusfundamentais (princípios objetivos) que apóiam a sua (do particular) posição ou pretensão. Este direito fundamental é um direito fundamental ante (contra) a jurisdição. Se o juiz ou o tribunal, na decisão proferida, não tomar em consideração esse direito fundamental, estará lesando esse direito fundamental como direito de defesa. (iii) No terceiro nível, situa-se a eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (teoria da eficácia imediata). Na definição de Alexy, a eficácia imediata “[...] consiste em que, por razões jusfundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não competências que, sem essas razões, não existiriam”<sup>81</sup>.

Desta feita, pode-se afirmar, tendo como fundamento o conceito de eficácia imediata formulado por Alexy, que tanto a teoria da eficácia mediata e a teoria de Schwabe resultam em uma eficácia imediata.

Destaca-se, ainda, que o modelo de níveis proposto por Alexy em momento algum implica em uma preponderância de um nível sobre outro, pois cada nível está relacionado com um aspecto do mesmo fenômeno. Portanto, trata-se apenas de uma questão de escolha entre os níveis, de acordo com as peculiaridades do caso, já que todas as construções, inevitavelmente, irão chegar a um mesmo resultado, que é a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

---

<sup>80</sup> STEINMETZ, *op.cit.*, p.181

<sup>81</sup> *Ibid.*, p.182.

## 4 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Passamos agora a estudar o modo como se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito brasileiro, buscando analisar a forma de incidência desses direitos que melhor se compatibiliza com a nossa ordem jurídica constitucional e realidade social.

### **4.1 Fundamentando a vinculação imediata dos particulares a direitos fundamentais na Constituição Federal**

Como já se afirmou anteriormente, é cediço que nos países que adotam o sistema romano-germânico, os direitos fundamentais também devem vincular os particulares nas relações que estes estabelecem entre si. Ocorre que essa idéia ainda não é unânime no Brasil, haja vista que nossa Constituição Federal, ao contrário da Lei Maior de países como Portugal, Rússia e Suíça<sup>82</sup>, não prevê expressamente a vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

Todavia, com as drásticas transformações sociais que tomaram conta do mundo pós-moderno, o que se verifica atualmente é que não é mais possível limitar os direitos fundamentais ao mero papel de salvaguarda do arbítrio estatal.

Despontaram, na sociedade, inúmeras instâncias de poder, o que pôs fim à idéia de que o Estado possuía o monopólio deste. Na prática, assistiu-se a uma multiplicação de situações nas quais as agressões aos direitos fundamentais eram perpetuadas, com maior freqüência, nas relações privadas. Nesse sentido, afirma Carlos Roberto Siqueira Castro:

[...] o agravamento dos antagonismos sociais que estremeceu definitivamente as premissas do liberalismo econômico no presente século, impôs, no plano do pensamento constitucional, a convicção de que os direitos fundamentais sediados na Constituição devem ser protegidos não apenas em face do Estado, mas especial e crescentemente em face da própria sociedade, nas multiformes relações entre particulares. Tendo a desigualdade em todas as escalas se tornado a argamassa de sustentação das sociedades na era pós-industrial, a implantação da segregação entre indivíduos e grupos que detém o poder e indivíduos e grupos que constituem a clientela do poder gerou o surgimento de uma nova fonte de ameaça social: a ameaça de poderosos, que controlam os mercados de produção e consumo e de que

---

<sup>82</sup> STEINMETZ, *op. cit.*, p. 34.

depende a vida humana, contra multidão de debilitados social e economicamente que se esfolia nas engrenagens da sobrevivência na sociedade de massas<sup>83</sup>.

Assim, no cenário atual, observa-se que os particulares podem representar uma força tão ameaçadora quanto a força estatal, podendo restringir a liberdade individual ou até mesmo eliminá-la, já que possuem, muitas vezes, poder econômico, social e político para tanto.

O quadro acima descrito é corroborado pelas pesquisas realizadas em nível mundial. Sarmiento aponta que “segundo o 1996 Policy Studies Report, das 100 maiores economias mundiais, só 49 são Estados Nacionais, enquanto as outras 51 constituem empresas privadas transnacionais”<sup>84</sup>.

A vinculação dos particulares, nesse contexto, mostra-se não só conveniente como também absolutamente necessária, de forma a estancar o crescimento da já abissal desigualdade que permeia a sociedade contemporânea, mormente para um país como o Brasil, no qual as disparidades sociais e econômicas jazem profundamente fincadas em sua alma, inclusive moldando à sua feição o *modus vivendi* nacional. Infelizmente, ainda são visíveis nas instituições brasileiras características que remetem ao seu passado patriarcal e escravocrata, e estas se fazem presentes dentro dos lares, nas ruas, nos ambientes de trabalho, na política nacional.

De acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano da Organização das Nações Unidas, datado de 2007/2008, embora o Brasil tenha passado a configurar no grupo de países de alto desenvolvimento humano, ele ainda se encontra entre os doze países mais desiguais do mundo, com um índice Gini - indicador de desigualdade de renda - igual a 0,528 (quanto mais próximo de 1, mais desigual é a renda do país), pior que de países como Rússia, China, Zimbábue e Panamá, por exemplo. E se for comparado apenas às nações de alto desenvolvimento humano, o país apresenta a maior desigualdade medida pelo índice<sup>85</sup>.

Portanto, é indiscutível ser a questão da desigualdade social o principal problema da sociedade brasileira atual, tanto é que a sua diminuição é uma das metas elencadas no art.3º da Constituição Federal, que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do

---

<sup>83</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505193174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

<sup>84</sup> SARMENTO, *op. cit.*, p. 53.

<sup>85</sup> Relatório do Desenvolvimento Humano 2007/2008. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Acesso em: 15. jun.2008.

Brasil. É essa ampliação do âmbito de incidência dos direitos fundamentais, com a vinculação dos particulares a estes direitos, uma das formas através da qual se poderá buscar a concretização desse objetivo, aplicando-se efetivamente às relações sociais o princípio da igualdade material, consagrado na Constituição Federal.

Deixando de lado as considerações de ordem sociológica, é possível encontrarmos no ordenamento jurídico brasileiro diversos fundamentos para essa vinculação.

Wilson Steinmetz faz alusão a cinco fundamentos constitucionais. O primeiro fundamento, incorporado na cultura e na prática após o segundo pós-guerra mundial, reside no Princípio da supremacia da Constituição, o qual estabelece ser a Carta Magna fonte direta e imediata dos direitos fundamentais e, ainda, a estrutura normativa básica da coletividade social, tornando as normas de direitos fundamentais aptas a incidirem também nas relações interprivadas.

Por sua vez, o segundo fundamento aludido por Steinmetz é conseqüência do princípio da supremacia da Constituição e refere-se ao postulado da unidade material do ordenamento jurídico, que preleciona que os direitos fundamentais, como fazem parte do núcleo material da Constituição, sendo elementos constitutivos da parte dogmática desta, servem de elementos de unificação material do ordenamento, no qual se inclui a ordem jurídica privada.

Outro fundamento diz respeito à idéia da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que afirma operarem tais direitos os valores da comunidade juridicamente objetivados. Esta matéria já foi examinada no 1º capítulo deste estudo e é para lá que remetemos o leitor.

Elevado à condição de fundamento da República Federativa do Brasil no art.1º, III, da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa exige uma “otimização do respeito à e da promoção da dignidade da pessoa em todos os âmbitos da vida social”<sup>86</sup>. Assim, também justifica a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, já que estes, por sua vez, nada mais são do que uma expressão deste princípio.

O princípio da solidariedade é um fundamento adicional e vem reforçar a tese da vinculação dos particulares, pois ele não se projeta apenas com relação ao Estado, mas

---

<sup>86</sup> STEINMETZ, *op.cit.*, p. 112.



igualmente à sociedade. Steinmetz assevera que a noção de solidariedade articula-se com a noção de responsabilidade social e tal dever, conforme deixam claro alguns dispositivos da Constituição Federal, sobretudo os arts. 205, 221, *caput*, e IV, e 230, não é de exclusividade do Estado.

Por último, verifica-se que a Constituição dedicou atenção especial aos direitos fundamentais ao determinar, em seu art. 5º, parágrafo 1º, que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>87</sup>. Trata-se do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o qual, de acordo com Sarlet, consiste num “mandamento de otimização de sua eficácia”, ou seja, estabelece que os direitos fundamentais devem ter a máxima eficácia possível. Steinmetz defende a importância do princípio tendo em vista que a Constituição Federal possui uma “estrutura normativa básica que pretende normatizar não somente as relações entre Estado e indivíduos (ou grupos) e as relações intra-estatais, mas, em âmbitos fundamentais da vida, as relações sociais em sentido amplo”<sup>88</sup>; diante disso, não caberia uma interpretação no sentido de negar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Sarmento adverte que “qualquer posição que se adote em relação à controvérsia em questão não se pode descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado”<sup>89</sup>. E nesse aspecto não existem dúvidas que a nossa Constituição volta-se para a promoção da igualdade substantiva, como bem determina em seu art. 3º, *in verbis*: “Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como objetiva a Carta de 1988, é fundamental que os direitos fundamentais sejam dotados de eficácia jurídica e que possam ser efetivados, tanto no plano das relações verticais, entre o Estado e o indivíduo, como no das relações horizontais, entre particulares. Assim, podemos afirmar a negativa de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não é compatível com o modelo constitucional adotado no Brasil.

O problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais não se esgota na questão de sua admissão no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de ser evidente a

---

<sup>87</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, Senado, 1988.

<sup>88</sup> STEINMETZ, *op.cit*, p. 123.

<sup>89</sup> SARMENTO, *op.cit*, p. 279.

necessidade de vinculação dos particulares a direitos fundamentais, muito ainda é discutido acerca da forma e do alcance dessa vinculação, já que os particulares, por serem titulares de direitos fundamentais, não podem se submeter ao mesmo regime do Poder Público.

Para Wilson Steinmetz, os melhores argumentos sustentam a tese eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, isso porque essa teoria:

(i) é uma construção dogmática que toma a sério os direitos fundamentais, (ii) é consistente e conseqüente com a posição constitucional especial e preferencial desses direitos e com o conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica (fundamental) do Estado e da *sociedade*, e (iii) está sintonizada com o projeto – um projeto que não é somente jurídico, mas também ético e político [...] de máxima efetividade social dos direitos fundamentais.<sup>90</sup>

Afirma o autor que, no plano da dogmática constitucional, a eficácia imediata é uma exigência do princípio da dignidade humana, haja vista a importante posição que este princípio possui dentro da Constituição Federal, bem como a profunda relação material que ele mantém com os direitos fundamentais. A sujeição da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, de forma exclusiva, à mediação do legislador e a parâmetros interpretativos próprios do direito privado não condiz com o conteúdo, funções e força constitucionais desse princípio.<sup>91</sup>

Steinmetz defende, ainda, que se as normas de direitos fundamentais também vinculam particulares e se a Constituição ordena, no § 1º do art.5º, que os direitos fundamentais devem ter aplicação imediata, então, a única conclusão a que se deve chegar é a de que essa vinculação ocorre de forma imediata e direta.

Além disso, há de se considerar que, ao contrário da Constituição alemã, a Carta brasileira está bem mais caracterizada pela socialidade, prevendo inúmeros direitos fundamentais voltados contra particulares, como por exemplo, os direitos trabalhistas consagrados no art. 7º da Constituição.

Com relação às objeções levantadas contra a teoria da eficácia direta, pode-se afirmar que nenhuma delas encontra fundamento na ordem constitucional brasileira, como será demonstrado a seguir.

---

<sup>90</sup> STEINMETZ, *op.cit.*, p.271.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p.272.

A principal crítica à eficácia direta diz respeito a uma possível restrição excessiva à autonomia privada. Argumenta-se que esta teoria importaria no esvaziamento da liberdade, que deve prevalecer no âmbito das relações privadas. Ocorre, no entanto, que a autonomia privada, como qualquer direito fundamental, não traduz um valor absoluto, podendo ser ponderada em caso de colisão com outros bens constitucionalmente protegidos. Observa-se que o problema concentra-se não na questão da proteção ou não da autonomia, mas sim se esta deve prevalecer em face de outros direitos fundamentais quando se tratar de uma relação privada.

Importante frisar que a teoria ora defendida não pretende uma vinculação irrestrita dos particulares, em semelhança ao que ocorre com os Poderes Públicos. Ela admite, em virtude das características próprias de uma relação jurídica particular, especificidades na incidência dos direitos fundamentais nesse tipo de relação.

Ademais, para que exista de fato autonomia, é necessário garantir condições mínimas de existência ao particular. Tomando esta idéia como base, verificamos que a teoria da eficácia direta é a mais adequada, pois ao invés de comprometer a autonomia privada, a promove, já que ela se propõe a dotar os particulares das condições materiais mínimas acima aludidas. Defender a impossibilidade de incidência direta dos direitos fundamentais com base no argumento da liberdade seria, pois, uma forma limitada de concretizar a autonomia privada, que estaria sendo considerada apenas em seu aspecto formal.

Outro argumento levantado contra esta teoria seria no que tange ao seu caráter antidemocrático. Ora, a teoria direta não quer substituir o papel do legislador e atribuir poderes excessivos ao juiz. A prioridade do legislador na concretização dos direitos fundamentais não é questionada. Todavia, isso não significa que o juiz não possa aplicar a Constituição de forma direta respeitando as ponderações feitas pelo legislador, quando não existir uma regra específica para a matéria, ou quando esta regra for manifestamente inconstitucional. Sobre o assunto Sarmiento afirma que:

A Constituição, cumpre não esquecer, é norma jurídica e não mero repositório de conselhos para o Poder Legislativo. A assunção da idéia de Constituição como norma e do Poder Judiciário como seu guardião, deita por terra o argumento da ilegitimidade democrática da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Até porque, o respeito aos direitos fundamentais, como demonstra

a teoria do discurso, é um pressuposto material para a própria possibilidade de democracia<sup>92</sup>.

A crítica relativa à falta de segurança jurídica que a adoção da teoria da eficácia direta poderia gerar também se relaciona com a questão acima aventada. Argumenta-se que esta teoria enseja a resolução de conflitos privados tomando como fundamento princípios vagos e abstratos, e que o Direito Privado necessita de normas claras e específicas. Ora, o próprio Direito Privado se utiliza muitas vezes de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, os quais são tão vagos quanto as regras que tratam de direitos fundamentais, apresentando um reduzido grau de determinação semântica.

A questão da segurança jurídica não deve mais ser examinada sob a ótica ultrapassada que encarava o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras, mas tomando em conta a visão do constitucionalismo contemporâneo, caracterizado pela abertura material e semântica dos textos constitucionais, o que torna a interpretação e aplicação do direito mais dinâmicas e ricas, porém, menos seguras.

Outrossim, não se pode olvidar que existem inúmeros métodos para reduzir a incerteza na aplicação das normas constitucionais. Portanto, nada justifica a proteção exagerada que se oferece ao Direito Privado, como forma de afastá-lo das idéias trazidas pelo constitucionalismo moderno.

Por derradeiro, no que concerne ao argumento da perda de autonomia do Direito Privado, podemos afirmar que este não se sustenta, haja vista que a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, bem como sua força normativa, fazem irradiar por todos os ramos do Direito os valores consagrados na Constituição.

Todas essas objeções acima discutidas, como lembra Pereira, apenas “[...] revelam que a oposição a uma eficácia direta dos direitos fundamentais não se funda nas inconsistências ou equívocos dessa teoria, mas nos potenciais efeitos que esta poderia acarretar e que, na visão dos partidários da eficácia mediata, devem ser evitados”<sup>93</sup>.

A da teoria da eficácia direta ou imediata é, ao nosso entendimento, a que mais se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo nas palavras de Jane Reis Pereira,

---

<sup>92</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 284.

<sup>93</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 487.

“uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da Constituição”<sup>94</sup>.

#### **4.2 Parâmetros para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas**

No âmbito da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, uma das questões mais polêmicas diz respeito à solução da tensão entre o direito fundamental lesado e o princípio da autonomia privada.

Conforme já mencionamos, a vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais não pode ocorrer da mesma forma que ocorre com o Poder Público. Os sujeitos privados, ao contrário do Estado, são titulares de direitos fundamentais, desfrutando de autonomia. Portanto, sempre que nos deparamos com um caso concreto que envolva a aplicação de direitos fundamentais na esfera privada, estaremos diante de um conflito entre autonomia privada e outro direito fundamental ameaçado de lesão.

O conflito surgido quando da aplicação dos direitos fundamentais deverá ser resolvido através de uma ponderação de interesses. Esta ponderação deverá, inicialmente, ser realizada pelo legislador. Ocorre que é impossível para este prever todos os conflitos e determinar, em abstrato, qual direito deverá prevalecer. Dessa forma, diante da falta de norma ou de sua inconstitucionalidade, cabe ao juiz a tarefa de ponderar os valores constitucionais, estabelecendo qual deverá ceder espaço para o outro.

De acordo com Ingo Sarlet:

[...] 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 semelhante às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais 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>95</sup>.

Tendo em vista que a dificuldade, na colisão de princípios, está em definir-se qual deles deverá prevalecer e, ainda, com o objetivo de tentar estreitar o alto grau de subjetivismo que esta operação enseja, Sarmento traça alguns parâmetros a serem utilizados nas decisões jurisdicionais preferidas, levando, também, em conta as especificidades do tema em análise.

<sup>94</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 487.

<sup>95</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 408.

O primeiro parâmetro traçado, reputado como primordial, é aquele baseado no grau de desigualdade fática entre os envolvidos. Segundo Sarmiento, “quanto maior o grau de desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”<sup>96</sup>. De outro modo, se a situação for de uma “tendencial igualdade das partes”, a autonomia privada receberá maior proteção e o direito fundamental com ela em conflito sofrerá restrições mais profundas.

Justifica-se tal critério pois se parte da premissa que a desigualdade material entre as partes prejudica o pleno exercício da autonomia privada no pólo mais fraco da relação. Sarmiento também aponta como fundamento “o princípio da igualdade material, que se infere da conjugação da cláusula de isonomia (art. 5º, *caput*, CF) com a diretriz constitucional, apontada como um dos fundamentos da República, de redução das desigualdades sociais (art. 3º Inciso III, CF)”. Referido princípio não só determina, como impõe, a proteção do pólo mais fraco nas relações jurídicas.

Virgílio Afonso da Silva, analisando a obra de Sarmiento, tece a seguintes críticas ao critério formulado:

(1) Sarmiento usa o conceito como sinônimo de desigualdade material; (2) O conceito é estanque, já que tende a pressupor que sempre que houver desigualdade material entre as partes envolvidas deverá haver maior proteção dos direitos da parte materialmente mais fraca; (3) Isso ignora o jogo de forças no interior da relação, que pode ser muito mais importante do que a condição material dos envolvidos e não estar a ela necessariamente vinculado<sup>97</sup>.

Para ilustrar a situação, o autor cita o caso dos participantes de *reality shows*, que o fazem com base no princípio da autonomia da vontade. O exercício dessa autonomia acarreta a restrição a diversos direitos, em especial ao da privacidade. Complementa, ainda, que a desigualdade material entre uma empresa como a Rede Globo e os participantes é inegável; no entanto, isso não justificaria a necessidade de intervir de modo a proteger os direitos fundamentais.

Para Virgílio Afonso, a na desigualdade material não interfere, necessariamente, na “autenticidade de vontades”. E essa “autenticidade de vontades” seria, na verdade, o critério decisivo para solucionar o problema da autonomia. O autor salienta que o recurso ao

---

<sup>96</sup> SARMENTO, *op. cit.*, p. 303.

<sup>97</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais e relações entre particulares**. In: Revista Direito GV. v. 1, n.1, Maio, 2005, p. 173-180.

critério da desigualdade pode ser utilizado na argumentação jurídica da decisão; porém, deve ser encarado com reservas.

No entanto, deve-se consignar que Sarmiento, ao tratar dessa questão, não impõe o critério baseado no grau de desigualdade como algo absoluto, a ser utilizado em todas as situações de conflito. Em suas palavras:

É importante frisar que a influência da desigualdade fática na incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não comporta simplificações equivocadas e não cabe dentro de fórmulas matemáticas. Há uma enorme variedade de situações heterogêneas, que não devem e não podem ser equiparadas pelo intérprete [...]. As peculiaridades de cada um destes vínculos, assim como o liame existente, em cada caso, entre o tipo de poder exercido pela parte mais forte da relação e a natureza do direito fundamental em jogo, têm de ser levadas em consideração para a solução correta do litígio em questão<sup>98</sup>.

O segundo critério mencionado por Sarmiento leva em consideração a natureza da questão discutida, se existencial ou patrimonial. Para o autor, nos casos que tratem de questões existenciais, que são aquelas que envolvem um aspecto afetivo da personalidade, a autonomia privada terá um peso maior na ponderação de interesses do que nos casos relativos a questões econômico-patrimoniais<sup>99</sup>.

No campo das relações patrimoniais, acrescenta-se um outro parâmetro, ligado à essencialidade do bem. Nesses casos, quando o bem envolvido na discussão for considerado essencial, a proteção do direito fundamental em questão deverá ser maior; já se um bem for considerado supérfluo, a proteção à liberdade negocial terá o maior peso.

De acordo com Virgílio Afonso, “a importância desse critério consiste justamente na tentativa de evitar [...] ‘um totalitarismo dos direitos fundamentais’”<sup>100</sup>. Nas palavras de Sarmiento:

Existem, de fato, situações em que o preço a ser pago pela submissão dos particulares aos direitos fundamentais torna-se caro demais. Ela, em certos campos, pode levar à asfixia da espontaneidade das relações humanas, à homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como “politicamente corretas”, às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> SARMENTO, *op. cit.*, p. 308.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 308-309.

<sup>100</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais e relações entre particulares**. In: Revista Direito GV, v. 1, n.1, Maio, 2005, p. 173-180.

<sup>101</sup> SARMENTO, *op. cit.*, p. 310.

Outrossim, importante observar que a lesão a um direito fundamental de um sujeito privado pode advir tanto de uma decisão heterônoma de outro sujeito, como de um negócio bilateral, no qual a vítima consente com o ato.

No primeiro caso, a autonomia terá um peso menor, pois o sujeito a ter o direito fundamental restringido não participa do ato gerador da lesão. Assim, está em jogo apenas a autonomia de um dos pólos da relação, qual seja, o que provocou a lesão. Ao contrário, no segundo caso, deve-se dar um peso maior à autonomia privada, já que a vítima consentiu com o ato<sup>102</sup>.

Por derradeiro, importante consignar que o que se pretendeu aqui não foi esgotar o tema, mas apenas analisar, de forma sucinta, alguns dos critérios propostos pela doutrina para a solução de conflitos entre direitos fundamentais nas relações privadas.

### **4.3 Posição da doutrina brasileira**

Inicialmente, faz-se relevante apontar que até o início desta década, no Brasil, os estudos relativos à matéria restringiam-se a alguns artigos esparsos, a maioria deles publicados por doutrinadores do direito privado, como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin e Luiz Edson Fachin.

Somente nos últimos anos o tema começou a ser tratado de forma mais aprofundada pelos constitucionalistas nacionais, com a publicação de obras específicas sobre o tema, destacando-se, dentre eles, os nomes de Wilson Steinmetz e Daniel Sarmento. E, desde já, pode-se afirmar uma preferência da doutrina nacional pela tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no campo privado.

Ingo Wolfgang Sarlet, que realizou um estudo minucioso sobre a matéria, conclui que: “inclinamo-nos hoje - pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol de uma necessária vinculação direta (imediate) também dos particulares aos direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pela qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas”<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 311

<sup>103</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 407-408.



Nessa esteira, Daniel Sarmento afirma que: “no caso brasileiro, a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado”<sup>104</sup>.

Wilson Steinmetz também admite a vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais, afirmando que esta teoria é “consistente e conseqüente com a posição constitucional especial e preferencial desses direitos e com o conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica (fundamental) do Estado e sociedade, e está sintonizada com o projeto [...] de máxima efetividade social dos direitos fundamentais.”<sup>105</sup> O autor prossegue afirmando que a teoria da eficácia imediata seria uma exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. No entanto, como a maior parte da doutrina nacional, entende que a dita eficácia imediata não é absoluta, mas sim “modular”, haja vista duas razões: primeiramente, o legislador só deve aplicar diretamente um direito fundamental se não houver lei infraconstitucional legítima dispondo sobre a matéria; em segundo lugar, ainda que não haja lei vigente, o julgador, ao apanhar o direito fundamental diretamente do acervo constitucional não deve fazê-lo incidir automaticamente ao caso concreto, cabe-lhe solucionar a colisão de direitos fundamentais com base no princípio da proporcionalidade<sup>106</sup>.

O mesmo entendimento é advogado por Jane Reis Gonçalves Pereira, ao destacar que “a concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma conseqüência natural e lógica de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição”<sup>107</sup>.

Eugênio Facchini Neto admite a incidência direta dos direitos fundamentais, argumentando que:

[...] ao contrário da concepção liberal clássica, que vislumbrava na Constituição apenas um limite ao poder político, sem afetas as relações privadas, regidas pela legislação infraconstitucional, o constitucionalismo contemporâneo atribui à Constituição a função de modelar também as relações sociais e econômicas. Daí porque se defende que a Constituição deva ser aplicada diretamente, inclusive em relações interprivadas, ao menos sempre que a controvérsia de que se trata não possa

---

<sup>104</sup> SARMENTO, *op.cit.*, p. 279.

<sup>105</sup> SEINMETZ, *op.cit.*, p. 271.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 273-274.

<sup>107</sup> PEREIRA, *op.cit.*, p. 185.

ser resolvida com base na lei, seja por ser a lei lacunosa, seja porque a lei oferece uma solução aparentemente injusta<sup>108</sup>.

Por sua vez, Virgílio Afonso da Silva, após examinar as teses sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, propõe um novo modelo inspirado em Robert Alexy. Através desse modelo, o qual considera mais flexível, parte-se da premissa que, sempre que possível, os efeitos dos direitos fundamentais se farão sentir nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado, ou seja, confere-se primazia à mediação que o legislador ordinário faz entre a ordem constitucional e a ordem privada. Não sendo essa primazia possível de ser conferida, seja por omissão, seja por insuficiência legislativa, os efeitos dos direitos fundamentais somente poderão ser diretos. O que o autor pretende, portanto, é conciliar o modelo dos efeitos diretos com o dos efeitos indiretos numa mesma construção teórica<sup>109</sup>.

Carlos Roberto Siqueira Castro leciona que “o postulado da dignidade humana passou [...] a embasar a reivindicação, que já hoje assume foros de universalidade na teoria constitucional, de que os preceitos relativos aos direitos e deveres individuais e coletivos, segundo a emenda adotada pelo constituinte brasileiro no Capítulo I do Título II de nossa Carta Política, vinculem também a esfera privada”<sup>110</sup>. A partir desse posicionamento, fundamentando-se, portanto, no princípio da dignidade da pessoa humana, também se posiciona a favor do reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Pode-se observar, portanto, que a tendência da doutrina brasileira, de forma geral, é a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais.

#### 4.4 Posição do Supremo Tribunal Federal

Analisando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível identificar a adesão à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ocorre, porém, que na grande parte desses julgamentos a opção pela teoria da eficácia direta não traz nenhuma fundamentação teórica consistente, ocorrendo de forma implícita<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> FACCHINI NETO, *op. cit.*, p.46.

<sup>109</sup> SILVA, *op.cit*, p. 28.

<sup>110</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505193174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

<sup>111</sup> Cf. SARMENTO, *op. cit.*, p. 292 e GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Monografia apresentada à

Sarmiento destaca três importantes decisões sobre o tema proferidas pelo Pretório Excelso<sup>112</sup>.

A primeira delas tratava do seguinte caso: alguns associados da Cooperativa Mista São Luiz, do Rio Grande do Sul, haviam sido expulsos sem a devida observância às regras estatutárias relativas ao procedimento de defesa. Segundo o acórdão impugnado, a expulsão dos sócios seria conseqüência do comportamento adotado por eles, na imprensa local, no sentido de desafiar a cooperativa a julgá-los.

Esse caso, que poderia ser inicialmente encarado apenas como mais um conflito comum envolvendo normas de direito privado, acabou se transformando em um caso de violação de direitos fundamentais, haja vista as decisões das instâncias inferiores. Dessa forma, pôde-se apreciar o conflito no STF, através de recurso extraordinário<sup>113</sup>.

Na decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 158.215/RS, a Corte reconheceu que, por estar insculpida em um preceito de ordem pública, a garantia da ampla defesa não pode ser desobedecida em nenhum âmbito. Destarte, necessária era a aplicação do devido processo legal, para que se fizesse possível a exclusão dos associados da cooperativa, com respeito ao princípio da ampla defesa. Vejamos:

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa<sup>114</sup>.

No mesmo ano de 1996, o Supremo adotou a mesma postura no bojo do Recurso Extraordinário n.º 161.243-6/DF, reconhecendo direito a tratamento igualitário de trabalhador brasileiro, a quem deveriam ser assegurados os direitos trabalhistas previstos no Estatuto Pessoal da empresa aérea francesa *Air France*. Segue a ementa:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I - Ao recorrente, por não ser francês,

---

Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP/SP, 2007. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=70](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=70)>. Acesso em: 3 nov. 2008.

<sup>112</sup> SARMENTO, *op. cit.*, p. 292-294.

<sup>113</sup> SILVA, *op. cit.*, p.93.

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158.215/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicação: DJ 07/06/1996.

não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido<sup>115</sup>.

Virgílio Afonso da Silva critica o STF no que tange à fundamentação do acórdão acima, pois este, ao afirmar que “a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional”, assume uma “tendência generalizadora e absolutizante”, pretendendo, de uma só vez, “resolver todos os problemas relativos ao princípio da igualdade nas relações entre particulares, sem levar em consideração, dessa forma, as peculiaridades de cada caso concreto”<sup>116</sup>. Para o autor, se esse raciocínio fosse seguido, praticamente todos os casos de violação aos direitos fundamentais teriam uma única solução, qual seja, a vedação de qualquer tratamento desigual.

No entanto, foi apenas no acórdão proferido no Recurso Extraordinário n.º 201819, em 11 de outubro de 2005, que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais veio a ser expressamente discutida pelo STF.

Em uma breve síntese, tratava o caso da exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores (UBC), sem que a este fosse possibilitada a oportunidade de se defender e de fazer provas a seu favor. Diante do fato, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu pela anulação da punição e reintegração do associado, acolhendo o argumento de violação do direito à ampla defesa.

Irresignada com a decisão, a UBC impetrou recurso extraordinário alegando que é inaplicável ao caso o princípio da ampla defesa, pois não se trata de órgão da administração pública, mas sim de entidade de direito privado, dotada de estatutos e atos regimentais próprios, que disciplinam sua relação com os sócios.

Na ocasião, a Ministra Ellen Gracie, relatora do processo, argumentou que “as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento

---

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 161.243/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicação: DJ 19/12/1997.

<sup>116</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 94.

e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor”. Aduziu ainda que como “cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos”, logo “a controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor”. A Ministra terminou por concluir que é “totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC”<sup>117</sup>.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, após pedir vista dos autos, proferiu aquele que seria o voto vencedor, no qual teceu minuciosas considerações acerca do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Dentre as passagens mais significativas, salientou que não era sua intenção “discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares”; importava-lhe, isto sim, “ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”. Eis a longa ementa do acórdão:

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

---

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/ RJ. Relatora: Min. Ellen Gracie. Publicação: DJ 27/10/2006.

As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso extraordinário desprovido.

Paula Fernanda da Cunha Gorzoni afirma que este acórdão exercerá uma grande influência em julgados futuros, já que a maioria dos ministros, em suas argumentações, concedeu um caráter paradigmático ao conflito. Outrossim, faz alusão à tendência de mudança da atuação do tribunal a partir desse julgamento, no qual se decidiu, pela primeira vez, de forma expressa o tema, procurando traçar considerações teóricas acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP/SP, 2007. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=70](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=70)>. Acesso em: 3 nov. 2008.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos identificar, na evolução do conceito de direitos fundamentais, que estes estão intimamente ligados à concepção ideológica de Estado vigente em cada época. Desde a sua chamada “pré-história”, na qual se defendia a noção de direitos naturais como aqueles inerentes ao homem pela sua própria condição; passando pela a sua positivação, no século XVIII, com as primeiras declarações de direitos nos Estados Unidos e na França; até chegarmos à contemporaneidade, podemos perceber que as transformações operadas na estrutura do Estado e da sociedade tiveram uma influência profunda no significado desses direitos.

A positivação dos direitos fundamentais, ocorrida em meio à ascensão da burguesia e adoção do modelo de Estado liberal, teve como propósito, no campo político, garantir um espaço de liberdade do indivíduo em face do poder estatal e, no campo econômico, permitir a economia de livre mercado.

Foi a partir desse momento que ocorreu uma mudança na compreensão de tais direitos, originariamente proposta pela doutrina jusnaturalista: se antes os direitos fundamentais tinham como objetivo de defender a dignidade da pessoa humana contra quaisquer manifestações de poder, inclusive as não-estatais, passou-se a concebê-los apenas como mecanismos de defesa do particular frente ao Estado.

Com a eclosão de diversos movimentos sociais, os quais buscavam assegurar condições dignas de existência às classes trabalhadoras, bem como diante da crise econômica vivenciada no início do século XX, cujo ápice se deu em 1929, com a quebra da bolsa de Nova Iorque, o Estado Liberal cede espaço para o Estado Social.

Nessa época, temos a relativização dos direitos fundamentais individuais e o reconhecimento de uma nova gama de direitos, os chamados direitos sociais, que exigem para a sua concretização uma maior atuação do Estado, através de prestações positivas.

Os avanços na jurisdição constitucional, após o segundo pós-guerra, colocaram a Constituição no centro da ordem jurídica, passando esta a ser encarada não mais como uma diretriz política, sem força vinculante, mas como uma norma jurídica.

Nessa mesma perspectiva, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais destaca a importância que estes direitos exercem no sistema jurídico. Esse fenômeno faz com que tais direitos sejam encarados não mais sob um viés individualista, mas sim comunitário, como valores que devem nortear todo o ordenamento jurídico.

Uma consequência direta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi o desenvolvimento da idéia de eficácia irradiante desses direitos. O efeito irradiante significa que os valores consagrados nos direitos fundamentais exercem influência por todo o ordenamento jurídico, apresentando-se como vetor de interpretação das normas legais e de atuação para o legislador, a administração e o Judiciário.

Neste cenário, todo o ordenamento jurídico passa a ser interpretado à luz dos valores constitucionais, inclusive o Direito privado. Isso irá resultar na superação da perspectiva que dividia o universo jurídico em duas searas radicalmente distintas: o direito público e o direito privado.

Soma-se a esses pressupostos a crise no modelo do *Welfare State* e os acontecimentos no âmbito internacional, notadamente a globalização e o fenômeno dos poderes privados. Tudo isso contribuiu para a aceitação da idéia de que os direitos fundamentais não vinculam apenas o Estado, estendendo-se também às relações privadas.

Hoje, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é amplamente aceita em diversos países, persistindo o debate, no entanto, quanto à questão da forma de aplicação desses direitos em tais casos. Apesar de existirem várias construções teóricas acerca do tema, são duas correntes que se destacam dentre os autores.

Uma primeira corrente é aquela que defende a aplicação indireta ou mediata dos direitos fundamentais. Essa teoria sustenta, em síntese, que os direitos fundamentais só podem ser aplicados nas relações privadas através de uma mediação estatal, a ser feita tanto pelo legislador, na elaboração de normas, como pelo juiz, quando se utilizar das chamadas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, na interpretação de normas de direito privado.

A segunda corrente, à qual a maioria da doutrina brasileira e o STF vêm se inclinando, é aquela que defende uma aplicação direta dos direitos fundamentais,



independentemente de legislação ordinária, cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados.

Defendemos, nesse breve estudo, a adoção da teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais no Brasil. Analisando o modelo constitucional vigente, não podemos encontrar qualquer óbice a essa forma de aplicação. Em verdade, a nossa Constituição, apesar de não fazer referência expressa a uma vinculação dos particulares, consagra diversos princípios que impõem essa vinculação.

Ademais, tendo em mente que a profunda desigualdade que assola a sociedade é um dos maiores problemas a ser enfrentado atualmente, o reconhecimento da vinculação direta mostra-se um importante instrumento para garantir a dignidade da pessoa humana diante das inúmeras relações assimétricas travadas no Brasil.

Enfatiza-se que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais não é incompatível com a eficácia indireta. Longe disso, é imprescindível reconhecer o importante papel que cabe ao legislador na concretização dos direitos fundamentais. Nos casos concretos em que há uma regulação específica suficiente e conforme a Constituição, não pode o juiz se afastar de imediato do posicionamento do legislador, sob pena de ferir princípio democrático.

Outrossim, no que tange ao conflito entre direitos fundamentais que surge quando dessa vinculação, posicionamo-nos a favor da resolução através de uma ponderação de interesses, pautada pelos princípios consagrados na Constituição.

É só assim que se poderá vislumbrar uma maior eficácia e efetividade da Constituição, dando-lha dinamicidade que a realidade exige. É, também assim, que se abre maiores caminhos para uma nova cidadania, mais ampla e mais interdisciplinar ao Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Júrís. Vol. 16., n.2, junho de 2003, p. 131-140. Disponível em: <[http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS\\_FUNDAMENTAIS\\_BALANCEAMENTO\\_E\\_RACIONALIDADE\\_-\\_Robert\\_Alexy\\_2\\_.pdf](http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_BALANCEAMENTO_E_RACIONALIDADE_-_Robert_Alexy_2_.pdf)>.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

\_\_\_\_\_. **Dicionário de política**. 1. ed. Editora Universidade de Brasília: Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª parte. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1. ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164 – SP. Relator: Min Celso de Mello. Publicação: DJ 17/11/1995.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158.215/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicação: DJ 07/06/1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicação: DJ 19/12/1997.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/ RJ. Relatora: Min. Ellen Gracie Publicação: DJ 27/10/2006.

CANARIS, Claus-Wlhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505193174218181901.pdf>>.

COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos fundamentais entre particulares na ordem jurídica constitucional brasileira**. 2007. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará, 2007.

FACCHINI, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Cosntituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 17.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.** Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP/SP, 2007.

MENDES, Gilmar *et al.* **Curso de direitos constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>>.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Renovar : Rio de Janeiro, 2006.

**Relatório de desenvolvimento humano 2007/2008.** Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.** In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 1. ed. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.60.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e relações entre particulares.** In: Revista Direito GV. v. 1, n.1, Maio, 2005, p. 173-180.

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

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.317.