



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

HUACY RAGNER AMARAL DE MAGALHÃES

A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL  
BRASILEIRA

SOUSA - PB  
2009

HUACY RAGNER AMARAL DE MAGALHÃES

A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL  
BRASILEIRA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA - PB  
2009

HUACY RAGNER AMARAL DE MAGALHÃES

A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA  
ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 21 de outubro de 2009

Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira  
Orientador - UFCG

Prof<sup>ª</sup>. Esp. Maria Marques Moreira Vieira  
Examinadora - UFCG

Prof. MSc. Paulo Henrique da Fonseca  
Examinador - UFCG

A minha vó, Dona Cícera (*in memoriam*), com  
muito carinho.

## AGRADECIMENTOS

A Elias e Fátima, meus pais, pela vida e pelos valores que me legaram.

A Vaguinho, Juju e Magna, meus irmãos, pela presença afetuosa e constante.

A minha vó Maria Cecília, tia Netinha, Emilton e Amaral, pelo incentivo e apoio.

Aos demais familiares, pelo estímulo e confiança.

À Lorena Symone, minha namorada, cujo amor inspira todos os atos de minha vida.

A Nino, Dona Lenilda e Sorzigenes, minha segunda família, pelo carinho e atenção.

Aos meus amigos, pela confiança, paciência e companheirismo.

Ao Padre Adilson, Horácio e Sandro, por acreditarem no meu potencial.

Ao Colégio Cardeal Arcoverde, pelos valores morais e éticos agregados ao meu caráter.

À Alana Ramos, pela sincera e pura amizade, por ajudar na concretização deste trabalho.

Aos colegas policiais da Delegacia de Santa Terezinha-PE, pela compreensão.

Ao Dr. Henrique, Juiz de Direito, por seu exemplo de vida.

Ao professor Eduardo Jorge, pela orientação.

À professora Lourdinha, coordenadora de monografia, pela solicitude.

À professora Jacyara, por despertar em mim a paixão pelo Direito Constitucional.

À professora Gracinha, uma verdadeira fonte de inspiração para a docência.

Aos professores Jonábio e Monnizia, pela referência em profissionalismo e ética.

À professora Jônica, por seu comprometimento com a qualidade de ensino.

Ao professor Tiago Marques, pela contribuição nos últimos detalhes desta pesquisa.

Aos funcionários do CCJS, em especial Sílvio e Damares, pelo auxílio.

Por fim, sou grato a Deus, por conquistar mais uma vitória.

“De tudo ficaram três coisas:  
A certeza de que estamos sempre começando.  
A certeza de que precisamos continuar.  
A certeza de que seremos interrompidos antes  
de terminar.

Portanto, devemos:  
Fazer da interrupção um caminho novo.  
Da queda, um passo de dança.  
Do medo, uma escada.  
Do sonho, uma ponte.  
Da procura, um encontro”.

Fernando Pessoa

## RESUMO

Esta pesquisa analisa a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Assim, a problemática do presente trabalho revela-se na questão de saber se e como os direitos fundamentais podem ser aplicados no âmbito privado. O objetivo consiste em expor as principais construções teóricas sobre o tema em análise, bem como estudar o problema sob a ótica do ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Logo, a justificativa desta investigação consubstancia-se na incipiência de tal debate no direito brasileiro e na necessidade de uma fórmula de compatibilização entre a tutela efetiva dos direitos fundamentais e a salvaguarda da autonomia privada. Para tal desiderato, adota-se o método dedutivo e como técnica a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. No tocante à doutrina brasileira, em sua maioria, observa-se uma defesa da concepção em que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas. Por sua vez, é possível extrair da jurisprudência do STF a adesão à tese de que os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nas relações privadas. Todavia, destacam-se alguns aspectos que devem ser considerados na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, estabelecendo-se certos parâmetros racionais e objetivos. Além disso, constata-se que o embate doutrinal sobre a questão da forma como incidem os direitos fundamentais nas relações privadas não conduz a qualquer conclusão produtora, não se observando uma relação de exclusão entre a aplicação direta e a indireta.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Relações Privadas. Eficácia Horizontal.

## **ABSTRACT**

The aim of this search is to analyze the application of fundamental rights in the relations between private parties. So the challenges of this work is revealed in the question about if and how the rights can be applied in the private sphere. The objective of this study is to explain the main theoretical constructs of the topic under review and study the problem from the perspective of the legal constitutional system. Therefore, the justification of this research has consisted in the weak debate about it in Brazilian law and the need for a formula that reconciling the effective protection of fundamental rights and protection of private autonomy. Thus, It used the deductive method and a technique search in doctrines and jurisprudence. Regarding the Brazilian majority doctrine there is a defense of the conception that the fundamental rights concern directly in private sphere. In this way, it is possible to extract from the STF jurisprudence a compatibility with the effectiveness of direct and immediate theory. However, some important aspects that should be considered in the application of fundamental rights in private relations, establishing some rational and objective parameters. Moreover, it was found that the doctrinal clash on the issue of how affect fundamental rights in private relations does not lead to any productive conclusion. It was also found that there is not any relation of exclusion between the direct and indirect effectiveness theory.

**Keywords:** Fundamental Rights. Private Relations. Effectiveness Horizontal.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS</b> .....	11
2.1 Antecedentes históricos.....	11
2.2 A concepção clássica dos direitos fundamentais, o surgimento do debate e a discussão terminológica.....	14
2.3 Pressupostos da idéia da aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.....	17
2.3.1 <i>O fenômeno dos poderes privados</i> .....	17
2.3.2 <i>A Constituição como ordem de valores da comunidade e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais</i> .....	19
<b>3 CONSTRUÇÕES TEÓRICAS SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	20
3.1 State action doctrine .....	21
3.2 A teoria da eficácia indireta ou mediata.....	23
3.3 A teoria da eficácia direta ou imediata.....	27
3.4 A teoria dos deveres de proteção.....	31
3.5 Teorias alternativas.....	33
<b>4 APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b> .....	37
4.1 O significado do art. 5º, § 1º da Constituição Federal.....	37
4.2 A posição da doutrina brasileira.....	38
4.3 Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	44
4.4 Critérios para delimitação e ponderação .....	48
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	51
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	55

## 1 INTRODUÇÃO

A doutrina liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais, os quais eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, não se projetando no cenário das relações jurídico-privadas.

Com efeito, a opressão e a violência provêm não apenas do Estado, mas também de uma série de atores privados, a exemplo da família e da sociedade civil, de maneira a surgir o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

De fato, criou-se toda uma celeuma em torno da incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, assumindo grande complexidade no discurso jurídico contemporâneo.

Nesse âmbito cognitivo, o problema que se apresenta na presente investigação consiste em saber se e como os direitos fundamentais podem ser empregados nas relações privadas.

Assim, poderia uma escola laica recusar-se a aceitar a matrícula de estudantes de determinada religião? Uma escola particular pode estabelecer que as mulheres tenham prioridade sobre os homens no preenchimento das vagas de um curso de natação? Poderia um pai ser obrigado a dar presentes idênticos para todos os seus filhos no dia das crianças, em respeito ao princípio da igualdade?

Diante disso, o objetivo desta pesquisa revela-se na exposição das principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, bem como na análise da aceitação que tiveram no Direito Comparado, em países como Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, Estados Unidos e Argentina.

Ademais, objetiva-se ainda analisar a questão sob a ótica do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, para estabelecer os parâmetros de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Brasil.

Logo, a justificativa do trabalho em análise consubstancia-se na incipiência de tal debate no direito brasileiro e na necessidade de uma fórmula de compatibilização entre a tutela efetiva dos direitos fundamentais e a salvaguarda da autonomia privada, uma vez que a inexistência de elementos teóricos identificáveis para a resolução de casos concretos tende a desencadear um processo de elucubrações simplesmente pragmáticas e, por conseqüência, sem a devida fundamentação teórica.

Por seu turno, no sentido de viabilizar um suporte teórico que proporcione bases consistentes de análise, adotou-se o método dedutivo, uma vez que partiu de teorias e leis

mais gerais para a ocorrência de fenômenos particulares, bem como empregou a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com o propósito de enriquecer o debate.

Desse modo, o capítulo Considerações Preliminares acerca da Incidência dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas apresenta os aspectos históricos, a concepção clássica dos direitos fundamentais, o surgimento do debate, a discussão terminológica, bem como o fenômeno dos poderes privados, a Constituição como ordem de valores da comunidade e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Já o capítulo Construções Teóricas sobre a Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais analisará as principais construções teóricas acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a exemplo da *state action doctrine*, a teoria da eficácia mediata ou indireta, a teoria da eficácia imediata ou direta, a teoria dos deveres de proteção e as teorias alternativas.

Por último, o capítulo Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas Privadas na Constituição de 1988 referir-se-á à incidência *inter privatos* dos direitos fundamentais sob a ótica do ordenamento constitucional brasileiro, no intuito de analisar a posição da doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, superada a idéia de que o direito constitucional e o direito privado tinham campos de incidência diversos, emerge o problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

## 2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Evidencia-se que os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, ou seja, como direitos do cidadão em face do Estado.

Nesse contexto, a questão referente ao grau dessa vinculação, especialmente à aplicação desses direitos e garantias fundamentais nas relações privadas, tem sido discutida nos diversos sistemas jurídicos, tendo a influência da doutrina alemã da *Drittwirkung* ou os influxos da concepção americana da *state action*.

### 2.1 Antecedentes históricos

A concepção de que o homem é titular de direitos que antecedem a instituição do Estado, que assumiu prevalência nos séculos XVII e XVIII, converteu-se em textos jurídicos em virtude das revoluções liberais, as quais estavam baseadas no substrato filosófico do contratualismo.

Assim, surge a Constituição como o instrumento de afirmação e realização dos direitos humanos, de modo que o constitucionalismo e os direitos humanos são os pilares do Estado Liberal, que vem a substituir o Estado Absolutista.

Além disso, ensina Peces-Barba Martínez (1995 apud PEREIRA, 2006, p. 435):

Para um observador imparcial, com um véu de ignorância, só a evolução da cultura jurídica no mundo moderno, e que fizesse uma aproximação exclusivamente racional ao tema, resultaria sem dúvida evidente que os direitos fundamentais regulam tanto as relações dos particulares com o poder, como também as relações entre si.

Dessa maneira, uma análise mais abrangente do aperfeiçoamento dos direitos humanos não permite afirmar que sejam conceitualmente oponíveis apenas ao Estado.

Acrescenta-se também a lição de Pereira (2006, p. 436):

A concepção jurídica instaurada pela revolução de 1789 promoveu uma mudança estrutural tanto na ordem política como nas relações sociais. Não só o sistema político foi transformado, mas toda a arquitetura social foi redesenhada: suprimiram-

se as prerrogativas corporativas, clericais e nobiliárquicas, alterando-se radicalmente a forma como os indivíduos relacionam-se entre si.

Com efeito, as referidas mutações, as quais estavam amparadas no jusnaturalismo secular contratualista, fundavam-se na idéia de que as pessoas nascem livres e iguais, sendo titulares de direitos naturais.

Nesse prisma, os ideais de igualdade e liberdade dão origem a um acervo de princípios que repercutem tanto na esfera pública como na órbita privada.

O Estado Liberal de Direito veio a engendrar uma concepção dos direitos e liberdades bastante diversa daquela que viabilizou seu nascimento, de modo que se operou um processo de total distanciamento entre os direitos fundamentais e o direito privado no século XIX.

É oportuno ressaltar que as revoluções liberais francesa e americana, partindo de ideais jusnaturalistas comuns para justificar os direitos dos homens, deram origem a duas concepções muito diferentes de Constituição.

Nessa perspectiva, Fioravantini (2000 apud PEREIRA, 2006, p. 437) ensina:

Dois tipos fundamentais de Constituição se entrelaçam no âmbito da teoria e história do constitucionalismo moderno. De uma parte, a Constituição como norma diretiva fundamental, que chama a todos os poderes públicos e aos indivíduos a trabalhar pelo cumprimento de uma empresa coletiva, em teoria para uma sociedade mais justa; de outra, a Constituição como norma fundamental de garantia, que deixa a todas as forças em jogo e aos indivíduos o poder de definir seus fins livremente, limitando de maneira certa e segura a capacidade de influência dos poderes públicos, na linha do governo limitado.

A revolução francesa, impregnada pelos ideais igualitários de Rousseau, resultou no modelo de Constituição como norma diretiva. No entanto, a ausência de rigidez constitucional fragilizou a obra jurídica revolucionária no que se refere à garantia dos direitos.

Em relação à versão americana, tem-se um modelo radicalmente liberal, a Constituição como norma fundamental de garantia, visto que o texto constitucional de 1787, embora dotado de supremacia normativa, limita-se a garantir aos indivíduos certos espaços livres da intervenção estatal. Assim, da feição liberal de seu texto e da leitura feita pela Suprema Corte, resulta inviável que o Estado dite padrões de comportamento substantivos a serem seguidos na esfera privada.

Em virtude desses fatores, há uma severa resistência no modelo norte-americano no tocante à possibilidade de os direitos fundamentais serem invocados nas relações particulares,

só vindo a ser aceita, de forma muito limitada, a partir da construção da *state action doctrine*, a qual pressupõe certo grau de participação do Estado na violação ao direito.

Na Europa pós-revolucionária, os modelos norte-americano (Constituição como norma de garantia) e francês (Constituição como norma diretiva) foram severamente combatidos pelas correntes jurídicas liberais, de modo que o processo de negação a tais modelos, do ponto de vista teórico, refere-se à crítica ao jusnaturalismo e ao contratualismo.

Nesse contexto, Pereira (2006, p. 439) averba:

O Estado passa a ser concebido como a fonte suprema do poder e do direito positivo, o qual se torna pouco permeável a valores e dispensa fundamento moral. O resultado dessa reviravolta dogmática é o abandono da Constituição como instrumento de proteção dos direitos individuais, deslocando-se a atenção para o direito positivo prestado pelo Estado. A produção normativa estatal é então descomposta em dois campos bem definidos de regulação: o direito civil e o administrativo. O primeiro disciplina as relações entre as pessoas privadas – tidas como de coordenação –, enquanto o segundo se ocupa de normatizar as relações verticais que se dão entre o aparato estatal e os indivíduos.

Evidencia-se também que o Código Napoleônico de 1804 tornou-se um modelo para outros países europeus, sendo o paradigma da cisão entre direito público e direito privado. A segurança jurídica era um dos valores que o *code* expressava, devido ao seu caráter auto-suficiente e sistemático.

Enquanto a Constituição era, por sua própria essência, abstrata e permeável a opções políticas, o Código regulava de forma analítica e precisa as situações jurídicas individuais, podendo ser aplicado pelos juízes com elevado grau de certeza.

Nesse diapasão, Fioravanti (2000 apud PEREIRA, 2006, p. 440) assevera:

As relações entre as fontes do direito chegam assim a inverter-se completamente. Não cabe mais à Constituição ditar os princípios básicos que as leis do Estado devem refletir e, eventualmente, defender os direitos e liberdades frente aos possíveis arbítrios dos poderes constituídos; são estes últimos que, agora armados com o código de um sistema fechado e com autoridade, devem ser defendidos das intromissões dos princípios constitucionais que refletem as opções políticas do momento e, por isso, ameaçam a certeza do direito garantida pela lei do Estado. Em uma palavra, a tutela dos direitos garantidos pela Constituição se substitui pela certeza do direito garantido pelo código e pela lei, pelo direito positivo do Estado.

Desse modo, ocorreu o desprestígio da Constituição e a negação de seu caráter normativo, ao lado da atribuição de superlativa importância à lei.

Diante disso, no contexto jurídico europeu do século XIX, revela-se a impossibilidade de se cogitar acerca da aplicação dos direitos fundamentais previstos na

Constituição nas relações privadas, tendo em vista que, em última análise, estes eram concebidos como direitos na medida da lei.

Este é o ensinamento de Zagrebelsky (1992 apud PEREIRA, 2006, p. 441), que bem sintetiza: “os direitos não consistiam numa ‘substância’, mas uma simples ‘forma’ jurídica, a forma da lei. A garantia dos direitos se reduzia à reserva da lei”.

Dessa forma, a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada passará a ser colocada somente com a recepção do princípio da supremacia da Constituição pelo direito europeu. No entanto, a tradição jurídica decorrente do Estado Liberal de Direito será um fator determinante para justificar a resistência à idéia de oponibilidade dos direitos nas relações *inter privatos*.

## 2.2 A concepção clássica dos direitos fundamentais, o surgimento do debate e a discussão terminológica

No Estado Liberal de Direito, a compreensão de direito subjetivo tornou-se, a partir do século XIX, o modelo teórico explicativo da estrutura jurídica dos direitos fundamentais.

Esse entendimento resultou em um verdadeiro obstáculo à aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, visto que, sendo os direitos compreendidos como limitações impostas pelo Estado a si mesmo, o aspecto referente aos destinatários das normas que os consagram está contido no próprio conceito de direito fundamental.

Assim, a doutrina liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos pólos, de forma que tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal.

No tocante à origem do debate, sabe-se que nos Estados Unidos, especialmente a partir da década de quarenta, a discussão em torno da possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas começou a ganhar consistência.

Aliando-se o modelo liberal da Constituição com a presença do termo *state* na fórmula do *due process*, fez com que a jurisprudência norte-americana admitisse a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada nas hipóteses em que a violação puder, de alguma forma, ser tratada como uma ação estatal.

Na Alemanha, Pereira (2006, p. 443) assinala:

Embora haja hesitação quando se trata de identificar a origem precisa do debate, é possível afirmar que este ganhou consistência a partir da década de cinquenta, quando foi cunhado o célebre termo *drittwirking der grundrechte*.

Nesse aspecto, ressalta-se a defesa de Münch (1997 apud PEREIRA, 2006, p. 443), o qual entende que a própria idéia de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é “uma criação da ciência jurídica alemã”.

Vale ainda registrar o ensinamento de Pereira (2006, p. 443):

Embora a construção norte-americana da *state action doctrine* torne questionável o pioneirismo invocado pela dogmática germânica, o fato é que esta conferiu ao tema densidade e originalidade ímpares, vindo a tornar-se ponto de referência para toda a doutrina européia. De outro lado, enquanto a jurisprudência americana adotou uma solução hermenêutica que não chega a premissa geral do direito liberal – de que os direitos não vinculam os particulares –, a discussão alemã explorou o problema sob várias perspectivas, apresentando soluções mais radicais quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Por sua vez, no tocante ao aspecto terminológico, verifica-se que tal debate semântico assumiu uma peculiar importância na Alemanha, tendo desencadeado juntamente com a própria discussão acerca da incidência dos direitos fundamentais na esfera privada.

É oportuno esclarecer que a locução *drittwirking der grundrechte* (eficácia perante terceiros) foi utilizada pela primeira vez para se referir à idéia da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tendo prevalecido na primeira fase do debate. Todavia, Münch (1997 apud PEREIRA, 2006) aponta que há antecedentes da *drittwirking* na Constituição de Weimar de 1919.

Por outro lado, Estrada (2000 apud PEREIRA, 2006, p. 444) pondera que a idéia de que os direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos oponíveis apenas ao Estado foi, de fato, parcialmente afetada pela Constituição Weimar, já que esta veio a contemplar expressamente a aplicação de certos direitos na esfera privada. No entanto, assevera o autor:

Estes preceitos eram entendidos como uma exceção à regra, que não permitiam pôr em dúvida a primogênita vocação como limites à intervenção estatal dos direitos fundamentais [...] O sentido e significado de um *drittwirking* dos direitos fundamentais só pode passar a fazer parte do acervo do direito constitucional no pós-guerra.

É necessário registrar também que o vocábulo terceiros referia-se à necessidade de indicar a inserção de um novo destinatário dos direitos fundamentais, além do Estado. Desse modo, a locução eficácia perante terceiros não se mostrou imune a críticas.

Um dos aspectos questionados contra o termo *drittwirking* refere-se ao fato de não se considerar que o terceiro vinculado ao direito fundamental é também titular de direitos, de forma que não é possível, conforme Estrada (2000 apud PEREIRA, 2006, p. 444), “equiparar a vinculação dos particulares com a do Estado, sem fazer distinção rigorosa”.

Nesse contexto, vale mencionar o ensinamento de Pereira (2006, p. 444):

Acresça-se, ainda, que a denominação em tela 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 dos direitos.

Ademais, entende-se ainda que não seria correto falar em um terceiro nível de eficácia, mas sim “de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação dos particulares (relação horizontal), em contraposição à clássica e inconteste vinculação das entidades estatais, no âmbito das relações (verticais) entre particular e Estado”, nos termos de Sarlet (2000, p. 114).

No tocante à tese deste último argumento, tem-se que surgiu a expressão *horizontalwirkung*, a qual significa eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo também objeto de diversas críticas.

Dessa maneira, segundo Bilbao Ubillos (1997 apud PEREIRA, 2006, p. 444-445), pode-se afirmar que “a palavra *horizontal* induz à idéia de igualdade entre as partes na relação, desconsiderando, assim, o fenômeno dos poderes privados, que se manifesta nas relações particulares em que há proeminência de uma parte e sujeição da outra”.

É oportuno mencionar ainda que as expressões eficácia privada e eficácia dos direitos fundamentais no direito privado apresentam o aspecto negativo da amplitude, podendo abranger tanto a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais como a da vinculação do legislador de direito privado.

Sendo assim, diante da análise dessa discussão terminológica, é pertinente a explicação de Pereira (2006, p. 446):

É de ter-se em consideração, ainda, que a exatidão do emprego das diversas expressões depende, essencialmente, da concepção que se defenda para explicar o problema substancial. No presente estudo, optou-se por utilizar, indistintamente, as fórmulas ‘aplicação/incidência ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas’ e, ainda, ‘vinculação dos particulares aos direitos fundamentais’, as quais expressam, com razoável precisão, o problema ora se investigada.

Desse modo, o presente trabalho também utiliza as expressões aplicação ou incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tendo em vista as considerações explicitadas anteriormente.

### 2.3 Pressupostos da idéia da aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares

No tocante à formulação e difusão da idéia da incidência dos direitos fundamentais na esfera privada, registram-se duas concepções que contribuíram profundamente.

Dessa maneira, verifica-se que o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, mas se manifesta também no seio da sociedade civil. Já o outro aspecto, revela-se na compreensão da Constituição como ordem de valores da comunidade, uma vez que visa a ordenar todas as esferas da vida social.

#### 2.3.1 *O fenômeno dos poderes privados*

Em relação ao Estado Liberal de Direito, evidencia-se que há uma separação entre Estado e sociedade civil, de modo que o Direito privado desempenha a função de estabelecer as regras mínimas de convivência entre as pessoas e o Direito público disciplina as relações entre indivíduos e o Estado.

Com efeito, sob essa forma de estruturação do sistema jurídico, não havia como conceber a aplicação dos direitos individuais constitucionais às relações jurídicas entre particulares.

Não obstante, a partir do século XIX, multiplicam-se as formas de organização privada, de modo que a autoridade e poder também se manifestam na esfera privada, não sendo mais atributos exclusivos do Estado.

Nesse contexto, vale a lição de Foucault (1993, p. 88-89):

A análise em termos de poder não deve postular, como dados iniciais, a soberania do Estado, a forma da lei ou a unidade global de uma dominação; estas são apenas e, antes de mais nada, suas formas terminais. Parece-me que se deve compreender o

poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais.

Sendo assim, o filósofo francês revelou que o fenômeno do poder se desenvolve também no âmbito da sociedade, ou seja, nas relações entre particulares.

Sob outro enfoque, fala-se em um novo modelo, a sociedade corporativista, sendo que García (1996 apud PEREIRA, 2006, p. 455) assevera:

Por estabelecer situações de privilégio dá lugar à criação de autênticos poderes privados, os quais não só ocupam lugar relevante no campo das relações entre particulares como incidem definitivamente nas relações políticas, assumindo em muitas ocasiões com sua atuação um caráter público evidente.

Dessa maneira, evidencia-se a complexidade da sociedade contemporânea, de forma que se verifica a proeminência de uma das partes sobre a outra nas relações jurídicas entre particulares. Nesse diapasão, Santos (2000, p. 269) entende que o poder deve ser compreendido como “qualquer relação social regulada por uma troca desigual”.

Destarte, partindo desse pressuposto, observa-se o fenômeno dos poderes privados nas relações familiares, nas relações de consumo, nas relações de emprego, entre outras.

Diante dessas considerações, registra-se o ensinamento de Peces-Barba Martínez (1999 apud PEREIRA, 2006, p. 456):

Os direitos, junto com os valores e os princípios, formam parte do conteúdo de justiça de uma sociedade democrática moderna e têm como objetivo último ajudar a que todas as pessoas possam alcançar o nível de humanização possível, em cada momento histórico. São meios para que a organização social e política permita o desenvolvimento máximo das dimensões que configuram nossa dignidade, quer dizer, para que possamos eleger livremente, para que possamos construir conceitos gerais e raciocinar, para que possamos nos comunicar, transmitir a semente da cultura como obra do homem na história, e para que possamos decidir livremente nossa moralidade privada, nossa idéia de bem, da virtude, da felicidade ou da salvação, segundo seja o ponto de vista em que nos situemos.

Assim, tem-se a dimensão funcional dos direitos fundamentais, de maneira que se torna pertinente sua aplicação em todas as situações nas quais possam ser comprometidas a dignidade e a autonomia privada, decorrendo de um poder privado ou público.

### 2.3.2 A Constituição como ordem de valores da comunidade e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais

A concepção da Constituição como ordem de valores resulta do constitucionalismo germânico, tendo sido desenvolvida e estruturada na jurisprudência da Corte Constitucional a partir da vigência da Lei Fundamental de Bonn.

Desse modo, a comunidade estabelece, por meio da Constituição, um conjunto de valores que deverão orientar a ordem jurídica estatal e todos os setores da sociedade.

Diante do exposto, Pereira (2006, p. 458) explica:

Esse ponto de vista levou ao reconhecimento de um duplo caráter (dimensão ou função) dos direitos fundamentais: estes, ao mesmo tempo em que asseguram posições jurídicas *subjetivas* dos indivíduos em face do Estado, veiculam uma ordem de valores *objetiva*, que há de comandar a vida social e orientar as ações dos poderes públicos.

Com efeito, na teoria constitucional contemporânea, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é genericamente reconhecida, sendo bastante comum a doutrina e a jurisprudência assinalarem o duplo caráter dos direitos fundamentais.

Além disso, menciona-se a lição de Pereira (2006, p. 459-460):

Isso não significa, porém, que haja consenso em relação ao significado da dimensão objetiva e aos efeitos jurídicos que carrega. Há convergência na identificação de alguns caracteres da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, a dimensão objetiva traduz a *função legitimadora* dos direitos fundamentais, que corporificam a base axiológica do Estado Democrático de Direito. De outro lado, a dimensão objetiva constitui um *reforço de proteção* dos direitos fundamentais, desencadeando uma série de efeitos jurídicos autônomos.

De fato, o desenvolvimento teórico da dimensão objetiva conduziu ao reconhecimento de uma série de efeitos jurídicos dela decorrentes. O efeito de irradiação traduz a ação conformadora que o direito constitucional deve exercer sobre todos os ramos do direito, bem como exprime a vinculação das três funções do Estado, ou seja, judiciária, administrativa e legislativa.

É oportuno ainda registrar que a idéia de eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada e, mais recentemente, a noção de deveres de proteção, resultam também da dimensão objetiva.

Em verdade, Böckenförde (1993 apud PEREIRA, 2006, p. 462) defende que a *drittwirkung* “é filha legítima do efeito de irradiação, que no fundo nada mais é que uma tentativa de elaborá-la”.

Dessa forma, Pereira (2006, p. 462-463) preleciona:

Do que se expôs, é possível constatar uma profunda imbricação entre as noções de Constituição como ordem de valores, dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os efeitos jurídicos que são extraídos dessa dimensão (efeito de irradiação, eficácia privada e deveres de proteção). É difícil determinar uma relação de causalidade sucessiva entre tais idéias, parecendo mais pertinente falar em uma conexão e interdependência recíproca entre elas. De qualquer sorte, cabe destacar que a justificação e a classificação dos diversos efeitos dos direitos fundamentais, tanto na doutrina germânica, como alhures, não tem tratamento uniforme e consensual, havendo uma infinidade de variações dogmáticas e pretorianas.

Portanto, a concepção da Constituição como ordem de valores revela a idéia de que, por meio da Constituição, a comunidade estabelece um conjunto de valores que servem de orientação não apenas a ordem jurídica estatal, mas a vida social genericamente considerada.

Além disso, pode-se afirmar que a noção de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais pode ser entendida como uma consequência importante do reconhecimento da sua dimensão objetiva.

### 3 CONSTRUÇÕES TEÓRICAS SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O debate sobre a possibilidade e a forma de os direitos fundamentais incidirem nas relações privadas estabeleceu-se na Alemanha e nos Estados Unidos desde meados do século XX, sendo atualmente destaque em diversos ordenamentos jurídicos.

Registra-se ainda que a teoria da Constituição como ordem de valores e a necessidade de ampliar a efetividade dos direitos fundamentais contribuíram para a aceitação da idéia de que tais direitos não se destinam apenas a regular as relações entre indivíduos e o Estado, mas também as relações jurídicas estabelecidas entre os particulares.

A discussão refere-se ao fato de a aplicação dos direitos fundamentais ser direta ou indireta nas relações privadas, além da existência da tese que não admite a possibilidade de vinculação dos particulares aos referidos direitos.

#### 3.1 State action doctrine

Evidencia-se que a idéia da não incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado teve maior difusão no direito norte-americano, sendo praticamente um axioma do Direito Constitucional.

Nesse aspecto, Sarmiento (2006) averba que a referida tese é quase universalmente aceita tanto pela doutrina como pela jurisprudência norte-americana, de forma que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares, com exceção apenas da 13<sup>a</sup> Emenda, a qual proibiu a escravidão.

Sarmiento (2006) ainda pondera que a justificativa para essa posição encontra-se na literalidade do texto constitucional, o qual se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais.

Ademais, existem outros argumentos teóricos, sendo o principal a preocupação com a autonomia privada, conforme lições de Tribe (1998 apud SARMENTO, 2006, p. 298):

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 seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.

Além disso, outra justificativa refere-se ao pacto federativo, já que nos Estados Unidos compete aos Estados e não à União legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria relaciona-se ao comércio interestadual ou internacional.

Com efeito, registra-se o ensinamento de Sarmiento (2006, p. 299):

Assim, afirma-se que a *state action* preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas.

Diante do exposto, em princípio, pode-se afirmar que a jurisprudência norte-americana somente admite a invocação dos preceitos constitucionais concernentes a direitos e liberdades constitucionais nos casos em que se identifique uma ação estatal.

Nesse contexto, esclarece Pereira (2006, p. 476):

Sem embargo, existe uma infinidade de situações ou comportamentos lesivos a direitos fundamentais que não podem ser entendidos como puramente privados e, há, também, aqueles que, na essência, em tudo se assemelham ao exercício do poder público. Para solver problemas de natureza, a Suprema Corte adotou uma série de critérios que formam a denominada *state action doctrine*. Essa concepção foi erigida a partir do julgamento de diversos casos na década de 40, nos quais se invocava a 14ª Emenda em face de violações a direitos perpetradas por pessoas privadas.

Dessa maneira, tem-se que a imprecisão e incoerência dos pontos de vista postos pela jurisprudência sob o título *state action doctrine* a torna alvo de severas críticas na doutrina, que aponta diversas dificuldades em determinar seu conteúdo.

Vale registrar também que a jurisprudência norte-americana além de não admitir, em princípio, a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, ainda antepõe obstáculos diante da possibilidade de tutela pelo legislador ordinário destes direitos no âmbito das relações privadas.

Em síntese, menciona-se a lição de Sarmiento (2006, p. 304-305):

Enfim, parece-nos que a doutrina da *state action*, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provem apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *standards*

minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral dos Estados Unidos.

Destarte, nos Estados Unidos firmou-se o entendimento de que as normas constitucionais vinculam apenas o Estado, ressalvada apenas a 13<sup>a</sup> Emenda, a qual proibiu a escravidão, de modo que a questão está em detectar em quais situações a conduta de um particular pode ser de alguma forma imputada ao Estado, pois só através desta imputação é possível obrigar este particular a respeitar aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

### 3.2 A teoria da eficácia indireta ou mediata

A teoria da eficácia mediata e indireta dos direitos fundamentais foi desenvolvida originariamente por Günter Dürig, mas foi através da sua adoção pelo Tribunal Constitucional Alemão, no célebre caso de Lüth, que a teoria recebeu destaque e se tornou a concepção dominante no direito germânico.

O supracitado caso tornou-se referência tanto por analisar a questão da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada como por envolver um complexo problema de colisão de direitos.

Pereira (2006) explica que a controvérsia teve origem em 1950, quando o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, defendeu, em discurso feito perante produtores e distribuidores da indústria cinematográfica, que fosse feito um boicote ao filme “*Umterbliche Gelibte*” (Amante Imortal), dirigido por Veit Harlan, em virtude de este cineasta ter elaborado filme de conotação anti-semita na época de Hitler.

Segundo Pereira (2006, p. 473), a produtora do filme de Harlan recorreu ao Tribunal de Hamburgo “objetivando que fosse determinado a Lüth que cessasse a conclamação ao boicote, com fundamento no art. 826 do Código Civil (*Quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a reparar o dano*)”.

A demanda foi acolhida pelo Tribunal, o que ensejou a interposição de recurso perante a Corte Constitucional, que, por sua vez, reforçou a sentença entendendo ter havido violação ao direito fundamental de Lüth à liberdade de expressão.

A Corte Constitucional decidiu que os tribunais civis, ao examinar litígios de natureza privada, devem orientar-se pelos direitos fundamentais, de forma que a interpretação dos preceitos de direito civil estejam em consonância com os valores que emanam da Constituição.

Assim, Pereira (2006) averba que a Corte Constitucional alemã orientou-se no sentido da eficácia mediata dos direitos fundamentais, sendo mantida pelos demais tribunais federais. Aliás, atualmente a maior parte da doutrina alemã também defende a tese que prevaleceu na Corte Constitucional.

Não obstante, Capitant (2001 apud PEREIRA, 2006, p. 474-475) esclarece:

Em verdade, todavia, a Corte desenvolveu uma teoria própria, mais próxima em suas conseqüências práticas da de Nipperdey do que da de Dürig. É certo que, de acordo com a jurisprudência, os direitos fundamentais não são direitos diretamente oponíveis aos cidadãos. Entretanto, o legislador deve respeitá-los na edição de normas de direito privado, assim como o juiz na interpretação das cláusulas gerais, como destaca a Corte a propósito do artigo 826 do Código Civil alemão na decisão de Lüth. Estes dois pontos são incompatíveis com a teoria do efeito horizontal indireto tal como foi defendida por Dürig. Para este, de fato, os direitos fundamentais não produzem efeito algum no direito privado além de influenciá-lo, por meio do juiz, quando este interpreta as cláusulas gerais. Esta teoria não oferece então nenhuma possibilidade de controle da constitucionalidade.

Desse modo, o referido autor revela que não existe identidade exata entre a concepção que prevaleceu no tribunal constitucional e aquela que fora defendida por Dürig.

Ademais, Pereira (2006) preleciona que tal análise é muito importante, tendo em vista o relativo entendimento comum em doutrina de que as duas teorias (eficácia direta e indireta) conduzem a efeitos práticos semelhantes.

Nesse prisma, Pereira (2006, p. 475) ensina:

A construção da Corte Constitucional leva a um efeito prático muito próximo ao da formulação de Nipperdey, mas não se pode dizer o mesmo quanto à concepção defendida por Dürig. A proteção da autonomia privada e a possibilidade de disposição dos direitos fundamentais defendidas por Dürig excluem em certos casos o controle pelo Judiciário da constitucionalidade das normas de direito privado, enquanto na jurisprudência do Tribunal os direitos fundamentais são comandos impostos ao legislador e ao juiz no sentido de efetivá-los.

É oportuno mencionar ainda que a escolha da jurisprudência constitucional alemã em adotar a teoria da eficácia indireta está diretamente vinculada a uma questão processual, tendo em vista o caráter concentrado do sistema de controle de constitucionalidade germânico e a existência do recurso constitucional.

Dessa maneira, Pereira (2006) afirma que uma vez admitida a incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito privado, questiona-se a possibilidade de transformação dos tribunais constitucionais em instâncias supremas de resolução de conflitos jurídicos civis, o que implicaria uma sobrecarga de trabalho para estes e esvaziaria o papel que lhes fora originariamente conferido.

Com efeito, Sarmiento (2004) defende que a teoria da eficácia indireta ou mediata sustenta-se sob certos parâmetros fundamentais, de forma que um dos pilares refere-se ao fato de que a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas ocorre por intermédio das normas de direito privado, as quais serviriam com uma espécie de instrumento, sendo aplicadas no caso concreto, através de parâmetros dogmáticos e interpretativos característicos do direito privado.

Dessa maneira, Gorzoni (2007, p. 18) delinea os termos gerais, *in verbis*:

A tese da eficácia mediata ou indireta afirma que os direitos fundamentais somente poderiam ser aplicados entre particulares após um processo de transmutação, por intermédio do material normativo do próprio direito privado. Essa aplicação se daria da seguinte forma: primeiramente, a eficácia dos direitos fundamentais estaria condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, pois cabe a ele o desenvolvimento "concretizante" desses direitos por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance dos direitos nas relações entre particulares. Na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete ao juiz dar eficácia as normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado. Nesta teoria, a Constituição possui somente uma função de guia, oferecendo diretrizes e impulsos para uma evolução adequada do direito privado.

A teoria da eficácia mediata liga-se à idéia de que a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada depende da mediação concretizadora do legislador de direito privado, no primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, no segundo plano.

Sendo assim, para a teoria mediata, Sarmiento (2004) pondera que haveria uma supremacia do legislador na tarefa de conformação dos direitos fundamentais em relação aos outros intérpretes da lei, sendo que é justamente esta primazia pelo legislador na conformação dos direitos fundamentais na esfera privada que garantiria uma maior segurança jurídica ao tráfico jurídico.

Além disso, caberia aos juízes e tribunais interpretar e aplicar as normas de direito privado tendo como base os direitos fundamentais, bem como rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos.

Nesse contexto, Sarlet (2000, p. 70) afirma:

O conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no Direito Privado por meio dos dispositivos que regem diretamente este âmbito jurídico, de tal sorte que a influência dos direitos fundamentais como critérios valorativos se realiza sobretudo por meio das disposições jurídico-privadas de cunho imperativo e que integram a ordem pública em sentido amplo.

Aliás, para a realização desta influência, existem os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais de Direito Privado, podendo ser assim compreendidos, como afirma Martins-Costa (2000, p. 286):

Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar puntualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais.

Dessa forma, a teoria da eficácia indireta sustenta que, na ausência de regulamentação infraconstitucional, caberá ao intérprete dar eficácia e aplicabilidade as normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas através das cláusulas gerais de direito privado, ou ainda com aponta Sarmento (2006, p. 306):

Sem embargo, Dürig admite a necessidade de construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais. Para ele, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador – verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado – os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacentes aos direitos fundamentais.

Com efeito, Pereira (2006, p. 468) leciona que é por meio das cláusulas gerais, a exemplo da moral, boa-fé, bons costumes, “que se operam os intercâmbios valorativos entre o direito público e o privado”.

Todavia, para a teoria da eficácia mediata, Sarmento (2006) ressalta que se permitiria ao julgador a aplicação direta dos direitos fundamentais na esfera privada, independentemente da mediação do legislador, apenas em situações excepcionais, de lacuna do ordenamento jurídico, de inexistência de cláusula geral ou de conceito indeterminado que possa ser preenchido em harmonia com os valores constitucionais.

Nesse diapasão, a teoria da eficácia mediata inclina-se à idéia da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais, configurando uma ordem objetiva de valores que irradia em todos os ramos do Direito.

Segundo Andrade (2001), o principal fundamento da tese de eficácia mediata é a concepção de que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas importaria, em última análise, no total esvaziamento da autonomia privada.

Desse modo, em relação à teoria da eficácia mediata, Pereira (2006) ensina que a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada ocorre de forma indireta ou mediata, pela atuação do legislador, concretizando a norma constitucional, ou quando o juiz interpreta o direito privado à luz dos valores projetados pelos direitos fundamentais, o que pode, em certos casos, justificar decisões contra o texto da lei.

Sarmiento (2006) destaca também que os defensores da tese da eficácia indireta sustentam que os direitos fundamentais são protegidos no campo privado não por intermédio dos instrumentos do Direito Constitucional, mas sim através de mecanismos típicos do próprio Direito Privado.

Segundo Sarmiento (2006), a diferença substancial entre os adeptos da eficácia indireta e os que negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais consiste no reconhecimento, pelos primeiros, que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume.

Não obstante, salienta-se que a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais foi alvo de diversas críticas. Nessa perspectiva, Sarmiento (2006, p. 313) explica que “a doutrina é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário”.

Além disso, Sarmiento (2006, p. 313) pondera no sentido de ainda existir quem se refira “ao caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme à Constituição”.

Destarte, para a teoria indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, os direitos fundamentais não se destinam a resolver diretamente conflitos de direito privado, devendo sua aplicação realizar-se mediante meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico.

### 3.3 A teoria da eficácia direta ou imediata

Sob o império da Lei Fundamental de Bonn engajou-se Hans Carl Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas e, posteriormente, a doutrina foi retomada e desenvolvida por Walter Leisner.

Nesse contexto, Sarmiento (2006, p. 314) assevera:

Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Assim, Pereira (2006) preleciona que Nipperdey defendeu que alguns direitos fundamentais não vinculam apenas os poderes públicos, mas têm incidência imediata nas relações de direito privado em que se configurem relações de poder.

Nessa perspectiva, Nipperdey concorda com a premissa firmada pela Corte Constitucional que a Lei Fundamental não é neutra, mas veicula uma ordem objetiva de valores. No entanto, Pereira (2006) explica que o referido autor não admite a idéia de que o efeito irradiante dos direitos se propaga nas relações privadas por meios de cláusulas gerais do Direito Civil.

Diante dessas considerações, a teoria da eficácia direta ou imediata postula que os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador ou do juiz.

De acordo com Steinmetz (2004), os direitos fundamentais para a teoria da eficácia imediata, enquanto direitos subjetivos constitucionais, operariam sua eficácia sem a necessidade de utilização das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Não obstante, vale mencionar o ensinamento Sarmiento (2006, p. 315):

Cumprir destacar, no entanto, que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso.

Nesse prisma, segundo Sarmiento (2006, p. 315), a teoria da eficácia imediata não se trata de “uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual do tráfico jurídico-privado”.

Entretanto, a teoria da eficácia direta também recebeu inúmeras objeções, a exemplo de uma possível restrição demasiada ao princípio da autonomia privada, o qual estaria em risco.

Conforme Andrade (2001), a segunda objeção que se faz a esta teoria é que aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas poderia fazer com que a maioria dos conflitos envolvendo particulares fossem convertidos em problemas jurídicos constitucionais e, assim, que houvesse uma inflação dos conflitos jurídicos constitucionais.

Ademais, tem-se como terceira objeção o fato de que a utilização das normas de direitos fundamentais diretamente aos conflitos privados poderia levar a uma perda da identidade do Direito Privado, não considerando a Constituição o local adequado para regular as relações entre indivíduos ou as relações entre indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado.

Por fim, outra objeção que se pode opor contra a teoria sob comento, refere-se ao fato de que a aplicação apenas mediata conduz a uma melhor concretização do princípio da segurança jurídica, assim como zela pelo princípio da separação de poderes.

Além disso, Sarmento (2006) destaca que a teoria da eficácia imediata não logrou grande aceitação na Alemanha, mas é majoritária na Espanha e em Portugal. Na Espanha, onde o texto constitucional é silente sobre a matéria, autores como Tomás Quadra-Salcedo, Juan Maria Bilbao Ubillos, Pedro de Vega Garcia, manifestaram-se claramente em prol dessa doutrina.

De acordo com Sarmento (2006, p. 318), no direito português, a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas foi prevista direta e genericamente pelo próprio constituinte, através do art. 18.1 da Lei Maior lusitana, *in verbis*: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Sarmento (2006) ainda ressalta que existe uma corrente minoritária na doutrina portuguesa que insiste na tese da eficácia apenas indireta dos direitos fundamentais no plano privado, mas a corrente dominante, na qual despontam juristas como J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, Ana Prata, inclina-se, com algumas variações e nuances, para o acolhimento da teoria da vinculação direta.

Por seu turno, segundo Sarmento (2006), destaca-se a posição intermediária na doutrina portuguesa representada pelo Prof. José Carlos Vieira de Andrade, o qual defende que na relação entre particulares e os chamados poderes privados operar-se-ia a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, de tal sorte que sendo manifesta a desigualdade de

poder entre as partes, e uma delas estivesse submetida a uma situação de sujeição em relação à outra, a primeira tornar-se-ia detentora de direitos subjetivos fundamentais oponíveis à segunda.

Nesse contexto, deve-se salientar o ensinamento de Andrade (2001, p. 257):

O critério da desigualdade ou do poder social não deve (...) ser entendido como um critério classificatório, que nos permitisse em abstrato determinar as entidades que, além do Estado e demais pessoas coletivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Ele é, sobretudo, um critério teleológico que em concreto permite estender por analogia e graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas.

Em outros termos, o autor sustenta que as situações de poder são muitas e diferenciadas, o que levaria a uma necessidade de se ponderar a aplicabilidade imediata de acordo com os tipos e graus de poder que o caso concreto irá fornecer com precisão.

De acordo com Sarmiento (2006), outro aspecto abordado pelo Prof. José Carlos Vieira de Andrade é que nas relações privadas típicas, na qual os particulares se encontram numa suposta igualdade, a eficácia dos direitos fundamentais seria indireta, sendo que tais direitos não valeriam como direitos subjetivos, mas sim como valores que devem ser concretizados pelo legislador e pelo juiz.

Todavia, Sarmiento (2006) assevera que Vieira de Andrade não exclui de modo absoluto a possibilidade de incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito privado, mesmo nas relações privadas típicas, de tal forma que na insuficiência das normas de Direito Privado e das cláusulas gerais, o juiz poderá resolver o caso aplicando diretamente os preceitos constitucionais, mas deverá fazê-lo sempre de forma moderada, buscando uma harmonização entre o direito fundamental e a autonomia privada.

Não obstante, Sarmiento (2006) ainda afirma no sentido de o Prof. José Carlos Vieira de Andrade considerar que na ponderação entre o direito fundamental e a autonomia privada, em princípio, deve a balança pender para o lado da segunda, desde que não resultem prejuízos intoleráveis ao princípio da dignidade humana.

Na Itália, conforme Sarmiento (2006, p. 322), o texto constitucional em seu art. 2º preceitua que “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do Homem, como indivíduo ou no seio das formações sociais onde desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inescusáveis de solidariedade política, econômica e social”.

Nessa perspectiva, menciona-se o ensinamento de Sarmiento (2006, p. 322-323), o qual aduz que “a linha filosófica e ideológica da Constituição italiana de 1947 corresponde ao

ideário do Estado Social, sugerindo uma visão dos direitos fundamentais diversa da que prevalecia no liberalismo, que os restringia às relações políticas entre cidadão e Estado”. Assim, afirma-se que a jurisprudência da Corte Constitucional italiana aderiu à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Na Argentina, Sarmiento (2006) destaca que a Suprema Corte reconheceu a eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada, baseando-se na decisão proferida em 1958, no julgamento de um recurso de amparo interposto no célebre caso *Samuel Kot*, o qual se discutia o direito do proprietário de uma fábrica, que fora ocupada por seus empregados há mais de três meses, sem qualquer providência das autoridades policiais.

Desse modo, percebe-se que a teoria da eficácia direta, embora não tenha prevalecido na Alemanha, onde foi inicialmente concebida, tornou-se dominante em vários outros Estados, a exemplo da Espanha, Portugal, Itália e Argentina.

Destarte, a teoria da eficácia direta postula a incidência *erga omnes* dos direitos fundamentais, sendo sua aplicação imediata nas relações de direito privado em que os particulares se encontrem em posições de poder ou em situações iguais.

### 3.4 A teoria dos deveres de proteção

A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de modo que o Estado, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares.

Assim, Pereira (2006, p. 469) averba que “o titular de um direito fundamental é também titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra intervenções de terceiros”.

Ademais, segundo Sarmiento (2006, p. 324-325), um importante segmento da doutrina alemã mais recente vem defendendo a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos no âmbito das relações privadas.

Nesse diapasão, vale registrar a lição de Andrade (2001, p. 248-249):

Estas teorias de dever de proteção, embora sejam tributárias de uma idéia de aplicabilidade mediata, alargam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos (ao Legislador, à Administração e ao Juiz) a obrigação de velarem efetivamente para que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas.

Com efeito, para a teoria dos deveres de proteção, o dever do Estado não se restringe a respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, tendo também a obrigação de atuar positivamente, promovendo-os e os protegendo de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros cidadãos.

De acordo com Pereira (2006, p. 470), um autor representativo da teoria dos deveres de proteção é Claus-Wilhelm Canaris, o qual defende que, no tocante aos preceitos de direito privado, “os direitos fundamentais não vigoram apenas na sua função de normas objetivas de princípio, mas também nas suas funções ‘normais’ como *proibições de intervenção e imperativos de proteção*”.

Dessa maneira, Sarmiento (2006, p. 326) explica:

Portanto, de acordo com Canaris, tanto a função legislativa como a jurisdicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre direitos fundamentais, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, uma vez que normalmente há múltiplas formas constitucionalmente admissíveis para assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

Assim, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Haveria, assim, não apenas uma proibição do excesso, mas também uma proibição de omissão.

Diante disso, Sarmiento (2006) ainda leciona no sentido de o referido autor admitir que a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado depende muitas vezes de uma ponderação entre o direito tutelado e a autonomia privada do particular.

Desse modo, na situação de influência dos direitos fundamentais através da proibição de intervenção estatal, recorre-se à dimensão do princípio da proporcionalidade como vedação do excesso, no qual há espaço para um controle mais rigoroso da conduta dos poderes públicos.

Por sua vez, no caso da influência destes direitos através do imperativo da tutela, a dimensão pertinente do princípio da proporcionalidade é a da proibição de insuficiência, em que o controle é mais brando.

De acordo com Pereira (2006), vale ressaltar também a existência de uma versão extremada dessa tese, perfilhada por Schwabe, a qual afirma que o Estado, quando não impede a lesão de um direito fundamental, na verdade está a permiti-la, participando da violação.

Não obstante, Sarmiento (2006, p. 328) preconiza que teoria dos deveres de proteção é alvo de diversas críticas, de forma que a referida teoria, tal como a da eficácia indireta, “torna a proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas refém da vontade do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, compatível com sua fundamentalidade”.

Nesse contexto, Sarmiento (2006, p. 328) averba:

Na verdade, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na idéia correta de que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares. Contudo, a premissa em que se lastreia – de que só o Estado estaria vinculado aos direitos fundamentais – parece francamente inadequada à realidade da vida moderna, além de eticamente injustificável.

Portanto, tendo em vista a teoria dos deveres de proteção, é possível extrair da dimensão objetiva um direito subjetivo, consubstanciado no poder de reclamar do Estado uma atuação consistente em resguardar os direitos fundamentais de ameaças, mesmo que perpetradas por particulares.

### 3.5 Teorias alternativas

A doutrina desenvolvida em obra publicada em 1971 na Alemanha por Jürgen Schwabe causou intensa polêmica, uma vez que rejeitava tanto a tese da eficácia imediata como da eficácia mediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

Conforme Sarlet (2000), a doutrina de Schwabe designada como teoria da convergência estatista aponta que é sempre o Estado o responsável último pelas lesões a direitos fundamentais que têm origem nas relações privadas.

Nesse prisma, de acordo com Sarmiento (2006, p. 329), quando um ator privado viola um direito fundamental, o ato poderá ser imputado também ao Estado, seja porque não proibiu, através do legislador, aquele comportamento lesivo a direitos alheios, seja porque não impediu o ato, através da atividade administrativa ou da prestação jurisdicional.

Com efeito, segundo Pereira (2006), Jürgen Schwabe afirma que o Estado, quando não impede a lesão de um direito fundamental por um particular, na verdade está a permiti-la, participando da violação.

Sarmiento (2006) sustenta ainda que Jürgen Schwabe reconduz os direitos fundamentais à categoria de direitos públicos subjetivos, formulada pela teoria liberal clássica, bem como atribui ao Estado a responsabilidade sobre qualquer conduta particular violadora de tais direitos.

Todavia, algumas considerações tornam-se necessárias, como aponta o magistério de Sarmiento (2006, p. 330):

A construção proposta por Schwabe assenta-se sobre pressupostos frágeis, e é facilmente refutável. Primeiramente, do ponto de vista filosófico, transparece o matiz totalitário desta tese de que a autonomia privada decorre de uma autorização estatal, já que, na verdade, a liberdade humana não é criada pelo Estado ou pela lei, mas os precede. Por outro lado, não parece correto imputar ao Estado toda e qualquer conduta humana, apenas porque ele não a impediu, pois isto significaria atribuir ao Poder Público toda ação não vedada em lei. Ademais, do ponto de vista lógico, não faz sentido atribuir ao estado uma lesão de direitos fundamentais gerada pela conduta de um particular, sem pressupor que este particular, por sua vez, estivesse vinculado ao respeito daquele direito – o que Schwabe não admite.

Em síntese, Jürgen Schwabe rejeita tanto a doutrina da aplicação imediata quanto a aplicação mediata dos direitos fundamentais, entendendo que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do próprio caráter estatal do direito privado.

Por outro lado, Sarmiento (2006) demonstra a necessidade de abordar a concepção defendida por Robert Alexy, o qual tentou conciliar as três correntes, a saber: a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, a teoria da eficácia indireta ou mediata e a concepção que assimila a questão da *Drittwirkung* à doutrina dos deveres de proteção do Estado.

Sarmiento (2006) estabelece que, para Robert Alexy, as três teorias podem conduzir a resultados equivalentes, apesar da diferença entre as respectivas premissas jusfilosóficas, uma vez que todas elas reconhecem o fato de que nas relações privadas, diferentemente do que acontece na relação cidadão e Estado, as partes envolvidas são titulares dos direitos fundamentais.

Além disso, as três correntes consideram que a gradação da eficácia do direito fundamental na relação entre particulares decorre de uma ponderação de interesses.

Não obstante, Robert Alexy entende necessária uma teoria que explique de forma satisfatória a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, de modo que sugeriu solucionar através de uma conjugação de aspectos de cada uma das teorias supracitadas.

Sendo assim, Sarmiento (2006, p. 331) explica que Robert Alexy desenvolveu “um modelo de três níveis de efeitos: o nível dos deveres do Estado, o nível dos direitos frente ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados”.

No primeiro nível, encontra-se a teoria do efeito mediato, de forma que os juízes estão obrigados a reconhecer os direitos fundamentais, como valores objetivos, na interpretação e aplicação das normas de Direito Privado.

Por sua vez, no segundo nível incide a teoria dos deveres de proteção, já que ao dirimir litígios entre particulares, caso o Judiciário não considere os direitos fundamentais, estaria de acordo com Robert Alexy, violando um direito fundamental do cidadão oponível frente ao Estado.

O terceiro nível refere-se aos efeitos imediatos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os sujeitos privados. Nessa perspectiva, para Robert Alexy, segundo Maliska (2001, p. 123-124):

Por efeito imediato em terceiro não se pode entender que os direitos frente ao Estado sejam, ao mesmo tempo, direito de cidadãos frente a outros cidadãos, nem se pode alegar um efeito imediato em terceiro mudando, simplesmente, o destinatário dos direitos frente ao Estado uma vez que as relações cidadão/cidadão, em razão de ambos serem titulares de direitos fundamentais, existe uma “força de efeito” diferente da que existe a relação cidadão/Estado.

Dessa forma, como formulador de uma proposta alternativa, Robert Alexy tentou conciliar as três teorias no intuito de explicar de forma satisfatória a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Com efeito, de acordo com Sarmiento (2006), Robert Alexy reconhece que os direitos fundamentais projetam efeitos diretos sobre as relações privadas, apesar de não se apresentar como integrante da corrente que defende a teoria da eficácia direta, bem como afasta a idéia de que esta eficácia direta exterminaria a autonomia privada ou a identidade do Direito Privado.

Maliska (2001) aduz que a teoria elaborada por Robert Alexy é omissa quanto às relações entre particulares marcadas pela desigualdade, ou seja, o referido autor deixa sem

resposta o problema de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas caracterizadas pela desigualdade fática ou jurídica entre os sujeitos envolvidos.

Enfim, todas essas construções alternativas merecem e ganham destaque tanto na jurisprudência como na doutrina constitucional em geral, tendo em vista o enriquecimento do debate no tocante à incidência ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas.

## 4 APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Cumprir destacar a aceitação das principais teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a doutrina brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, torna-se necessária uma fórmula de compatibilização entre a tutela efetiva dos direitos fundamentais e a salvaguarda da autonomia privada.

### 4.1 O significado do art. 5º, § 1º da Constituição Federal

Para Sarlet (2007, p. 274), em relação ao art. 5º, § 1º da CF, o que pretendeu o Constituinte, com a previsão no sentido de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, foi “evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que permaneçam letra morta no texto da Constituição”.

Diante disso, Sarlet (2007, p. 274) opina que ao dispositivo em exame é possível atribuir o mesmo sentido outorgado ao art. 18.1 da Constituição da República Portuguesa, o qual estabelece, precisamente, que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Por outro lado, Silva (2005, p. 57-58) não se mostra seguro quanto à serventia do art. 5º, § 1º da Constituição Federal para o propósito de fundamentar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo ele, no trato do assunto:

há uma confusão entre a eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção de efeitos e seu âmbito de aplicação. O texto constitucional, que dispõe que os direitos fundamentais terão aplicação imediata, faz menção a uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já. Mas a simples prescrição constitucional de que as normas definidoras de direitos fundamentais terão ‘aplicação imediata’ não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos, ou seja, não traz indícios sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais. Somente se se pressupõe que direitos fundamentais devem produzir efeitos – diretos – em todas as relações jurídicas possíveis é que se poderá interpretar o § 1º do art. 5º como aplicável – de imediato – às relações entre particulares.

Nesse contexto, para Sarlet (2000, p. 108), o aludido §1º do art. 5º da Constituição Federal serve “para demonstrar o tratamento diferenciado (e privilegiado) que os direitos fundamentais reclamam nas relações entre Constituição e Direito Privado”.

Portanto, a aplicabilidade imediata mencionada no art. 5º, § 1º da Carta Magna opera também no plano das relações jurídicas entre particulares, já que tal dispositivo refere-se a uma potencialidade de produzir efeitos, não se limitando apenas às relações em que o Estado esteja em um dos pólos.

#### 4.2 A posição da doutrina brasileira

A Constituição brasileira fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a promover a igualdade substantiva, não se baseando nos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, os quais serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais na esfera privada.

Nesse contexto, Sarmiento (2006 p. 334) averba:

A Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominantemente na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependentes da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas do Direito Privado.

Diante do exposto, a tese adotada pelos Estados Unidos, a qual exclui a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, revela-se incompatível com a Constituição brasileira.

No tocante ao modelo alemão, no qual predomina a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos individuais, faz-se necessário destacar as diferenças entre o seu sistema de direitos fundamentais e aquele adotado pela Carta brasileira.

Em decorrência disso, a Constituição alemã consagra expressamente a vinculação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos fundamentais, mas silencia em relação à submissão dos particulares aos mesmos direitos.

Sarmento (2006) leciona que a Constituição alemã, diferentemente da Constituição brasileira, também não consagra direitos fundamentais expressamente dirigidos contra atores privados, com ressalva de um dispositivo que garante, em face dos empregadores, a liberdade de associação sindical dos trabalhadores.

Com efeito, Sarmento (2006) ensina que o sistema de direitos fundamentais inscrito na Constituição brasileira está mais caracterizado pela socialidade do que o sistema germânico.

Sendo assim, Sarmento (2006, p. 335) ainda comenta:

Ademais, nada há no contexto constitucional brasileiro que sugira a idéia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos. Afora, é certo, alguns direitos que têm como destinatários necessários o Estado (direitos do preso, por exemplo), na maioria dos outros casos o constituinte não estabeleceu de antemão nenhuma limitação no pólo passivo das liberdades públicas.

Além disso, Sarlet (2000) destaca que o maior grau de desigualdade social no Brasil constitui argumento relevante para a adoção da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Por sua vez, Bonavides (2003, p. 601) assinala em articulada explanação:

Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvimento, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam.

Dessa maneira, no que tange ao quadro constitucional brasileiro, tais aspectos favorecem muito mais as interpretações que aprofundam a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada, de modo que a negativa de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas revela-se incompatível com a realidade constitucional brasileira, pois a Constituição Federal consagra como objetivo do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Diante disso, Sarmento (2006, p. 336) assevera:

Não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça. Ademais, as objeções lançadas contra esta concepção nos parecem todas improcedentes.

Nesse diapasão, revelando as razões em favor da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado, Pereira (2006, p. 487) esclarece:

A teoria da eficácia mediata baseia-se, essencialmente, em críticas opostas à idéia de incidência direta dos direitos fundamentais em relações *inter privatos*. As premissas sobre as quais tal formulação está assentada podem ser assim sintetizadas: i) a admissão de uma eficácia direta dos direitos fundamentais importaria no total aniquilamento da autonomia privada; há um princípio geral de liberdade que confere aos indivíduos o poder de dispor de seus direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas; ii) a incidência direta dos preceitos que veiculam direitos fundamentais nas relações entre particulares comprometeria a segurança jurídica, já que haveria uma ampla margem para postular-se a anulação de quaisquer convenções privadas; iii) o uso “inflacionário” dos direitos fundamentais poderia importar no comprometimento da autonomia do direito privado; iv) a eficácia direta dos direitos fundamentais diminuiria sobremaneira a importância do direito privado e subverteria o esquema de divisão funcional do poder, porquanto, dada a abertura das normas constitucionais, os juízes substituiriam o legislador democrático na tarefa de regular as relações sociais.

Tais argumentos dos defensores da teoria mediata, então, consistem em verdadeiras críticas a uma eficácia direta dos direitos fundamentais, tendo em vista os potenciais efeitos que esta poderia acarretar.

Segundo Sarmiento (2006), a autonomia privada não traduz um valor absoluto, sendo necessária uma ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada da pessoa cujo comportamento se cogita restringir.

Ademais, Sarmiento (2006) aduz que a defesa da aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais nas relações privadas não seria atentar contra a autonomia privada, mas visa promovê-la no seu sentido mais amplo.

No tocante à segurança jurídica, Sarmiento (2006, p. 340) destaca que se deve analisar “o paradigma pós-positivista hoje vigente, que investe na juridicidade dos princípios”, sendo que a aplicação e a interpretação do direito tornam-se mais ricas do ponto de vista axiológico, porém a insegurança resultante trata-se de questão mais ampla, que atinge a todos os ramos do conhecimento jurídico.

Sarmiento (2006, p. 340) ainda ressalta que há meios para reduzir a incerteza, a exemplo do estabelecimento de *standards* para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, servindo para “balizar caminhos e reduzir os *decisionismos*”.

Em análise sobre a questão da teoria da eficácia mediata sustentar a impossibilidade de admitir-se a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, no intuito da preservação da autonomia dogmática do Direito Civil, Pereira (2006, p. 488-489) explica:

Como é evidente, isso equivale a afirmar que os direitos fundamentais só incidem no âmbito das relações privadas porque autorizadas pelo legislador ordinário, que permitiu a limitação da autonomia da vontade através do estabelecimento de cláusulas gerais. Tal recurso hermenêutico – que visa, basicamente, a evitar a usurpação da função legislativa pelo juiz – resulta em evidente comprometimento da força normativa da Constituição.

Aliás, Sarmiento (2006) assevera que a supremacia hierárquica formal e material da Constituição e o reconhecimento de sua força normativa induziram à fecundação de todos os ramos do Direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional, de forma que a Constitucionalização do Direito Privado não é uma escolha do intérprete, uma vez que a escolha já foi realizada pelo próprio constituinte, que se dedicou a disciplinar em linhas gerais vários institutos do Direito Privado, como a família e a propriedade.

Em relação ao argumento referente ao caráter antidemocrático da teoria da eficácia direta, Sarlet (2000) reconhece que é tarefa precípua do legislador a concretização dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, mas adverte que esta constatação não exclui a possibilidade de vinculação direta dos particulares àqueles direitos.

Nesse sentido, Sarmiento (2006) considera que a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é do legislador, de maneira que as normas jurídicas, inclusive as de Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade, tendo os juízes o dever de aplicar tais normas na resolução dos casos concretos que envolvam direitos fundamentais, e só podem afastar-se delas através de argumentos que demonstrem sua inconstitucionalidade.

Ainda sobre esse aspecto, Sarmiento (2006, p. 338-339) averba:

Todavia, isto não obsta a aplicação direta da Constituição aos casos concretos, quando inexistir regra ordinária específica tratando da matéria, ou quando a aplicação da mesma revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais. A Constituição, cumpre não esquecer, é norma jurídica e não mero repositório de conselhos para o Poder Legislativo.

Assim, tem-se que Daniel Sarmiento utiliza o argumento da força normativa da Constituição e a idéia do Poder Judiciário como seu guardião para refutar as críticas referentes ao caráter antidemocrático da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ademais, Pereira (2006) defende que a tese de uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada é uma consequência lógica e natural da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da Constituição.

Além disso, menciona-se a análise de Sarmiento (2006, p. 342):

Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal.

Com efeito, o princípio da dignidade humana revela-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de modo que um dos fins do Estado seja propiciar as condições necessárias para que as pessoas tenham uma vida digna.

Vale também registrar a lição de Barroso (1999, p. 260), o qual afirma:

Em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional.

Dessa maneira, Sarmiento (2006) assevera que esta postura exegética não transige com a efetividade da Constituição e dos seus direitos fundamentais, exigindo o reconhecimento de uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

É oportuno ainda mencionar o posicionamento de Steinmetz (2004, p. 295), o qual defende a teoria da eficácia direta e imediata, conquanto observa que a referida tese deve ser:

Matizada (modulada ou graduada) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomem em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes.

Por outro lado, destaca-se o posicionamento de Lima (2008, p. 02):

Concordamos que existe a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, porém entendemos deva ser de forma preferencialmente *indireta*, pois em que pese o argumento de que os direitos fundamentais servem como instrumento de combate às desigualdades, ousamos chamar atenção para o fato de que no Brasil existem normas infraconstitucionais modernas, com cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados em seu texto que possibilitam ao Juiz julgar com base nos critérios fixados pelo constituinte de desenvolvimento de uma sociedade justa, solidária e livre, tornando, portanto, normalmente, desnecessária a utilização da Constituição Federal como fundamento único, direto e exclusivo.

Diante do exposto, Henrique Lima sustenta sua preferência pela aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, mostrando que existem normas

infraconstitucionais modernas, a exemplo do Código do Consumidor, que são capazes de servir como instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais.

Em síntese, Lima (2008, p. 02) conclui:

A teoria da eficácia indireta e mediata revela-se mais preocupada com o excesso de abstração e é defensora da autonomia individual, porém aceita que a vinculação se dê diretamente quando há lacuna legislativa ou quando a forma encontrada pelo legislador se verifica incompatível com a Constituição Federal. (...)

Revelamos preferência pela aplicabilidade indireta e mediata, pois entendemos que as normas infraconstitucionais brasileiras, em sua maioria, fornecem ao julgador as ferramentas necessárias para que possa dar ao caso concreto a melhor decisão possível sob a ótica do respeito aos direitos fundamentais. Porém, quando não há essa regulamentação infraconstitucional ou quando é insuficiente ou incompatível com a própria Constituição Federal, entendemos perfeitamente possível que o julgador utilize diretamente o texto constitucional.

Nessa perspectiva, o referido autor defende que, preferencialmente, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deve ser indireta, mas em situações de inconstitucionalidade da lei ou omissão legislativa, entende ser possível que o juiz utilize diretamente o texto constitucional.

Ademais, Silva (2005, p. 175) explica que os efeitos jusfundamentais no âmbito privado “não são e nem podem ser sempre diretos ou sempre indiretos”, de maneira a não defender inteiramente a teoria da eficácia direta, tampouco vislumbra na mediação estatal uma condição *sine qua non* de operatividade dos direitos fundamentais no tráfico jurídico-privado.

Por sua vez, analisando tal problemática, Costa (2007, p. 102) assevera:

As doutrinas da eficácia direta e indireta, longe de se excluírem, partilham dos mesmos pressupostos, a saber: assegurar o equilíbrio de poderes entre legislativo e judiciário, prestigiar a segurança jurídica e, sobretudo, ampliar as possibilidades de incidência dos direitos fundamentais ao campo das relações privadas. Não há que se falar em contradição, portanto, mas na necessidade de *ajustar* as teorias.

Sendo assim, conforme o supracitado autor, a divergência na doutrina a respeito da forma como incidem os direitos fundamentais nas relações privadas não conduz a qualquer conclusão produtora, de modo que a relação entre as diversas construções dogmáticas há de ser sempre a de complementação, jamais de exclusão.

Portanto, na doutrina brasileira há uma forte inclinação em aceitar a idéia de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, de tal maneira que é defensora, em sua maioria, da concepção em que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas.

### 4.3 Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em decisão célebre de novembro de 1994, que veio a influenciar decisivamente os rumos da ação de investigação de paternidade no ordenamento jurídico brasileiro, o Pretório Excelso nulificou, em sede de *habeas corpus*, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que obrigava o paciente a se submeter a exame de compatibilidade de Ácido Desoxirribonucléico (DNA), sob pena de condução coercitiva (debaixo de vara). Na ementa do julgado do Supremo Tribunal Federal (1994) consta:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinara que o investigando fosse conduzido coercitivamente (debaixo de vara) ao laboratório de coleta genética, caso não comparecesse por livre e espontânea vontade. Em defesa de seu direito à integridade física, o paciente manejou *habeas corpus* perante a corte.

A intensa discussão plenária em análise focava-se no balanceamento do direito ao conhecimento da própria origem, de um lado, e a proteção constitucional da incolumidade física, do outro.

Assim, prevaleceu a opinião do Ministro Marco Aurélio, que dissentiu do relator, Ministro Francisco Rezek, argumentando que obrigar o cidadão a realizar exame contra a sua vontade ofenderia a “preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer”.

Não obstante, quando se trata de apontar os arestos em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou de modo mais direto a questão da eficácia entre particulares dos direitos fundamentais, é comum citar duas decisões da década de 90, que estão em praticamente todas as obras jurídicas nacionais sobre o tema.

Em primeiro lugar, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 158.215-4/RS, proferido pela 2ª Turma, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, discutiu-se caso

referente à exclusão de associados de cooperativas por deliberação da Assembléia Geral, não sendo observadas as regras estatutárias alusivas à defesa. Na ementa do julgado do Supremo Tribunal Federal (1996) observa:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. 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.

Desse modo, o sucinto acórdão restringiu o debate a aspectos fáticos, não havendo discussão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada.

No ano seguinte, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal apreciou também outro caso de vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Tratava-se de reclamação trabalhista movida por empregado brasileiro da companhia aérea francesa, o qual pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto do Pessoal da Empresa, que a princípio só beneficiavam os empregados de nacionalidade francesa. Na ementa do julgado do Supremo Tribunal Federal (1997) consta:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DE PESSOAL DESTA. APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, ART. 153, §1º; CF, 1988, ART. 5º, CAPUT.

I - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita aos empregados de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (CF, 1967, §1º; CF, 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 (Ag. Rg)- PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

III - Fatores que autorizariam a desigualação não ocorrentes no caso.

IV - R.E. conhecido e provido.

Dessa forma, o recurso foi provido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual acolheu a pretensão do trabalhador, entendendo ter havido violação ao princípio da igualdade. No entanto, não houve aprofundamento da idéia da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal (2006) manifestou-se de forma clara, no sentido da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada. O acórdão restou assim ementado:

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. 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.

Nessa perspectiva, Costa (2007, p. 152) aduz que a relatora do processo, Ministra Ellen Gracie, posicionou-se em favor do provimento do recurso, argumentando que “as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor”.

Além disso, segundo Costa (2007, p. 152), a Ministra Ellen Gracie ainda defendeu que “cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos”, então “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”, concluindo que é “totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da CF para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC”.

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.

Ademais, conforme Costa (2007, p. 152), dentre as passagens mais significativas, o referido Ministro 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”. No entanto, seria oportuno “ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”.

Diante do exposto, verifica-se um maior aprofundamento da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas havidas entre particulares, tendo restado bastante clara a posição da Suprema Corte no sentido da necessidade da observância dos preceitos fundamentais, especialmente aqueles de natureza procedimental, como a ampla defesa e o contraditório, sobretudo nos casos em que o ente privado tem o poder de ingerência na vida profissional do associado.

No tocante ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, menciona-se também a lição de Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 273):

Quanto à possibilidade de o direito fundamental ser suscitado diretamente como razão para resolver pendência entre particulares, há precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo o expediente. O acórdão do STF em que mais profunda e eruditamente o tema foi explorado concluiu que normas jusfundamentais de índole procedimental, como a garantia da ampla defesa, podem ter incidência direta sobre relações entre particulares, em se tratando de punição de integrantes de entidade privada – máxime tendo a associação papel relevante para a vida profissional ou comercial dos associados.

Por sua vez, Gorzoni (2007) em análise jurisprudencial acerca da maneira como o Supremo Tribunal Federal tem julgado casos que envolvem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, constata que normalmente há vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sendo essa vinculação normalmente direta e que o Supremo Tribunal Federal normalmente trata o tema de forma implícita, sem maiores embasamentos.

Percebe-se, assim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada, independentemente da mediação do legislador, de maneira que é possível extrair dos seus julgamentos a idéia de que tais direitos podem ter incidência direta nas relações privadas.

#### 4.4 Critérios para delimitação e ponderação

A incidência dos direitos fundamentais na esfera privada, conforme analisado anteriormente, não significa dizer que tais direitos possam ser aplicados nas relações privadas da mesma forma que vigoram nas relações entre Estado e cidadãos, de modo que se impõe uma série de adaptações e especificidades.

Desse modo, tal aspecto insere-se no âmbito das restrições aos direitos fundamentais, de forma a envolver uma ponderação com a autonomia privada, sendo necessários parâmetros que possibilitem ao intérprete aplicar a teoria da eficácia imediata com base em fundamentos consistentes.

Segundo Andrade (2001), a possibilidade de invocar os direitos nas relações privadas não deve ser pautada por critérios de exclusão, mas de gradação. Assim, a presença ou não de certos fatores poderá implicar uma maior ou menor intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Por sua vez, Barroso (2001) explica que, no processo ponderativo, devem ser observados a igualdade ou desigualdade material entre as partes, a preferência pelos valores existenciais em detrimento dos meramente patrimoniais e o risco para a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, quanto maior for o grau de desigualdade fática entre particulares, mais intensa será a proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Por outro lado, a autonomia privada terá uma proteção mais intensa quando a situação apresentar uma tendencial igualdade entre as partes.

Não obstante, Sarlet (2007) defende que mesmo no caso de relações jurídicas paritárias, os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares, sob pena de proporcionar-se uma garantia incompleta e insuficiente à dignidade da pessoa humana.

Vale registrar também que sendo o bem envolvido considerado essencial, maior será a proteção do direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Todavia, caso na relação jurídica em discussão o bem puder ser considerado supérfluo, far-se-á uma maior proteção à autonomia privada e menor será a tutela ao direito fundamental contraposto.

Nesse contexto, menciona-se a lição de Sarmiento (2006, p. 360):

Quando se tratar de hipótese envolvendo decisão de caráter eminentemente econômico-patrimonial, a importância dada à autonomia privada será menor, sobretudo quando estiver em jogo algum bem material considerado essencial à vida humana. Já quando a decisão em causa se ligar a alguma escolha em que se manifeste mais intensamente a dimensão afetiva da personalidade, ou quando ela envolver mais profundamente a esfera da privacidade do agente, aí o peso atribuído à autonomia privada na ponderação de interesses terá de ser necessariamente maior.

Sendo assim, a tutela da autonomia privada é muito mais intensa no tocante às situações existenciais e personalíssimas da pessoa humana do que a conferida às decisões de caráter econômico-patrimonial.

Além disso, Sarmiento (2002, p. 74) ainda explica:

A dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.

Com efeito, o princípio da dignidade humana representa a mais importante restrição à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tendo em vista os critérios que devem informar as ponderações de tais direitos nas relações privadas.

Por seu turno, Pereira (2006, p. 494) apresenta alguns aspectos que devem ser considerados no momento de determinar a vinculação de um particular a um direito fundamental:

- 1) Se a ação violadora do direito puder ser indiretamente imputada ao Estado, os direitos fundamentais, em tese, devem ser aplicados. Assim, as ações de concessionárias de serviços públicos bem como as dos atores privados que ajam com suporte estatal devem observar os direitos fundamentais. (...)
- 2) As pessoas privadas que se encontram em posição de supremacia devem ter suas ações limitadas pelos direitos fundamentais. Quanto mais intenso o poder da

organização privada, maior terá o direito fundamental que porventura venha a ser violado por suas ações. (...)

3) Um outro aspecto a ser considerado é a proximidade, da relação jurídica entre particulares, da esfera pública. Embora os lindes entre espaço público e privado apresentem-se cada vez mais tênues, tal aspecto deve ser tido em consideração ao determinar-se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Quanto mais próxima à esfera privada revelar-se uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada. (...)

4) Por fim, um outro ponto a ser visualizado na determinação da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a necessidade de preservar a pluralidade no âmbito social. (...)

Diante dessas considerações, evidencia-se que o poder do Estado não se manifesta apenas por meio dos entes e órgãos governamentais, tendo também certas instâncias privadas que atuam em áreas antes reservadas ao poder público, de tal sorte que os direitos fundamentais, em tese, devem ser aplicados nas situações em que a ação violadora puder ser indiretamente imputada ao Estado.

No tocante às pessoas privadas que se encontram em posição de supremacia, sabe-se que tal aspecto foi analisado anteriormente, o qual se refere à existência e ao grau da desigualdade fática entre os envolvidos.

Por sua vez, outro ponto relevante que deverá servir de parâmetro para a aplicação dos direitos fundamentais individuais é a maior ou menor proximidade da esfera pública da relação jurídica entre os particulares, revelando que não há obrigatoriedade, por exemplo, de os presentes serem idênticos para todos os filhos no dia das crianças, em respeito ao princípio da igualdade.

No entanto, caso diferente seria uma escola particular estabelecer que as mulheres tenham prioridade sobre os homens no preenchimento das vagas de um curso de natação. Assim, nesse caso, o princípio da isonomia poderia servir de razão contraposta à liberdade da escola de administrar seus cursos.

No que tange à necessidade de preservar a pluralidade no âmbito social, observa-se uma preservação da identidade e das peculiaridades dos diversos agentes sociais, de modo a não conduzir a uma homogeneização da comunidade.

Todavia, a título de exemplo, não pode uma escola laica recusar-se a aceitar a matrícula de estudantes de determinada religião, já que nessa hipótese a preservação de pluralismo não pode ser invocada como razão contraposta à incidência do princípio da igualdade na esfera privada.

Portanto, em se tratando de uma argumentação consistente, esses aspectos devem ser considerados na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

## 5 CONCLUSÃO

A doutrina liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos pólos, sendo que tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal. Assim, sob essa forma de estruturação do sistema jurídico, não havia como conceber a aplicação dos direitos individuais constitucionais às relações jurídicas entre particulares.

Todavia, o fenômeno dos poderes privados, a Constituição como ordem de valores da comunidade e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais contribuíram profundamente para a formulação e difusão da idéia da aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.

Desse modo, a partir do século XIX, multiplicam-se as formas de organização privada, de forma que a autoridade e poder também se manifestam na esfera privada, verificando-se a proeminência de uma das partes sobre a outra nas relações jurídicas entre particulares.

Por seu turno, a concepção da Constituição como ordem de valores revela a idéia de que, por meio da Constituição, a comunidade estabelece um conjunto de valores que servem de orientação não apenas a ordem jurídica estatal, mas a vida social genericamente considerada.

Além disso, pode-se afirmar que a noção de eficácia dos direitos fundamentais entre particulares pode ser entendida como uma consequência importante do reconhecimento de sua dimensão objetiva.

No tocante ao surgimento do debate, verificou-se que a construção norte-americana da *state action doctrine* (os direitos fundamentais não vinculam os particulares) torna questionável o pioneirismo invocado pela dogmática germânica, a qual conferiu ao tema densidade e originalidade ímpares.

Não obstante, a discussão alemã apresenta uma análise sob várias perspectivas, apresentando soluções quanto à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, vindo a tornar-se ponto de referência para toda a doutrina européia.

Por sua vez, em relação ao aspecto terminológico, observou-se que a locução *drittwirking der grundrechte* (eficácia perante terceiros) foi utilizada pela primeira vez para se referir à idéia da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tendo prevalecido na primeira fase do debate. No entanto, a referida denominação foi alvo de diversas críticas, uma

vez que o vocábulo terceiros pressupõe que as pessoas vinculadas não seriam originariamente destinatárias dos direitos.

Vale registrar também que a expressão *horizontalwirkung*, a qual significa eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tornou-se objeto de críticas, já que a palavra horizontal induz à idéia de igualdade entre as partes na relação, desconsiderando o fenômeno dos poderes privados.

Ademais, mencionam-se ainda as expressões eficácia privada ou eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, as quais apresentam o aspecto negativo de serem muito amplas, podendo abranger tanto a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais como a da vinculação do legislador de direito privado.

Sendo assim, a aplicação ou incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais são terminologias que expressam, com razoável precisão, a referida problemática.

No plano teórico, evidenciou-se que a dogmática da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas compreende a *state action doctrine*, a teoria da eficácia mediata ou indireta, a teoria da eficácia imediata ou direta, a teoria dos deveres de proteção e as teorias alternativas.

Para a teoria que nega a referida incidência, a *state action doctrine*, a qual é majoritária na doutrina e jurisprudência norte-americana, os direitos fundamentais impõem limitações apenas para os Poderes Públicos, com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão, de modo que a questão está em detectar em quais situações a conduta de um particular pode ser de alguma forma imputada ao Estado, pois só através desta imputação é possível obrigar este particular a respeitar aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

No tocante à eficácia mediata ou indireta, observou-se que os direitos fundamentais têm eficácia na esfera privada, mas de maneira indireta ou imediata, pela mediação do legislador privado e dos juízes. Entretanto, apenas em situações excepcionais, de lacuna do ordenamento jurídico, de inexistência de cláusula geral ou de conceito indeterminado que possa ser preenchido em harmonia com os valores constitucionais, é que se permitiria ao julgador a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito privado, independentemente da mediação do legislador.

Por seu turno, a teoria da eficácia direta ou imediata postula que os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador ou do juiz.

É oportuno salientar também a teoria dos deveres de proteção, a qual dispõe que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe comandos aos poderes públicos, que devem atuar no sentido de evitar lesões aos bens jurídicos fundamentais.

No que tange às teorias alternativas, tem-se o modelo proposto por Alexy, que se estrutura em três níveis de eficácia: o dos deveres do Estado, o dos direitos frente ao Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos de direito privado. Além disso, a doutrina de Schwabe designada como teoria da convergência estatista aponta que é sempre o Estado o responsável último pelas lesões a direitos fundamentais que têm origem nas relações privadas.

Ademais, faz-se necessário registrar que não há como negar que a aplicabilidade imediata mencionada no art. 5º, § 1º da Constituição Federal opera também no plano das relações jurídicas entre particulares.

A doutrina brasileira inclina-se, em sua maioria, pela possibilidade da aplicação da teoria da eficácia direta ou imediata no Brasil, em harmonia com a Constituição Federal de 1988, sinalizando os autores que não existe, no texto constitucional, qualquer vedação nesse sentido.

Por sua vez, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada, independentemente da mediação do legislador, de maneira que é possível extrair dos seus julgamentos a idéia de que tais direitos podem ter incidência direta nas relações privadas.

Vale ainda ressaltar que a idéia de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não significa dizer que tais direitos possam ser aplicados nas relações privadas da mesma forma que vigoram nas relações entre Estado e cidadãos, sendo necessários parâmetros que possibilitem ao intérprete aplicar a teoria da eficácia imediata com base em fundamentos consistentes.

Nesse processo ponderativo, devem ser considerados a igualdade ou desigualdade material entre as partes, a preferência pelos valores existenciais em detrimento dos meramente patrimoniais e o risco para a dignidade da pessoa humana, bem como a necessidade de preservar a pluralidade no âmbito social e a proximidade, da relação jurídica entre particulares, da esfera pública.

Com efeito, no Brasil há normas infraconstitucionais modernas que possibilitam ao juiz decidir com base nos direitos fundamentais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, apresentando assim uma aplicabilidade indireta e mediata.

Aliás, considera-se que a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é do legislador, de maneira que as normas jurídicas, inclusive as de Direito Privado, gozam de

presunção de constitucionalidade, tendo os juízes o dever de aplicar tais normas na resolução dos casos concretos que envolvam direitos fundamentais, e só podem afastar-se delas através de argumentos que demonstrem sua inconstitucionalidade.

Por outro lado, vale registrar que a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não só se opera através da mediação do legislador ou do juiz, tendo em vista o caráter normativo da Constituição, de maneira que o julgador pode utilizar diretamente o texto constitucional por meio dos supracitados recursos hermenêuticos.

Dessa forma, constatou-se que o embate doutrinal sobre a questão da forma como incidem os direitos fundamentais nas relações privadas não conduz a qualquer conclusão produtora, de maneira que não se observa uma relação de exclusão entre a aplicação direta e a indireta no âmbito do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, mas sim de complementação.

Destarte, conclui-se que os direitos fundamentais representam verdadeiros princípios do ordenamento jurídico, visto que contêm um direito constitucional objetivo que vincula todos os ramos do ordenamento jurídico, emanando diretrizes e regras de interpretação, bem como possuem um poder de regulação de toda ordem jurídica, da qual emanam diretamente direitos subjetivos privados dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. In: Revista de Direito Administrativo, n. 225, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 201.819/RJ**: União Brasileira de Compositores UBC; Arthur Rodrigues Vilarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 de outubro de 2005. Acórdão publicado no DJ de 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 71.373/RS**: José Antonio Gomes Pinheiro Machado; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Francisco Rezek. Relator para acórdão: Ministro Marco Aurelio. Data de Julgamento: 9 de novembro de 1994. Acórdão publicado no DJ de 10 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 158215/RS**: Ayrton da Silva Capaverde e Outros; Horst Schardeck; Cooperativa Mista São Luiz LTDA; Germano Luiz Heinkel e Outro. Relator: Ministro Marco Aurelio. Data de Julgamento: 29 de abril de 1996. Acórdão publicado no DJ de 07 de junho de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 161.243/DF**: Joseph Halfin; Roberto de Figueiredo Caldas e outros; Compagne Nationale Air France; Fernando Neves da Silva e Outros. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data de Julgamento: 28 de outubro de 1996. Acórdão publicado no DJ de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 fev. 2009.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos fundamentais entre particulares na ordem jurídica constitucional brasileira**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-Ceará, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A vontade do saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: SBDP, 2007.

LIMA, Henrique. **Efeitos horizontais dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1812, 17 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>>. Acesso em: 17 fev. 2009.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil**. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo. v. 9, n. 36, p. 54-104, 2000.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

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