

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

**LUCIANO ANDRADE FARIAS**

**A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**JOÃO PESSOA  
2011**

**LUCIANO ANDRADE FARIAS**

**A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito da Universidade Federal da  
Paraíba para a obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Área: Direito Constitucional e Direito Civil

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Msc.<sup>a</sup> Maria Coeli  
Nobre da Silva

**João Pessoa  
2011**

**LUCIANO ANDRADE FARIAS**

**A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

**Banca Examinadora:**

---

**Professora Orientadora Msc.<sup>a</sup> Maria Coeli Nobre da Silva**

---

**Membro da Banca Examinadora**

---

**Membro da Banca Examinadora**

**João Pessoa  
2011**

A Deus e a minha família, por tudo o que  
tenho em minha vida.

## RESUMO

O objetivo da presente monografia é realizar uma análise da maneira como incidem os direitos fundamentais nas relações de âmbito privado, ou, de acordo com a expressão consagrada na doutrina constitucionalista, uma análise da eficácia horizontal desses direitos, tendo como foco principal o ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, após a delimitação da perspectiva a partir da qual serão abordados os direitos fundamentais, esse estudo pretende expor os elementos teóricos que possibilitaram proceder a uma alteração na ótica sob a qual referidos direitos sempre foram apreciados, uma vez que sua concepção tradicional foi no sentido de caracterizá-los como um instrumento para opor os cidadãos ao Poder Público. Dessa forma, o presente trabalho busca, a princípio, demonstrar de maneira fundamentada os motivos que permitem sustentar a invocação de direitos fundamentais para solucionar controvérsias particulares, sem prejuízo de sua incidência tradicional em face do Estado. Logo após, parte-se para uma análise, com base em elementos de Direito Comparado, das principais teorias que surgiram em ordenamentos jurídicos estrangeiros e que buscam delimitar o modo de incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado. Nesse ponto, ganha destaque o conflito de interesses entre a autonomia privada, protegida constitucionalmente, e os direitos fundamentais envolvidos em relações entre particulares, sendo necessário estabelecer um equilíbrio entre os dois lados. Prosseguindo no estudo da presente temática, adentrar-se-á na realidade jurídica brasileira, com vistas a compreender como a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm tratando a questão. Nesse aspecto, serão apresentados alguns critérios propostos pelos doutrinadores para a racionalização da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sobretudo diante da necessidade de ponderação dos mesmos à luz da autonomia privada. Ao final, serão extraídas algumas conclusões acerca do panorama no qual a questão se encontra inserida atualmente no Brasil, levando-se em conta a realidade social do país e a necessidade de que o direito cumpra seu mister de pacificação da sociedade.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Relações privadas. Eficácia horizontal. Autonomia privada. Ponderação de interesses.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	07
<b>1 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DELIMITAÇÃO DO OBJETO</b> .....	10
1.1 A ABRANGÊNCIA DA TERMINOLOGIA “DIREITOS FUNDAMENTAIS” E CONCEITOS CORRELATOS.....	10
1.2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.2.1 <i>Os direitos fundamentais e a correlação com os paradigmas estatais</i> .....	12
1.2.1.1 Paradigma do Estado Liberal.....	12
1.2.1.2 Paradigma do Estado Social.....	13
1.2.1.3 Paradigma do Estado Pós-Social.....	15
1.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
1.3.1 <i>Os direitos de 1ª dimensão</i> .....	16
1.3.2 <i>Os direitos de 2ª dimensão</i> .....	17
1.3.3 <i>Os direitos de 3ª dimensão e as novas perspectivas</i> .....	17
1.3.4 <i>A relativização do conceito de dimensões dos direitos fundamentais</i> .....	18
<b>2 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PREMISSAS TEÓRICAS</b> .....	20
2.1 DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS.....	20
2.1.1 <i>A questão da unidirecionalidade de alguns direitos fundamentais</i> .....	22
2.2 ASPECTOS TEÓRICOS MOTIVADORES DAS CONTROVÉRSIAS.....	23
2.3 FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
2.3.1 <i>O marco teórico do neoconstitucionalismo</i> .....	25
2.3.2 <i>A constitucionalização do Direito Civil: uma relativização da disparidade público/privado</i> .....	27

2.3.3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	29
2.3.4 A vedação à dupla ética.....	32
2.3.5 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais como uma questão de posituação jurídica: uma análise à luz da Constituição de 1988.....	33
<b>3 AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS NO ÂMBITO DO DIREITO COMPARADO.....</b>	<b>37</b>
3.1 AS TEORIAS NEGATIVAS E A PARTICULARIDADE DA DOUTRINA NORTE-AMERICANA DA “STATE ACTION”.....	37
3.2 A TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA.....	40
3.3 A TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA.....	42
3.4 OUTRAS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL.....	45
<b>4 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>48</b>
4.1 A EFICÁCIA HORIZONTAL IMEDIATA E OS PARÂMETROS OBJETIVOS DE APLICAÇÃO.....	48
4.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO AO TEMA.....	54
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>61</b>

## INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios enfrentados pela humanidade nos tempos hodiernos relaciona-se à mitigação das desigualdades que assolam os diversos grupos sociais. O quadro fático presente sobretudo nos países periféricos é desalentador. As ideologias que despontaram como possíveis soluções foram desmoralizadas, sobretudo em virtude de sua execução prática, em que houve desvios e exacerbações indevidas.

Com a natural perda da força dirigente do Estado, não se pode negar que houve um aumento da influência dos chamados poderes privados, entes que figuram frequentemente em relações assimétricas com os indivíduos, ainda que ambos sejam considerados “particulares”, e, em uma análise abstrata, encontrem-se em um mesmo plano horizontal.

Consagrado brocardo jurídico expressa que “onde está a sociedade está o Direito”. Destarte, a Ciência Jurídica necessita se adequar às alterações sociais, para que não se torne um instrumento anacrônico e incapaz de cumprir um de seus misteres, qual seja, a pacificação social.

Nesse ponto, urge conferir uma especial relevância à temática relativa à vinculação dos particulares à incidência dos direitos fundamentais. Apenas para situar o objeto de estudo, alguns questionamentos hipotéticos se fazem pertinentes. Poderia uma convenção condominial impedir as empregadas domésticas que residem no condomínio de circular pela área de lazer e utilizar as piscinas do local? A uma determinada associação civil é lícito excluir membro sem conceder-lhe direito de defesa? E essa exclusão pode ser motivada, por exemplo, pela religião professada pelo excluído, ou pela opção sexual do mesmo? Essas intrincadas e complexas questões demonstram, em um primeiro juízo, a relevância do tema, que, segundo atesta doutrina especializada, começou a ganhar destaque na Alemanha, na década de 1950.

Não se desconhecem a conexão lógica e a coerência da construção teórica inicial que impunha como único sujeito passivo dos direitos fundamentais o Poder Público. O contexto histórico do soerguimento de tais direitos nos moldes como hoje se conhecem não permitia contestar tal aspecto. Era o Estado o inimigo a ser combatido àquela época, ao passo que os indivíduos necessitavam de um

âmbito de autonomia privada para desenvolver sua personalidade. No entanto, aquele quadro submeteu-se a alterações profundas, e a solidariedade, elemento até então menos valorizado do tripé liberal-burguês “liberdade, igualdade e solidariedade”, passou a postular um destaque no cenário jurídico até aquele momento desconhecido.

É cediço que atualmente, conforme será desenvolvido em momento posterior, predominam as posições teóricas que aceitam a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre pessoas privadas. A controvérsia principal reside na abrangência dessa vinculação dos particulares. Isso ocorre pelo fato de que a relação entre o Estado e o cidadão envolve um titular de direito fundamental e um não titular. Por outro lado, a relação que contém em ambos os polos entes particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, abarca titulares de tais direitos. Ademais, não se deve olvidar a proteção que o ordenamento jurídico confere à autonomia privada. Não se concebe Estado Democrático de Direito sem tal garantia. Nesse conflito de bens jurídicos protegidos, a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assume papel relevante.

O presente trabalho terá como objetivo central analisar essa questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Do ponto de vista estrutural, iniciará com uma abordagem acerca da acepção a partir da qual serão analisados tais direitos, incluindo-se aspectos históricos dos mesmos, sendo tal perspectiva necessária para delimitar o objeto de estudo. Nem sempre a abrangência da expressão “direitos fundamentais” se mostra homogênea, sendo cientificamente recomendado, antes de qualquer estudo envolvendo a temática, a sua prévia definição.

Após, já em uma análise específica do tema central deste trabalho, será dado um enfoque aos elementos jurídicos que justificam a defesa da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, inicialmente de maneira genérica e, posteriormente, com base no ordenamento jurídico brasileiro.

Prosseguindo no estudo, abordar-se-á a ligação entre direitos fundamentais e relações privadas à luz de elementos de Direito Comparado, analisando-se de forma crítica as principais teorias atreladas à questão, cada qual com suas particularidades, e que prevaleceram em ordenamentos jurídicos distintos. Embora o propósito maior deste trabalho esteja voltado ao ordenamento jurídico brasileiro, a compreensão das teorias surgidas em outros territórios mostra-se de

extrema valia, devido à influência que a doutrina alienígena imprimiu à questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil.

Haverá, por fim, conforme já adiantado, um exame específico da realidade jurídica brasileira. A conciliação da Carta Magna pátria com a temática pressupõe uma abordagem dos aspectos constitucionais locais, sendo imprescindível fixarem-se os parâmetros de incidência dos direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares nesse país demasiadamente marcado por um quadro de desigualdade, de um lado, e privilégios descabidos, de outro. Além disso, um estudo completo dessa questão requer uma passagem pelo posicionamento jurisprudencial que tem prevalecido no trato do tema, até mesmo para que haja uma interligação entre os aspectos teóricos estudados e sua incidência prática.

# 1 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DELIMITAÇÃO DO OBJETO

## 1.1 A ABRANGÊNCIA DA TERMINOLOGIA “DIREITOS FUNDAMENTAIS” E CONCEITOS CORRELATOS

Ao se proceder a estudos relacionados com a temática dos direitos fundamentais, mostra-se adequado delimitar a perspectiva a partir da qual se utilizará tal expressão, uma vez que grassa certa divergência no que tange ao conteúdo de referida terminologia.

Não é raro o uso de outras expressões tais como “direitos humanos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”, entre outras, todas empregadas quase que indistintamente, o que demonstra a inexistência de um consenso doutrinário.

Com tom de crítica, Paulo Bonavides aborda a supracitada imprecisão científica da seguinte maneira:

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães. (BONAVIDES, 2006, p. 560).

Ressalte-se, porém, que embora se constate uma cada vez mais escassa aplicação, pela moderna doutrina constitucional, de alguns dos termos já mencionados, importa estabelecer ao menos uma distinção conceitual entre as terminologias “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Tais expressões, não obstante inter-relacionadas, possuem abrangências distintas, partindo-se da linha doutrinária fixada neste estudo.

É preciso assentar, inicialmente, que ambas as categorias de direitos dizem respeito a meios que visam à efetivação da dignidade humana, sendo, pois, titularizados por seres humanos, ainda que representados por entidades coletivas (associações, por exemplo).

Há uma explicação didática e acatada por boa parte da doutrina constitucionalista que diferencia os direitos fundamentais dos direitos humanos

levando-se em conta os instrumentos formais que os positivam. Destarte, seriam *fundamentais* aqueles “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2007, p. 35 e 36). Por outro lado, os *direitos humanos* seriam aqueles previstos em documentos internacionais, como os tratados. Ou seja, seriam posições jurídicas conferidas aos indivíduos independentemente da vinculação com algum Estado. Nas palavras do português Canotilho (2004, p. 233), os direitos humanos se caracterizam como “um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas”.

O presente trabalho, como se percebe pelo próprio título, centralizará sua abordagem na temática concernente aos direitos fundamentais, na acepção referida no parágrafo anterior. Não se desconhece que a discussão que será desenvolvida no presente trabalho também traz consequências para a sistemática de aplicação dos direitos humanos, entretanto, até mesmo para que se estabeleça uma maior delimitação do objeto de estudo, que enfatizará a questão do direito brasileiro, as referências serão direcionadas à expressão direitos fundamentais.

## 1.2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que haja uma melhor compreensão da temática central, afigura-se necessária uma análise histórica da evolução dos direitos fundamentais, ainda que, levando-se em conta os modestos objetivos deste trabalho, não se pretenda esgotar o tema.

Ingo Sarlet (2007), embasando-se na teoria alemã de K. Stern, apresenta uma divisão histórica em três fases até o reconhecimento dos direitos fundamentais em Constituições escritas.

Inicialmente, houve uma pré-história, que teria se estendido até o século XVI. É bem verdade que desde a Antiguidade já estava presente a noção de direitos inatos ao homem, que deveriam ser respeitados por qualquer governo, visto que o precediam. Destaque-se, nesse abrangente período, a relevância do pensamento medieval tomista, que consagrou o ideal cristão de igualdade humana.

Posteriormente, adveio uma fase intermediária, em que ganharam destaque as doutrinas jusnaturalistas laicas e a reafirmação dos direitos naturais. Ressalte-se, neste ponto, que não havia uma uniformidade de pensamentos de

modo a caracterizar com precisão uma bem delineada doutrina jusnaturalista, no entanto todas, de uma certa forma, concordavam com a existência de um conjunto de posições superiores que deveriam ser obedecidas pelas leis dos Estados.

E, finalmente, houve a constitucionalização de tais direitos, indicando-se como marco inicial a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, que, apesar de não possuírem o status formal de Constituições, deflagraram uma transição histórica que viria a determinar a elaboração das primeiras cartas constitucionais com a previsão de tais direitos. Apenas nesse contexto se pode afirmar a busca pelo caráter de generalidade dos mesmos, superando-se as tentativas pretéritas marcadas pela restrição e pela tímida abrangência, como ocorreu com a Carta Magna de 1215, na Inglaterra, que, conquanto tenha introduzido inúmeras garantias, sendo a mais conhecida o *habeas corpus*, caracterizou-se por tutelar apenas a nobreza, alijando os populares.

### **1.2.1 Os direitos fundamentais e a correlação com os paradigmas estatais**

A par da explanação histórica contida no tópico anterior, é possível atrelar o desenvolvimento e a expansão dos direitos fundamentais, e agora considerados em sua roupagem contemporânea, à luz dos modelos de Estado que se configuraram ao longo dos tempos.

#### **1.2.1.1 Paradigma do Estado Liberal**

É importante salientar que os substratos da concepção contemporânea dos direitos fundamentais foram moldados, inicialmente, à luz do pensamento iluminista. Visavam-se, naquela época, afastar as práticas estatais absolutistas, buscando-se um espaço em que a força do poder estatal não pudesse exercer influência. Ou seja, havia a necessidade de se conceber um espaço de intangibilidade estatal, de modo a propiciar ao homem, no uso de sua racionalidade, desenvolver-se por si só.

Forte nesses propósitos, o pensamento liberal iluminista se propôs a estabelecer uma fronteira entre o que era lícito e o que não o era para o Estado, de modo que essa limitação de poder deixava de fora do alcance estatal um núcleo irreduzível de liberdade. Consagravam-se a igualdade formal, a garantia da liberdade

individual e o direito de propriedade, valores pretendidos por aquela influente classe burguesa em ascensão.

Percebe-se, destarte, que o contexto histórico de surgimento dos direitos fundamentais, inspirados nos ideais do Estado Liberal, impunha, como consectário lógico de seu embasamento filosófico, que os mesmos fossem tidos como garantias do cidadão em face do Poder Público. Não havia como se conceber outra aplicação em virtude daquele panorama de superação do Estado absolutista. Não se cogitava acerca da vinculação de particulares aos direitos fundamentais, visto que antes havia um inimigo a ser enfrentado. Às relações particulares aplicavam-se as disposições dos Códigos Civis. Daniel Sarmiento (2004, p.27), analisando a questão, abordou a temática da seguinte forma:

(...) a doutrina liberal dos direitos humanos consolidou-se em outro sentido, pois foram articulados dois sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana. Nas relações Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na ideia de autonomia privada.

A separação do Estado e da sociedade era vista, à época, como garantia das liberdades. Incidia, nesse aspecto político-jurídico, o mesmo raciocínio presente no modelo econômico liberal do *laissez faire*, que sustentava a tese da “mão invisível” do Estado, que deveria atuar minimamente na seara econômica, ficando o resto a cargo da sociedade civil na fruição de sua autonomia privada.

#### 1.2.1.2 Paradigma do Estado Social

Necessário em um primeiro momento, o Estado Liberal começou a ser contestado, tendo em vista os resultados que advieram da execução prática dos ideais de defesa da não interferência do Poder Público nas relações sociais. As transformações ocorridas no século XIX, mormente em decorrência da Revolução Industrial, vieram demonstrar a inviabilidade da permanência daquele quadro de absentéismo estatal.

Nesse panorama, “o homem, livre por natureza, mas sufocado e

oprimido pelos graves problemas sociais, foi buscar proteção do Estado, de quem passou a depender, para desenvolver suas virtualidades” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 569).

Consolidou-se a convicção de que, para que houvesse efetiva fruição dos direitos fundamentais já reconhecidos, a intervenção corretiva do Estado seria necessária, para evitar as distorções sociais. O século XX vê nascer, juntamente com ele, o início do que se denomina Estado de Bem-Estar Social, em que o Poder Público passa a conceder aos cidadãos certos benefícios, com o propósito de mitigar as disparidades sociais existentes.

Os direitos fundamentais, antes atrelados a um âmbito de não interferência estatal, ganham nova roupagem, que se acrescenta à anterior, passando a consagrar um conjunto de obrigações positivas por parte do Poder Público.

A doutrina constitucionalista aponta como um dos principais exemplos concretizadores dessa guinada conceitual dos direitos fundamentais a Constituição de Weimar de 1919, que emergiu no 1º Pós-Guerra na Alemanha. Enfatize-se, contudo, que o reconhecimento e a positivação desses direitos fundamentais caracterizados por veicularem obrigações positivas<sup>1</sup> não afastam a incidência daqueles já mencionados, caracterizados, sobretudo, por expressarem um âmbito de isenção estatal. Nesse sentido, Jörg Neuner (in MONTEIRO, et. al. [org.], 2007, p. 217) afirma que “a Constituição de Weimar garantiu especialmente a tríade liberdade contratual, propriedade privada e direito à herança, e conteve, pela primeira vez na história constitucional alemã, um extenso catálogo de direitos sociais”.

Nesse contexto, houve alteração naquele quadro estanque de separação entre o Direito Público e o Privado, de modo que a supremacia do Código Civil passou a dar espaço a uma publicização do Direito Privado, sofrendo incidência das normas constitucionais.

Ocorre que, assim como o Estado Liberal desandou com o interregno de certo lapso temporal, o mesmo sucedeu com o modelo estatal ora exposto. A intervenção estatal, de fato, mostrou-se necessária, com destaque para o período que se seguiu à crise financeira de 1929. Todavia, alguns governos

---

1 Direitos conhecidos como de 2ª dimensão, surgidos posteriormente aos de 1ª dimensão, expressões essas que serão mais bem analisadas no tópico seguinte.

ultrapassaram limites razoáveis, configurando-se, em certos Estados, um totalitarismo descabido.

Depreende-se do exposto anteriormente que, embora a perspectiva dos direitos fundamentais tenha se submetido a uma alteração em relação à sua concepção liberal-burguesa, a discussão científica ainda enfatizava a posição do Estado como sujeito passivo. Apenas após a década de 1950 é que surgem com mais ênfase as posições doutrinárias que reconheciam a necessidade de opor os direitos fundamentais não só ao seu sujeito passivo por excelência, o Estado, mas também aos particulares, principalmente pela assimetria existente em certas relações sociais.

### 1.2.1.3 Paradigma do Estado Pós-Social

Nesse cenário de decadência do Estado excessivamente intervencionista, com destaque para a derrocada dos regimes de inspiração comunista, bem como para a intensificação da globalização, ocorreu uma nova alteração no panorama social, surgindo o Estado Pós-Social, expressão utilizada em sua obra por Daniel Sarmiento (2004). Vivencia-se uma tentativa de equilíbrio entre as características dos modelos anteriores, de modo que o Estado teve que ceder à influência do processo de globalização, como se percebe, por exemplo, pela forte onda de privatização que dominou alguns Estados, sendo o Brasil um exemplo nítido.

No que concerne aos direitos fundamentais e sua relação com essa nova configuração, dois aspectos devem ser levados em conta. Primeiramente, o surgimento de novas dimensões dos direitos fundamentais, tópico este a ser desenvolvido mais à frente. O segundo ponto que merece destaque diz respeito com a temática central do presente estudo. As disparidades sociais gritantes, principalmente em países menos desenvolvidos, quadro este associado à natural perda do controle estatal, são fatores que acentuaram a necessidade premente de se aplicarem os direitos fundamentais no âmbito das relações particulares.

## 1.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda no que tange a esse aspecto relacionado à evolução histórica,

cumpra abordar aquilo que a doutrina denomina de dimensões dos direitos fundamentais, que guarda estrita correlação com a divisão temporal esposada no tópico anterior.

Na verdade, é comum que se encontre menção à presente temática com a terminologia *gerações* dos direitos fundamentais, embora tal nomenclatura deva ser apreciada com a devida cautela, uma vez que passa a falsa impressão de que há uma substituição de uma geração de direitos por outra. Deve restar assentado que, com o evoluir da História, aos direitos fundamentais já reconhecidos e positivados foram acrescentados e agregados outros, sob uma nova perspectiva e com características que lhes diferenciavam, ainda que houvesse pontos comuns.

Em outras palavras, quando os direitos fundamentais de 2ª dimensão ganharam destaque no cenário político-jurídico e passaram a possuir previsão em textos constitucionais, tal circunstância não afastou a incidência daqueles ditos de 1ª dimensão. Houve uma sucessão cumulativa. O mesmo ocorre com os direitos de 3ª dimensão, e assim por diante.

### **1.3.1 Os direitos de 1ª dimensão**

Nesta primeira categoria de direitos, consagrou-se o pensamento liberal-burguês, que fomentou o processo de reconhecimento e posterior positivação dos mesmos no século XVIII. Tais direitos surgiram como prerrogativas dos indivíduos em face do Estado, verdadeiros instrumentos de defesa, responsáveis por estabelecer uma zona de proteção em face da ingerência estatal.

Diante do contexto histórico em que surgiu, essa geração é conhecida por demandar do sujeito passivo, que, à época de seu aparecimento, era o Estado, até mesmo por uma consequência lógica, uma abstenção, um espaço de intangibilidade, em que os cidadãos se desenvolveriam por si sós. “O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado” (MENDES, et. al., 2009, p. 267).

A abordagem deste estudo enfatizará a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais primordialmente em face dos direitos de 1ª dimensão, sem prejuízo, contudo, de se proceder a análises que envolvam os direitos das dimensões seguintes.

### **1.3.2 Os direitos de 2ª dimensão**

Conforme já foi abordado em tópico anterior, as mudanças sociais que foram vivenciadas no decorrer do século XIX e início do século XX, mormente com o aprofundamento da Revolução Industrial, demonstrou a insuficiência daquela posição de passividade do Poder Público, núcleo dos direitos de 1ª geração, que sustentavam a tese da liberdade. “O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento” (MENDES, et. al., 2009, p. 267).

Diante desse panorama de crise do Estado Liberal, ganharam força os direitos de 2ª dimensão, que outorgaram aos seus titulares a prerrogativa de exigir prestações positivas do Estado. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado” (SARLET, 2007, p. 57).

Cabia ao Estado, naquele instante, mitigar o quadro de desigualdade social. A plena proteção dos interesses dos cidadãos seria obtida não apenas pela tutela dos direitos de 1ª geração, de cunho individualista. Surgem os direitos de 2ª dimensão, que “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula” (BONAVIDES, 2006, p. 564). São os direitos sociais, entre os quais se inserem os trabalhistas, econômicos e culturais, para cuja efetivação seria imprescindível a atuação positiva do Estado, pelo fornecimento de prestações positivas, em regra.

### **1.3.3 Os direitos de 3ª dimensão e as novas perspectivas**

Os direitos fundamentais de 3ª geração, que se fortaleceram na segunda metade do século XX e são igualmente denominados de direitos de solidariedade e fraternidade, transferem o enfoque conferido àqueles que o titularizam. Neste aspecto, são voltados para grupos humanos analisados de maneira difusa, sem individualizações.

É bem verdade que sua delimitação doutrinária ainda é alvo de concepções distintas, dada a relativamente recente consagração dos mesmos, ainda em processo de evolução. Em busca de uma maior especificação, Bonavides (2006,

p. 569) assim se pronuncia sobre a matéria:

A teoria, com Vasak<sup>2</sup> e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

É importante ressaltar que a positivação de alguns desses direitos na seara constitucional ainda é tímida, em termos, ainda que haja grande reconhecimento de sua importância no âmbito do direito internacional (SARLET, 2007).

Há novas perspectivas de ampliação da abrangência dos direitos fundamentais. Não raro se encontram referências a uma eventual 4ª dimensão, ou até mesmo uma 5ª dimensão. Por exemplo, o constitucionalista Dirley da Cunha Júnior (2008) enquadra o direito à democracia direta, bem como os direitos relacionados à biotecnologia em uma 4ª geração de direitos fundamentais.

Contudo, tendo em vista o incipiente desenvolvimento dessas novas teses, bem como a disparidade de abordagens do tema, e levando-se em conta não se tratar do aspecto principal deste estudo, adotar-se-á, para fins da análise da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a dominante classificação em 3 gerações de direitos fundamentais.

#### **1.3.4 A relativização do conceito de dimensões dos direitos fundamentais**

Apesar dessa construção didática que demonstra a evolução no tempo da concepção dos direitos fundamentais, deve-se ressaltar que não há espaço para uma compreensão estática das referidas dimensões, devendo-se relativizar, por exemplo, a ideia de que os direitos da 1ª geração estariam relacionados unicamente a uma atuação negativa por parte do Estado. Do mesmo modo, não é de todo correto afirmar-se que os direitos sociais referem-se, exclusivamente, a uma atuação positiva do Poder Público. Na verdade, as divisões em dimensões refletem, na medida do possível, a característica predominante dos direitos fundamentais de cada grupo, assim como a sua aparição no contexto histórico. Nesse sentido, pronuncia-se Sarlet (in MONTEIRO [org.], et. al., 2007, p.

---

<sup>2</sup> O autor refere-se a Karel Vasak, jurista tcheco com formação francesa.

118-119):

A despeito de os direitos de liberdade (assim como os direitos de defesa de um modo geral) terem também uma dimensão positiva, visto que seu exercício e proteção pressupõe uma série de prestações estatais, também é de se reconhecer uma dimensão negativa (defensiva) dos direitos sociais, o que pode ser bem ilustrado nos casos, entre outros, dos direitos à moradia e saúde, pelo menos naquilo em que está em causa a proteção destes bens fundamentais contra intervenções ilegítimas por parte do Estado e mesmo de terceiros.

Com isso, embora a questão da aplicação dos *direitos fundamentais* no âmbito de relações privadas utilize a expressão de maneira genérica, sem individualizações, a oposição dos mesmos a particulares deverá ser precedida de uma análise de seu conteúdo, para que seja verificada a compatibilidade dessa incidência. Em relação aos direitos a uma prestação, por exemplo, a abordagem doutrinária ainda é bastante tímida.

## 2 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PREMISSAS TEÓRICAS

### 2.1 DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS

No campo terminológico, encontram-se variadas nomenclaturas que são utilizadas para denominar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Assegura-se que as distintas expressões não acarretam maiores consequências do ponto de vista conceitual, menos ainda na seara prática. Afigura-se oportuno, entretanto, tecer algumas considerações sobre as terminologias mais recorrentes, acostando-se a tais adjetivações certos elementos cuja finalidade é apenas realizar especificações e torná-las mais precisas.

É corrente e difundido o emprego da expressão “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, que se oporia a uma eficácia vertical, qual seja, aquela incidente sobre as relações entre cidadãos e o Estado enquanto tal. Há uma certa objeção sempre mencionada na doutrina no que concerne a essa nomenclatura, visto que não são raras as situações em que figuram de lados opostos dois particulares em posição de nítida desigualdade. Os chamados “poderes sociais” provocam um desnivelamento em certas relações jurídicas, de modo que o aludido caráter de horizontalidade não se configuraria. Cite-se, a título exemplificativo, uma relação travada entre uma grande empresa e um indivíduo. Nessa linha de pensamento, assim se posiciona Ubillos (in SARLET [org.], 2006, p.303-304):

Nesses casos, a desigualdade se converte em falta de liberdade. Por trás destas concretas manifestações de concentração ou monopolização do poder social, econômico ou informativo (pensemos, por exemplo, nos grandes grupos empresariais com uma posição de domínio no mercado da informação, que controlam a formação da opinião pública), esconde-se a privilegiada posição de certos indivíduos ou organizações cujo predomínio anula ou compromete gravemente esse mínimo de liberdade e igualdade que constitui o pressuposto da autonomia privada. Por essa razão, não parece de todo exata a expressão “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais. A relação entre uma pessoa ou entidade que exerce uma autoridade privada e quem está submetido a ela não é precisamente horizontal.<sup>3</sup> (Tradução nossa).

---

<sup>3</sup> En estos casos, la desigualdad se convierte en falta de libertad. Detrás de estas concretas manifestaciones de concentración o monopolización del poder social, económico o informativo (pensemos, por ejemplo, en los grandes grupos empresariales con una posición de dominio en el mercado de la información, que controlan la formación de la opinión pública), se esconde la privilegiada posición de ciertos individuos u organizaciones que cuyo predomínio anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada.

Há, no entanto, quem não se oponha à desconfiguração da horizontalidade em tais situações, analisando a questão sob uma ótica que leva em consideração apenas a natureza das partes envolvidas, de uma forma abstrata sem uma análise das particularidades fáticas:

(...) tem-se como apropriado o uso da expressão “eficácia horizontal” porque entende-se (*sic*) que a horizontalidade da relação entre particulares é definida por aquilo que os particulares têm em comum do ponto de vista jurídico-formal: (i) são igualmente titulares de direitos fundamentais; (ii) direitos e obrigações, nas relações que mantêm entre si, são regidos, de modo preponderante, pelo direito privado; (iii) no âmbito dos negócios jurídicos e de outros atos jurídicos da vida privada, a autonomia privada, que é a faculdade de livremente autodeterminar-se e autovincular-se para a consecução do autointeresse, opera como princípio fundamental; e (iv) os particulares não podem usar, entre si, da violência legal, por que (*sic*) essa competência é exclusiva do Estado. Em suma, do ponto de vista jurídico-formal, os particulares estão em um mesmo “horizonte”. (STEINMETZ, 2004, p. 58).

Prosseguindo na análise, há duas terminologias também recorrentes que sofrem os efeitos de resquícios da influência liberal-burguesa no estudo dos direitos fundamentais. Trata-se das expressões “eficácia frente a terceiros” e “eficácia externa”. A noção arraigada de que os direitos fundamentais seriam categorias naturalmente opostas ao Poder Público exerce influência no fato de considerarem-se os particulares como terceiros, estando em um âmbito externo às relações entre indivíduo-Estado. Há, no mínimo, um aparente contrassenso na utilização dessas expressões, uma vez que elas, de certa forma, opõem-se à ideia que embasam, já que defendem justamente que não só o Poder Público, mas também os particulares são sujeitos passivos de direitos fundamentais. Dessa forma, estes não seriam terceiros na relação, nem seriam figuras externas. Contudo, feita a devida ressalva, nada impede o emprego desses termos para se referir à temática em estudo, visto que, como já se mencionou, não há implicações práticas daí decorrentes.

Encontram-se, igualmente, referências à “eficácia privada” dos direitos fundamentais, o que, na verdade, pode abranger mais do que se pretende. Isso ocorre porque, em uma análise literal da nomenclatura, sem o devido esclarecimento, passa-se a impressão de que ela diz respeito a todas as relações

---

Por esa razón, no parece del todo exacta la expresión "eficacia horizontal" de los derechos fundamentales. La relación entre una persona o entidad que ejerce una autoridad privada y quien está sometido a ella no es precisamente horizontal.

regidas pelas normas de direito privado. “Essa suposição é falsa, porque as relações jurídicas entre particulares não representam o universo de todas as relações possíveis regidas pelo direito privado.” (STEINMETZ, 2004, p. 57). De fato, em inúmeras situações o Estado atua sob o amparo de normas privatísticas, com certas ressalvas, é verdade. E, nesses casos, não se discute o tema suscitado nesse trabalho.

### **2.1.1 A questão da unidirecionalidade de alguns direitos fundamentais**

Apesar de se mencionar a questão ora analisada mais à frente, reserva-se um espaço para breves considerações neste tópico relativo a terminologias aplicáveis à temática.

O autor Wilson Steinmetz (2004) demonstra preferência pelas expressões “eficácia de direitos fundamentais” e “vinculação dos particulares a direitos fundamentais”, em detrimento do emprego do artigo determinado “os” junto às preposições. Com isso, entende o estudioso do tema, enfatiza-se que não são todos os direitos fundamentais que incidem em relações particulares, de modo que alguns só seriam invocáveis em face do Estado. Estes se caracterizariam pela marca da unidirecionalidade, em detrimento dos demais, cuja bilateralidade permite, ao menos no plano teórico, a incidência tanto em relações travadas com o Poder Público, quanto em relações entre particulares.

Não se discorda do autor neste ponto. A título exemplificativo, com base no texto constitucional brasileiro, mencionam-se os direitos do preso, que, por impossibilidade material, não se podem opor a particulares. Ocorre que não há incompatibilidade entre a aplicação da terminologia “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais” e o reconhecimento de certos direitos oponíveis apenas ao Poder Público, motivo pelo qual se optou, inclusive no título deste trabalho, pelo uso dessa terminologia.

Ressalte-se, por oportuno, que a opção por uma determinada terminologia neste estudo se dá sem prejuízo de eventual utilização daquelas outras objeto de comentários elucidativos e críticas pontuais, conforme se verá ao longo da explanação.

## 2.2 ASPECTOS TEÓRICOS MOTIVADORES DAS CONTROVÉRSIAS

É assente na doutrina que aborda a temática apontar-se o começo da segunda metade do século XX como o período em que se dedicou com maior afinco a um estudo pormenorizado de tão controverso assunto, iniciando-se na Alemanha e logo ultrapassando as fronteiras tedescas.

Não há negar, no atual estágio em que se encontra a matéria, a existência de dissonâncias teóricas diversas, o que enseja as múltiplas teorias que abarcam a temática, como será analisado mais à frente. Um dos motivos que suscita as discussões sobre o tema diz respeito, conforme já foi mencionado neste trabalho, à própria evolução da aceção dos direitos fundamentais em sua roupagem contemporânea, visto que surgiram como instrumentos próprios para opor o Poder Público aos cidadãos. Destarte, é imprescindível proceder-se a uma guinada teórica para se aceitar que tais direitos sejam oponíveis não só ao Estado, como também aos particulares, principalmente pelo fato de haver profundas divergências ontológicas entre os dois sujeitos passivos.

No entanto, há outros imbróglios teóricos aptos a motivar os distintos pontos de vista que envolvem a matéria, acarretando-se a ausência de uma construção dogmática precisa e uniforme.

Inicialmente, cumpre destacar, na esteira da doutrina de Wilson Steinmetz (2004), que, nas principais Constituições que atuam como paradigmas para o estudo jurídico ocidental, não há dispositivo normativo explícito determinando a aplicabilidade às relações particulares dos direitos fundamentais, sendo possível apontar como exceções relevantes os textos constitucionais de Portugal (1976), da Federação Russa (1993) e da Suíça (1998). Vejamos, a título exemplificativo, como se refere à questão, em seu artigo 18.1, a Carta Magna portuguesa:

Art. 18.1 Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Em que pese a aparente clareza do dispositivo, verificam-se divergências acerca do tema entre os próprios doutrinadores portugueses. Isso ocorre, sobremaneira, pelo fato de que não basta afirmar-se, simplesmente, que os direitos fundamentais incidirão igualmente nas relações entre pessoas privadas.

Talvez uma das maiores divergências que grassam sobre essa questão relaciona-se à abrangência dessa aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Acrescente-se a esta discussão outro fator que suscita profundos debates, qual seja, o receio de que haja uma supervalorização dos direitos fundamentais em detrimento da autonomia privada, elemento que sempre subsidiou as questões concernentes às relações entre particulares. Menciona-se, com certo temor, uma temida “panconstitucionalização”, que criaria uma espécie de ditadura constitucional, sufocando tradicionais ramos do Direito.

Apenas para embasar o grau de relevância e de indefinição teórica ainda existente em volta da matéria, cumpre mencionar a posição tomada por J.J. Gomes Canotilho, em recente artigo doutrinário citado por Daniel Sarmiento (In DIDIER JÚNIOR [org.], 2009, p. 167), acerca da controvérsia. Para o renomado jurista português,

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irreduzível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – veem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em “direito de não-liberdade” do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens – constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais. Em causa está também o problema de saber se o apego a *Drittwirkung* não transporta um pathos ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas. **Propomos, assim, uma breve suspensão reflexiva sobre este tópico.** (Grifo nosso).

Há de se respeitar a opinião do culto constitucionalista português. Entretanto, o presente trabalho pretenderá demonstrar que há elementos teóricos suficientes, independentemente de previsão constitucional explícita, para se sustentar posicionamento que possibilite, à luz do atual estágio do Direito Constitucional, aplicar os direitos fundamentais ao âmbito privatístico. Ressalte-se, outrossim, que uma interpenetração dos dispositivos constitucionais não afeta, mas sim fortalece outros ramos jurídicos, mormente o Direito Civil.

## 2.3 FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não se afiguraria razoável nem se apresentaria cientificamente recomendável sustentar-se, pura e simplesmente, a possibilidade da irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas sem que se fossem indicados, no plano teórico, elementos aptos a embasar essa guinada conceitual no estudo de tais direitos.

Ao longo das obras que tratam do tema, os autores mencionam distintos fundamentos para defender a vinculação das pessoas privadas, não havendo, reconheça-se, uma uniformidade doutrinária no trato desta matéria.

Neste tópico serão analisados os mais relevantes substratos teóricos suscitados em sede doutrinária, devendo-se enfatizar, inicialmente, que devido à relevância da temática, defende-se a cumulação de fundamentos, oferecendo, cada um, sua contribuição para a construção científica da matéria, de forma concatenada e cumulativa.

### 2.3.1 O marco teórico do neoconstitucionalismo

Não há como abordar a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares sem que se analise a influência do neoconstitucionalismo no estudo do direito constitucional contemporâneo.

A ascensão desse fenômeno, que se caracteriza pela tentativa de não apenas atrelar o constitucionalismo à reduzida noção de limitação do poder político, mas também de tornar a Constituição eficaz, com a concretização dos direitos fundamentais (LENZA, 2010), é fato recente, que ganhou destaque na segunda metade do século XX e início do século XXI.

As atrocidades ocorridas durante os regimes ditatoriais vigentes no período entreguerras, justificadas sob o império da lei, levaram a uma maior reflexão sobre o papel do Direito. Fez-se necessário, portanto, uma reaproximação do Direito com a Moral. “Daí se pensar o neoconstitucionalismo como um modo anti-juspositivista (sic) de aproximação do direito (CARVALHO, 2008, p. 239)”. O doutrinador Luís Roberto Barroso (2007), com muita propriedade, analisa o

constitucionalismo contemporâneo sob três aspectos: o histórico, o filosófico e o teórico.

O neoconstitucionalismo começou a ganhar mais evidência, conforme mencionado, na Europa Continental do pós-guerra, acompanhado do surgimento da noção de uma nova estrutura de organização política: o Estado Constitucional Democrático de Direito. Começara a perder força o princípio da legalidade, valorizando-se a força normativa da Constituição. No Brasil, porém, o marco histórico dessa nova era constitucional ocorreu, tardiamente, com a Constituição de 1988.

Barroso, ao tratar do alicerce filosófico do constitucionalismo contemporâneo, aponta o pós-positivismo como seu fundamento. Nesse ponto, os historicamente divergentes ideais jusnaturalistas e positivistas convergem e complementam-se, buscando-se uma harmonização das noções de segurança jurídica e justiça. Aqui, novamente, trata-se da citada reaproximação do Direito e da Moral, motivada pelo terror dos regimes ditatoriais amparados legalmente. Atualmente, a partir dessa nova fase, a vigência e a validade das leis dissociam-se, havendo a possibilidade do existirem leis vigentes e não válidas, devido a sua desconformidade com a Constituição.

Complementando o tripé que caracteriza o neoconstitucionalismo, observam-se, no campo de aplicação do Direito Constitucional, as transformações teóricas mencionadas a seguir, ainda na linha do pensamento de Barroso (2007).

De início, ressalta-se, novamente, o reconhecimento da *força normativa* da Constituição. Suas normas, antes vistas como simples exortações morais pertencentes a um documento de caráter político, ganham imperatividade vinculante, com aplicação exigível coercitivamente.

Para que haja uma garantia dessa normatividade, observa-se a *expansão da jurisdição constitucional*, conferindo ao Judiciário papel nunca antes assumido. O sistema de controle de constitucionalidade dos atos normativos infralegais supera o ideal inglês, que vigorara na Europa, da supremacia do Parlamento. Além disso, já se fala em uma onipresença da Constituição, pelo fato de esta abarcar imensa variedade de matérias de relevância social.

Além disso, configura-se uma *nova hermenêutica constitucional*, em que, às tradicionais técnicas interpretativas jurídicas, acrescentam-se instrumentos hermenêuticos próprios. Destaca-se, nessa área, o reconhecimento da

normatividade dos princípios. Antes situados em posição subsidiária, os princípios passam a ser considerados espécie do gênero *norma*, ganhando aplicabilidade imediata. Seu menor grau de determinabilidade e sua maior carga valorativa auxiliam na concretização dos fins constitucionais.

Diante dessa nova visão sobre o fenômeno constitucional, a discussão sobre a possibilidade da incidência de direitos fundamentais no âmbito de relações privadas passou a contar com o substrato teórico ideal para a sua sustentabilidade e para o seu desenvolvimento doutrinário.

### **2.3.2 A constitucionalização do Direito Civil: uma relativização da disparidade público/privado**

Qualquer discussão que envolva a abrangência com que incidem os direitos fundamentais no seio das relações privatísticas perpassa pela análise de um antecedente lógico e necessário do tema, qual seja, o reconhecimento da constitucionalização do Direito Civil.

Em um primeiro momento, afigurar-se-ia desnecessário afirmar que nenhum ramo jurídico, no atual estágio do Direito, pode furtar-se à obediência aos parâmetros presentes nos dispositivos da Carta Magna vigente, uma vez que hoje resta incontestável a supremacia das normas constitucionais. O que aparentemente seria uma obviedade facilmente constatável, porém, nem sempre se configurou como tal.

Persiste, desde os longínquos tempos do Direito Romano, uma dicotomia muito conhecida no âmbito jurídico: a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado. Historicamente, sobretudo no século XIX e também no início do século XX, o Código Civil, e neste ponto não se refere a algum especificamente, era caracterizado como a Constituição do Direito Privado. Grassava, à época, nítida separação entre os dois ramos supracitados, sendo raro cogitar-se de alguma interpenetração entre as esferas pública e privada do Direito.

No caso brasileiro, especificamente, verificou-se uma nítida influência do pensamento individualista no Código Civil de 1916, que valorizava precipuamente o indivíduo e o aspecto patrimonial, de modo a acarretar reflexos no âmbito de incidência de suas normas, que regulavam as relações entre particulares.

Aos poucos, entretanto, o monopólio dos códigos passou a ser

afetado por leis esparsas paralelas, que passaram a regular inteiramente algumas espécies de relações jurídicas. A intervenção estatal na sociedade incentivou o legislador a elaborar leis que satisfizessem de forma mais adequada as demandas contingentes, com intervenções conjunturais, pontuais. A partir daí o Código Civil passou a perder a hegemonia de único diploma legal responsável por legislar acerca de relações privadas.

Tal panorama, porém, apenas deu início a uma guinada efetiva no posicionamento do Direito Civil no ordenamento jurídico, que se concretizaria com o reconhecimento definitivo da supremacia da Constituição, ponto de partida essencial da doutrina neoconstitucionalista, mencionada anteriormente. Não raro se utilizam as expressões “direito civil constitucional” ou “socializado”, “despatrimonializado”, para referir-se a essa nova e imprescindível perspectiva sob a qual se apresenta o ramo do Direito privado por excelência. Com Gustavo Tepedino, ressalte-se que

há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil (TEPEDINO, 2008, p. 23).

Enfatize-se, neste ponto, que a clássica dicotomia público/privado sofre hoje uma relativização em sua abrangência. Tem-se verificado, conforme se pronuncia Melgaré (in ALMEIDA FILHO; MELGARÉ [org.], 2010, p. 153) “um suavizar das fronteiras demarcatórias das áreas do direito, sem suprimir, todavia, a clássica distinção entre o público e o privado”. Não há mais exclusividade entre as áreas, que cada vez mais se inter-relacionam. Destaquem-se, nesse sentido, as normas que veiculam institutos tradicionalmente civilistas positivadas na Constituição brasileira de 1988.

Com maestria peculiar, Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias (2008, p. 25) abordam com elogiável argúcia o alcance da constitucionalização do direito civil, especificamente no direito pátrio:

Importante salientar que, ao contrário do que afirma parcela respeitada da doutrina, a constitucionalização do direito civil não implica (simplesmente) estabelecer limites externos à atividade privada. Não se trata apenas disso. É muito mais. A Constituição Federal de 1988 impôs uma releitura dos institutos fundamentais do Direito Civil, em razão de tê-los reformulado internamente, em seu conteúdo.

Trata-se, pois, de uma alteração na estrutura intrínseca dos institutos e conceitos fundamentais de Direito Civil, reoxigenando-os e determinando a necessidade de uma redefinição de seus contornos, à luz da nova tábua valorativa determinada pela Constituição cidadã.<sup>4</sup>

Percebe-se, destarte, na trilha do que sustenta Luís Roberto Barroso (2007, p. 20), que “a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional”.

Não havia espaço, na anacrônica concepção anterior, em que reinava a separação absoluta entre o público e o privado, para sustentar-se uma eventual incidência dos direitos fundamentais, categoria essencialmente constitucional, sobre as relações jurídicas travadas entre particulares. Com essa revitalização constitucional dos institutos tradicionais do Direito Civil, decorre o reconhecimento teórico da possibilidade de invocar-se instituto consagrado na Carta Magna de um Estado para solucionar conflito privado. São os novos tempos do Direito, que, à medida do possível, acompanha as vicissitudes da sociedade, em constante alteração.

### **2.3.3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**

Consoante mencionado em passagem anterior, relativa à influência histórica do pensamento liberal na formulação teórica dos direitos fundamentais, estes foram inicialmente concebidos como limites impostos ao poder do Estado. Transferia-se para a incipiente formulação doutrinária do Direito Constitucional a clássica conceituação de direito subjetivo, tão cara ao já bem desenvolvido ramo do Direito Privado, de modo que os direitos fundamentais conferiam aos titulares a prerrogativa de exigir condutas, ainda que omissivas, do Estado.

Eis as bem lançadas palavras do português Vieira de Andrade (in SARLET [org.], 2006, p. 274) apreciando a questão que se colocava como um consectário lógico do contexto histórico de surgimento dos direitos fundamentais:

Poder-se-ia até afirmar que os direitos fundamentais *não podiam deixar de ser* então concebidos dessa maneira: para além da natural influência de um

---

4 Embora se refiram ao contexto brasileiro, a definição dos autores se aplica perfeitamente a qualquer ordenamento jurídico

contexto favorável, estava em causa uma *exigência* teórica e prática, visto que os direitos fundamentais tinham precisamente como *finalidade* a proteção da Sociedade contra as intromissões do poder político. (Grifos do autor).

No entanto, com a evolução do estudo do Direito Constitucional, principalmente no período que sucedeu à 2ª Guerra Mundial, houve alterações profundas e relevantes na forma de concepção dos direitos fundamentais. Não bastasse o surgimento de novos direitos, visando adequar-se aos reclamos sociais, procedeu-se à revelação de uma nova perspectiva de aceção desta categoria, a denominada “dimensão objetiva”, que viria acrescentar-se à tradicional dimensão subjetiva originária.

A referida dimensão objetiva dos direitos fundamentais permite que os mesmos sejam apreciados não só como “posições jurídicas subjetivas essenciais de proteção da pessoa” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 590), mas também como valores importantes em uma comunidade política, configurando-se como limites objetivos de racionalização do poder estatal e vetor indicativo de sua atuação.

Mais que isso, a partir dessa nova perspectiva, os direitos fundamentais liberam-se da tradicional característica que sempre os atrelou a uma questão de responsabilidade única e exclusiva do Estado, passando a constituir-se, igualmente, como um problema da sociedade. As precisas palavras de Ingo Sarlet (2007, p. 171), o qual entende que tal perspectiva se caracteriza por ser uma função axiologicamente vinculada de tais direitos e reconhece a importância social na sua efetivação, delineiam com clareza essa questão:

O exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo-se falar, neste contexto, de uma **responsabilidade comunitária dos indivíduos**. (Grifo nosso).

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais está intrinsecamente relacionada a essa dimensão objetiva dos mesmos. Trata-se de um dos desdobramentos teóricos dessa nova visão, de modo que tal perspectiva é sempre apontada, em sede doutrinária, como um dos substratos científicos que propiciam cogitar-se da incidência, no âmbito privado, de referidos direitos. Mencione-se, por oportuno, a opinião de Daniel Sarmiento (2004, p. 135-136) em

relação a essa inter-relação entre os temas:

No mesmo diapasão, afirma-se que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea. Neste quadro, o legislador assume o encargo de promover os direitos fundamentais, e toda a legislação ordinária terá de ser revisitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional (...).

Como se percebe, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais acarreta outras consequências relevantes e dignas de comentários.

Inicialmente, conclui-se que tal perspectiva legitima restrições aos direitos fundamentais invocados em sua perspectiva subjetiva, visto que estes não podem, sem a ponderação prévia do operador do direito, sobrepor-se aos valores objetivos consagrados na sociedade. É cediço, no atual estágio dos estudos constitucionais, que não há direitos fundamentais absolutos, surgindo como fato recorrente a concorrência conflitiva entre direitos distintos, e esse aspecto possui relação com a temática ora apreciada.

Outro desdobramento proporcionado por essa dimensão objetiva diz respeito ao dever estatal de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos de agressões provenientes não só do Poder Público, mas também de particulares.

Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais. (MENDES, et. al., 2009, p. 301).

Na verdade, deve o Estado não só protegê-los, mas também concretizá-los, efetivando a chamada “eficácia dirigente” dos direitos fundamentais, mais um desdobramento dessa nova abordagem objetiva dos mesmos.

Tem-se notado, ao longo da explanação, que o surgimento, no âmbito doutrinário, de uma outra perspectiva de análise dos direitos fundamentais, a chamada dimensão objetiva, relativizou as fronteiras que demarcavam o campo de incidência desta categoria constitucional, que opunha tradicionalmente, conforme se tem reiterado, o Poder Público, de um lado, e os cidadãos de outro.

Um primeiro passo para que fosse admitida a invocação de direitos fundamentais no cerne de relações entre pessoas privadas foi superar a histórica visão dos mesmos como sendo simplesmente direitos subjetivos face ao Estado. Ora, o enquadramento de tais direitos como valores objetivos a serem por todos obedecidos transferiu à sociedade uma parcela de responsabilidade na concretização, e esta visão está intimamente relacionada com o tema central do presente estudo.

#### **2.3.4 A vedação à dupla ética**

Extraí-se das obras doutrinárias que abordam o tema deste trabalho, ainda que difusamente, um outro fundamento teórico apto a cancelar a incidência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas: a vedação à dupla ética.

Configura-se essa denominada dupla ética quando uma mesma conduta se mostra aceitável, sob o ponto de vista jurídico, quando provém de um particular, embora, por outro lado, seja combatida e obstada pelo ordenamento quando o responsável é um representante do Poder Público.

Essa 'dupla ética' existe quando, por exemplo, se considera como violação da integridade física e moral a exigência de 'testes de gravidez' às mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da 'produtividade das empresas' e da 'autonomia contratual e empresarial.' O mesmo se verifica quando se considera intolerável a pressão dos poderes públicos sobre a liberdade de opinião, e se julga incensurável a pressão do 'patrão' sobre o 'assalariado', impedindo-o de se exprimir. (CANOTILHO, 2004, p.1294).

A análise dos exemplos apresentados pelo português Canotilho demonstra que, antes de qualquer discussão jurídica, a aceitação desta condenável dupla ética vai de encontro à própria noção que se tem de lógica, vocábulo este que, dentre outras definições, pode ser compreendido como "coerência de raciocínio, de ideias" (FERREIRA, 1999, p. 1230). De fato, afigurar-se-ia nitidamente incoerente a permissão de uma conduta que afrontasse um direito fundamental pelo simples fato de o responsável não atuar na condição de membro do Poder Público. Sempre que possível, a argumentação jurídica deve procurar sustentar-se em fundamentos lógicos, não sendo diferente quando se trata da temática em comento.

Entretanto, é sabido que a vinculação dos particulares, reitere-se, deve balizar-se em aspectos sutilmente distintos daqueles que regulam a submissão do Estado aos direitos fundamentais, o que não infirma, vale salientar, as considerações tecidas acima, visto que, em que pesem as aludidas diferenças, que serão desenvolvidas mais à frente, a vedação à dupla ética, incabível no nível hodierno de evolução do Direito, ainda se apresenta como um valioso argumento doutrinário para a tese que sustenta a aplicabilidade dos direitos fundamentais no seio das relações jurídicas travadas entre particulares.

### **2.3.5 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais como uma questão de positividade jurídica: uma análise à luz da Constituição de 1988**

Os fundamentos teóricos abordados anteriormente caracterizam-se por sua desvinculação a qualquer norma jurídica vigente. Na verdade, são argumentos elaborados pela doutrina especializada e não possuem correlação com um determinado ordenamento jurídico.

Não obstante a consideração anterior, nada impede que se perquiram elementos positivados em dado ordenamento para fundamentar, naquela realidade jurídica, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Pelo contrário, o raciocínio jurídico reveste-se de maior consistência quando os argumentos doutrinários são embasados em normas jurídicas vigentes.

Levando-se em conta que o presente trabalho, apesar de abordar de uma forma abrangente a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, irá conferir destaque à realidade brasileira, tentar-se-ão demonstrar, neste tópico, elementos presentes na Carta Magna de 1988 que permitem chegar à conclusão segundo a qual é possível, em tese, na realidade normativo-constitucional pátria, opor direitos fundamentais a particulares.

Antes de qualquer análise, faz-se mister atestar que a Constituição de 1988 não trouxe norma expressa que aponte para o sujeito passivo dos direitos fundamentais, ao contrário de outros textos constitucionais, de modo que qualquer análise sobre a questão deve levar em conta esse ponto de partida. Com isso, apenas uma exegese sistemática da Carta Magna, com ênfase em seu projeto liberal de sociedade, um “liberalismo humanizado, democrático e socialmente orientado” (STEINMETZ, 2004, p.99), pode apontar para a posição do constituinte no

que concerne ao objeto central deste trabalho.

Inicialmente, não se poderia deixar de mencionar a relevância do postulado da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante a dicção do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse mesmo sentido se manifestam Andrey Borges de Mendonça e Olavo Augusto Alves Ferreira (in NOVELINO [org.], 2008, p. 333), de acordo com os quais, “em vista da lacuna de nossa Constituição referente à aplicabilidade ou não dos direitos fundamentais nas relações provadas, o fundamento da dignidade da pessoa humana certamente deve ser utilizado para suprir tal vazio”.

Não se desconhece a sólida carga valorativa que traz consigo o princípio dignidade da pessoa humana, inobstante a dificuldade de conceituá-lo com precisão hábil a não retirar-lhe sua consagrada importância.

A vagueza do aludido princípio, entretanto, não é suficiente para afastar sua incidência, mormente no estágio atual da ciência jurídica, que cada vez mais recorre a conceitos indeterminados, permitindo seu preenchimento por meio da importante atividade do intérprete. Na verdade, é o próprio grau de abstração inerente às normas principiológicas que possibilita a sua aplicação nas mais distintas situações, superando-se o legalismo estrito antes predominante no âmbito jurídico.

Nesse sentido, haveria uma indiscutível afronta à dignidade humana se os direitos fundamentais, a que se conferiu papel de destaque no corpo normativo constitucional, pudessem simplesmente ser ignorados no âmbito das relações particulares, alegando-se, para tal, o primado de uma intocável autonomia privada. Uma interpretação que maximize a proteção da dignidade da pessoa humana deve conferir a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais, e isso, não há negar, perpassa pelo reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Ademais, não se olvide o papel exercido pelo princípio da solidariedade, positivado no inciso I do artigo 3º da Constituição brasileira, caracterizando-se como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

É imperioso ressaltar que a Carta de 1988 não é simplesmente um diploma que traça os paradigmas essenciais do Estado brasileiro. Mais que isso, analisando-a sob uma perspectiva abrangente, “trata-se, na verdade, da Lei Fundamental do Estado e da sociedade, porque contém os principais valores e

diretrizes para a conformação da vida social no país” (SARMENTO, 2004, p. 277).

Destarte, quando se estabelece, em sede constitucional, um objetivo a ser atingido, não apenas o Poder Público deve ser o responsável por sua consecução, mas também cabe à sociedade envidar esforços no sentido de atingi-lo. Portanto, para que seja construída uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preconiza o artigo 3º da Constituição, impõe-se permitir, ao menos de maneira apriorística, a invocação dos direitos fundamentais na esfera particular, mormente na assimétrica sociedade brasileira, marcada tão fortemente pela desigualdade.

Outro aspecto que possui relevância na presente discussão diz respeito à presença, no rol contido ao longo da Carta Magna pátria, de direitos fundamentais naturalmente oponíveis a particulares, sem que se ofereçam discussões acerca de tal questão. Ora, por que, em alguns casos, surgiria a discussão, ao passo que, em outras situações já consagradas, envolvendo a mesma categoria de direitos, haveria uma aceitação pacífica, já consolidada? Tal questionamento só reforça a argumentação sustentada ao longo deste tópico.

Tome-se como exemplo a proibição de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, positivada no inciso XXXI do artigo 7º da Constituição. Apreciando-se sua estrutura, bem como sua aplicabilidade concreta vivenciada cotidianamente, não se ousaria negar que ela vincularia tanto empregadores públicos como privados. Na prática, aliás, ocorre que a maior parte dos sujeitos passivos vinculados a tal dispositivo normativo se constitui de empregadores particulares, o que demonstra que a ideia de que os direitos fundamentais podem incidir no âmbito privatístico é aceita, em certas hipóteses, sem nenhuma objeção.

Percebe-se, pois, mais um argumento que aponta para a possibilidade de se extrair da Constituição brasileira um posicionamento progressista quando se perquire acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Acrescente-se, outrossim, o próprio título do Capítulo I do Título II da Carta Magna, que se refere a direitos e “deveres” individuais e coletivos, acolhendo a noção de que a sociedade deve colaborar para efetivar tais direitos.

Quando se procede a uma análise conjunta de todos estes fatores, associando-os aos substratos teóricos antes já mencionados, conclui-se que o legislador constituinte brasileiro ofereceu elementos, ainda que não de uma forma direta, para que se possa afirmar, de modo peremptório, a possibilidade de

invocarem-se os direitos fundamentais na seara das relações jurídicas firmadas entre pessoas privadas.

No entanto, quando se chega a essa conclusão, a controvérsia que circunda a temática não está solucionada. Mais importante do que aceitar a discutida eficácia horizontal, definir como se dá essa incidência afigura-se essencial, talvez sendo este o ponto mais relevante a ser debatido no atual estágio de desenvolvimento do tema. Algumas teorias desenvolveram-se com o fito de delinear tal questão, o que será discutido logo adiante.

### 3 AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS NO ÂMBITO DO DIREITO COMPARADO

Como se tem percebido ao longo deste trabalho, a temática relativa à eficácia horizontal dos direitos fundamentais não se restringe ao ordenamento jurídico brasileiro, suscitando controvérsias doutrinárias em inúmeros outros sistemas jurídicos.

No presente tópico serão analisados, nos seus aspectos mais relevantes, os principais agrupamentos de teorias que versam sobre a forma e a intensidade da aludida aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cada qual com sua prevalência em determinados ordenamentos. Ressalte-se que a exposição não será taxativa, sendo mantida a separação didática que a doutrina especializada realiza para uma melhor compreensão do aspecto nuclear de cada vertente.

#### 3.1 AS TEORIAS NEGATIVAS E A PARTICULARIDADE DA DOCTRINA NORTE-AMERICANA DA “STATE ACTION”

A tendência que predomina atualmente no estudo da matéria concentra a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não na *possibilidade* de sua incidência sobre as relações privadas, mas sim no *modo* como estes incidirão. Entretanto, é de fundamental importância a análise das teorias que negam essa aplicação, sobretudo para que se percebam os resultados práticos desse posicionamento, observados à luz de julgados ocorridos nos Estados em que prevalecem.

De acordo com Sarmiento (2004, p. 226):

(...) na Alemanha, logo após o surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, esboçou-se contra ela uma forte reação que teve à frente autores como Mangoldt e Forsthoff, e que se baseava numa visão do liberalismo clássico, para afirmar que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos de defesa em face do Estado.

Depreende-se, do excerto acima, que no país em que houve as primeiras manifestações relacionadas à possibilidade de aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares, surgiram também as primeiras reações contrárias. Compreende-se tal fato quando se observam os fundamentos

que embasam as teorias negativas. Basicamente se trata da preocupação com a manutenção da autonomia privada, bem como com uma possível aniquilação do Direito Privado pelo Direito Constitucional. Trata-se, pois, de resquícios de uma ideologia liberal a partir da qual se ergueu a noção inicial dos direitos fundamentais. Outra particularidade, no citado contexto alemão, que justifica o mencionado posicionamento contrário à eficácia horizontal é o fato de o seu texto constitucional prever, expressamente, no artigo 1.3, a oposição dos direitos fundamentais aos três poderes estatais, não havendo menção aos particulares.

Vale destacar, entretanto, que apesar desses elementos supramencionados, a corrente negativista perdeu força a partir de decisões proferidas pelo Judiciário alemão, reconhecendo a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Foi nos Estados Unidos, porém, que a tese de não vinculação ganhou destaque, sendo aplicada de maneira mais disseminada e duradoura. Prevaleceu e ainda persiste no direito estadunidense a ideia de que os direitos fundamentais opõem-se apenas ao Poder Público, excluindo-se dessa regra apenas a 13ª Emenda Constitucional do país, que proibiu a escravidão e, portanto, atingiu particulares.

Além dos tradicionais argumentos contrários à eficácia horizontal, como a defesa da autonomia privada e outros de índole liberalista, a estrutura do federalismo norte-americano contribuiu para a consolidação da doutrina da *state action*, denominação dada à teoria negativista que se desenvolveu no país. Isso porque na repartição constitucional de competências estadunidense, não cabe à União, mas sim aos Estados legislar sobre Direito Privado. Com isso, além do argumento que se baseia na defesa da autonomia individual, sustenta-se que aludida doutrina é um instrumento de garantia do pacto federativo, já que, “se a corte federal, a pretexto de aplicar a Constituição, interferisse em conflitos privados, estaria a violar a autonomia dos entes federados” (OLIVEIRA, 2008, p. 13). Ressalte-se, por oportuno, com esteio no pensamento de Sarmiento (2004), que esse empecilho fundado na estrutura federativa do país vem sendo mitigado pela jurisprudência norte-americana, sendo a defesa da autonomia de vontade o principal sustentáculo do referido posicionamento.

É importante destacar que, a partir da década de 40 do século XX, a doutrina da *state action* ganhou novos contornos, sofrendo, de certa forma, uma

mitigação, devido à aplicação da teoria da *public function*. Com a aplicação dessa teoria, o Judiciário norte-americano propiciou uma ampliação na possibilidade de incidência dos direitos fundamentais em relações jurídicas, ainda que não houvesse a atuação direta do Estado. De acordo com Ubillos (apud STEINMETZ, 2004, p. 179):

Duas têm sido as vias apontadas na jurisprudência da Corte Suprema para ampliar com caráter excepcional o raio de ação das garantias constitucionais: o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado e a existência de contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ator privado. As duas conduzem ao mesmo resultado: ao responsabilizar-se o Estado do ato impugnado, consegue-se prolongar essa especial tutela das liberdades de tal sorte que determinadas controvérsias surgidas entre particulares, excluídas, em princípio, deste âmbito constitucionalmente protegido, acabam compreendidas finalmente nele.

Essa aludida mitigação da *state action* mantém a essência do entendimento segundo o qual apenas o Poder Público é o sujeito passivo dos direitos fundamentais. Entretanto, através de uma construção jurisprudencial ampliativa, acaba por elastecer o nexos causal que atrela o Estado a uma suposta violação a direitos fundamentais dos cidadãos, ao permitir a oposição de direitos fundamentais a particulares quando a atuação destes está baseada em algum vínculo com o Poder Público, ou, em uma perspectiva ainda mais abrangente, quando o particular age como se fosse o Estado.

Para facilitar a compreensão da teoria da *public function*, que muitas vezes teve aplicação pouco criteriosa, faz-se oportuno mencionar alguns julgados da Suprema Corte norte-americana em que foi aplicada.

No caso *Marsh v. Alabama*, de 1946, a Suprema Corte entendeu que uma empresa privada possuidora de terras no interior das quais se ergueu uma espécie de “cidade particular”, inclusive com ruas e residências, não poderia proibir pessoas pertencentes à religião Testemunhas de Jeová de pregarem no interior de suas propriedades, visto que, ao se portar de tal forma, a empresa se equiparava ao Estado.

Outra aplicação da teoria em análise ocorreu no precedente *Burton v. Wilmington Parking Authority*, no qual se decidiu que um restaurante privado, por exercer suas atividades em área alugada ao Poder Público, teria de respeitar o princípio da isonomia e, pois, estava impossibilitado de discriminar os seus clientes

por questões raciais.

Conforme suscitado em passagem anterior, a doutrina da *state action* tem possibilitado decisões controversas, em que a pretensa tutela de ideais liberais acarreta resultados discutíveis. Apenas a título exemplificativo, cite-se a relativamente recente decisão do caso *Boy Scouts of America v. Dale*. Em síntese, o citado precedente, relacionado a fatos ocorridos no Estado de New Jersey, teve origem na expulsão de *Dale* de uma organização privada de escoteiros, fato este motivado pela militância do mesmo na causa homossexual. Vale salientar que vigia uma lei proibindo discriminações contra homossexuais à época. Ainda assim, a Suprema Corte entendeu que a aplicação da citada lei era uma afronta à liberdade de associação e expressão, já que não seria legítimo compelir uma organização privada a manter no seu quadro uma pessoa indesejada, que possuía e externava opiniões contrárias aos valores sustentados pela associação.

Percebe-se, por esses precedentes, quão complexa é a questão. Entretanto, a crítica que desde já se faz a essa posição diz respeito à possibilidade de que, ao afastar-se, de plano, a oponibilidade de pessoas privadas aos direitos fundamentais, sejam chanceladas atitudes nitidamente discriminatórias. Ainda assim, vale registrar que a corrente que nega a eficácia privada dos direitos fundamentais prevaleceu, além dos Estados Unidos, no direito suíço e no canadense, embora seja cada vez menor o número de autores adeptos de correntes que seguem essa orientação.

### 3.2 A TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA

Ao contrário das teorias anteriores, os defensores da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, corrente que também se desenvolveu na Alemanha, onde é predominante, propugnam a ideia de que não só o Poder Público pode ser o sujeito passivo de um direito fundamental, mas também é admissível que a um particular se oponha direito dessa natureza.

Entretanto, sob os fundamentos, entre outros, da necessidade de salvaguarda da segurança jurídica, bem como da manutenção da autonomia do Direito Privado, os adeptos desse posicionamento entendem que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares somente ocorre por meio de uma prévia interposição legislativa. “Para a teoria da eficácia mediata, os direitos

fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição” (SARMENTO, 2004, p. 238).

Em outras palavras, não se admite a extração, diretamente do texto constitucional, do direito fundamental cuja incidência na relação privada se pretende alcançar. É necessário, para essa corrente doutrinária, que haja a atuação do legislador privado ordinário, que, de maneira abstrata, estabelecerá algumas situações envolvendo particulares nas quais se afigura plausível a incidência de direitos dessa natureza sem que haja afronta à autonomia privada. Ou, em outra hipótese, essa eficácia horizontal indireta se concretiza por meio da interpretação conferida pelos juízes, com base nos direitos fundamentais, às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados aplicáveis a determinado caso concreto, o que, de certa forma, não deixa de atrelar essa aplicação à prévia existência de norma infraconstitucional.

A teoria ora analisada parte do pressuposto de que, conferindo-se ao Judiciário a possibilidade de aplicar um direito fundamental extraído unicamente do texto constitucional, estar-se-ia atribuindo ao órgão julgador um poder excessivo, que acarretaria certa insegurança jurídica devido ao grau de indeterminação das normas veiculadoras desses direitos. Portanto, diante de um conflito surgido em uma dada relação jurídica concreta, a incidência de direitos fundamentais estaria subordinada à previsão infraconstitucional nesse sentido. De acordo com Ubillos (in SARLET [org.], 2006, p.311), “a lei é o instrumento mais apropriado para esta função, o que oferece mais garantias, do ponto de vista da segurança jurídica”<sup>5</sup> (tradução nossa). Na hipótese de inexistência de lei regulando expressamente, caberia ao juiz, na medida do possível, preencher o conteúdo de eventuais conceitos jurídicos indeterminados (ou cláusulas gerais) aplicáveis ao caso, à luz de uma exegese fundada nos valores objetivos representados pelos direitos fundamentais.

Sempre se costuma citar, como exemplo extraído da jurisprudência alemã a respeito da aplicação da teoria em comento, o caso Lüth, julgado no final da década de 1950. Em síntese, o caso pode ser assim narrado:

O cineasta Veit Harlan, que apoiara o nazismo, dirigiu o filme “Amada Imortal”. Devido ao passado de apoio ao nazismo do diretor, o Presidente do Clube de imprensa de Hamburgo, jornalista Erich Lüth, propagou uma

---

<sup>5</sup> La ley es el instrumento más apropiado para esta función, el que ofrece más garantias, desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

grande campanha de boicote ao filme, fazendo menção ao passado do cineasta, sem qualquer alusão ao teor do filme, já que este era uma comédia romântica. A represália surtiu efeito, e o filme fracassou, resultando em prejuízo ao cineasta, que investira na produção. Em razão disso, o cineasta ingressou com um pedido de indenização, por violação ao artigo 826 do Código Civil Alemão (BGB), o qual prevê que todo aquele que causa dano a outrem tem o dever de indenizar. O cineasta logrou êxito nas instancias originárias, tendo Lüth sido proibido de manifestar-se a respeito do filme. Entretanto, a Corte Constitucional Alemã reverteu o julgamento, entendendo que as cláusulas gerais do direito privado, como os 'bons costumes', referidos no artigo do Código Civil alemão antes citado, deveriam ser interpretadas à luz da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando-se em consideração os direitos fundamentais, e, no caso concreto, a liberdade de expressão.

Embora já represente um avanço em relação à teoria apreciada anteriormente, a defesa da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais sofreu críticas. Um dos pontos questionados diz respeito à real possibilidade de omissões legislativas cancelarem agressões aos direitos dos cidadãos. Imagine-se, por exemplo, que o legislador ordinário não tenha previsto a aplicação de um determinado direito fundamental em um contexto privado. Em caso de violação ao referido direito, a ausência de lei (ou de cláusulas genéricas aplicáveis) impediria a solução da controvérsia à luz da Constituição? De acordo com as premissas teóricas mencionadas, aponta-se para uma resposta positiva, não obstante essa não pareça ser a solução mais adequada, o que acaba por justificar o desenvolvimento da teoria que será apreciada no próximo tópico.

Aliás, se o aspecto preocupante de uma aplicação imediata estaria relacionado à insegurança proporcionada pelos poderes conferidos ao Judiciário, não se pode ignorar que o preenchimento do conteúdo das cláusulas genéricas e dos conceitos jurídicos indeterminados pelos juízes provocaria a mesma incerteza. Entretanto, essa é uma das formas de concretização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais admissíveis pelos defensores da teoria em comento.

### 3.3 A TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA

Novamente a Alemanha é indicada como o berço das primeiras manifestações no sentido da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Menciona-se o autor alemão Hans Carl Nipperdey como o primeiro defensor dessa orientação, embora essa teoria não tenha prevalecido no direito germânico, tornando-se dominante em países como Espanha, Portugal e

Itália (SARMENTO, 2004).

Como se pode deduzir de sua denominação, a característica principal da teoria em análise é possibilitar que alguns direitos fundamentais possam ser invocados diretamente do texto constitucional, sem a necessária interposição legislativa exigida pelos adeptos da eficácia indireta. Aqui já se chama a atenção para a utilização da expressão “alguns direitos fundamentais”, mencionada na caracterização acima. Ora, sabe-se que a referida categoria engloba um variado conjunto de direitos taxados de fundamentais pelo legislador constituinte, muitos dos quais de naturezas distintas. É perfeitamente possível que alguns deles, por uma razão de lógica, só sejam oponíveis ao Poder Público, sem que isso retire a força da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais. A título exemplificativo, conforme ventilado em passagem anterior, cite-se a norma contida no inciso L do artigo 5º da Carta Magna brasileira: *“às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”*. Da leitura do dispositivo fica nítido que essa norma, por sua própria natureza, só é oponível a agentes públicos, não havendo como exigir de particulares o seu cumprimento.

Na análise da teoria da eficácia direta, alguns pontos importantes devem ser destacados.

Primeiramente, registre-se que ela não se mostra em hipótese alguma incompatível com a teoria da eficácia mediata. Pelo contrário, as duas se complementam. Se houver legislação ordinária regulando determinada situação, tal qual preconizam os adeptos da eficácia indireta, cabe ao juiz, a princípio, interpretar a norma e aplicá-la ao caso sob apreciação. Obviamente que não se ignora a possibilidade de afastamento da norma em razão de sua inconstitucionalidade, caso em que é imprescindível uma fundamentação consistente. Entretanto, na hipótese de omissão do legislador, permite-se que se extraia uma solução diretamente da Constituição Federal, evitando-se, portanto, agressões a direitos fundamentais por particulares pelo simples fato de inexistir legislação ordinária tratando da questão.

(...) os teóricos da eficácia imediata não propõem que as ponderações do juiz devem se sobrepor às ponderações do legislador democraticamente legitimado. Argumentam exatamente em sentido contrário. Se há desenvolvimento legislativo de direitos fundamentais e se este desenvolvimento é compatível com a Constituição, então o juiz não poderá se sobrepor a ele sob pena de violar os princípios democrático e da

separação de poderes (STEINMETZ, 2004, p. 174-175).

Na verdade, é até mais adequado que haja a previsão normativa infraconstitucional sobre a questão, até mesmo pelo fato de as normas constitucionais possuírem, devido a sua própria natureza, um caráter mais genérico e abrangente, típico dos princípios. A diferença da teoria da eficácia imediata, contudo, reside justamente no fato de que não será vedada a invocação de um direito fundamental diretamente do corpo constitucional, respeitando-se certos critérios que ainda serão abordados. Ainda sobre essa questão, assim se posiciona o espanhol Bilbao Ubillos (in SARLET [org.], 2006, p.319), um dos propagadores da teoria em comento:

(...) convém esclarecer algumas ideias para ajudar a desfazer um mal-entendido perturbador, que é o que resulta da habitual contraposição entre eficácia mediata e imediata, com se fossem conceitos mutuamente excludentes. É um falso dilema: admitir a possibilidade de uma vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas em determinadas situações, não significa negar ou subestimar o efeito de irradiação desses direitos através da lei. Ambas as modalidades são perfeitamente compatíveis: o normal (e o mais conveniente também) é que seja o legislador o responsável pela concretização do alcance dos diferentes direitos nas relações de Direito privado, mas quando essa mediação não existe, diante da ausência de lei, as normas constitucionais podem ser aplicadas diretamente<sup>6</sup> (tradução nossa).

Outro aspecto relevante acerca da teoria em comento, que merece ser destacado, diz respeito ao fato de que a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais não implica sua incidência de maneira absoluta e sem critérios sobre o caso concreto. Na verdade, a doutrina que trata da temática é convergente na ideia de que a autonomia privada deve ser analisada em cotejo com o direito fundamental que supostamente foi violado. Apenas após uma ponderação desses aspectos conflitantes é que se deve optar pela prevalência de um deles.

De acordo com Vieira de Andrade (in SARLET [org.], 2006, p. 284-

---

<sup>6</sup> (...) conviene aclarar algunas ideas para ayudar a deshacer un malentendido perturbador, que es el que resulta de la habitual contraposición entre eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos excluyentes. Es una falsa disyuntiva: admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* em determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradación de esos derechos a través de la ley. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente.

285), as posições que sustentam a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais “pretendem dar maior proteção aos indivíduos em face dos grupos privados ou indivíduos poderosos, revelando uma especial sensibilidade às relações de desigualdade que se multiplicam no mundo do trabalho, da política, da vida social e até da vida familiar”. Ressalte-se, porém, que alguns adeptos dessa corrente entendem que é prescindível, para sua aplicação, que haja disparidade nos polos da relação privada, embora seja consenso, na esteira do que foi mencionado anteriormente, que a ponderação prévia se faz necessária.

Por fim, deve-se destacar que nem sempre a incidência imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas manifesta-se sob a forma de direitos subjetivos. Na linha do pensamento de Sarmiento (2004), é possível que tais direitos sejam aplicados diretamente na interpretação de cláusulas contratuais, ou também como limites externos para a regulação jurídica originada de fontes não estatais, como, por exemplo, uma convenção de condomínio ou um regulamento interno de um estabelecimento de ensino.

### 3.4 OUTRAS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL

Neste tópico serão brevemente analisadas outras formulações doutrinárias que buscam solucionar a controversa questão envolvendo a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Inicialmente, mencione-se a *teoria dos deveres de proteção do Estado*, que tem no alemão Claus-Wilhelm Canaris um dos seus principais expoentes. A referida teoria visa conciliar aspectos opostos, visto que ao mesmo tempo em que afirma que é o Estado o único destinatário dos direitos fundamentais, não fecha os olhos para as constantes agressões a estes direitos provenientes de particulares. “De acordo com esta teoria, o Estado tem a obrigação não apenas de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive particulares.” (SARMENTO, 2009, p. 172).

Por essa teoria, grande parte da responsabilidade pela tutela dos direitos fundamentais recai sobre o legislador privado<sup>7</sup>, que, como representante do

---

<sup>7</sup> É importante ressaltar que, embora restrita, há possibilidade, na teoria em comento, da participação do Judiciário na tutela dos direitos fundamentais em face de agressões de particulares. Nesse caso,

Estado, deve legislar com vistas a evitar agressões a direitos fundamentais dos indivíduos oriundas de particulares, ou seja, tem o dever de proteger os cidadãos dessas agressões. Ao abordar a questão, assim se pronuncia o português Vieira de Andrade (in SARLET [org.], 2006, p. 281):

E esse dever de protecção não se resumiria ao cumprimento pontual daquelas imposições expressamente estabelecidas na Constituição, constituiria, para além disso, um *dever geral*, decorrente do princípio do Estado de Direito e do correspondente *monopólio estadual* da autoridade e do uso da força legítima, visto que os particulares, salvo situações excepcionais, só podem evitar ou defender-se das agressões dos seus direitos por outros particulares se os poderes públicos proibirem, prevenirem e reprimirem tais ofensas.

É curioso observar o “malabarismo” teórico utilizado para atrelar o Estado até mesmo a atos de particulares. De acordo com essa orientação, se um direito fundamental foi violado por uma pessoa privada, é porque o Estado não o tutelou devidamente no campo legislativo. “Percebe-se, pois, que, neste contexto, os direitos fundamentais assumem duas faces: o dever que tem o Estado de não violá-los e o dever de garantir que nenhum particular os violará” (OLIVEIRA, 2008, p. 27).

A partir dessa breve descrição, percebe-se que a *teoria dos deveres de proteção*, embora possua distinta fundamentação, em muito se assemelha, quanto aos efeitos, à já analisada teoria da eficácia horizontal mediata.

No que tange às críticas destinadas a essa corrente doutrinária, destaca-se a questão da exclusão dos particulares da posição de destinatários dos direitos fundamentais, o que, na visão de Sarmiento (2009), só pode ocorrer por mero preconceito, sobretudo diante dos detentores de poder social. Além disso, critica-se, assim como ocorre com a teoria da eficácia indireta, o fato de se remeter ao legislador ordinário a tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas, o qual nem sempre promove uma proteção adequada.

Outra teoria que busca sistematizar a questão em estudo é a *teoria da convergência estatista*, do alemão Jürgen Schwabe. Segundo o teórico germânico, “toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal” (STEINMETZ, 2004, p. 176). Com isso, entende que

---

porém, a sua atuação estaria limitada à aplicação da legislação vigente, assemelhando-se ao que preconiza a teoria da eficácia indireta.

toda a discussão proposta pelas teorias anteriores é um problema aparente, já que toda atividade dos particulares pode ser atribuída ao Estado, ainda quando justificada à luz da manifestação da autonomia privada.

Esta teoria não se ocupa, pois, de explicar como os particulares se vinculam aos direitos fundamentais. A discussão queda no vazio porque tal vinculação passa a não mais existir a partir do momento em que o ônus de instituir, promover e defender os direitos fundamentais está todo nas mãos do Estado. Em primeira e última análise, pois, ainda que reconduzidos à categoria de direitos públicos subjetivos, é sempre o Poder Público o responsável por qualquer violação a direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2008, p. 30).

Com essa teoria, Schwabe reposiciona os direitos fundamentais na categoria de direitos públicos subjetivos. Entretanto, não há, em sua formulação doutrinária, uma preocupação em associar tais direitos a deveres de proteção estatal, o que aponta para uma divergência com a corrente anteriormente abordada.

Entretanto, a formulação do alemão não é isenta de críticas, que são ínsitas a sua formulação ficcional. Inicialmente, aponta-se como aspecto negativo seu caráter totalitário, sob o ponto de vista filosófico (SARMENTO, 2009). Não se concebe essa atribuição ao Estado de um controle total sobre o comportamento dos indivíduos. Não subsiste, sobretudo do ponto de vista lógico, a afirmação de que uma conduta humana que afronta os direitos fundamentais deve ser imputada ao Estado, porque este não a impediu. Aliás, se os particulares não são destinatários dos direitos fundamentais – como pressupõe a teoria da convergência estatista – como esperar que eles se comportem de modo a não violá-los? A teoria em comento, portanto, é criticada principalmente por suas proposições inconciliáveis, motivo por que não ganhou grande apoio doutrinário.

## **4 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL**

Em tópico anterior, chegou-se à conclusão de que a estrutura da Constituição brasileira permite afirmar que os direitos fundamentais, em tese, podem ser aplicados a relações privadas. Entretanto, na mesma passagem restou consignado que essa informação, analisada isoladamente, não permite maiores conclusões, até porque ainda permanece a discussão acerca do “como” e “em que medidas” ocorre essa aplicação.

No presente tópico, inicialmente será analisado o posicionamento da doutrina brasileira, demonstrando-se alguns dos critérios balizadores da incidência horizontal dos direitos fundamentais indicados. Posteriormente, será abordado o comportamento dos Tribunais Superiores em relação ao tema objeto desse estudo.

### **4.1 A EFICÁCIA HORIZONTAL IMEDIATA E OS PARÂMETROS OBJETIVOS DE APLICAÇÃO**

Da leitura do texto constitucional brasileiro não se extrai nenhum dispositivo que indique, de forma expressa, uma opção do legislador constituinte por alguma das teorias sobre a eficácia horizontal mencionadas anteriormente<sup>8</sup>. Dessa forma, cabe à doutrina elaborar seus argumentos, com base em uma interpretação sistemática da Constituição Federal, para demonstrar qual a forma de incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Embora a temática em estudo possua bastante relevância, percebe-se que há poucas manifestações doutrinárias, no Brasil, que analisam com profundidade a questão. Daniel Sarmiento (2004) faz uma abordagem acerca da visão de alguns autores brasileiros, concluindo que prevalece a tese da eficácia horizontal imediata, com a qual concorda o referido autor, responsável por uma das obras mais completas sobre o tema na doutrina nacional.

De acordo com Sarmiento (2004), diante da moldura axiológica estabelecida pela Constituição de 1988, que se caracteriza por seu viés

---

<sup>8</sup> Deve-se mencionar que o disposto no § 1º do art. 5º da CF/1988 (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”) não soluciona a discussão, pois não faz qualquer alusão aos destinatários dos direitos fundamentais.

intervencionista e social, além de consagrar um modelo de Estado voltado para a promoção de igualdade substantiva, a tese da eficácia apenas mediata dos direitos fundamentais afigura-se inconciliável, pois se mostra conservadora em face da opção do constituinte. Sarmiento, ao fundamentar sua opção pela eficácia direta dos direitos fundamentais, leva em conta também a nítida desigualdade social que impera na sociedade brasileira, o que, segundo ele, justifica um reforço na tutela de referidos direitos. O autor entende que essa posição não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça.

A utilização de dados fáticos da realidade brasileira na resolução da controvérsia constitucional em cotejo traz à tona o pensamento de J. H. Meirelles Teixeira (apud CUNHA JÚNIOR, 2008), ao abordar o conceito de *Constituição cultural*, em que aduz que o Direito, além de norma, deve ser encarado como fato social, refletindo e sintetizando a sociedade, ao mesmo tempo em que a condiciona. Da mesma forma, a interpretação que leva em consideração a realidade social sobre a qual incidirão as normas jurídicas corrobora a ideia de estrutura tridimensional do Direito, cunhada por Miguel Reale (2006), que destacou o tripé que o caracteriza: fato, valor e norma.

Outro ponto também deve ser levado em conta na fundamentação da prevalência da tese da eficácia imediata no ordenamento brasileiro. É que a teoria que sustenta a incidência apenas mediata dos direitos fundamentais torna a tutela dos mesmos bastante dependente da atuação do Poder Legislativo, que, no Brasil, tem sido criticado por sua omissão e morosidade, além de atender, inúmeras vezes, aos interesses de grandes violadores de direitos fundamentais.

Como não há vedação normativa na ordem jurídica brasileira, a exegese que confere maior efetividade às normas constitucionais que veiculam os direitos fundamentais é aquela que conclui pela possibilidade de aplicação imediata de tais direitos nas relações privadas, com as devidas ressalvas que serão destacadas à frente. Até porque o reconhecimento da prevalência dessa tese não impede que, conforme já foi explicitado, após a atuação do legislador ordinário normatizando certa situação, seja aplicada a respectiva lei. Ademais, como aduz Sarlet (in MONTEIRO [org.], et. al., 2007, p. 133), “ao se afirmar uma eficácia direta *prima facie* não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível gradual”.

Conforme tem sido reiterado ao longo desse trabalho, reconhecer a

possibilidade de eficácia imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado não implica reconhecer sua aplicação sem critérios, a ponto de tornar ineficaz a proteção, inclusive de caráter constitucional, que o ordenamento confere à autonomia privada, um dos fundamentos centrais do Direito Privado. Embora com base em argumentos distintos, a doutrina que aborda a temática em estudo converge ao sustentar o caráter de bem constitucionalmente protegido à autonomia privada, que, nas palavras de Jesús Alfaro Aguila-Real (apud STEINMETZ, 2004, p. 190), é a “esfera de liberdade da pessoa para exercitar faculdades e direitos, e também para conformar as diversas relações que lhe pertencem”.

Visando demonstrar a relevante necessidade de se levar em consideração a tutela da autonomia privada, sob pena de legitimar-se um flagrante tolhimento da liberdade humana, Canotilho (2007, p. 1293-1294) apresenta os seguintes exemplos hipotéticos:

É difícil, por exemplo, argumentar com o princípio da igualdade ou proibição de não discriminação no caso de um pai que favorece um filho em relação ao outro através da quota disponível, ou de um senhorio que promove acção de despejo por falta de pagamento de renda, mas abdica desse direito em relação a outro inquilino, nas mesmas circunstâncias, pelo facto de este ter as mesmas convicções políticas.

Embora o autor português não aborde a questão específica do Direito brasileiro, o núcleo central do pensamento supramencionado é perfeitamente aplicável à discussão do tema à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, pode-se asseverar que os defensores da eficácia horizontal direta confluem no sentido da necessidade de uma ponderação prévia entre os bens jurídicos tutelados constitucionalmente que podem entrar em conflito: a autonomia privada, de um lado, e o direito fundamental violado em uma dada relação entre particulares, do outro.

A partir desse ponto, portanto, surge a necessidade da fixação de critérios objetivos para a solução da controvérsia, sob pena de confirmar-se a crítica que se faz em relação à tese da eficácia imediata com base na insegurança jurídica que ela pode acarretar. O estabelecimento de parâmetros minimamente objetivos contribui para conferir certo substrato teórico para a fundamentação das decisões que reconhecem a incidência de direitos fundamentais no âmbito de relações privadas.

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 378), tecendo considerações sobre a questão desses critérios de ponderação, afirmam que “na tentativa de fixar uma regra geral, consagra Dürig a seguinte fórmula: *valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material*”. Trata-se de uma assertiva que pode até ser utilizada como um ponto de partida, embora não abarque a complexidade desses conflitos de interesse em sua totalidade.

Wilson Steinmetz (2004), analisando a questão da ponderação entre autonomia privada e o direito fundamental violado à luz da teoria de Robert Alexy, aborda a questão das precedências *prima facie*, que seriam ferramentas aptas a conferir certa racionalidade à técnica de ponderação. O recurso da precedência *prima facie* possibilita o estabelecimento de uma ordem de preferência de certo bem constitucionalmente protegido em face de outro, embora essa prevalência, destaque-se, não se trate de uma determinação definitiva, inafastável. Seu papel, portanto, é estabelecer um ônus de argumentação para que a ordem de preferência antes estabelecida seja invertida no caso concreto, a depender da necessidade dessa inversão.

Prosseguindo em seu raciocínio, Steinmetz, para fins de aplicação do pensamento acima mencionado, divide os direitos fundamentais individuais<sup>9</sup> em direitos de conteúdo pessoal e direitos de conteúdo patrimonial. Além disso, o referido autor procede a uma diferenciação das relações entre os particulares, separando aquelas em que há uma igualdade de condições fáticas entre os polos da relação e aquelas em que há desigualdade fática. Após essas distinções, Steinmetz conclui que somente nos casos em que a relação é igualitária e o direito fundamental envolvido possui caráter patrimonial a autonomia privada terá preferência *prima facie*, de modo que nos demais casos a prevalência será do direito fundamental. Entretanto, repise-se, essa preponderância a que alude o autor em análise é apenas um ponto de partida, podendo ser afastada mediante argumentação adequada.

Daniel Sarmento (2004) também aponta alguns aspectos que devem ser analisados para que a atividade do julgador na ponderação entre a autonomia privada e direito fundamental violado seja, de certa forma, racionalizada. De acordo com o mesmo:

---

<sup>9</sup> Importa reiterar que a análise doutrinária acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais confere ênfase aos direitos de 1ª dimensão.

É preciso avançar neste ponto, para construir alicerces mais firmes (...) tornando a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado intersubjetivamente controlável, e, na medida do possível, relativamente independente dos humores e das inclinações espirituais e ideológicas dos magistrados (SARMENTO, 2004, p. 303).

Assim como Steinmetz (2004), anteriormente citado, Sarmento também elege como um dos fatores primordiais para o deslinde da questão o grau de desigualdade fática entre os particulares envolvidos, de modo que a proteção do direito fundamental em jogo deve ser, na opinião do autor, diretamente proporcional à desigualdade verificada no caso em análise. Na verdade, trata-se de uma projeção da ideia que norteou o surgimento dos direitos fundamentais historicamente, cujo objetivo inicial era tutelar os indivíduos diante da sujeição em que se encontravam perante o Poder Público. É incontestável que em uma relação desigual a autonomia privada do lado mais fraco não se manifesta com o vigor necessário para que venha a prevalecer. É bem verdade, porém, que o ente apontado como mais forte na relação jurídica também é detentor de autonomia privada, protegida constitucionalmente, e isso não poderá ser ignorado na ponderação em comento.

Diante dos aspectos abordados no parágrafo anterior, pode-se afirmar, embora não haja unanimidade, que os direitos fundamentais também se aplicam a relações particulares paritárias, embora, nesse caso, a autonomia privada dos sujeitos deva ser objeto de uma tutela mais intensa, em tese.

Outro fator relevante indicado por Sarmento na técnica de ponderação aqui abordada diz respeito à natureza da questão ou do interesse que são objeto da relação entre particulares. E, nesse ponto, deve-se abordar a natureza da questão para os dois lados da relação: tanto aquele que sofre uma violação em um direito fundamental, quanto aquele a quem favorece a prevalência da autonomia privada.

Bem, de acordo com o referido autor, a proteção da autonomia privada deve ser mais intensa quando estão envolvidas questões existenciais, sendo mais flexibilizada quando se tratar de questões econômico-patrimoniais.

Para visualizar a ideia esposada, pode-se recorrer a um exemplo hipotético: é admissível reconhecer a incompatibilidade com a Constituição de uma cláusula imposta pelo locador ao locatário segundo a qual este último não poderá receber no imóvel locado pessoas de religião protestante. Aqui, por estar envolvida uma questão econômico-patrimonial (contrato de locação), de acordo com a

orientação exposta acima a autonomia privada tende a ceder espaço ao direito fundamental violado. Por outro lado, não se pode obrigar esse mesmo locador, sob o pretexto da tutela da isonomia, a convidar para sua casa vizinhos da aludida religião, ainda que os demais vizinhos sejam frequentadores de sua residência. Aqui estão envolvidas questões existenciais que, ainda que envolvam certa reprovação social, não podem ser abarcadas pelo ordenamento jurídico, sob pena de configurar-se um totalitarismo estatal indevido.

Entretanto, como se mencionou anteriormente, de acordo com o raciocínio desenvolvido por Sarmiento, a natureza do interesse envolvido deve ser levada em consideração não somente pela ótica daquele a quem favorece a prevalência da autonomia privada, mas também daquele que se beneficia com a tutela adequada do direito fundamental violado. Nesse sentido, vale destacar a seguinte passagem, em que o referido autor explicita a tese ora sustentada:

(...) quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia negocial será maior, e menos intensa se fará a tutela ao direito fundamental contraposto. Por exemplo, as limitações à autonomia privada das escolas na admissão de alunos devem ser mais intensas do que as restrições ao poder negocial das boates e discotecas, na aceitação de clientes, pois, sob o ângulo constitucional, a educação é um bem mais essencial do que o lazer (SARMENTO, 2004, p. 309)<sup>10</sup>.

O objetivo dessas balizas orientadoras da técnica de ponderação é fornecer ao operador do Direito, sobretudo o julgador, elementos que possam embasar suas decisões relativas às controvérsias concernentes à complexa temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Será visto no tópico a seguir que a jurisprudência nacional, embora contenha precedentes reconhecendo a incidência de tais direitos no âmbito privado, não tem desenvolvido uma fundamentação consistente nesse ponto.

---

<sup>10</sup> É preciso destacar, porém, que no Direito brasileiro não é lícito ao proprietário de qualquer estabelecimento empresarial, ainda que de bares e discotecas, para fazer alusão ao exemplo transcrito, vedar o acesso de pessoas com base em motivações discriminatórias relacionadas a aspectos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, sendo tal conduta tipificada como crime, de acordo com a Lei nº 7.716/1989.

#### 4.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO AO TEMA

Inicialmente, na análise do posicionamento jurisprudencial brasileiro acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cabe fazer menção a um antigo julgado do Supremo Tribunal Federal, proferido em junho de 1982 e, portanto, anteriormente à nova ordem constitucional instaurada pela Constituição de 1988.

Trata-se do AIAgR – 87.831/SP (Agravo regimental em agravo de instrumento), no qual, de maneira sintética, contestou-se a possibilidade de uma determinada convenção de condomínio vedar o acesso das empregadas domésticas que ali trabalhavam a áreas de uso comum, havendo menção expressa, na referida convenção, às piscinas, aos vestiários e aos toaletes.

Embora o Agravo de Instrumento interposto no caso em comento não tenha logrado êxito, e, dessa forma, o mérito da causa não tenha sido devidamente apreciado pelo Supremo Tribunal, a leitura do acórdão leva à conclusão de que a tese jurídica que prevaleceu conferiu à convenção condominial ampla eficácia, afastando, sem qualquer fundamentação jurídica sólida, os argumentos dos autores (um casal de condôminos, vale salientar) no sentido da violação ao direito fundamental de igualdade.

Percebe-se, pelo acórdão referido, que a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cuja discussão era perfeitamente cabível no contexto citado, não foi sequer apreciada. Simplesmente se reconheceu a prevalência da autonomia privada dos condôminos, que puderam regular a seu bel-prazer as relações jurídicas do condomínio em que residiam, independentemente de qualquer ponderação com direitos fundamentais eventualmente violados em face das empregadas domésticas do local. E isso tem explicação: o contexto histórico da época, no final de um regime de exceção em que a Constituição foi profundamente ignorada, associado à inexistente abordagem, por parte dos doutrinadores brasileiros daquela época, da temática em questão.

No entanto, da promulgação da Carta Magna de 1988 até os dias atuais, já em um contexto de valorização da força normativa da Constituição, encontram-se alguns precedentes do STF e do STJ em que os direitos fundamentais foram utilizados como fundamentos para dirimir conflitos de índole privada. Porém,

percebe-se que os pronunciamentos jurisdicionais nesse sentido, via de regra, carecem de uma fundamentação consistente que justifique o motivo pelo qual um determinado preceito constitucional prevaleceu sobre a autonomia privada. Em outras palavras, os direitos fundamentais incidem sobre controvérsias entre particulares, mas “não se responde por quê”.

Um desses precedentes é o Recurso Extraordinário nº 158.215/RS<sup>11</sup>, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

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.** (Grifo nosso).

Pela leitura da ementa, bem como do inteiro teor do julgado, confirma-se a afirmação acima, visto que o direito fundamental ao devido processo legal foi aplicado ao caso sem haver nenhuma justificativa que explicasse por que a autonomia da cooperativa de regular seus próprios interesses não subsistiu. Não se está aqui a criticar o teor da decisão, mas apenas a inadequação da técnica decisória aplicada, que acaba por reiterar o que foi comentado ao longo do trabalho acerca do alegado risco de excessiva subjetividade que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode acarretar.

Outro julgado do STF que merece referência é o Recurso Extraordinário nº 161.243/DF<sup>12</sup>:

---

<sup>11</sup> RE nº 158.215/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30/04/1996, DJ 07/06/1997.

<sup>12</sup> RE nº 161.243/DF, Rel. Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19/12/1997.

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

No julgado suprarreferido, visualiza-se a incidência de direitos fundamentais no âmbito de relação de emprego. Sabe-se que a Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 7º, um rol extenso de direitos fundamentais aplicáveis a relações empregatícias, seja o empregador público ou privado. No caso em questão, entretanto, aplicou-se o direito fundamental à igualdade, previsto no artigo 5º, para conferir a empregado brasileiro os mesmos direitos de empregado francês no âmbito de uma mesma empresa.

Apesar de a grande maioria dos julgados apenas aplicarem os direitos fundamentais nas relações privadas, sem trazerem à tona a discussão da eficácia horizontal, há algumas raras exceções.

No julgamento do HC nº 12.547/DF<sup>13</sup>, proferido no âmbito do STJ, que tratava ainda da questão da prisão civil do depositário infiel, hoje já superada, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em sua fundamentação, teceu considerações acerca das eficácias direta e indireta dos direitos fundamentais, tendo se expressado da seguinte maneira:

(...) Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamenta (...)

Por fim, deve-se destacar o teor do único julgamento do STF que,

---

<sup>13</sup> HC nº 12.547/DF, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, julgado em 01/06/2000, DJ 12/02/2001.

fundamentadamente, analisou a questão da medida em que os direitos fundamentais devem incidir nas relações privadas. Cuida-se do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ<sup>14</sup>, 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

---

<sup>14</sup> RE nº 201.819/RJ, Rel. p/ acórdão. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27/10/2006.

LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (Grifo nosso).

Da leitura da ementa supratranscrita, depreende-se que o posicionamento do STF, adotado por maioria simples da Segunda Turma, caracterizou-se por reconhecer a incidência de direitos fundamentais em uma relação privada nitidamente assimétrica. Nesse ponto, deve-se atentar para o uso da expressão “espaço público, ainda que não-estatal”, utilizada para qualificar a atividade exercida pela associação privada que figurou na relação jurídica apreciada no caso concreto. Ao realçar esse aspecto, percebe-se que o Supremo Tribunal conferiu certo destaque à aludida assimetria para firmar o entendimento de que, em relações privadas assim caracterizadas, poderão incidir direitos fundamentais. Com base nesses pontos, não se pode asseverar que o STF estenderia a relações particulares paritárias o entendimento esposado no julgado em comento.

É importante mencionar que o voto do Relator para o acórdão, o Ministro Gilmar Mendes, cuja orientação prevaleceu ao final do julgamento, foi proferido anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 11.127/05, que deu a seguinte redação ao artigo 57 do Código Civil: *a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto*. Ou seja, no ordenamento jurídico atual, a controvérsia em questão poderia ser solucionada no plano infraconstitucional. O resultado do julgamento, por sua vez, demonstra a melhor adequação da tese da eficácia imediata, uma vez que esta não obsta a solução do caso concreto na inexistência de legislação ordinária regulando-o. Entretanto, uma vez elaborada a lei, a aplicação da teoria referida não impede a incidência da legislação.

Ainda em relação à eficácia imediata, percebe-se que essa é a orientação que tem prevalecido na jurisprudência brasileira, como se pôde extrair dos julgados acima. É bem verdade que, na prática, quase que inexistem considerações doutrinárias sobre o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos fundamentos das decisões, embora a conclusão, quando a temática vem à tona, seja no sentido da incidência imediata de tais direitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pôde-se perceber, ao longo do presente trabalho, quão intrincada e complexa é a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É inegável a necessidade de sua discussão, embora ainda parem grandes controvérsias sobre a intensidade da submissão das pessoas privadas a esses direitos, que surgiram para opor, inicialmente, Estado e cidadãos.

No Brasil, devido à gritante desigualdade social que caracteriza sua sociedade, essa questão se mostra ainda mais propícia a discussões, tendo em vista que a Ciência jurídica não pode chancelar recorrentes agressões a direitos fundamentais no âmbito de relações privadas, sob o único argumento de que apenas o Poder Público é quem deve pautar sua conduta pelo respeito aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

A doutrina pátria, sempre que aborda o tema em comento, faz alusão às teorias que se desenvolveram em ordenamentos estrangeiros, tendo estas sido mencionadas ao longo desse trabalho. Após a análise das mesmas, verificou-se que prevalece no Brasil, inclusive no âmbito jurisprudencial, a orientação que sustenta a incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares. O contexto político-jurídico brasileiro não recomenda deixar a cargo do legislador, constantemente omissos, a tutela dos direitos fundamentais quando envolvidos em relações particulares.

A complexidade que envolve o tema, conforme se viu, está relacionada ao sempre presente choque de valores que vem à tona quando se pretende invocar determinado direito fundamental para solucionar uma controvérsia entre particulares, uma vez que não se pode ignorar a tutela conferida à autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro.

O grande desafio que circunda essa questão no direito pátrio, atualmente, envolve a necessidade de fixação de parâmetros objetivos que possibilitem ao julgador fundamentar, de maneira adequada, sua decisão, explicitando-se as razões que, em determinado caso concreto, levem-no a prestigiar ou o direito fundamental violado ou a autonomia privada, ambos constitucionalmente protegidos.

De fato, uma das preocupações que impedem uma maior adesão à

defesa da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos de maneira imediata, está atrelada à possível insegurança jurídica que ela poderia acarretar. Destarte, a fixação de parâmetros que possam balizar a técnica de ponderação, orientando o trabalho do julgador no momento de optar pela prevalência do direito fundamental ou da autonomia privada, é um aspecto importante para a consagração da teoria da eficácia direta.

Entretanto, verifica-se que a segurança jurídica não é um valor absoluto no campo jurídico. O ideal de justiça, embora de difícil definição, é um alvo que deve, na medida do possível, ser sempre perseguido na concretização do Direito. Além disso, o desenvolvimento doutrinário sobre o tema estudado ao longo deste trabalho já tem fornecido elementos suficientes para a adequada invocação de direitos fundamentais nas relações entre particulares, sem ignorar o importante papel da autonomia privada no desenvolvimento da personalidade dos cidadãos. O equilíbrio entre valores conflitantes caracteriza a tônica da função jurisdicional atualmente, não devendo a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais fugir a essa tendência.

A força normativa da Constituição, após ser devidamente reconhecida, impõe uma releitura dos direitos fundamentais, que passaram a adquirir um novo espaço no ordenamento jurídico, influenciando inclusive ramos jurídicos nos quais sua incidência era ignorada. A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, somente é valorizada quando não só o Estado, mas também todos os indivíduos e entes privados permitem a manutenção de um núcleo de valores mínimos e invioláveis em favor dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 30 NOV 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes; **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CUNHA JÚNIOR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil – teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELGARÉ, Plínio. Notas sobre a repersonalização do direito civil. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (org.). **Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos**. [S.l.]: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, et. al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional – direitos humanos e direitos fundamentais**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: MONTEIRO, António Pinto (org.), et. al. **Direitos fundamentais e direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Vanessa Silva de. **A proteção judicial dos direitos fundamentais nas relações privadas** (Monografia). Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

\_\_\_\_\_. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto (org.), et. al. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.