

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: APLICABILIDADE  
NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

**ANA ROBERTA TENÓRIO LINS HAAG**

**São Paulo (SP)  
2014**

**ANA ROBERTA TENÓRIO LINS HAAG**

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: APLICABILIDADE  
NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Monografia submetida ao COGEAE da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Constitucional.  
Orientador: Professor Mestre René Zamlutti

**São Paulo (SP)**

**2014**

*Dedico este trabalho à minha família  
e a todos que contribuíram para o meu  
aprimoramento profissional e acadêmico.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1. PREMISSAS TEÓRICAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>9</b>
1.1. APORTE TEÓRICO PRIMORDIAL .....	10
1.1.1. Princípios e regras .....	10
1.1.2. Eficácia e aplicabilidade .....	14
1.2. VISÃO GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
1.2.1. Conceitos e distinções .....	15
1.2.2. Breve compreensão histórica e principais características dos direitos fundamentais .....	17
1.2. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	22
1.3. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO .....	26
<b>2. DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA: VALORES IMBRICADOS .....</b>	<b>30</b>
2.1. A AUTONOMIA PRIVADA E SUAS LIMITAÇÕES NO PANORAMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO .....	31
2.2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA .....	35
2.3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO .....	39
2.4. A DOCTRINA DO <i>STATE ACTION</i> : EQUIPARAÇÃO ENTRE AÇÕES PRIVADAS E ESTATAIS .....	44
<b>3. VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>49</b>
3.1. PANORAMA DAS PRINCIPAIS TEORIAS .....	49
3.1.1. Eficácia indireta .....	50
3.1.2. Eficácia direta .....	54
3.1.3. Teoria dos deveres de proteção .....	58
3.1.4. Algumas outras teorias alternativas .....	60
3.2. A ATIVIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA NA APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	62

3.3. EFICÁCIA HORIZONTAL, DESIGUALDADE FÁTICA E AUTONOMIA PRIVADA: UMA PROPOSTA PONDERADA .....	68
<b>4. CONCLUSÕES .....</b>	<b>74</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>78</b>

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, enquanto instrumentos mínimos de defesa dos cidadãos e expressão da dignidade humana, são tradicionalmente, e originariamente, associados à relação estabelecida entre Estado e sociedade. Em um contexto marcadamente desigual, no qual os desígnios estatais, supostamente representantes da vontade coletiva, se contrapõem e por vezes massacram os indivíduos e seus anseios, os direitos fundamentais sempre satisfizeram importante escudo a descurados abusos.

No entanto, e em que pese ser extrema de dúvidas a importância desses direitos na conformação Estado-cidadãos, há muito que o Estado deixou de ser o único vilão e principal empecilho à consecução plena das liberdades individuais. A vida em sociedade, em que as desigualdades são marcantes e as relações se mostram por vezes verticalizadas, não é raro um ser humano violar os direitos fundamentais de outros seres humanos.

A questão primordial que se apresenta é se e de qual maneira esses direitos são aplicáveis às relações privadas, tendo em vista que essas liberdades individuais mínimas resguardam não apenas um dos ocupantes da relação, mas ambos os entes privados em situação contraposta. É possível, então, resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos em relações privadas? Se sim, de que forma?

Por uma série de razões, e aí cinge-se o propósito desse trabalho, não se pode simplesmente transportar a aplicação dos direitos fundamentais tal e qual tradicionalmente realizada na relação Estado-particulares, àquela estabelecida entre particular e particular. E o motivo principal parece evidente, o Estado, ao contrário das pessoas privadas, não dispõe dentre seu recheado arcabouço de vantagens de direitos fundamentais próprios dos indivíduos.

Conduz-se este estudo, assim, à verificação da aplicabilidade dos direitos fundamentais à relação entre particulares, dentro da atual sistemática constitucional brasileira. Não somente: ultrapassado este questionamento primordial, serão realizadas ponderações pertinentes ao modo de condução dessa aplicabilidade, abordando as diversas teorias que se digladiam em busca da solução perfeita à questão.

Para tal intento, e com o propósito de provocar a compreensão do tema, sob um enfoque constitucional, serão colacionadas lições doutrinárias pertinentes ao delineamento e exploração das matérias que circunscrevem o objeto central deste estudo, para, também com a observação do posicionamento jurisprudencial a respeito, buscar respostas e, principalmente, tecer temperamentos sobre a importância do respeito aos direitos fundamentais também nas relações privadas.

O método de abordagem será o dedutivo e o método de procedimento será o monográfico. Será utilizada como instrumento procedimental a documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial<sup>1</sup>, com a abordagem e delimitação dos temas essenciais para o desenvolvimento do raciocínio conclusivo.

No primeiro capítulo, intitulado “Premissas teóricas, direitos fundamentais e Constituição”, destacando-se a necessidade de delimitar o enfoque e as características dos atores principais, serão abordadas a conceituação e as premissas gerais dos direitos fundamentais, sua dimensão objetiva, sem descuidar de um dos pressupostos essenciais à discussão proposta, a força normativa da Constituição.

O segundo capítulo cuida dos valores envolvidos no dilema, contraposição sem a qual não é possível o desenvolvimento do tema. Se a discussão se faz presente e é relevante, é justamente porque os argumentos contrários e os bens atingidos são fortes. A aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares atinge nada mais que a liberdade de contratação e de relacionamento interpessoal, suavizando os contornos da autonomia privada, tão cara à sociedade liberal e capitalista.

Nesse momento, também serão analisados os efeitos irradiantes da Constituição Federal e seus preceitos nas demais áreas do Direito, abordando-se um tema primordial, do qual a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre entes privados é subtema, a constitucionalização do direito. Aproveita-se para lançar considerações sobre a teoria que, exaltando a liberdade completa, nega a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações particulares-particulares.

---

<sup>1</sup> MEZZARROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Finalmente, ultrapassadas e abordadas as matérias e discussões indispensáveis para embasamento e compreensão do problema, o terceiro capítulo nomeado “Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais” abordará o tema central desta pesquisa, tecendo um panorama das principais teorias que ensaiam uma resposta ao problema, apontando o que soa prevalecer doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil, para, por fim, lançar uma proposta ponderada sobre a questão.

## 1. PREMISSAS TEÓRICAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO

Os direitos fundamentais, ferramentas históricas de proteção e garantia dos cidadãos em face do Estado, são indispensáveis ao resguardo da dignidade humana e ao respeito das prerrogativas individuais das pessoas em face deste ente idealizado para promover os interesses da coletividade, mas que não raramente abusa de suas prerrogativas.

Com o desenvolvimento histórico do Estado e da sociedade, entretanto, observou-se que não apenas o Estado era responsável por ataques aos direitos fundamentais. A verticalização das relações sociais, principalmente a partir da revolução industrial, fez surgir entidades privadas de quilate desproporcional aos demais indivíduos que, em que pese seu caráter privado, por seu poder e grandeza, podem cometer abusos aos direitos fundamentais.

A vida em sociedade é marcada por desigualdades entre juridicamente semelhantes, trazendo à tona a necessidade de, não raro, resguardar os direitos dos particulares contra ações descuidadas de outros particulares. A tarefa, que não se identifica com aquela desempenhada na aplicação dos direitos fundamentais às relações Estado-sociedade, traz o enfrentamento de diferenças primordiais, em busca de uma solução.

Para tanto, é indispensável a delimitação dos atores principais, suas características primordiais, traçando um panorama das questões intransponíveis ao raciocínio conclusivo. Necessário, assim, tratar dos direitos fundamentais, de sua posição na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, da sua conformação como base de um Estado Democrático de Direito. Do papel da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro como base e, ao mesmo tempo, todo conformador e direcionador das demais áreas de conhecimento jurídico.

Definir os objetos de estudo, dando a eles um significado unívoco a ser utilizado ao longo do processo, é indispensável a uma compreensão satisfatória do trabalho. Pretende-se, assim, traçar um perfil metodológico básico, a nortear a discussão posta.

## 1.1. APORTE TEÓRICO PRIMORDIAL

Antes de adentrar no enfrentamento e delinemaneto dos atores envolvidos na temática proposta, é indispensável delimitar as premissas teóricas a serem utilizadas no trabalho, para que seja possível estabelecer um canal de comunicação sem dúvidas conceituais e sem a adoção de pontos de partida distintos, o que pode fulminar qualquer pretensão de coerência científica.

Não é possível tratar da aplicação dos direitos fundamentais previstos na Constituição sem que seja feita a necessária diferenciação entre regras e princípios; sem estabelecer como o conflito normativo deve ser resolvido, se pelos pressupostos de tudo ou nada típicos das regras ou se por meio de atividade ponderativa, com o fito de conciliar os princípios contrapostos.

Da mesma forma, como se falar em eficácia dos direitos fundamentais nas relações interparticulares, sem questionar o que de fato se entende por eficácia no presente esforço monográfico. A mesma preocupação envolve a necessidade de delimitar, ao menos de forma simplificada, a abrangência do termo aplicabilidade.

Enfim, como obstáculo primordial, mister tornar unívocos os conceitos envolvidos na questão proposta, com a definição dos sentidos e caminhos escolhidos como ponto de partida deste trabalho.

### 1.1.1. Princípios e regras

A distinção entre princípios e regras é de suma importância para a análise da constitucionalização do direito e para o questionamento da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações interparticulares. E, em que pese existam teorias que sustentam a paridade entre princípios e regras, como pressuposto do presente trabalho importam aquelas que os aceitam como expressões normativas distintas, com peculiaridades e conformações específicas.

Dentre as teorias que aceitam a existência de diferenças entre estas expressões normativas, há aquelas que entendem que a distinção é meramente gradual, ou seja, regras e princípios possuem graus diferentes de generalidade e abstração, e há aquelas que entendem que essas normas possuem estruturas lógicas diversas, não se tratando de uma mera diferença de graus.

Como este trabalho não tem como finalidade o aprofundamento nas teorias de distinção entre princípios e regras, a exposição se limitará à premissa teórica mestra ao seu desenvolvimento. Portanto, e seguindo a linha desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva, em *A Constitucionalização do Direito*<sup>2</sup>, serão feitas considerações sobre aspectos primordiais ao enfrentamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com distinção de duas concepções mais tradicionais no Brasil: a proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello e a desenvolvida por Robert Alexy.

O primeiro ponto que merece destaque é o entendimento dos princípios como disposições essenciais de um sistema jurídico, clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para o autor administrativista:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que tem por nome sistema jurídico positivo.<sup>3</sup>

A definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, portanto, baseia-se em quesitos de fundamentalidade para apontar se determinada norma deve ser considerada como princípio ou regra de determinado sistema. Enquanto os princípios demonstram essencialidade, generalidade e abstração típicas de normas que dão sentido e base ao todo jurídico, as regras são claramente identificáveis e diretas, regendo situações específicas.

---

<sup>2</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 817-818.

De outro lado, os princípios como mandamentos de otimização, teoria que teve como principal expoente Robert Alexy, entende que “princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.”.<sup>4</sup>

Para Alexy, em síntese de Humberto Ávila:

A distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no modo de tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois valores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie* na medida em que podem ser superadas ou derogadas em razão de outros princípios colidentes.<sup>5</sup>

Assim, a diferença crucial entre princípios e regras está no fato de que, enquanto princípios devem ser realizados na maior medida possível, podendo variar de acordo com o caso concreto apresentado ou com as regras existentes especificamente para o caso, ou ainda, e principalmente, quando observados outros princípios colidentes, as regras devem ser respeitadas e realizadas em sua totalidade.

Isto é, uma vez aceita a validade da regra, não existe a possibilidade de observá-la em maior ou menor grau, mas, ao contrário, ou ela é cumprida ou não. Por isso, entende-se que as regras obedecem a raciocínios de tudo ou nada. O conflito entre regras deve ser resolvido por um raciocínio excludente, segundo o qual, partindo-se do pressuposto de validade de ambas as regras, apenas uma delas é aplicável ao caso, excluindo-se mutuamente. Está-se diante, em síntese, de um problema de validade.

Os princípios, ao revés, não se contrapõem por uma lógica de exclusão, mas de complementaridade. Como são valores que devem ser

<sup>4</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32.

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 38

observados na maior medida possível, é diante da situação fática e das condições jurídicas existentes no caso sob análise que um irá eventualmente prevalecer sobre outro princípio igualmente válido e aplicável. Enquanto o conflito entre regras resolve-se pela subsunção, o conflito entre princípios resolve-se pelo sopesamento e ponderação para definir a preferência no caso específico.

A finalidade desta distinção inicial não é a definição de qual das teorias sobre distinção entre princípios e regras é a mais adequada, mas a opção por uma configuração de princípios que se coadune com o tema a ser apresentado. A despeito de preferências pessoais sobre uma ou outra concepção, o que importa é não fazer miscelâneas conceituais ou retalhos teóricos, misturando teorias que partem de premissas às vezes inconciliáveis.

Como destaca Virgílio, dissertando sobre a necessidade de uma filiação a uma ou outra teoria, um princípio pode ter a estrutura de um mandamento de otimização e ser “um mandamento nuclear do sistema, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa [na concepção de Alexy] e não de sua fundamentalidade.”. Do mesmo modo, pode uma regra ser considerada mandamento essencial de determinado ordenamento jurídico, sem que tenha estrutura de mandamento de otimização.

Assim, e seguindo a linha de raciocínio proposta por Virgílio Afonso da Silva, quando se falar em princípio, estar-se-á aqui considerando o mandamento de otimização, a norma que segundo sua estrutura está imbuída da necessidade de sopesamento e ponderação no caso concreto. Ao se falar em princípio, não é o objetivo transmitir uma ideia de “norma fundamental” de determinado ordenamento jurídico, podendo o ser por coincidência.

Firma-se, então, a premissa teórica básica de que princípios serão utilizados com o sentido de mandamento de otimização, segundo a teoria de Alexy, e não sob critérios de fundamentalidade, como o adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Afinal, o que é considerado princípio por um, pode não o ser para o outro.

### 1.1.2. Eficácia e aplicabilidade

Outra necessária distinção, de essencial significado para o desenvolvimento deste trabalho, é um posicionamento acerca dos conceitos de eficácia, efeitos e aplicabilidade dos direitos fundamentais, ainda que de maneira não aprofundada, já que não é o escopo deste estudo.

Aplicabilidade e eficácia, muito embora sejam fenômenos conexos, dependendo a aplicabilidade da existência de eficácia, nos ensinamentos de José Afonso da Silva<sup>6</sup>, não são conceitos idênticos. Isso porque, como destaca Virgílio Afonso da Silva, muito embora a aplicabilidade não exista sem que a norma tenha eficácia, a norma pode ter eficácia sem que tenha aplicabilidade.<sup>7</sup> Outra coisa que não pode ser confundida é a possibilidade de produzir efeitos com os efeitos propriamente ditos.

Por isso, segue-se a linha proposta por Virgílio Afonso da Silva, na diferenciação dos conceitos propostos, em síntese cujo teor deve ser colacionado:

(...) decidir sobre aplicabilidade é decidir sobre uma conexão entre fatos e normas. Aplicabilidade, portanto, é um conceito que envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia. Norma aplicável, nesse sentido é aquela que não somente é dotada de eficácia – capacidade de produzir efeitos -, mas, também, cujo suporte fático se conecta com os fatos de um determinado caso concreto.<sup>8</sup>

Em síntese, eficácia é a capacidade de produção de efeitos (consequências da previsão normativa) por uma norma, enquanto aplicabilidade diz respeito a se a norma irá produzir efeitos especificamente em determinada situação fática. Vale dizer, quando se afirma que os direitos fundamentais não têm aplicabilidade nas relações entre particulares, quer-se afirmar, nesta concepção, que, apesar de possuírem eficácia geral, não produzem efeitos nas relações entre particulares.

---

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

<sup>7</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>8</sup> Idem, *ibidem*, p. 56.

Desse modo, e é o que será adotado no presente trabalho, para falar da sujeição dos particulares aos direitos fundamentais, o termo utilizado será “aplicabilidade”.

## 1.2. VISÃO GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.2.1. Conceitos e distinções

Antes de propriamente entrar na conceituação dos direitos fundamentais e em sua conformação normativa, é necessário tecer alguns comentários sobre a diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos, na medida em que é uma questão não raro embaralhada, diante da identidade dos destinatários desses direitos: os seres humanos.

Um dos critérios comumente utilizados para a caracterização de determinado direito como humano ou fundamental é o critério espacial, ou seja, onde esses direitos podem ser encontrados. É o que destaca Ingo Wolfgang Sarlet, em *Eficácia dos Direitos Fundamentais*:

Em que pese ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) serem comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção, é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados na esfera de direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referirem-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35-36.

Ou seja, por meio desta distinção espacial, são considerados direitos fundamentais aqueles que se encontram nas constituições dos Estados, colocados como liberdades individuais e base do Estado de Direito que determinada Constituição revela. Os direitos humanos, de outra monta, estão previstos em documentos internacionais, em que diversos países se propõem a reconhecer determinados direitos como intrínsecos a todos os seres humanos, independentemente de sua subordinação a determinada ordem constitucional.

Outro critério utilizado é a existência, ou não, de força normativa. Tendo em vista que os direitos fundamentais estão expressamente previstos na Constituição ou decorrem do conjunto de direitos que ela dispõe, possuem força normativa e cogente. Os direitos humanos, por outro lado, *a priori* não possuem, a menos que sejam internalizados pelos processos dispostos no respectivo ordenamento jurídico.<sup>10</sup>

A utilização do termo "direitos fundamentais" no decorrer deste ensaio, refere-se tão somente aos direitos individuais previstos no texto constitucional ou àqueles decorrentes do regime e princípios por ela adotados (art. 5º, §2º, CF/88), e aos previstos em tratados internacionais, desde que internalizados e partes integrantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Ultrapassado esse ponto inicial, parte-se a uma necessária conceituação dos direitos fundamentais. Diversos autores debruçam-se sobre este mister, trazendo conceitos próprios ou, por vezes, releituras de conceitos mais tradicionais. Sarlet, por exemplo, conceitua os direitos fundamentais como sendo:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição e, portanto, retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> No caso da Constituição da República Federativa do Brasil, existe, além de artigo sobre a internalização de tratados internacionais gerais, dispositivo específico sobre a produção de efeitos de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Trata-se do §3º, do art. 5º da CF/88, que assim versa: "§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 89.

Dimitri Dimoulis ensina serem os direitos fundamentais "direitos subjetivos garantidos pela própria Constituição e, portanto, dotados de supremacia jurídica. Os direitos fundamentais vinculam o exercício do poder do Estado, limitando-o no intuito de garantir a liberdade individual.". <sup>12</sup>

José Afonso da Silva denomina como direitos fundamentais do homem aqueles que "além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.". <sup>13</sup>

Pode-se entender por direitos fundamentais, portanto, aqueles que são intrínsecos à condição de seres humanos, essenciais à existência humana, e estão positivados no ordenamento jurídico de um Estado.

### **1.1.2. Breve compreensão histórica e principais características dos direitos fundamentais**

Apesar de remontarem manifestações jusnaturalistas anteriores, os direitos fundamentais foram constitucionalmente reconhecidos pelas Cartas Políticas, no contexto americano e europeu, no final do Século XVIII. Os direitos fundamentais positivados decorreram da sucessiva afirmação legislativa de direitos emanados das ideias de liberdade e dignidade humana.

Pouco antes das primeiras positivações constitucionais, impende citar as declarações de direitos inglesas do Século XVII, a *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1689). Essas cartas de direitos satisfizeram positivações dos costumes presentes na sociedade em termos de legalidade penal, proibição de prisões arbitrárias, liberdade de expressão, direito de

---

<sup>12</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral do Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 178.

petição, entre outros. Significaram a progressiva afirmação dos direitos do povo em face da monarquia absolutista da época.

Segundo destaca Ingo Wolfgang Sarlet, no entanto, essas expressões de limitação ao poder monárquico e afirmação de liberdades e prerrogativas individuais em face do Estado não podem ser consideradas como a primeira afirmação positivada dos direitos fundamentais, porquanto “os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo de supremacia e estabilidade.”<sup>14</sup>

Nas declarações americanas de 1776, (Declaração de Direitos do Povo da Virgínia), pela primeira vez os direitos naturais, reconhecidos como inerentes aos homens por sua própria condição de ser humano, foram positivados, com oponibilidade aos entes estatais, com supremacia normativa e garantia de judiciabilidade pelo controle de constitucionalidade a ser exercido pela Suprema Corte.

Em 1789, como fruto do espírito revolucionário e antiabsolutista da Revolução Francesa, foi positivada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Assim como a Constituição Americana de 1787, também afirmou legislativamente os direitos naturais de todas as pessoas, de nítido caráter inalienável, inviolável e imprescritível.

A concepção liberal-burguesa de ambos os Estados de Direito, tanto o norte-americano como o francês, está aliada à concepção clássica dos direitos fundamentais, entendidos como liberdades individuais e direitos de defesa em face do Estado. São os chamados direitos negativos de primeira dimensão, pois implicam em uma abstenção do Estado em favor dos indivíduos, evitando abusos e ingerências do ente estatal.

As necessidades dos cidadãos fizeram surgir ambições sociais que puderam ser identificadas como típicas de determinado momento histórico e foram aninhadas em dimensões de direitos fundamentais. Essas dimensões, que não se substituem gradativamente, mas, ao contrário, se somam formando um forte

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51.

arcabouço de direitos, são expressões dos direitos fundamentais que foram sendo paulatinamente positivados ao acompanhar as mudanças sociais.

A primeira dimensão de direitos fundamentais, como destacado acima, é formada pelos direitos individuais de defesa dos cidadãos em face do Estado, primeira prerrogativa deslumbrada como indispensável a conter os abusos estatais. São responsáveis por criar uma zona de não-intervenção estatal e de autodeterminação privada. São os clássicos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade privada e direitos de participação política.

Os direitos de segunda dimensão são os direitos prestacionais, de cunho social, surgidos após a Revolução Industrial e de imperiosa necessidade em face das desigualdades sociais e dos desmandos do poderio econômico dos conglomerados industriais. Percebeu-se que apenas o direitos negativos liberal-burgueses não era suficientes a promover a dignidade humana e o desenvolvimento pessoal digno. Ao Estado foi atribuído comportamento ativo na realização da justiça social. Trata-se não mais apenas de resguardar a liberdade individual perante o Estado, mas de uma liberdade propiciada pelo Estado, por meio da promoção do bem-estar social.

A terceira dimensão de direitos fundamentais é conhecida como direitos de solidariedade e fraternidade, pois destinam-se a proteção de grupos de seres humanos ou da coletividade em geral. São exemplos os direitos a um meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, à utilização e conservação do patrimônio histórico e cultural, entre outros.

Há aqueles, encabeçados por Paulo Bonavides, que identificam a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que seriam produto da globalização. Seriam direitos reconhecidos e protegidos em plano além Estado, relacionados ao direito de informação e à democracia, por exemplo.

Os direitos fundamentais, portanto, conformaram os direitos naturais inerentes ao homem, construindo um Estado de Direito, baseado em garantias individuais mínimas de convivência com o Estado, garantias de bem-estar social promovidas pelo Estado e de garantias de ordem coletiva e transindividual a serem resguardadas pelo Estado. Tais direitos consubstanciam o conjunto de garantias essenciais ao cidadão e à vida em sociedade e, nas palavras de Sarlet:

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidade consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformaram-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica “reserva de justiça”, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal.<sup>15</sup>

No Brasil, a matéria dos direitos fundamentais foi tratada com a devida relevância apenas na Constituição de 1988, em que pese tenham existido manifestações em constituições anteriores. Além de seu enorme catálogo de direitos fundamentais garantidos, uma das mais importantes inovações da Constituição Cidadã foi a inserção do §1º do art. 5º, segundo o qual “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possui aplicação imediata”, ou seja, independem de qualquer formulação legislativa específica para sua consecução, a menos que preveja eficácia limitada em seu texto.

Ultrapassadas pontuações sobre uma breve digressão histórica dos direitos fundamentais, necessário sejam estabelecidas as principais características desses direitos, no que importa para o desenvolvimento do raciocínio dissertativo deste trabalho.

A doutrina tradicional, sempre tendo por parâmetro a relação estabelecida entre Estado e cidadãos, aponta que os direitos fundamentais são: a) universais: pois são acessíveis a todos os seres humanos, ou seja, a condição de ser humano é suficiente para a acessibilidade a estes direitos<sup>16</sup>; b) absolutos: por não poderem sofrer qualquer tipo de restrição e ocuparem o topo do ordenamento jurídico, o que é questionável diante da necessidade de ponderação no caso de conflito de direitos fundamentais, por exemplo; c) históricos: tiveram seu conteúdo conformado ao longo da evolução histórica das relações sociais; e d) irrenunciáveis e inalienáveis: os direitos fundamentais não podem ser objeto de negócios jurídicos ou serem simplesmente renunciados. Essa característica é devidamente

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 71.

<sup>16</sup> A afirmação, contudo, comporta ponderações, tendo em vista que, como destaca Paulo Gustavo Gonet Branco, em *Curso de Direitos Constitucional* (p. 271), existem direitos que se referem, de fato, a todos os seres humanos pela própria condição pessoa, existem outros, contudo, que são direcionados a grupos específicos, como os trabalhadores, por exemplo.

questionada nas relações estabelecidas entre particulares, porquanto há o confronto de direitos fundamentais de igual importância, havendo necessidade de cedência de um deles na análise do caso concreto.

Importa ressaltar, invariavelmente, que as características dos direitos fundamentais comumente abordadas pela doutrina e pela jurisprudência, ao levarem em consideração a tradicional relação estabelecida entre Estado e indivíduos, não podem ser trasladadas às relação interparticulares sem que sejam feitas as acomodações necessárias, tendo em vista que não há, *a priori*, supremacia de poder nas ditas relações horizontais.

Virgílio Afonso da Silva faz importante ressalva neste particular, a saber:

As mencionadas características dos direitos fundamentais, que a doutrina defende quase que sem variações, pressupõe, a meu ver, que os efeitos dos direitos fundamentais limitam-se às relações verticais entre Estado e indivíduos. É nesse contexto que ainda faz um certo sentido se falar em inegociabilidade, irrenunciabilidade etc. Mas, se os direitos fundamentais produzem também efeitos nas relações horizontais, isto é, nas relações entre particulares, insistir em algumas dessas características pode impedir qualquer possibilidade de discussão sobre o tema. Isso porque, como será visto adiante, só é possível aceitar que direitos fundamentais sejam restringidos com base na autonomia da vontade se se aceitar que é possível negociá-los – ainda que isso soe quase como uma heresia – e até mesmo a eles renunciar – ainda que isso possa soar como impossível.<sup>17</sup>

Ou seja, algumas características tradicionalmente consideradas para os direitos fundamentais nas relações verticalizadas não podem prevalecer em uma análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações interparticulares, tendo em vista que dissipariam qualquer tipo de argumentação. Não é possível falar que os direitos fundamentais seriam irrenunciáveis, por exemplo, já que há o confronto entre direitos de igual importância entre titulares em situação contraposta.

Virgílio pontua, o que se transcreve por sua importância:

Um modelo que pretenda explicar a constitucionalização do direito e, mais de que isso, que pretenda dominar o problema

---

<sup>17</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 51.

da vinculação dos particulares a direitos fundamentais tem que, imprescindivelmente, partir de uma concepção de direitos fundamentais que aceite, pelo menos em um bom número de casos, a possibilidade de renúncia ou negociação de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, nos termos fixados anteriormente. Se assim não for, a discussão fica resolvida antes de ser iniciada. Se se continuar aceitando, sem grandes reflexões, as características jusnaturalistas dos direitos fundamentais, especialmente a sua irrenunciabilidade, a autonomia privada encontrará um obstáculo intransponível dos direitos fundamentais. Em todas as relações em que esses direitos estejam em jogo, a autonomia privada deverá ceder e o Estado terá o dever de intervir para garantir os direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de seus titulares.<sup>18</sup>

Os autores defensores da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre pessoas privadas, por isso, entendem que apenas os direitos concernentes à autodeterminação do indivíduo estariam alcançados por esse característica de irrenunciabilidade (direito à vida, à saúde, à integridade física, entre outros). Desta feita, os direitos fundamentais, uma vez que objetos de ponderação neste tipo de relacionamento, não podem ser considerados inflexíveis, indisponíveis ou irrenunciáveis. O direito fundamental de alguém poderá ceder em face de outra pessoa também titular de direitos individuais.

## 1.2. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, em uma visão contemporânea e de inegável importância, podem ser vistos tanto como direitos subjetivos do indivíduo a ter sua esfera individual respeitada contra abusos ou ingerências estatais, quanto como direitos objetivos da comunidade a ter seus direitos fundamentais protegidos pelo Estado, com os valores constitucionais irradiados por todo o ordenamento e sociedade.

O perfil objetivo dos direitos fundamentais foi objeto de estudos doutrinários já mesmo no segundo pós-guerra, quando as descuradas e terríveis

---

<sup>18</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 131.

ações do Estado nazista, *a priori* embasadas legalmente, fizeram surgir discussões em torno da dignidade humana e da força normativa dos direitos fundamentais insculpidas nas Cartas Constitucionais da época.

Entretanto, foi no fim da primeira metade do Século XX, que a Corte Federal Constitucional Alemã, no julgamento do caso Lüth, consignou que os direitos fundamentais não tinham função limitada à defesa do cidadão em face do Estado, protegendo-o contra abusos dos poderes públicos, mas, também, “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.”<sup>19</sup>

O memorável caso Lüth data de 1958, e trata de disputa judicial entre Veit Harlan e Eric Lüth. Harlan era cineasta e durante o período nazista produziu vários filmes que divulgavam os ideais do regime de caráter antissemita. Após o fim do regime, lançou um filme chamado “Amada Imortal”, o que provocou a revolta de Lüth, presidente de uma sociedade livre de imprensa, levando-o a pregar boicote à película. O cineasta, então, baseado no Código Civil Alemão, ajuizou pedido de indenização por danos morais, ante o prejuízo provocado por Lüth.

O caso chegou ao Tribunal Constitucional Alemão que acatou os argumentos de Lüth, no sentido de reconhecer e resguardar sua liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, reconhecendo aplicabilidade dos direitos fundamentais em situações estabelecidas entre particulares, promovendo a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais ao caso concreto, assim como a inegável irradiação dos valores constitucionais às relações interprivadas.

Ou seja, emblematicamente a partir deste importante julgado do Tribunal Constitucional Alemão, configurou-se a existência de uma função para além das clássicas liberdades individuais reconhecidas na maioria das constituições democráticas desde o final do Século XVIII, os direitos fundamentais também deveriam funcionar como conjunto de valores que direcionam a ação positiva do Estado, como promotor da dignidade humana e do bem-estar do povo.

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 167.

Robert Alexy, em *Direito Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade* afirma que, na decisão do caso Lüth, há três ideias que serviram para moldar o Direito Constitucional Alemão:

A primeira ideia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, “ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores”.

Mais tarde a Corte fala simplesmente de “princípios que são expressos pelos direitos constitucionais”. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, a “todas as áreas do Direito”. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (ubiquitous).

A terceira ideia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico.<sup>20</sup>

Jane Reis Gonçalves Pereira também pondera que da sentença do caso Lüth deduz-se:

da dimensão objetiva dos direitos fundamentais um *efeito de irradiação* destes sobre todo o sistema normativo. (...) Em verdade, o efeito de irradiação prende-se à própria ideia de supremacia constitucional, operando, como destacou David Capitant ‘como um caso particular de interpretação conforme’. Trata-se de uma fórmula que exprime o processo de integração entre o direito constitucional e o direito ordinário, bem como a necessidade de adaptação e acomodação do segundo ao primeiro.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade*. *Ratio Juris*. vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-140).

<sup>21</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *in* BARROSO, Luis Roberto (org). *Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 119-191.

Mas não é apenas esse o sentido do viés objetivo atribuído aos direitos fundamentais, Carlos Vieira de Andrade<sup>22</sup>, por exemplo, entende que estes direitos imprimem e expressam determinados objetivos fundamentais da comunidade, devendo ser valorados não somente no âmbito individual, mas também sob um ponto de vista transpessoal. Ou seja, o exercício dos direitos subjetivos individuais está diretamente relacionado ao reconhecimento desses direitos pela comunidade.

Outra vertente entende que os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva implicam a existência de uma eficácia irradiante de seus valores em todo o ordenamento jurídico, fornecendo embasamento e diretrizes para a interpretação de todo o direito infraconstitucional, em uma típica interpretação conforme a Constituição, e fazendo com as regras do Direito privado sejam permeadas pelos ditames constitucionais.

Há quem entenda, também, que a função objetiva dos direitos fundamentais está intimamente relacionada com os deveres de proteção do Estado, segundo o qual incumbe a este zelar e promover o respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente em face dos poderes públicos, mas também nas relações estabelecidas entre pessoas privadas, alheias a interferências estatais diretas. A obrigação do Estado em proteger o efetivo exercício dos direitos fundamentais é considerado, por alguns, expressão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Sarlet complementa que:

Este processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado Liberal para o do Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social o domínio do espaço de vida pessoa.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos (1976) citado por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 176.

Emerson Merlin Clève, dissertando sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pontua que, além da vinculação dos poderes públicos ao dever de respeito e compromisso com direitos fundamentais, conferindo a maior eficácia possível a estas prerrogativas individuais, como por exemplo exercer o poder de polícia e legislar para dar concretude às disposições constitucionais, a dimensão objetiva também:

Vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se conveniu chamar de filtragem constitucional, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais.<sup>24</sup>

Um dos principais desdobramentos, por fim, do perfil objetivo dos direitos fundamentais, seja em qual perspectiva se adote, é a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, sendo portanto ponto de extrema relevância para um adequado entendimento do tom deste estudo.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais leva a uma socialização do direito privado, com a irradiação dos valores constitucionais no direito infraconstitucional, que passa a sofrer influências de valores como a solidariedade e a defesa da dignidade humana, havendo restrição à autonomia privada, antes considerada absoluta sob a perspectiva liberal.

### 1.3. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Qualquer debate sobre constitucionalização do direito e irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito infraconstitucional não pode ser desenvolvido sem que antes se perpassasse sobre a discussão do papel da Constituição em determinada ordem jurídica. É da supremacia da Constituição e da sua função

---

<sup>24</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Crítica Jurídica: Revista de latinoamericana de política, filosofia e derecho*. pp.17-29

normativa que nasce a necessidade de coerência e irradiação de seus valores no direito infraconstitucional.

Em que pese a noção de Constituição como norma jurídica – capaz de embasar ações judiciais quando do descumprimento dos seus preceitos, de ensejar controle de normas infraconstitucionais e de promover aplicação direta e imediata de seus preceitos normatizantes, sem que seja necessária, no mais da vezes, qualquer intermediação estatal – esteja enraizada na compreensão jurídica atual, nem sempre foi este o cenário.

Durante muito tempo prevaleceu a ideia, principalmente diante da ausência de uma jurisdição constitucional, de que a Carta Constitucional trazia, apenas, princípios políticos e organizativos dos poderes constituídos, acompanhados de um complexo de valores extraídos do seio social e de seus costumes. Suas disposições dependiam da vontade legislativa para se concretizar e tornarem-se exigíveis, dependendo disso sua eficácia jurídica.

Além de não ser possível a invocação direta da Constituição por seus jurisdicionados, os ditames constitucionais somente prevaleceriam se existissem leis infraconstitucionais reafirmando-os e tornando-os imbuídos de eficácia jurídica. Somente a partir deste momento os ditames constitucionais teriam eficácia e podiam gerar efeitos no mundo jurídico.

Tempos depois, e principalmente diante da importância dos direitos consolidados na Carta Constitucional, com o fim do regime nazista e suas atrocidades, voltaram a ser palco de discussões em torno de sua exigibilidade direta (a despeito da vontade legislativa), foram sendo desenvolvidos e positivados sistemas de controle de constitucionalidade, baseados na superioridade da Constituição, acompanhados da consolidação da jurisdição constitucional.

Sarmiento destaca que:

Passa-se, dessa forma, do Estado de Direito para o Estado Constitucional, que é aquele no qual, consoante o magistério de Gustavo Zagrebelsky, 'a lei (...) pela primeira vez na época moderna é posta numa relação de conformidade e por isto subordinada a um estrato mais elevado do direito, estabelecido pela Constituição'.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 51.

A definição dos papéis da Constituição também foi uma exigência do *Welfare State*. É que, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social houve uma mudança de paradigma essencial que devia ter ressonância na Constituição de determinado Estado: se o liberalismo contentava-se com uma Constituição que previa liberdades e garantias subjetivas, com nítido aspecto abstencionista, o Estado Social necessitava de uma conduta proativa da Constituição, para consecução de seus fins transformadores da sociedade e de eliminação das desigualdades sociais.

Os princípios e valores de justiça distributiva das constituições sociais, no entanto, não puderam avançar satisfatoriamente, pois tinham contra si um pensamento constitucional hegemônico que estabelecia a autoaplicabilidade e eficácia imediata somente dos dispositivos constitucionais relacionados às definições organizacionais e aos direitos de cunho liberal, com nítido caráter de manutenção do *status quo*. O caráter meramente programático atribuído às demais normas fazia dos direitos sociais e outros de cunho transformador um conteúdo meramente simbólico.<sup>26</sup>

Trazendo uma superação tanto da concepção normativa, que afasta a Constituição da realidade social, colocando-a apenas como topo da pirâmide jurídica dando lógica e integração às normas de um ordenamento infraconstitucional (Kelsen), como da concepção sociológica, que identifica a Constituição aos fatores reais de poder, afastando qualquer relevância do fenômeno normativo-constitucional (Lassale – cuja tese fundamental apregoa que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas políticas), Konrad Hesse desenvolveu a teoria da *Força normativa da Constituição*.<sup>27</sup>

Konrad Hesse afirma que a “força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição Jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle beschaffenheit der gegenwart*)”. Resumindo os principais fatores estabelecidos em seu estudo, o juiz tedesco pontua:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser

---

<sup>26</sup> É a ponderação realizada por SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

<sup>27</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. (Die normative kraft der verfassung)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre o ser (*Sein*) e o dever ser (*Sollen*).<sup>28</sup>

Em outras palavras, Hesse entende que, muito embora a Constituição não possa estar desvinculada da realidade, satisfazendo um produto histórico e social dos valores e princípios arraigados em determinada sociedade, possui também elementos normativos, que devem ser considerados para ordenar e conformar a realidade política e social. Em síntese, a Constituição precisa ser a junção do ser e o dever ser.

Afastar-se da realidade social posta e dos valores sociais de determinado tempo e espaço faz com que a sociedade se afaste da “vontade de constituição”, que reflete a vontade concreta de que a Constituição se realize e seja aplicada ao mundo do ser.

Sobre a necessidade de reconhecimento da soberania e da força normativa da Constituição, principalmente na ordem constitucional brasileira permeada pelo valor da dignidade da pessoa humana, Sarmento ensaia:

(...) No Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípios e valores humanitários, como dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com um capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da lei fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. (Die normative kraft der verfassung)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 24.

<sup>29</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 55.

Há a necessidade premente de reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente quando a ela é atribuído papel transformador da sociedade, irradiando valores e estruturando a realidade do campo social ao econômico. A força normativa da Constituição permite que o ordenamento jurídico seja concebido com unidade, submetido à supremacia da Lei Fundamental, que dá lógica e estrutura ao plexo de disposições normativas infraconstitucionais.

Somente com o reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição é possível discutir a aplicabilidade dos ditames constitucionais, principalmente dos direitos e garantias individuais, às relações interparticulares. É que uma Constituição normativa e suprema irradia valores e confere lógica a todo o ordenamento jurídico que lhe é submisso, não podendo o direito privado andar ao largo das disposições da Lei Fundamental.

## **2. DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA: VALORES IMBRICADOS**

Para que se possa estabelecer uma discussão com igualdade de parâmetros e legitimidade argumentativa, é necessário que os valores e princípios fundantes envolvidos sejam minimamente delimitados. Não é possível falar em aplicação dos direitos fundamentais às relações particulares, sem que sejam oportunamente delineados os principais contornos que revestem a autonomia privada, que acaba por ser flexibilizada nesta empreitada.

Também, é certo, não é possível questionar a prevalência, seja da autonomia privada, seja dos direitos fundamentais, em determinado caso concreto, sem que se tenha em mente a dignidade da pessoa, valor fundante e unificador dos direitos e garantias individuais, coletivos e sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e axioma que, em última análise, pretende-se atingir com a irradiação dos preceitos constitucionais nas questões travadas entre particulares.

Ainda, o fenômeno da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações estabelecidas entre particulares está intimamente relacionado, sendo até mesmo por alguns dessa forma designado, com a constitucionalização do direito civil, caracterizada pela irradiação dos preceitos constitucionais no direito privado, promovendo a necessidade de interpretação conforme a Constituição e adaptações ao espírito da Lei Fundamental.

Sem estas anotações, não é possível seguir integralmente adiante.

## 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA E SUAS LIMITAÇÕES NO PANORAMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A autonomia da vontade e a autodeterminação individual são manifestações da liberdade pessoal e um dos pilares das reivindicações burguesas da Revolução Francesa. É caracterizada pela possibilidade de um indivíduo pautar-se conforme suas convicções, direcionando-se ao rumo que deseja, sem interferências alheias, mesmo estatais, que possam desvirtuá-lo de suas intenções.

Segundo Daniel Sarmento:

Essa autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de 'autogoverno de sua esfera jurídica' e tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade.<sup>30</sup>

Muito além da simples liberdade de contratar, como se vê, a autonomia privada é a autonomia da vontade, base indissociável da Democracia e, assim como os direitos fundamentais, expressão e fundamento da dignidade da pessoa humana, já que não é possível conceber dignidade sem liberdade de autodeterminação, sem a possibilidade da pessoa definir os rumos que pretende dar à sua existência.

---

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 154.

A liberdade de regulação da própria vida e a liberdade existencial de cada indivíduo, entretanto, assim como os demais direitos conformadores do plexo da dignidade humana, não é absoluta. Deve respeitar e moldar-se às necessárias limitações de convivência com outros sujeitos detentores de iguais prerrogativas e semelhantes direitos de conformação pessoal.

Mais, deve moldar-se de modo a conviver com os direitos da coletividade e com as restrições legítimas que a vida em sociedade impõe para que tudo não se transforme em uma completa anarquia, sob o domínio da vontade privada de cada um, diferente, não raras vezes, da vontade privada dos demais. A liberdade individual, em um Estado Constitucional, deve conviver com os ditames democráticos, com a solidariedade, com o direito à igualdade.

Embora a autonomia da vontade não se revista de valor absoluto, como expressão de liberdade e da dignidade humana que é, algumas de suas expressões como a liberdade de associação, liberdade de religião, liberdade de expressão entre outras receberam uma proteção maior dos ordenamentos constitucionais, sendo protegidas até mesmo contra as ações legislativas tendentes a diminuí-las ou extingui-las. Ainda assim, estas expressões de liberdade pessoal terão de ceder quando em conflito com outros direitos fundamentais de igual relevância, devendo haver ponderação no caso concreto.

Uma das manifestações dessa liberdade de vontades e escolhas é a possibilidade de o indivíduo decidir em quais projetos pretende envolver-se, com quais pessoas pretende relacionar-se, em que tipos de negócios jurídicos tem o interesse de participar e vincular seus bens. Ou seja, as pessoas têm a prerrogativa de serem livres na prática de negócios jurídicos lícitos, podendo definir as partes, os contornos e o conteúdo, o que se torna lei entre os envolvidos.

Hoje considerada uma das possibilidades que a concepção de autonomia da vontade abarca, a liberdade de disposição e conformação do próprio patrimônio já foi considerada como expressão maior da autonomia privada. Destaca Luiz Edson Fachin que a concepção civilística clássica trazia atrelada à liberdade e à

autonomia o conceito de propriedade. A autonomia reconhecida aos indivíduos se concretizava na liberdade como valor individualista.<sup>31</sup>

Esse aspecto da autonomia pessoal é definido e setorizado por Caio Mário da Silva Pereira, que assim sintetiza:

A ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a liberdade de criar direitos e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isto e concede-lhes a liberdade de contratar. No plano puramente civilístico, esta se exerce e concretiza nos quatro momentos fundamentais da existência dos ajustes: a) em primeiro lugar, vigora a faculdade de contratar ou não contratar, isto é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniência se cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico-contratual. (...); b) em segundo lugar, a liberdade de contratar implica a escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como o tipo de negócio a efetuar. Não é também absoluto o poder de ação individual, porque às vezes a pessoa do outro contratante não é suscetível de opção, como nos casos dos serviços públicos concedidos sob o regime de monopólio; (...) c) em terceiro lugar, a liberdade de contratar espelha o poder de fixar o conteúdo do contrato, redigidas as suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes.<sup>32</sup>

A liberdade de contratar, e isso não significa apenas contratos complexos como a venda de uma empresa, a participação em uma associação ou a pactuação para prestação de serviços por terceiros, implica firmar relacionamentos em vários momentos singelos, como a compra de um jornal ou a doação de um objeto para um amigo, por exemplo. Os contratos e a manifestação da liberdade contratual estão presentes em praticamente todos os dias da vida de uma pessoa.

Nem todas as manifestações da autonomia privada, contudo, são valoradas da mesma forma. A finalidade precípua da liberdade não deixa de ser a garantia da dignidade humana e é esse o critério para definir quais facetas da autonomia privada são mais caras a este resguardo, e quais estão imbricadas meramente a critérios patrimoniais de autodeterminação.

É que, “se no Estado Liberal o núcleo de proteção da autonomia privada centrava-se na proteção do patrimônio individual e nos direitos que lhes são

---

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Questões de Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar 2008.

<sup>32</sup> SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pp. 9-10.

correlatos, no Estado contemporâneo o foco deve se deslocar para a esfera de decisões existenciais, de caráter afetivo, sexual, religioso, artístico, ideológico, etc.”.<sup>33</sup> Isso leva à existência, por assim se dizer, de um consenso coletivo autorizador de intervenções e relativizações estatais em níveis distintos nesses direitos, a depender de sua raiz, se meramente patrimonial ou se mais fortemente imbricada à dignidade do homem.

E a Constituição democrática de 1988 não encarou o desafio de maneira diversa. Por ser uma Constituição democratizante, outorgada após o regime ditatorial brasileiro, está baseada em três pilares principais garantidores da liberdade tão almejada: a autonomia pública (caracterizada por meio da soberania popular, da garantia voto universal, direto e periódico, mecanismos de democracia participativa); na autonomia privada (com eleição do direito à propriedade como prerrogativa fundamental, com a ordem econômica tendo a autonomia privada como princípio fundante); e os direitos e garantias individuais, colocados em posição privilegiada na Lei Fundamental, em enorme catálogo protegido por cláusula pétrea.

A autonomia privada como pilar liberalizante na Constituição de 1988 expõe, é certo, o viés capitalista e, por assim dizer, patrimonialista do texto, mas um olhar mais atento perceberá que a inserção não foi realizada descuidando dos aspectos sociais que envolvem a atividade econômica. A Constituição revela uma preocupação com a efetiva realização da liberdade, preocupações de ordem material e substantiva que concedam condições ao exercício dessa liberdade.

O real caráter da Constituição, então, é percebido quando ela fala em direito à propriedade observada sua função social; quando afirma que a livre iniciativa é fundamento da República, e ao mesmo tempo consigna que os valores sociais do trabalho também o são; quando não fala em autonomia privada e livre iniciativa dissociada dos objetivos da República que envolve, por exemplo a erradicação das desigualdades sociais.

É possível notar que a Constituição brasileira protege, assim, tanto a autonomia privada existencial, como a autonomia privada patrimonial, mas, apesar de nenhuma das duas ser absoluta, a segunda é mais flexibilizada. A liberdade em suas diversas facetas é protegida e promovida pela Carta Magna, sem descuidar,

---

<sup>33</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 159.

contudo, de dar as condições necessárias para que esta liberdade possa efetivamente ser vivida.

Nos precisos dizeres de Sarmiento:

Esta diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e sociedade adotada pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais importantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas. Já a autonomia negocial, que tem lastro no princípio da livre iniciativa, foi não apenas relativizada pelo texto magno, em razão da preocupação constitucional com a igualdade material e a solidariedade, como também instrumentalizada, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social.<sup>34</sup>

Desse modo, apesar de a Constituição de 1988 proteger a liberdade e a autonomia da vontade, não o faz dissociada da necessária proteção aos demais direitos fundamentais, devendo a autodeterminação pessoal ceder a prerrogativas fundamentais de igual importância, necessariamente ponderadas no caso. Há a necessidade de estabelecimento de concessões recíprocas com vistas à máxima realização da vontade da constituição, que não é a preponderância absoluta da autonomia privada, muito longe disso.

Ademais, ao garantir a autonomia privada, a Constituição não descarta a necessidade de garantir os meios necessários à uma liberdade efetiva e substancial, que, certamente, não pode ser vivida em um contexto de desigualdade social e de óbice às condições dignas de vida. Liberdade formal não é o fim maior dos preceitos constitucionais, que estão direcionados à uma liberdade efetiva.

## 2.2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana, termo de conteúdo vago e indeterminado, é palco de tentativas de definição desde tempos imemoriáveis. Vários foram os

---

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*, p. 182.

empreendimentos jurídicos e filosóficos que tentaram definir quem é a pessoa humana e no que se constitui a sua dignidade.

Passa ao largo da finalidade deste trabalho deter-se sobre a problemática da conceituação ou da extensão de conteúdo da dignidade humana, mas é necessário que se coloque a apreensão escolhida, com que se seguirão alguns apontamentos necessários.

Maria Celina Bodin de Moraes, em *O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, destaca que “para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria comum unicamente aos humanos: ‘uma dignidade’ inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra ‘dignidade’ provém do latim: *dignus* é aquele que merece estima e honra, aquele que é importante.”<sup>35</sup>

Como também destaca mencionada autora, relativamente à definição e conceituação da dignidade humana:

O direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva (*rectius*, na história) de determinada comunidade, dispondo sobre sua tutela, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Esclareça-se que não se trata de adotar uma posição jusnaturalista, mas de ressaltar que, evidentemente, antes de se incorporar tal princípio às constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma dignidade própria, cuja base lógica é o universal direito da pessoa a ter direitos.<sup>36</sup>

O valor da dignidade humana, muito embora existam manifestações anteriores, principalmente no pensamento cristão (solidariedade e compaixão com o próximo), na razão iluminista (direitos individuais do homem racional) e na doutrina desenvolvida por Immanuel Kant (o homem como fim em si mesmo), ganhou maior notoriedade e foco no período pós-guerra, havendo maior desenvolvimento de sua teorização sistemática.

As atrocidades promovidas pelo regime nazifascista, em que o extermínio de seres humanos foi utilizado como política de governo legitimada

---

<sup>35</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 111-144.

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*, p. 118.

popularmente, subjugando e submetendo o valor da vida e da dignidade a intentos governamentais aterrorizantes, trouxe diversos questionamentos sobre a proteção da dignidade humana, fazendo com que fosse alçado a valor máximo nos mais diversos ordenamentos jurídicos internacionais, passando a constituir fundamento de Estado.

No Brasil, foi na Constituição de 1988 que a dignidade da pessoa humana foi pela primeira vez consignada como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. José Afonso da Silva pontua que:

A dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.<sup>37</sup>

O conteúdo da dignidade humana é extenso e talvez ilimitado, mas relaciona-se aos direitos fundamentais e humanos, concebidos como direitos inerentes à própria condição de ser humano e indispensável a uma sobrevivência digna, apesar de não se esgotar nestes preceitos. Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade, “o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.”<sup>38</sup>

Com a mobilização internacional em torno do necessário respeito ao conteúdo da dignidade humana, materializado em diversos pactos internacionais em que os mais diversos países se comprometeram por este ideal – a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por exemplo, enuncia em seu artigo 1º que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” -, observou-se que a lógica capitalista era massacrante e acabava por comprometer a liberdade e a dignidade das pessoas excluídas pelo sistema. Aqueles desprovidos de riqueza

---

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 146.

<sup>38</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 102.

material vivem à margem da sociedade, não possuindo condições mínimas de existência.

Diante dessa verificação, os ordenamentos jurídicos começaram a transformar necessidades sociais em direitos eficazes e exigíveis. A Constituição brasileira de 1988 incorporou além das liberdades individuais clássicas e de direitos individuais políticos e relacionados à nacionalidade, direitos sociais de natureza prestacional que têm por escopo dar condições de vida condizentes com o ideário da dignidade humana.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos:

Sem essas condições materiais mínimas, *e.g.*, de educação, saúde, alimentação, informação etc., os direitos individuais e políticos eram pouco mais que papel e tinta. Pelas mesmas razões, a democracia, sem que todos os participantes da deliberação tenham condições básicas de dignidade material, descreve apenas uma ficção.

(...) Desde o início do Século XX, portanto, tem-se procurado transformar o atendimento dessas necessidades em *direitos*, introduzindo-os no ordenamento jurídico. Esta foi a fórmula encontrada para afirmar que esses bens fundamentais formam imperativos da dignidade humana, não podendo depender da provisão do mercado.<sup>39</sup>

Os princípios constitucionais corolários da dignidade humana, de nítido conteúdo normativo, além de ter por consequências jurídicas assegurar um tratamento humano e não degradante, promoveu uma completa inversão da visão jurídica individualista baseada na ordem civil privatística, encontrando nos ditames da liberdade, igualdade e solidariedade seu fundamento axiológico.

Na tentativa de sistematização do raciocínio, Maria Celina Bodin de Moraes explica:

Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, por isso, do discurso e da ação -, será desumano, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (sujeito de direitos) à condição de objeto.

O substrato material da dignidade, desse modo entendida, pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral

---

<sup>39</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 132-133.

(ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado.<sup>40</sup>

Feitas estas pontuações, porquanto em vão seria a tentativa de definição de um conceito e conteúdo precisos da dignidade humana (empreitada de cunho marcadamente filosófico e político), pode-se concluir que este princípio fundamental do Estado Democrático de Direito do Brasil é o direito que as pessoas possuem de ter direitos, considerando-se contrário à dignidade humana tudo aquilo que tenda a reduzir esse sujeito de direitos à condição de objeto.

Que a dignidade se busca e materializa por meio da observância dos direitos fundamentais dos indivíduos, pautados na liberdade, na igualdade e na solidariedade social. E que não é possível estabelecer uma dignidade fática sem atendimento a condições mínimas de existência, necessidades sociais que foram positivadas determinando um conteúdo prestacional a ser garantido pelo Estado. E que a dignidade humana, como valor fundante da democracia, irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, devendo as disposições infraconstitucionais serem interpretadas sob seus auspícios.

### 2.3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Enquanto o Estado Liberal foi marcado pela supremacia do individualismo, o que refletiu em codificações individualistas e patrimonialistas, o Estado Social, que empreendeu maior intervencionismo estatal nas relações estabelecidas entre particulares para promoção da igualdade substancial, foi marcado pelo primado do direito público, em detrimento do direito privado. Com o *Welfare State* houve a limitação da autonomia de vontade dos particulares em busca da justiça social.

---

<sup>40</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 120.

Essa limitação, segundo Eugênio Facchini Neto, “se dá principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Ou seja, abandona-se a ética do individualismo, pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.”<sup>41</sup>

Na época do Estado Liberal, o direito privado servia aos anseios da classe dominante (burguesia), descurando dos desfavorecidos que não possuíam patrimônio. A legislação privada codificada servia para manter as regras do jogo, estabilizando as relações econômicas, o que rendeu à esta época o título de “era da segurança”. O direito privado intrinsecamente patrimonialista estava assentado sobre dois pilares principais: a propriedade e o contrato. A autonomia privada, portanto, era considerada inflexível e absoluta.

Com o fenômeno da publicização do direito privado e da força normativa da constituição, que fez mudar o centro do ordenamento jurídico dos códigos totalizantes para uma Constituição democrática e dirigente, foram incorporados princípios civis ao plexo de direitos constitucionalizados. Os princípios fundantes do direito civil passaram a ter sua base e contornos essenciais delineados pelo texto magno. A hierarquia das normas constitucionais e de seus valores intrínsecos passaram a ser exigência na aplicação do direito infraconstitucional. O Direito Civil teve seu centro deslocado para o ser humano, quando antes o patrimônio era o principal ator de seus preceitos.

Facchini Neto bem destaca que é de:

Notável valor hermenêutico a constatação de que a migração de institutos e princípios do direito privado para o texto constitucional acarreta uma mudança de perspectiva, pois ‘de modo contrário ao Código Civil, que conserva os valores da sociedade liberal do Século XIX, a Constituição projeta e estimula a fundação de uma nova sociedade com suas normas programáticas’. Isso significa que o valor da segurança, ligada à estabilidade das relações jurídicas, que caracterizava as codificações liberais, deve saber transigir com o valor da esperança, ligada à transformação do existente, em prol de uma nação comprometida com o horizonte traçado na Carta Maior – a criação de uma sociedade livre justa e solidária, com

---

<sup>41</sup> NETO, Edson Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46.

vida digna para todos, em ambiente caracterizado pelo intenso pluralismo.<sup>42</sup>

O que se percebe, então, é que além de algumas relações privadas possuírem importância tal que foram diretamente abordadas pela Constituição, em um fenômeno chamado por alguns doutrinadores de “relevância constitucional das relações privadas”, o direito privado foi permeado por valores constitucionais e passou a ser influenciado pelo novo legado da hermenêutica constitucional contemporânea que tem a força normativa da Constituição como baluarte. É a chamada constitucionalização do direito privado.

Com os valores da solidariedade social e da dignidade humana, também, os códigos, que antes eram o centro de todo o direito privado, passaram a ser setorizados por legislações esparsas e extravagantes que cuidavam de determinado grupo de pessoas socialmente fragilizadas e que deveriam ser tuteladas sob o valor da solidariedade social. Surgem os estatutos da criança e do adolescente, o código de defesa do consumidor, o estatuto do idoso, entre outros.

Daniel Sarmento, lançando olhar sobre a questão da desfragmentação do direito civil e da supremacia da Constituição, pontua que:

Deveras, a posição hierárquica da Constituição, a abertura de suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam também sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar suas partes e informar seu conteúdo. Ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição. A unidade do ordenamento, não apenas no sentido lógico-formal, mas também no substantivo, fica recomposta, pois a Constituição costura e alicerça todo o manancial de normas editadas pelo nada parcimonioso legislador contemporâneo.<sup>43</sup>

A constitucionalização do direito civil, assim, tem como característica principal a leitura do direito infraconstitucional sob um filtro hermenêutico constitucional. Vale dizer, não é possível aplicar o direito das coisas, sem levar em

---

<sup>42</sup> NETO, Edson Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.

<sup>43</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 75.

consideração o ditame constitucional da função social da propriedade que, sem dúvida, traz a solidariedade social para o direito civil, antes fortemente marcado pelo absolutismo do patrimônio.

Com este fenômeno de deslocamento da definição dos contornos de conceitos civis para a Constituição e irradiação dos efeitos desta sobre o direito privado, há uma nítida “despatrimonialização” do direito civil, que passa a ter como centro a pessoa e, não mais, meramente o patrimônio. Luiz Edson Facchin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, atentos ao fenômeno, pontuam que:

A tutela e a promoção da dignidade humana são fundamentos de toda a ordem jurídica – não só do Direito Público – sendo, pois deveres atribuídos a todos, e não só ao Estado. A noção de liberdade vinculada à propriedade, por exemplo, que contemporaneamente se manifesta como liberdade de iniciativa, é expressamente funcionalizada à dignidade da pessoa, conforme se depreende do artigo 170 da Constituição Federal. Opera-se a inversão de fundamento do Direito Civil, que se desloca do “ter” para o “ser”.<sup>44</sup>

Por seu caráter democrático, por sua força normativa e vinculativa, além de seu poder dirigente, os princípios e valores constitucionais também permeiam o direito privado por meio da atividade legislativa, que não pode desconsiderar os preceitos constitucionais na edição e modificação das normas infraconstitucionais, sob pena das normas serem alvo de controle material de constitucionalidade.

Outra consequência importante da constitucionalização do direito civil, para alguns, é a possibilidade de vinculação das atividades e relações privadas aos direitos constitucionais, havendo relativização da autonomia privada em face dos direitos fundamentais existenciais eventualmente colidentes, a depender do caso concreto. É que a Constituição, ao deixar de ser uma carta meramente política, deve integrar todo o ordenamento jurídico e derramar seus efeitos tanto sobre os poderes públicos quanto sobre as pessoas privadas. Essa questão, contudo, é controversa e por isso constitui o propósito do presente estudo.

---

<sup>44</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. in: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

É que, adiantando o conteúdo a ser posteriormente discutido, há quem entenda que a interpretação conforme a constituição é instrumento praticamente suficiente a coadunar as disposições do direito privado aos ditames constitucionais. Somada à ela, deve o legislador, este sim vinculado aos direitos fundamentais, fazer inserir nas regras de direito privado portas de comunicação com a lei fundamental, por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados a refletirem os valores constitucionais.

Há quem entenda, ademais, que apenas o Estado está vinculado aos limites impostos pelos direitos fundamentais nas relações firmadas com os indivíduos, não sendo possível a oponibilidade desses direitos às relações interparticulares, sob pena de sacrifício da autonomia privada e do direito privado. Sarmiento resume esse temor:

Argumenta-se que a eficácia direta da Constituição nas relações privadas “marginaliza o legislador”, (...) degrada o princípio da autonomia privada e dissolve a certeza da letra impressa da lei numa nebulosa de valores com o conseqüente sacrifício da segurança jurídica, até consagrar uma espécie de totalitarismo dos valores constitucionais aos quais deverão se submeter os particulares em todas as suas relações privadas juridicamente relevantes. Teme-se a descaracterização completa do direito privado, com perigos intoleráveis para a autonomia privada.<sup>45</sup>

Assim, pode-se dizer que a constitucionalização do direito privado abarca a interpretação conforme a constituição e a utilização de um filtro constitucional na leitura da legislação infraconstitucional, assim como a necessidade da vontade legislativa obedecer aos preceitos constitucionais, mesmo que impressos em normas de caráter nitidamente dirigentes, sob pena de controle de constitucionalidade. O fenômeno promoveu, ainda, ante o valor da dignidade humana e da solidariedade social, a proliferação de estatutos que salvaguardam grupos fragilizados da sociedade.

Não se pode dizer com vigor, contudo, que é pacífica a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais, tradutores do espírito da Carta Magna, diretamente às relações particulares.

---

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 79.

Necessário, portanto, encaminhar o debate para o delineamento das doutrinas que aceitam, ou não, e em que extensão, a eficácia dos direitos individuais constitucionais nas situações travadas entre particulares.

#### 2.4. A DOCTRINA DO *STATE ACTION*: EQUIPARAÇÃO ENTRE AÇÕES PRIVADAS E ESTATAIS

De viés extremamente liberal, tendo como corolário o liberalismo clássico, e por isso mesmo mais sedutora nos Estados Unidos, a tese do *state action* apregoa que os direitos fundamentais foram concebidos como direitos defensivos em essência e não podem ser aplicados às relações entre particulares.

Essa teoria negadora tem como tronco o argumento segundo o qual a liberdade individual é protegida quando se define um espaço de conduta privada que não precisa se adequar à Constituição. Vale dizer, a doutrina do *state action* estaria protegendo o bem maior do ser humano, a liberdade, não trazendo regulamentações externas ao domínio de arbítrio essencialmente particular.

Daniel Sarmento<sup>46</sup>, em *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, destaca que, muito embora esta corrente negativista seja mais forte nos EUA, foi na Alemanha que teve seu berço, com Ernest Forsthoff. O autor tedesco defendia, em tese abandonada após reiteradas decisões contrárias do Tribunal Constitucional Alemão, que a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares acabaria por dissolver a Constituição e transformá-la em mera ordem de valores, aplicável indiscriminadamente.

Afirmava que a aplicação destes direitos tipicamente de defesa a relações horizontais iria de encontro à vontade histórica do constituinte e subverteria a hermenêutica constitucional tradicional, de que o autor alemão era ferrenho defensor. Como dito, essas tentativas de inaplicabilidade dos direitos fundamentais

---

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

entre particulares na Alemanha foram superadas pelo posicionamento contrário do Tribunal Constitucional Alemão.

Outrossim, foi nos Estados Unidos que a teoria ganhou e manteve sua força, diante do nítido caráter liberal daquele país e do culto à tradicional liberdade contratual plena. É praticamente um postulado inafastável do direito constitucional estadunidense a ideia de que o *Bill of Rights* da Carta norte-americana impõe limitações apenas aos poderes estatais, não atingindo as relações estabelecidas entre pessoas particulares, com exceção da 14ª Emenda, que trata da proibição da escravidão.

Essa conclusão, quase que inquestionável, é alcançada por seus defensores tanto por meio de uma leitura literal de mencionada carta de direitos, já que na maior parte das cláusulas em que estabelece direitos fundamentais ela faz expressa menção ao Estado como destinatário, como também por meio de digressões teóricas que têm como foco o resguardo à autonomia privada.

É o que se extrai das exposições do pesquisador norte-americano Laurence Tribe, citado por Daniel Sarmento:

(...) imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar suas condutas às exigências constitucionais.<sup>47</sup>

Outro argumento utilizado para defesa da doutrina do *state action* nos Estados Unidos é a preservação do pacto federativo, tendo em vista que a aplicação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição norte-americana às relações privadas acabaria por invadir o espaço legislativo dos estados federados, a quem compete a confecção de quase totalidade das leis atinentes ao direito privado. Com a interferência de leis constitucionais, os tribunais federais poderiam cometer ingerências nas relações ditadas pelo direito privado.

---

<sup>47</sup> TRIBE, Laurence. in SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 189

Com o passar dos anos, principalmente entre o fim do século XIX e meados do século XX, as bases da doutrina do *state action* foram se consolidando nos Estados Unidos, delineando premissas para além daquela em que apenas o Estado, enquanto ente personificado, era limitado pelos direitos fundamentais, por serem estes tipicamente de defesa.

Premissas como a que permite à União legislar sobre direitos fundamentais incidentes mesmo em relações nas quais o ente estatal não esteja envolvido e a *Public Function Theory*, segundo a qual os direitos fundamentais atingiriam situações em que os particulares atuassem em atividades marcadamente estatais (como em concessões de serviços públicos, por exemplo) trouxeram temperamentos à negação da aplicabilidade horizontal.

Não é difícil perceber que os doutrinadores e julgadores estadunidenses acabaram por desenvolver uma teoria em que a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas seria possível não somente quando o Estado fizesse parte da relação conflituosa, mas também quando o ente privado exercesse função estatal típica ou quando fosse possível imputar ao Estado a conduta praticada pelo particular.

Essas duas opções, encontradas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ampliam a influência dos direitos constitucionais pois, como afirma Juan Mario Bilbao Ubillos, citado por Wilson Steinmetz, as duas conduzem ao mesmo resultado: “ao responsabilizar-se o Estado do ato impugnado, consegue-se prolongar essa especial tutela de liberdades de tal sorte que determinadas controvérsias surgidas entre particulares, excluídas, em princípio, deste âmbito constitucionalmente protegido, acabam compreendidas finalmente nele.”.<sup>48</sup>

Outras atenuações importantes do desenvolvimento jurisprudencial norte-americano traz a aplicação das liberdades individuais aos casos em que o agente particular detivesse estreito imbricamento com entidades governamentais. Com base neste entendimento, a Suprema Corte negou-se a tutelar determinada situação colidente com a Constituição americana, apesar de condizente com o

---

<sup>48</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de state action en la jurisprudência norte-americana. *apud* STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 179.

direito privado, porque, se o fizesse, estaria emprestando sua autoridade a uma situação contrária à Carta Magna.

É que, mesmo que conservando o tradicional entendimento de que os direitos fundamentais não devem interferir nas relações horizontais, os juízes da Corte maior americana não deveriam ou poderiam estimular de qualquer forma o desrespeito ao *Bill of Rights* e às emendas constitucionais. Acabaram, assim, sem superar o estigma tradicional da autonomia privada plena e da liberdade contratual ilimitada pelos ditames constitucionais, por criar artifícios para controle e limitação dos relacionamentos entre as pessoas privadas.

Nesse ponto, concorda-se com Virgílio Afonso da Silva quando afirma que não se deve confundir os fundamentos da doutrina do *state action* (direitos fundamentais são aplicáveis apenas às relações entre Estado e particulares) com seus efeitos. O professor paulistano desconstrói:

(...) a construção jurisprudencial do *state action* tem por objetivo justamente romper com essa limitação [não aplicar os direitos fundamentais às relações particulares] e, para alcançar esse objetivo, tenta definir – ainda que de forma assistemática e casuística – quando uma ação privada é equiparável a uma ação pública. Sempre que essa equiparação for possível, e como se verá adiante, na maioria das vezes essa equiparação é artificial e feita já com o intuito de coibir o ato privado violador dos direitos fundamentais, as relações entre particulares estarão vinculadas às disposições de direitos fundamentais.

Assim, mesmo que a doutrina norte-americana costume encarar os direitos fundamentais como aplicáveis somente na relação Estado-indivíduos, não é difícil notar que o raciocínio é artificial e apenas encobre o que de fato acontece.<sup>49</sup>

Exemplo maior da instabilidade da doutrina do *state action* nos Estados Unidos, um dos únicos países em que perdura, é o entendimento jurisprudencial de que o Estado não pode subsidiar ou conceder isenções específicas a particulares que desrespeitem os ditames constitucionais. Mencionada teoria baseia-se na maior ou menor influência do Estado em determinada relação, para concluir pela interferência, ou não, dos direitos fundamentais.

---

<sup>49</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 100.

Em um julgamento notável da Suprema Corte norte-americana, explorado por Virgílio Afonso da Silva<sup>50</sup>, proprietários de imóveis localizados em dado loteamento haviam se comprometido contratualmente a não vendê-los a pessoas negras. Quando um dos proprietários, infringindo esta cláusula, fê-lo, foi processado judicialmente pelos demais, que obtiveram êxito em primeiro grau de jurisdição. A Corte maior estadunidense reformou a decisão argumentando que, apesar de não se tratar de violação à 14ª Emenda, a decisão anterior (típico ato estatal), por ser favorável à discriminação, atacava dispositivo constitucional vigente e deveria ser cassada.<sup>51</sup>

Como se percebe, a defesa da autonomia privada absoluta, livre de amarras e da influência da Constituição, tem sofrido, há muito, temperamentos relevantes. Manobras por vezes impensáveis são utilizadas com vistas a fazer as relações entre atores privados serem permeadas pelos bens maiores constitucionalmente tutelados, sem que tenha que ser negada de forma absoluta a doutrina liberalista do *state action*.

Daniel Sarmento, citando o doutrinador estadunidense Erwin Chemerinsky, anota contestação capaz de fazer ruir os pilares da teoria em comento:

O professor californiano observou que cada vez que se reconhece a liberdade de alguém para violar um direito fundamental de terceiro, ocorre uma restrição ao direito desta vítima. "(...) afirmar que a doutrina do *state action* é desejável porque preserva a autonomia e liberdade é olhar apenas para um dos lados da equação. De fato, de acordo com a doutrina do *state action* os direitos do violador privado são sempre favorecidos em relação aos direitos das vítimas. Dessa forma, a *state action* só promove a liberdade se se considerar que a liberdade de violar a Constituição é sempre mais importante do que os direitos individuais que são infringidos".<sup>52</sup>

Assim, ainda que a doutrina e a jurisprudência norte-americanas façam alusão à existência de uma doutrina liberal que protege o individualismo e a autonomia privada dos estadunidenses, negando a interferência dos ditames constitucionais nas relações entre particulares, fato é que se verificam, na prática,

<sup>50</sup> *Idem, ibidem*, p. 101.

<sup>51</sup> *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. (1948)

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 195-196.

manobras argumentativas para aplicação de tais direitos à esfera privada, sempre procurando, ainda que artificialmente, equiparar as atividades privadas às do Estado ou encontrar interferência estatal em ações particulares.

### **3. VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Ultrapassados pontos de distinções, conceituações e afirmação da base teórica, assim como definições dos principais atores e concepções envolvidos na discussão proposta neste trabalho, parte-se para o desfecho, com a contraposição das principais teorias que aceitam a aplicação dos direitos fundamentais às relações particular-particular, mas se desentendem quanto à forma e à extensão dessa vinculação.

É mesmo aqui que se encontram os principais argumentos a serem conjugados, e não excluídos, em uma proposta ponderada que será ao final apresentada, como forma de coadunar teorias que, antes de se excluírem mutuamente, podem conversar entre si e trazer uma solução conglobante, justamente por unir suas principais contribuições.

#### **3.1. PANORAMA DAS PRINCIPAIS TEORIAS**

Dentre as teorias que defendem a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, há divergência entre a forma e extensão dessa vinculação dos entes privados aos ditames constitucionais.

Há aqueles que entendem que essa aplicação deve ser realizada de forma indireta e mediata, ou seja, promovendo a inserção dos direitos fundamentais no direito privado por meio de artifícios interpretativos e integrativos, dependendo, para tanto, da ação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário; e aqueles que defendem uma aplicação de forma direta e imediata, pois os direitos fundamentais

são expressão máxima do Estado Democrático de Direito e, diante da força normativa da Constituição, devem ser aplicados diretamente às relações baseadas no direito privado.

Afora essas duas manifestações teóricas principais, existem algumas outras que se apresentam com pequenas variações ou com um pouco mais de consistência, como é o caso da teoria dos deveres de proteção, que defende ser o Estado responsável por proteger os particulares contra agressões aos bens constitucionalmente tutelados, trazendo um aperfeiçoamento à teoria indireta de aplicação dos direitos fundamentais.

É o caso, portanto, de explorar cada uma dessas teorias, pontuando seus principais contornos e contribuições, além das influências e preferências percebidas no caso brasileiro.

### **3.1.1. Aplicabilidade indireta**

A eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais baseia-se em um “direito geral de liberdade”, segundo o qual podem os personagens das relações civis por vezes evitar as disposições de direitos fundamentais, em nome da liberdade contratual. Trata-se de um modelo intermediário entre a negativa de aplicação horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação direta.

Esse direito geral de liberdade, previsto em boa parte das constituições democráticas ocidentais, afasta efeitos absolutos e intransponíveis dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, o que levaria ao esmagamento do direito civil pelo direito constitucional, sem nenhuma valorização dos preceitos privatísticos, suas disposições e princípios específicos.

Essa prerrogativa individual, contudo, não é absoluta e não rechaça a influência dos ditames constitucionais nas relações privadas, tampouco impede que elas sejam questionadas por violação a direitos fundamentais. A aplicação indireta traz a necessidade de ponderação, no caso concreto, da gama de valores postas

pelo texto constitucional e da relevância da autonomia privada, da liberdade de contratar, da responsabilidade individual e do livre desenvolvimento da liberdade.

Para tanto, e aí está a principal característica que individualiza esta doutrina, a conciliação do direito privado e dos direitos fundamentais, sem que um sufoque o outro, é realizada por meio da inserção dos valores constitucionais nas relações privadas a partir de recursos existentes no próprio arcabouço normativo do direito privado.

A teoria indireta visualiza os direitos fundamentais como um sistema de valores que adentram no direito civil por meio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Aquelas satisfazem normas jurídicas orientadoras, com diretrizes gerais e indeterminadas, que serão interpretadas valorativamente pelo aplicador do direito, para atribuição de sentido e solução ideal ao caso apresentado. Já os conceitos indeterminados são termos jurídicos vagos e fluidos, inseridos nas normas com o intuito de conferir flexibilidade às diversas interpretações possíveis.

José Carlos Vieira de Andrade explica que, na teoria dualista da aplicação mediata:

(...) os preceitos constitucionais serviriam como *princípios de interpretação* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (*wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*wertakzentuierung*, *wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*wertschutzlückenschiessung*), mas sempre dentro do 'espírito' do direito privado.<sup>53</sup>

Os efeitos indiretos dos direitos fundamentais pressupõem, portanto, a visão dos direitos fundamentais como sistema de valores que irradiam por todo sistema jurídico. E aqui vale importante ressalva empreendida por Virgílio Afonso da Silva<sup>54</sup>: sistema de valores não deve ser confundido com a ideia de que os direitos fundamentais seriam mera declaração de princípios. Ou seja, seriam uma mera carta de intenções do poder constituinte aos poderes postos, sem valor normativo e sem atividade vinculante.

<sup>53</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. in SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 245.

<sup>54</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Ao contrário, sistema de valores ou, como alguns preferem, “ordem objetiva de valores”, é muito mais do que um conjunto de princípios que orientam a atividade legislativa, administrativa e judiciária. É como uma marcha propulsora da constitucionalização do direito infraconstitucional e, diante de sua força vinculante, faz fortalecer e ampliar a própria força normativa da Constituição.

Vasco Manuel Pereira da Silva resume o pensamento dos defensores desta teoria intermediária afirmando que estes sustentam “que tais direitos são protegidos no campo privado não através dos instrumentos de Direito Constitucional, e sim através de mecanismos típicos do próprio Direito Privado.”<sup>55</sup> Ou seja, apesar de aceitarem a influência irradiante dos direitos fundamentais na esfera privada, preferem acreditar que esta interferência ocorrerá pela receptividade que o direito civil permite.

Para os adeptos da aplicação mediata, também, o poder legislativo possuiria uma posição de grande destaque, uma vez que seria o responsável por mediar a aplicação dos direitos fundamentais às relações particulares, estabelecendo os pontos de abertura da legislação ordinária para os ditames constitucionais, determinando onde se inseririam os canais de comunicação (cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados). Competiria ao próprio legislador ordinário decidir de que forma zelaria pelos direitos fundamentais, sem, entretanto, descuidar da autonomia da vontade, acomodando os valores contrapostos.

Isto é, como pondera Daniel Sarmento, “dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, caberia à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes.”<sup>56</sup> Esta primazia do legislador em detrimento do juiz conferiria maior segurança à movimentação jurídica, pois existiria uma predeterminação da solução encontrada para determinada questão. Ao judiciário restaria preencher de sentido os conceitos indeterminados, quando existentes. Somente nos casos de existência de

---

<sup>55</sup> PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *In* Revista de Direito Público. n. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 45.

<sup>56</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 200.

lacunas legais seria dado ao juiz a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

A doutrina dos efeitos indiretos, justamente por sua posição intermediária e defesa da influência constitucional no direito privado sem que este seja ceifado de sua força, é o modelo de aplicabilidade dominante na maior parte dos países em que o assunto é debatido e aprofundado de forma científica, em especial, como já destacado, na Alemanha, onde é base de diversos julgados do Tribunal Constitucional Alemão.

Dentre as linhas argumentativas já apresentadas, o Tribunal Constitucional Alemão também entende que se a decisão de primeiro grau não for satisfatória na conformação dos direitos fundamentais e privados envolvidos, esta é passível de modificação por desrespeito à Constituição. Foi o que implementou, por exemplo, em caso de superendividamento e impossibilidade de pagamento de fiança por um devedor. Entendeu que o tribunal *a quo*, ao apenas considerar a liberdade de contratar, não sopesou devidamente a cláusula geral dos bons costumes e da boa-fé contratual.<sup>57</sup>

O modelo de aplicação mediata, contudo, não está a salvo de críticas. As principais, como bem destaca Virgílio, atacam principalmente a sua base: a existência de uma ordem objetiva de valores e a suficiência de cláusulas gerais para inserção dessas inflexões no direito privado. Trazendo anotações de Habermas e Hesse, o professor paulistano argumenta:

(...) Habermas, por exemplo, critica o recurso a valores por temer que isso signifique uma indevida substituição dos juízos deônticos (“o que deve ser”), essenciais ao direito, por juízos axiológicos (“o que é bom”). A crítica de Habermas se aproxima, a despeito de seu fundamento diverso, da crítica de Hesse sobre a perda da clareza conceitual que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais a relações entre particulares traria. Isso porque, segundo Habermas, valores não impõem deveres incondicionais e inequívocos a seus destinatários, pois não seguem o código binário (lícito/ilícito, válido/inválido) típico das normas jurídicas. Valores concorrem por preferências, estão em constante tensão e, sobretudo, podem

---

<sup>57</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais no direito privado na Alemanha. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ser configurados de forma flexível, ameaçando a certeza do direito.<sup>58</sup>

Outro ponto é que nem sempre as cláusulas gerais serão suficientes a promover essa conversação entre direito constitucional e direito civil, pois podem acontecer situações em que seria extremamente desejável os efeitos dos direitos fundamentais, sem que exista nenhuma cláusula geral capaz de permitir a influência desses efeitos. A doutrina, então, acaba por não proporcionar a tutela integral dos direitos fundamentais, que depende das vontades legislativas.

Por fim, mas não menos importante, os críticos desse modelo afirmam sua superficialidade, porquanto aproxima-se da noção sedimentada de interpretação conforme à Constituição. Mas, como afirma Sarmento, a doutrina da aplicabilidade mediata “representa uma espécie de compromisso entre o pendor socializante da teoria da eficácia horizontal direta e a visão liberal clássica dos direitos fundamentais, que os confinava ao campo do Direito Público.”<sup>59</sup>

### 3.1.2. Aplicabilidade direta

A ideia principal da doutrina da eficácia direta é a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais a qualquer relação jurídica, sem a exigência de intermediários, de forma *erga omnes* e independente de quem são os participantes: Estado-particular ou particulares-particulares. Tem por fundamento a força normativa da Constituição e a vinculação de todo o ordenamento jurídico aos seus ditames, promovendo a ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada em cada caso trazido à consideração do julgador.

Prega que, assim como os direitos fundamentais não são absolutos, flexibilizando-se em intensidade e extensão quando conflitados entre si e cedendo espaço a outros bens constitucionais contrapostos na situação da vida, também os

---

<sup>58</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 84.

<sup>59</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 202.

princípios conformadores do Direito Privado devem ser sopesados quando em tensão com os direitos individuais de carácter fundamental.

A doutrina em comento, portanto, não defende a aplicação desmensurada dos direitos fundamentais às relações civis, como fazem crer seus opositores, mas sustenta que estes devem ser aplicados e ponderados juntamente com os demais bens envolvidos, quais sejam, a liberdade de contratar, a autonomia privada e a autodeterminação do ser humano em suas relações particulares.

O pesquisador alemão Walter Leisner, dando continuidade aos estudos iniciados por Nipperdey, aprofundou-se na doutrina da aplicação imediata em pesquisa acadêmica, advogando que “pela unidade da ordem jurídica, não seria possível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.”.<sup>60</sup> Isto é, a ele não pode ser dado um tratamento tal a distanciá-lo dos preceitos inseridos na Constituição pátria.

José Carlos Vieira de Andrade, em *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, explica o posicionamento tradicional da aplicação horizontal direta dos direitos fundamentais. Colaciona:

Para Nipperdey, por exemplo, o perigo para os direitos fundamentais dos cidadãos na sociedade do século XX não vinha apenas do Estado, mas também dos grupos sociais que detêm na sociedade de massas uma parcela cada vez maior do poder social e económico, um poder real que se impõe aos indivíduos de várias maneiras e que é capaz de afectar intensamente zonas e aspectos relevantes da sua vida e da sua personalidade.

Por outro lado, os direitos fundamentais são também *normas de valor* que devem valer para *toda* a ordem jurídica, isto é, também para o direito privado. A dignidade humana continua a ser o ponto de partida, mas não como liberdade do indivíduo isolado e, sim, como livre desenvolvimento da personalidade de homens solidários integrados numa sociedade e responsáveis por ela.

Daí que alguns direitos fundamentais – embora não aqueles que só tenham sentido perante o Estado – devam ser *directamente* aplicáveis nas relações entre privados.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> LEISNER, Walter citado por SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 205.

<sup>61</sup> VIEIRA DE ANDRANDE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 241-261. *op. cit.* p. 245.

Juan Maria Bilbao Ubillos considera que, existindo norma regulamentadora de direito civil específica, ou sem ela, é a norma constitucional que se aplica como razão primária e justificadora de uma determinada decisão. Pontua que:

El análisis de la copiosa jurisprudencia sobre la materia, de los conflictos reales, no de las hipótesis de laboratorio, ha llevado a um sector de la doctrina a la convicción de que dar ese paso, admitir la eficacia *inter privados* de la mayor parte de los derechos fundamentales, con todas las matizaciones, modulaciones y cautelas que resulten necesarias, es una solución prácticamente inevitable. Podemos discutir cómo y en qué medida rigen los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares pero si se toma en serio el carácter normativo de nuestra Constitución (la *Drittwirkung* sería algo así como la última frontera de la Constitución normativa) non se puede negar, de entrada y categóricamente, cualquier atisbo de eficacia directa en este ámbito.<sup>62</sup>

Como é possível notar, a doutrina da eficácia direta, muito embora tenha também desenvolvido seus primeiros passos em terras tedescas e ecoado em algumas decisões do Tribunal do Trabalho Alemão, hoje tem força principalmente em Portugal e na Espanha. O professor espanhol Pedro de Vega Garcia<sup>63</sup>, como exemplo, considera a eficácia horizontal dos direitos fundamentais como um mecanismo essencial de correção das desigualdades sociais. Pois, para ele, com o que se concorda, não é possível falar em efetiva liberdade numa situação de flagrante desigualdade entre as partes.

Na Espanha, a tese da aplicação direta, muito defendida pelos doutrinadores, tem aplicação jurisprudencial, porém os julgadores não se debruçam com vigor sobre seus fundamentos. O Direito português, por sua vez, tem dispositivo constitucional específico, que afasta dúvidas sobre a possibilidade de aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Trata-se do art. 18.1 da Carta Constitucional Portuguesa, que assim preceitua: “os preceitos constitucionais respeitantes aos

<sup>62</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 263-293. *op cit.* p. 276.

<sup>63</sup> GARCIA, Pedro de Vega. (1996) citado por SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.<sup>64</sup>

Fato é que, embora a Constituição Portuguesa diga expressamente sobre a possibilidade de aplicação, não se detém sobre o modo como ela deve ocorrer. Por isso, em que pese a existência da previsão, não raros são os autores portugueses que defendem uma posição intermediária (Vieira de Andrade, Vasco Manuel Pereira da Silva) ou, por vezes, tecem críticas à aplicação imediata dos direitos fundamentais como Canotilho, que pondera:

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas - legais ou contratuais - vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em “direito de não liberdade” do direito privado.<sup>65</sup>

Como se vê, a doutrina da eficácia direta e imediata possui nítido carácter socializante, principalmente quando utiliza as desigualdades sociais existentes no seio da sociedade como fundamento para a aplicação imediata, apesar de não afastar sua oponibilidade também em situações privadas igualitárias. A aplicação, mesmo que sempre mensurada e ponderada com os valores da autonomia privada, comporta críticas por reduzir o espaço de atuação das normas privadas e por fortalecer a atividade discricionária do juiz.

---

<sup>64</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>, acesso em 9.1.2014.

<sup>65</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou constitucionalização do Direito Civil? - A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. pp 108-115. *op. cit.* P. 113.

### 3.1.3. Teoria dos deveres de proteção

A teoria dos deveres de proteção do Estado é uma variação da teoria de aplicação mediata dos direitos fundamentais. Em uma outra forma de abordagem do problema, tem por fundamento, como o próprio nome leva a crer, a obrigação do ente estatal garantir a proteção dos direitos fundamentais, seja na relação Estado-cidadão, seja nas relações estabelecidas entre particulares.

Na síntese de José Carlos Vieira de Andrade:

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigir-se-iam *em primeira linha* às relações entre particulares e poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (designadamente de se absterem de os violar) e de criarem as condições necessárias para a sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares.<sup>66</sup>

Ou seja, o Estado tem o dever geral, decorrente do Estado Democrático do Direito e do monopólio estatal do exercício legítimo da força, que veda aos particulares, salvo situações especiais, a realização de justiça com as próprias mãos diante de ameaças ou lesões perpetradas por terceiros, de proteger e reprimir violações de direitos constitucionais dos particulares.

A teoria foi desenvolvida na Alemanha, tendo sido ventilada a primeira vez em um caso do Tribunal Constitucional Alemão que discutia a exclusão da punição por prática do aborto na esfera penal.<sup>67</sup> Foi também estudada por Claus-Wilhelm Canaris, que desenvolveu a ideia de proibição de *déficit*, termo que transparece um conceito de proteção estatal suficiente dos direitos fundamentais (nem mínima, nem máxima).

Mencionado professor alemão embasa sua opção pela teoria dos deveres de proteção do Estado por meio da obrigação que é imposta pelos imperativos de tutela. Vale dizer, uma das funções dos direitos fundamentais, em

<sup>66</sup> VIEIRA DE ANDRANDE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 241-261. *op. cit.* p. 247.

<sup>67</sup> BverfGE 39. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 30.

que o Estado é seu destinatário, é a de proteger um cidadão perante o outro, prevenindo eventuais violações horizontais de direitos fundamentais.<sup>68</sup>

Sarmiento, citando o catedrático de Munique, expõe que Canaris:

Sustenta que o Estado, tanto ao editar normas, como ao prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das ameaças e lesões provenientes dos particulares. Para designar estas duas funções distintas dos direitos fundamentais – defensiva e protetiva – ele emprega as denominações “proibição de intervenção” e “imperativo de tutela” ou “imperativo de proteção”.<sup>69</sup>

A doutrina dos deveres de proteção, portanto, apesar de assemelhada, não se confunde com a doutrina mediata ou indireta de aplicação dos direitos fundamentais, pois vai além da mera inserção dos ditames constitucionais por meio dos canais de comunicação entre direito constitucional e direito civil preestabelecidos pelo poder legislativo, as chamadas cláusula gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

A teoria entende que todos os atores estatais estão imbuídos do espírito de proteção constitucional, seja na atividade governamental, na atividade legislativa ou na atividade judicante. Os juízes, por exemplo, têm o dever de resguardar os preceitos constitucionais, sob pena de conseqüente violação por omissão. Todos devem velar ativamente para que não hajam ofensas aos direitos fundamentais por instituições privadas.

Além disso, o que definitivamente qualifica a teoria dos deveres de proteção e a separa da doutrina de aplicação mediata, é que ela vai além da função tradicional dos direitos fundamentais, que visa impedir ingerências do ente estatal na liberdade individual dos indivíduos, imputando ao Estado também a obrigação e a prerrogativa de estabelecer meios de proteção nas relações sociais e contratuais interparticulares.

Uma crítica possível à doutrina dos deveres de proteção é que ela atribui uma outra função ao Estado advinda dos direitos fundamentais (proteção),

---

<sup>68</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 54.

<sup>69</sup> *Idem*. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 217.

mas não tece maiores juízos sobre a vinculação, ou não, dos particulares aos ditames constitucionais que dispõem sobre as garantias e direitos individuais. Isto é, enxerga uma função extra ao Estado na aplicação tradicional dos direitos fundamentais, qual seja, na relação Estado-cidadãos, sem, contudo, dizer claramente se os particulares estão ou não vinculados.

Ao não definir um posicionamento sobre a vinculação, ou não, dos particulares aos direitos fundamentais, a teoria acaba por criar uma situação de questionável racionalidade em que Estado deve proteger e zelar pelo respeito dos direitos e garantias individuais também nas relações interparticulares, mas os atores privados, diretamente, não necessitariam.

#### **3.1.4. Algumas outras teorias alternativas**

Dentre as teorias que afirmam não se filiarem nem à doutrina da aplicação direta dos direitos fundamentais, nem à doutrina da aplicação indireta, é possível destacar o posicionamento de Jürgen Schwabe, desenvolvido na década de 70 na Alemanha e designada como *teoria da convergência estatista*.

Schwabe, partindo de uma concepção conservadora e autoritária, entende que a liberdade individual e a autonomia privada decorrem de uma autorização estatal. Quaisquer atividades desenvolvidas pelos particulares decorrem de uma prévia autorização do Estado, implícita ou explicitamente inserida na ordem jurídica. Desse modo, o Estado é o responsável direto ou indireto por toda e qualquer lesão praticada na esfera de autodeterminação particular.

Nesse raciocínio, o autor alemão nega a necessidade de distinção entre atores públicos ou privados para a averiguação de possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais, já que a responsabilidade é sempre do Estado, seja porque não reprimiu a conduta por meio da criação normativa do poder legislativo, seja porque não impediu que a lesão se concretizasse por meio da atuação dos poderes executivo e judiciário. Na medida em que o Estado tutela as relações privadas, torna-se por elas responsável.

Como bem pontua Sarmiento, a teoria da *convergência estatista*, além de basear-se em premissas totalitárias, já que a liberdade precede o Estado e não satisfaz, ao contrário, uma autorização deste, faria com que o ente estatal fosse responsável por todas as condutas que não impediu, o que “significaria atribuir ao poder público toda conduta não vedada em lei.”<sup>70</sup>

Outra teoria que merece destaque, mais pela forma com que organiza o raciocínio para aplicação dos direitos fundamentais do que propriamente por propor uma nova definição, é aquela desenvolvida por Robert Alexy, a que se deu a denominação de *modelo de três níveis de efeitos* ou *teoria integradora de Alexy*.

Alexy conciliou três teorias aparentemente divergentes para propor um modelo em que seus efeitos convergissem e permitissem uma perfeita proteção aos direitos fundamentais nas relações privadas, atento à necessária ponderação destes com o espaço de autodeterminação individual caracterizador da liberdade de contratar.

Apesar de embasadas em fundamentos distintos, as teorias da aplicação direta, da aplicação indireta e dos deveres de proteção, segundo Alexy, podem conduzir a resultados equivalentes. Isso porque as três reconhecem distinções entre as relações verticalizadas de Estado-cidadão e horizontalizadas de particulares-particulares, já que na segunda ambas as partes são detentoras de direitos fundamentais. Disso decorre que a aplicação dos direitos fundamentais deve ser graduada, culminando na necessidade de ponderação.

O *modelo de três níveis de efeitos* de Robert Alexy individualiza o nível dos deveres do Estado, o nível do direitos do cidadão frente ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados. O primeiro nível dos deveres do Estado promove a aplicação da teoria mediata, porquanto os aplicadores do direito devem levar em consideração a ordem objetiva de valores na atribuição de sentido às normas infraconstitucionais privadas.

Já ao segundo nível, aquele dos direitos frente ao Estado, deveria ser aplicada a teoria dos deveres de proteção, trazendo ao cidadão a prerrogativa de ser protegido pelo Estado contra violações a seus direitos fundamentais por outros

---

<sup>70</sup> *Idem, ibidem*, p. 220.

cidadãos. Ou seja, o direito de ter sua esfera de direitos fundamentais protegida contra ataques externos consiste em direito positivo do indivíduo em face do Estado.

Por fim, no último nível, o das relações entre particulares, deve ser utilizada a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais, vinculando diretamente os particulares independentemente de qualquer intermediação de poderes estatais. Sempre ressalvado, é verdade, que a aplicação da teoria imediata não deve exterminar o campo de atuação do direito privado.

Da doutrina de Alexy é possível extrair que ele é favorável à oponibilidade dos direitos fundamentais às relações interparticulares, tratando-se os outros dois níveis de efeitos de deveres impostos ao Estado, seja por meio da inserção de canais de comunicação entre direito constitucional e direito civil nas leis privadas, seja pelo dever de proteção contra ataques externos à esfera de direitos fundamentais dos indivíduos.

### 3.2. A ATIVIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA NA APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito embora o Supremo Tribunal Federal não se detenha na análise dos fundamentos, da forma ou da extensão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira historicamente adota orientação no sentido da aplicabilidade dos direitos fundamentais em contexto interparticulares.

Os casos em que houve manifestação do STF, ainda que de forma tímida, não são muitos. O primeiro deles, RE 158.215, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo julgamento ocorreu em 7.6.1996, tratava de exclusão de membro de cooperativa sem que tenha sido concedida oportunidade de ampla defesa aos associados excluídos.

No caso, apesar de a conduta da Assembleia Geral burlar o estatuto social da própria cooperativa, o acórdão recorrido entendeu que, como a exclusão havia sido levada a cabo em virtude de atitude desafiadora perpetrada pelos próprios associados, não havia falar em desrespeito ao estatuto social. Em sede de

Recurso Extraordinário, entretanto, ficou decidido, por unanimidade, que o fato de a exclusão ter resultado da conduta dos próprios demandantes não podia sobrepujar o direito fundamental à ampla defesa incidente ao caso.

Ou seja, uma vez instaurado o processo, era dever da cooperativa, precedente à eventual exclusão, permitir a manifestação defensiva dos associados, não sendo permitida a simples exclusão sumária destes. O acórdão do Recurso Extraordinário restou assim ementado, na parte que interessa:

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 assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.<sup>71</sup>

Analisando o corpo do julgado, observa-se que, apesar de não haver manifestação expressa acerca da forma com que os direitos fundamentais devem ser aplicados às relações estabelecidas com fulcro nas regras de Direito Civil, houve clara submissão à ideia de aplicação horizontal dos direitos fundamentais, porquanto premissas constitucionais foram aplicadas diretamente ao caso, com o fito de fazer valer a garantia do devido processo legal.

Ou seja, apesar de a teia argumentativa do recurso em comento ter se restringido à análise dos contornos fáticos do caso concreto, houve clara opção do Supremo Tribunal Federal à oponibilidade dos direitos fundamentais às hipóteses interparticulares.

Outro caso, julgado pouco tempo depois (em 19.12.1997), também pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, teve como pano de fundo o direito à isonomia, previsto no art. 153, §1º, da Constituição Brasileira de 1967, aplicável ao caso. Se estivesse sob o corolário da Constituição Federal de 1988, também estaria sujeito ao direito fundamental à igualdade, uma das bases de todos

---

<sup>71</sup> RE 158215, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+158215.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+A+DJ2+158215.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alc5gzp>>, acesso em 29.12.2013.

os direitos e garantias individuais estabelecidos na Constituição Brasileira de 1988, previsto no *caput* do art. 5º.

Tratava-se de reclamação trabalhista movida por empregado brasileiro da companhia aérea Air France, que alegava preterição em relação aos direitos e prerrogativas previstos no estatuto de pessoal da empresa, aplicados exclusivamente aos empregados de origem francesa.

O acórdão recorrido não reconheceu o direito do empregado brasileiro à igualdade de condições de trabalho, sob o argumento de que as regras previstas no estatuto de pessoal, por expressa previsão, inclusive já existente quando do estabelecimento da relação empregatícia, não abrangia os empregados de nacionalidade diversa da francesa.

No precedente, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, ficou consignado o entendimento de violação ao princípio constitucional da isonomia, em razão da utilização da nacionalidade como fator de *discrimen* para a obtenção, ou não, de prerrogativas trabalhistas previstas no estatuto de pessoal da empresa. Isto é, funcionários que desenvolviam os mesmo serviços, sob condições assemelhadas e subordinados ao mesmo empregadores, obtinham tratamento diverso em virtude de sua pátria de origem.

O Recurso Extraordinário 161.243 teve a ementa a seguir colacionada:

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

ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.<sup>72</sup>

Também nesta decisão, em que pese existir aplicação direta dos direitos fundamentais com o fito de desconstituir violação aos direitos individuais perpetradas com observância dos ditames do direito privado, não houve qualquer cuidado específico na aplicação e explicitação do posicionamento do STF quanto à teoria aplicada ou prevalente.

Tal displicência argumentativa, contudo, tentou ser dissipada no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819, de 11.10.2005, de relatoria da Ministra Ellen Grace, vencida, prevalecendo o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes.

No caso em comento, a União Brasileira dos compositores, associação de caráter privado, promoveu a exclusão de sócios dos seus quadros sem observância do direito fundamental à ampla defesa. Primeiramente, a Ministra Ellen Grace deu provimento ao recurso por entender legítimo o procedimento adotado pela associação, que possui autonomia para estabelecer as normas regentes das relações estabelecidas com seus associados, a cujos padrões aderem livremente.

O voto da relatora, contudo, restou vencido, sob o argumento de que os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente às relações estabelecidas entre particulares, não sendo possível que estatutos de associações burlem os direitos constitucionalmente estabelecidos, especialmente quando a associação em questão integra espaço público.

O acórdão foi assim ementado:

EMENTA: 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*

---

<sup>72</sup> RE 161243, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=161243&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>, acesso em 29.12.2013.

*privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.*

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. *A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.*

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.<sup>73</sup> (sem grifos no original).

Como se depreende da ementa, os ministros da Segunda Turma do STF manifestaram-se, por maioria, pela adoção da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações de índole privada, anotando como argumento suplementar o caráter público da associação dos músicos, provocando a exclusão de associados a impossibilidade de remuneração profissional do trabalho artístico, quando da utilização de suas criações por terceiros (ECAD). Houve também esforço argumentativo de utilização da doutrina do *state action*.

O voto condutor, elaborado pelo Ministro Gilmar Mendes, e seguido pelos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, foi minucioso ao tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo importante precedente ao debate brasileiro da questão.

A Ministra Ellen Grace manifestou-se no corpo de seu voto afirmando que “as organizações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar em uma sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.”. Conclui, em seguida, que “a controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir de regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem.”.

Do voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, percebe-se que o caráter público da associação foi de certa forma predominante à aplicação direta dos direitos fundamentais, não se podendo dizer, ao certo, se foi pacificada a adoção da doutrina da aplicação imediata dos direitos fundamentais pelo STF, ao menos na segunda turma. Ou se, à semelhança da doutrina do *state action*, entendeu-se pela aplicabilidade somente quando a atividade privada desenvolvida pelos particulares aproximar-se às do Estado.

---

<sup>73</sup> RE 201819, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+201819.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+201819.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6y69xa>, acesso em 29.12.2013.

Vale dizer, em que pese o voto tenha verdadeiramente se detido na análise da eficácia dos direitos fundamentais em relacionamentos horizontais, não foi possível estabelecer uma filiação à alguma teoria específica. Desse modo, não é possível antever uma conduta esperada do Supremo Tribunal Federal para casos subsequentes, a não ser que o entendimento de que os direitos individuais devem ser aplicados aos particulares. Ressalte-se, por fim, que ainda não houve manifestação do pleno da Corte sobre a questão.

### 3.3. EFICÁCIA HORIZONTAL, DESIGUALDADE FÁTICA E AUTONOMIA PRIVADA: UMA PROPOSTA PONDERADA

Ultrapassadas as considerações tecidas acerca do aporte teórico, da delimitação dos atores envolvidos na discussão e das principais concepções acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, necessário partir para o desfecho deste estudo, com a sugestão de um posicionamento ponderado. Antes, contudo, necessária uma retomada.

Como visto, discussões sobre a possibilidade-necessidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações interprivadas somente se tornaram possíveis a partir do momento em que se concebeu a existência da força normativa da Constituição, estando esta Constituição permeada de normas concretizadoras dos valores éticos, políticos, morais e jurídicos que a sociedade considera essenciais para a convivência.

Esses valores são expressões da dignidade humana, que é formada pelos direitos e garantias necessários a uma sobrevivência digna e à proteção físico-psíquica das pessoas, intrínsecos à condição de ser humano. E, com o reconhecimento da Constituição como vértice unificador do aparelhamento jurídico, o centro do sistema deslocou-se do patrimonialismo das codificações privadas para a vertente socializante e humanizadora da lei fundamental.

O direito privado foi permeado pelos valores irradiados da Constituição, que precisa ser considerada como filtro hermenêutico na leitura das leis

infraconstitucionais, sendo imprescindível a realização da interpretação conforme a Constituição. O direito privado, antes centrado no proprietário, no pai e no contratante, cede lugar ao homem enquanto sujeito de direitos fundamentais, não meramente detentor de direitos patrimoniais e deveres contratuais.

A autonomia privada, antes ampla e irrestrita no Estado Liberal, teve seus contornos suavizados e flexibilizados, devendo conviver com os ditames constitucionais concretizadores da dignidade humana e dos direitos sociais do *Welfare State*, tendo em vista, principalmente, as desigualdades fáticas que impedem que uma pessoa exerça efetivamente a autonomia de vontade que formalmente lhe é garantida na Constituição.

Além da constitucionalização do direito privado, notou-se que, afora o Estado, o liberalismo da burguesia fez nascer no seio social entidades de extremo poder econômico que, por isso mesmo, acabavam constituindo relações verticalizadas com outras pessoas privadas, que tinham sua esfera de autodeterminação infringidas pelos abusos e privilégios do poder. Vislumbrou-se que os direitos fundamentais, classicamente estabelecidos para proteção do indivíduo em face dos entes públicos, deveriam ser trasladados para relações verticalizadas em razão da acentuada desigualdade de posições das empresas privadas, por exemplo, em sua relação com as demais pessoas.

Mas não é só. A desigualdade fática não somente atinge situações em que o poderio econômico acaba por massacrar quem com ele flerte. Pessoas socialmente fragilizadas, muitas vezes sem condições mínimas de sobrevivência, não podem estabelecer suas relações privadas com efetiva liberdade. A autonomia de vontade dos participantes de uma relação privada nessas condições, acaba certamente por resguardar a opressão de um particular sobre outro, sob os auspícios de uma pretensa liberdade.

Em situações de desigualdade fática não há dúvidas da necessidade de flexibilizar a autonomia privada efetivamente exercida por um dos participantes em detrimento dos direitos fundamentais existenciais da outra pessoa, ainda que não seja dado criar uma fórmula para todas as situações, devendo ocorrer a necessária avaliação do caso concreto. No entanto, os direitos fundamentais também devem reger todas as situações privadas, seja com o Estado, seja com outro particular em situação igualitária.

A posição, é verdade, não é pacífica. Como desenvolvido ao longo do trabalho, nem a necessidade de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, nem a forma e extensão com que essa aplicabilidade deve ocorrer, para os que a chancelam, são pacíficas.

A doutrina liberalizante do *state action*, como visto, apregoa que os direitos fundamentais foram concebidos como direitos defensivos em essência e, por isso mesmo, têm sua aplicação restrita às relações Estado-indivíduos, existindo um espaço de conduta privada que não precisa se adequar à Constituição.

Ao longo do Século XX, entretanto, a teoria da ação estatal sofreu temperamentos. Foram sendo criados artifícios, não declaradamente flexibilizadores (ou até mesmo burladores) da concepção liberal, para que os direitos fundamentais alcançassem um maior número de situações. Desenvolveu-se a teoria da *Public Function* (particulares que desenvolvessem atividades marcadamente estatais deviam respeito à Constituição) e aplicou-se, por prolongamento, os direitos fundamentais às relações privadas quando a conduta pudesse ser atribuída ao Estado (por exemplo, em decisões judiciais).

Esses artifícios acabam por depor contra a própria doutrina, porquanto manobras muitas vezes impensáveis e muitas vezes forçadas são utilizadas para, camufladamente, fazer as relações privadas serem vinculadas pelos valores constitucionais. Se nem mesmo nos Estados Unidos, de cultura marcadamente individualista, a não aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas é fortemente atenuada, não é difícil perceber a fragilidade desta posição.

Em uma posição intermediária, estão os que defendem a possibilidade de aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações interparticulares, mas que entendem que os preceitos constitucionais devem adentrar nas relações privadas por meio de mecanismos do próprio direito privado, sob pena de descaracterizá-lo e suprimir a expressão da autonomia privada, também pilar da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito.

Afirmam que os legisladores devem inserir no direito privado canais de comunicação com o direito constitucional, por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, abrindo o direito infraconstitucional à influência dos preceitos fundamentais se e quando conveniente, de forma suficiente a resguardar

uma área de autodeterminação individual. Aos juízes, analisando determinado caso concreto, caberia interpretar as normas privadas reguladoras conforme a Constituição e imprimir sentido aos canais comunicadores determinados pelo legislador.

Além de dar excessivo poder à atividade legislativa, ficando ao arbítrio dos representantes eleitos pelo povo identificar a conveniência de inserção de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, a doutrina peca por não conceder a efetiva proteção à Constituição e aos seus direitos fundamentais. É que, não raramente, existirão situações em que salta aos olhos a necessidade de embutir os valores que resguardam a dignidade da pessoa, mas não existem canais preestabelecidos para aplicação mediata dos direitos individuais existenciais.

Como uma variação da doutrina da aplicação imediata, a doutrina dos deveres de proteção determina que, afora a função clássica dos direitos fundamentais como limitadores de ingerências e abusos estatais, também é obrigação do Estado proteger e reprimir desrespeitos a esses direitos, mesmo nas relações interparticulares.

Segundo esta doutrina, uma vez infringidos direitos fundamentais de um particular por outro, ao Estado deve ser imputada a conduta, uma vez que não protegeu quando deveria ou não reprimiu quando poderia. A acepção, entretanto, torna-se incoerente ao imputar ao ente estatal a obrigação de defender os direitos fundamentais nas relações entre pessoas privadas, quando estas próprias não estão obrigadas a obedecê-los.

Por fim, está a doutrina da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais que concebe a vinculação direta dos particulares em suas atividades e relacionamentos, sem que seja necessária qualquer intermediação, seja do poder executivo, seja do legislativo ou do judiciário. Os direitos fundamentais, diante de sua força normativa, devem submeter todos aos seus ditames, não apenas os entes públicos.

Revistas as características marcantes das principais doutrinas e críticas possíveis, observa-se que elas não necessariamente se excluem, excetuando-se a teoria do *state action*, apesar de esta implicitamente acabar aplicando os direitos fundamentais às relações particulares. Tanto a teoria da

aplicação mediata, quanto a imediata e a dos deveres de proteção partem do pressuposto que os direitos fundamentais são oponíveis entre particulares.

Aproximando-se do modelo de três níveis proposto por Robert Alexy<sup>74</sup>, mas sem estipular situações estamentais para aplicação de cada uma das teorias, parece razoável admitir a coexistência das principais contribuições das teorias tradicionais para uma aplicação integrativa e totalizante dos direitos fundamentais, com vistas à efetividade da Constituição.

Não parece impossível ou inapropriado que o Estado tenha como dever, ou simplesmente se proponha, a proteger os direitos fundamentais, fortalecendo-os por meio de previsões legislativas protetoras, ou aplicando e reprimindo violações aos direitos fundamentais por meio da atividade judicante ou do poder de polícia da administração, e, ao mesmo tempo, crie por meio da atividade legislativa canais de comunicação entre o direito privado e o direito constitucional, inserindo cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados a serem integrados semanticamente pelo juiz.

Da mesma forma, não parece inconciliável que ambas as providências convivam com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. A aplicação direta, além de permear as relações contratuais, por exemplo, dissipando eventuais desrespeitos à ordem constitucional, que seriam dirimidos nos tribunais, faz com que as relações interpessoais sejam baseadas em premissas morais enraizadas na sociedade. Afinal, os direitos fundamentais previstos na Constituição não são irrazoáveis ou inalcançáveis.

Os direitos fundamentais, também, poderiam ser diretamente avaliados pelo juiz no caso concreto, sendo possível estabelecer por meio da atividade ponderativa, tal como a que ocorre na colisão entre direitos fundamentais, se e quando a autonomia privada – repita-se, também expressão da dignidade humana – deve ceder para resguardar direito fundamental existencial da outra pessoa da relação privada em análise.

A aplicação integrativa dos modelos tradicionais de aplicação dos direitos fundamentais é, ao que parece, a que melhor atende à necessidade de

---

<sup>74</sup> O *modelo de três níveis de efeitos* de Robert Alexy individualiza o nível dos deveres do Estado, o nível do direitos do cidadão frente ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados

efetivação diária da Constituição. Unindo a proteção ensejada pela atividade estatal, com os meios de incorporação de valores constitucionais previstos no próprio direito privado e a vinculação direta e imediata dos entes públicos e das pessoas privadas aos direitos fundamentais, a Constituição é protegida das mais diversas formas, sem que, contudo, seja descurada a esfera íntima de autodeterminação pessoal.

#### 4. CONCLUSÕES

Firmar um posicionamento sobre a forma mais acertada de aplicação dos direitos fundamentais às relações estabelecidas entre particulares deve partir de considerações incontornáveis sobre o papel da constituição no ordenamento jurídico brasileiro, sobre a força normativa dos princípios e dos direitos fundamentais previstos na lei fundamental e a relevância da autonomia privada como expressão de liberdade e dignidade humana.

Como visto, as constituições contemporâneas, em particular a Constituição cidadã de 1988, são marcadas pela previsão de um plexo de direitos e garantias fundamentais existenciais, políticas e sociais que expressam a necessidade de resguardo e consolidação da dignidade da pessoa. Um conjunto de direitos intrínsecos ao homem enquanto ser racional, inafastáveis e incontornáveis sob pena de coisificar a existência humana.

A Constituição brasileira, democratizante e dirigente, é garantidora desses direitos, que misturam matizes liberais e socializantes, apregoando os primados da liberdade, sem descuidar da necessidade de conceder padrões mínimos de dignidade e igualdade, sem as quais não é possível falar em liberdade efetiva e substancial. A liberdade, parte formadora e inquestionável da dignidade humana, deve ter condições de se manifestar.

Diante da força normativa da Constituição, compreendida a partir do momento em que necessidades sociais viraram direitos positivados que precisavam se concretizar, edificada com o fortalecimento das jurisdições constitucionais e dos sistemas de controle de constitucionalidade, houve a afirmação definitiva da superioridade da lei fundamental e, ato contínuo, a impossibilidade de incoerências na ordem infraconstitucional.

O Direito Privado, então, permeado pelas premissas constitucionalizadas e imbuído do caráter socializante e solidário da Constituição de 1988, viu seu centro de gravitação transmudar-se do patrimônio para o homem; do ser humano meramente detentor de propriedades, contratos e relações privadas, para um ser humano sujeito de direitos e de dignidade.

Tornou-se incontestável a existência de uma constitucionalização do direito privado, com a necessidade de aplicação do filtro hermenêutico constitucional na leitura e aplicação dos preceitos privados e ordinários. A interpretação conforme a Constituição tornou-se instrumento de integração do ordenamento jurídico e de afirmação da efetividade da Constituição, determinando que, diante de normas polissêmicas, o sentido a ser endossado seja aquele que melhor expresse a vontade constitucional.

A autonomia da vontade, tão cara à dignidade humana, precisou ceder e flexibilizar-se diante de desigualdades materiais que tornaram, e insistem em tornar, incapacitantes a vontade de autonomia dos mais fragilizados e dos menos favorecidos. Ora, não é possível falar em autonomia de vontade sem que condições mínimas de dignidade proporcionem um arbítrio livre e incondicionado.

Flexibilizar, diga-se, não significa suprimir. A autonomia da vontade privada é pilar da dignidade humana, juntamente com os direitos fundamentais e sociais. É necessário que sua coexistência com os direitos de cunho existenciais seja praticada todos os dias. A autonomia de vontade relacionada à autodeterminação da própria vida difere e é menos atingida, é certo, do que a autonomia patrimonial, que precisa inteirar-se mais ferozmente do fluxo da solidariedade social.

E a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas nada mais é do que expressão dos ideais de dignidade, de solidariedade e igualdade insculpidos na Constituição. Isso porque sempre que se reconhece a liberdade de uma pessoa em detrimento dos direitos fundamentais infringidos de outra pessoa, em uma relação privada, estar-se-á chancelando, sob o pretexto da autonomia privada, apenas os direitos do violador privado.

Além disso, é incontestável que o direito privado não pode ser um gueto camuflado aos olhares e valores da Constituição. Assim como os entes públicos, as pessoas privadas não estão alheias à força normativa e conformadora da Lei Maior. É necessário que pautem suas atividades e suas relações nos valores erigidos pela sociedade como indispensáveis ao convívio e ao respeito mútuo.

Essa visão, aliada à máxima efetividade da Constituição, conduz a uma conclusão simples e totalizante: por que motivo escolher apenas uma forma de

aplicação dos direitos fundamentais às relações interparticulares se é possível agregar as contribuições de cada uma das tradicionais doutrinas da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais? Não parece errado unir as pretensões das teorias da aplicação imediata, mediata e dos deveres de proteção do Estado para, então, realmente proteger os ditames constitucionais e os indivíduos em suas relações.

É que enquanto o Estado pode, como prega a doutrina dos deveres de proteção, proteger e estimular o respeito aos direitos fundamentais, seja em suas relações com os particulares, na visão clássica das liberdades individuais, seja nas relações estabelecidas entre os particulares, o direito privado pode ter canais de comunicação e integração com o direito constitucional, preestabelecidos pela vontade legislativa. E, na mesma linha, os particulares podem estar diretamente vinculados aos preceitos constitucionais ao estabelecerem seus relacionamentos com os demais, mesmo que sob o escopo do direito privado.

Não parece mesmo, a despeito de um posicionamento mais ou menos conservador, mais ou menos privatístico e liberalizante, que as concepções tradicionais de aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas sejam inconciliáveis. Se a crítica a uma teoria é sua insuficiência e à outra sua incoerência, ao atribuir ao Estado a responsabilidade pelo desrespeito à Constituição empreendido pelo particular quando este diretamente não está vinculado, uma aplicação totalizante e integradora parece o ideal.

Nada impede que o Estado, por meio dos poderes legislativo, executivo e judiciário, preveja, implemente e afirme os direitos fundamentais em quaisquer circunstâncias, inclusive nas relações privadas e, ao mesmo tempo, esse mesmo Estado alinhe o direito privado ao direito constitucional por meio de canais de comunicação estabelecidos por meio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, que são capazes, por vezes, de impregnar o direito infraconstitucional com os valores constitucionais.

Mas, a despeito dessas possibilidades de proteção da Carta Maior, existirão hipóteses concretas em que os direitos fundamentais serão fulminados a pretexto de uma liberdade individual irresponsável, sem que o Estado tenha protegido ou antevisto a situação e sem que existam expressamente canais de comunicação capazes de embutir no direito privado os valores maiores necessários

para resolver determinado caso, invariavelmente erigidos a este patamar pela própria sociedade e para toda a sociedade.

É claro, ressalte-se, que a proteção integrada da Constituição e das pessoas não possibilita uma solução única e prévia para todos os casos imagináveis. Cada situação demanda atenção e avaliação dos valores envolvidos. Haverá vezes em que a autonomia da vontade, também valor essencial da dignidade humana, irá prevalecer diante da fragilidade do direito contraposto. A solução é repetida e soa comum, mas não é possível seguir firme sem a devida ponderação dos bens envolvidos em cada problema.

Qualquer solução que se diga única arruina-se a si própria por pretender-se absoluta. Os caminhos podem ser conhecidos – deveres de proteção do Estado e dos poderes constituídos, interpretação conforme a Constituição e canais de comunicação entre o direitos privado e o direito constitucional, vinculação direta dos particulares aos ditames constitucionais em parte de sua área de autodeterminação –, mas o destino não prescinde de lançar olhares ao caso concreto.

Enfim, com este estudo não se pretendeu a inovação, mas verdadeiramente um estímulo a um pensamento integrativo e ponderado que visualize a possibilidade de união dos artifícios de aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. A Constituição, como norma suprema e conglobante, deve ter sua efetividade empreendida, deixando ao largo posições conflitivas de teorias que se pretendem opostas.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade*. *Ratio Juris*. vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-140).

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais no direito privado na Alemanha. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou constitucionalização do Direito Civil? - A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. *In* GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. pp 108-115.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Crítica Jurídica: Revista de latinoamericana de política, filosofia e derecho*. pp.17-29.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>, acesso em 9.1.2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral do Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões de Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar 2008.

\_\_\_\_\_; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. in: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GARCIA, Pedro de Vega. (1996) citado por SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. (*Die normative kraft der verfassung*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

LEISNER, Walter citado por SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 111-144.

NETO, Edson Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *in* BARROSO, Luis Roberto (org). *Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 119-191.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *In* Revista de Direito Público. n. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais.

RE 158215, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+158215.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+158215.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alc5gzp>>, acesso em 29.12.2013.

RE 161243, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=161243&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>, acesso em 29.12.2013.

RE 201819, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+201819.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+201819.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6y69xa>, acesso em 29.12.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de direito civil*. 10. ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

\_\_\_\_\_. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRIBE, Laurence. *in* SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 263-293.

\_\_\_\_\_. Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de state action en la jurisprudência norte-americana. *apud* STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos (1976) citado por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *in* SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

