XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

RICHARD PAE KIM

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Richard Pae Kim, Tereza Cristina Monteiro Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-155-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Apresentamos aos leitores a obra resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito Civil Constitucional I, selecionados no XXV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), Universidade Católica de Brasília (UCB), pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), com apoio da CAPES e CNPq, com o tema "Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo", realizado em Brasília - DF, entre os dias 6 e 9 de julho de 2016.

Temos a honra de prefaciar essa obra que reúne um instigante conjunto de artigos elaborados por pesquisadores de diversas Instituições de Ensino Superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho e que se oferecem à crítica da comunidade jurídica, espelhando o pensamento de seus autores, por meio do exercício da liberdade e do pluralismo, pilares de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos princípios e valores constitucionais que lhe dão suporte.

O leitor encontrará textos com diversidade de enfoques doutrinários, ideológicos e metodológicos sobre temas de interesse teórico e prático do Direito Civil Constitucional, seja nas relações jurídicas subjetivas existenciais, seja nas relações jurídicas patrimoniais.

Os trabalhos, em sua expressiva maioria, promoveram abordagem interdisciplinar, com enfoque no diálogo das fontes, buscando amparo nas normas constitucionais e infraconstitucionais, com o escopo de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Verifica-se, ainda, que com pressupostos estruturados em hermenêutica constitucional, os temas foram abordados a partir de inovações e polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais do Direito Civil e da legislação especial, além da doutrina estrangeira especializada.

Devem, por fim, ser rendidas homenagens e manifestados agradecimentos a todos que contribuíram para esta importante iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo empenho dedicado às pesquisas desenvolvidas, que culminaram na elaboração da presente obra coletiva.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Richard Pae Kim - Universidade Metodista de Piracicaba

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - Faculdade de Direito Milton Campos

DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES: CONTEXTO E MODALIDADES

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE RELATIONS: CONTEXT AND MODELS

Rafael Ferreira Bizelli [1]

Resumo

O estudo teve como objetivo compreender o contexto em que surgiu a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas para, posteriormente, analisarmos as teorias específicas. Foram objeto de estudo as seguintes teorias: negação da eficácia, teoria da eficácia indireta ou mediata, teoria dos deveres de proteção e a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Adotou-se a teoria da eficácia direta matizada ou prima facie. A pesquisa realizou-se com base em bibliografia nacional e estrangeira. Utilizou-se do método comparativo para elegermos a teoria mais adequada à realidade jurídico, política e social brasileira.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Relações privadas, Modalidades de eficácia

Abstract/Resumen/Résumé

The study aimed to understand the context in that came a discussion about the effectiveness of fundamental rights in private relations, to analyze, then, the specific theories. We studied these theories: denial of effectiveness, theory of indirect or mediate effectiveness, theory of protection duties and the theory of direct or immediate effectiveness of fundamental rights in private relations. We adopted the theory of direct effectiveness nuanced or prima facie. The research was based in domestic and foreign literature. We used the comparative method to elect the most appropriate theory to reality, politics and Brazilian society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Private relations, Models of effectiveness

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Graduado em Direito pela UFU. Vencedor do Prêmio Destaque UFU em Iniciação Científica e Tecnológica no ano de 2013.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para tanto, estudaremos as diferentes teorias acerca do tema, da negação à afirmação.

A temática do *Drittwirkung* (em tradução livre: eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros) teve início nos anos 50 e 60 do século XX, originalmente na Alemanha, por diversos fatores, dentre eles o histórico, pela experiência do nacional-socialismo que, ao seu final, despertou o sentimento e a necessidade de fortalecimento dos direitos fundamentais.[1]

Para compreender o surgimento dessa temática, importante que tenhamos uma breve noção sobre o contexto em que essa discussão aflorou, qual seja, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, onde a teoria dos direitos fundamentais foi fortemente impulsionada, fazendo surgir novas funções e dimensões dos direitos fundamentais, acrescentando à teoria clássica, onde possuíam somente a função de defesa e a dimensão subjetiva.

De forma elucidativa, utilizaremos a imagem de uma pirâmide. No topo dessa pirâmide encontra-se o Estado e, na base, os cidadãos. No Estado Liberal, os direitos fundamentais dos indivíduos eram oponíveis somente ao Estado, de forma que se operava uma relação vertical. Posteriormente, com o advento do constitucionalismo social, passou-se a defender a ideia de que os direitos fundamentais também seriam oponíveis frente aos próprios particulares. Assim, na nossa pirâmide, os direitos fundamentais passariam a compor uma relação horizontal, uma vez que ambos os particulares situam-se na base piramidal.

Constatada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a questão tormentosa passou a ser a forma como se daria essa eficácia, se direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente entre os particulares. Nesse espeque, além da (a) teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, três teorias se destacam: (b) teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais; (c) teoria dos deveres de proteção e; (d) teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais.

O *leading case* envolvendo tal problemática – eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas - foi o caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional da Alemanha, em 1958. O caso envolveu um boicote contra um filme de um cineasta de passado nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth. O caso ficou famoso devido

[1] DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição:** *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 40-41.

à argumentação utilizada pelo Tribunal, que lançou o entendimento de que os direitos fundamentais influenciam o direito privado. Assim, nas palavras do Tribunal, sob à luz da Lei Fundamental de Bonn

> Assim, é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito.[2]

A partir desse julgamento, a questão da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais começa a fazer realmente parte da pauta das discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Dividimos o trabalho, por conseguinte, em cinco capítulos, sendo que o primeiro se destinará a apresentar, brevemente, o contexto de surgimento dessa temática, demonstrando a passagem do Estado Liberal para o Social, com os desdobramentos sobre a teoria dos direitos fundamentais. Os quatro capítulos posteriores, por sua vez, serão dedicados cada qual a uma das teorias acima mencionadas, buscando elucidar didaticamente, ao leitor, suas semelhanças e diferenças.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA PROBLEMÁTICA: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE O ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL

Buscar-se-á, neste capítulo, longe da pretensão de esgotar tão vasto tema, apenas situar o leitor no contexto histórico e jurídico em que se desenvolveu a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Trata-se de etapa necessária, tendo em vista que foram justamente as contingências políticas e sociais, ocorridas em final do século XIX (industrialização, desemprego, massificação dos contratos, etc.) e meados do século XX (totalitarismos, guerras, etc.), que provocaram o Direito, exigindo novas respostas para os novos problemas.

No constitucionalismo liberal, o âmbito de incidência dos direitos fundamentais era restrito, atuando exclusivamente na relação Indivíduo-Estado, pois, perante o Estado, todos os indivíduos eram iguais e não caberia à Constituição, vista apenas como Carta Política[3] que regulava as relações estatais, interferir na vida privada. Assim, os direitos fundamentais eram

---

[2] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2ª.ed. 3ª.tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 112-113.

[3] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.** Nº9, 2007, p. 23. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 25/02/2012.

oponíveis somente ao Estado. Para regular a vida privada existia o Código Civil, cujo maior expoente fora o Código Napoleônico. Afirma Daniel Sarmento que "o código civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil [...] nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na ideia de autonomia privada"[4].

O liberalismo, em sua vertente clássica, concebia a sociedade em oposição ao Estado, de modo que aquela deveria defender suas liberdades recém-conquistadas frente a este, responsável, segundo o pensamento da época, pelas violações aos direitos políticos e civis. Devemos compreender que a sociedade da época ainda vivia sob a sombra do Absolutismo. O Liberalismo, buscando estabelecer limites à autoridade pública, constrói um sistema de exercício racional do poder[5], tal como o sistema de pesos e contrapesos e a divisão de poderes. Assim, no Estado Liberal, os direitos fundamentais eram nitidamente concebidos como direitos de defesa – do indivíduo frente ao Poder Público. As violações e ameaças aos direitos fundamentais dignas de preocupação provinham somente do Estado. Por esse motivo, a relação entre a sociedade e o Estado era regulada em âmbito constitucional, ao passo que as relações travadas no seio da sociedade, entre os indivíduos – supostamente iguais e dotados de liberdade – eram reguladas pela legislação infraconstitucional, com enfoque nas codificações, onde não havia previsão ou menção a direitos fundamentais.[6] Operava-se, de forma clara e estanque, a separação entre direito público e direito privado[7].

Levada ao extremo, a separação entre o público e o privado, vista antes como essencial para garantir a liberdade do indivíduo, passou a ser a causadora do próprio mal que queria evitar. Dito de outra maneira, a exacerbada liberdade do indivíduo na sociedade, decorrente da separação entre público e privado, acabou sendo um dos males à própria liberdade individual, visto que, no campo privado, as relações individuais, supostamente travadas por pares iguais, acabaram sendo esmagadas pelo poder econômico de alguns em detrimento dos outros. A igualdade formal, prevista na lei, tornou-se inócua frente à desigualdade material, presente na sociedade. Nas certeiras palavras de Mário Lúcio Quintão Soares, "na democracia liberal, a igualdade política entre os indivíduos, meramente formal, engendrou uma sociedade

[4] SARMENTO, op. cit., p. 12.
[5] PACHECO, Keila Ferreira. **Abuso de direito nas relações obrigacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 63.
[6] DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37-38.
[7] AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118.

desequilibrada".[8] Notou-se, assim, que não só o Estado, como também atores sociais, poderiam ser os violadores de direitos fundamentais.

> Com o advento do Estado social, ao mesmo tempo em que se verifica uma crescente ampliação das atividades estatais, observa-se um incremento significativo da participação social ativa, em um processo de alargamento dos atores políticos, circunstância que gera uma pulverização e democratização do poder na sociedade, que deixa de ser um privilégio exclusivo do Estado, passando a ser compartilhado pela sociedade.[9]

Com o fracasso do liberalismo, constatou-se que os direitos fundamentais poderiam ser violados tanto pelo Estado como pelos particulares e, mais, despertou-se para a necessidade do próprio Estado intervir na sociedade[10], seja como agente econômico, seja como agente regulador. Inicia-se um processo de confusão entre o público e o privado, fato que, inexoravelmente, leva à uma redefinição do conceito de liberdade. Marcelo Duque ensina que

> Para contornar os riscos advindos à efetivação dos direitos fundamentais, o conceito de liberdade deixa de possuir um caráter meramente individual-liberal, passando a encerrar um conceito de liberdade social, fundamentado na Constituição. [...] De acordo com essa evolução, o ponto de partida para superar a concepção de que a eficácia jurídica dos direitos fundamentais esgota-se nas relações cidadão-Estado, foi compreendê-los como normas principiológicas de caráter supremo, integrantes da ordem jurídica total.[11]

O constitucionalismo social, ao trazer novas funções ao Estado, acabou, por conseguinte, atribuindo novas funções aos direitos fundamentais além da clássica função de defesa, que caracterizava a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, nos quais os direitos fundamentais eram considerados como direitos públicos subjetivos, exigíveis do Estado. Essas novas funções foram acompanhadas pela concepção dos direitos fundamentais como normas principiológicas, o que inaugurou sua dimensão objetiva, passando a ser compreendidos como valores, vetores a guiar a atividade estatal.

> A teoria contemporânea dos direitos fundamentais afirma que o Estado deve não apenas abster-se de violar tais direitos, tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros. Este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana. Tal aspecto constitui um dos mais importantes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e está associado à ótica emergente do

[8] SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado:** Novos Paradigmas em face da Globalização. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 195.
[9] DUQUE, op. cit., p. 38.
[10] "O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas." Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2011, p. 200.
[11] DUQUE, op. cit., p. 40.

> *Welfare State*, que enxerga no Estado não apenas um "inimigo" dos direitos do Homem, que por isso deve ter as suas atividades limitadas ao mínimo possível (Estado mínimo), mas uma instituição necessária para a própria garantia destes direitos na sociedade civil.[12]

Nesse sentido, Robert Alexy[13] ensina que os direitos fundamentais não têm mais somente a tarefa de defender o indivíduo perante o Estado, mas também exercem uma função de prestação, que subdivide-se em três atribuições: a) função de organização e procedimento, que se revela na exigência de normas que criem órgãos, instituições e procedimentos voltados à realização dos direitos fundamentais; b) função de prestação em sentido estrito, que vincula o Estado a prover as demandas sociais e econômicas da sociedade, caracterizando-se por pretensões normativas de índole positiva, em oposição à mera função de defesa exercida no Estado Liberal; c) a função de proteção, que obriga o Estado a proteger os direitos fundamentais dos particulares de investidas indevidas dos próprios particulares. Essa última atribuição - de proteção - na função de prestação será comentada adiante.

Diante desse quadro, o Direito foi chamado para solucionar problemas até então desconhecidos e, portanto, sem soluções prontas. Na medida em que os direitos fundamentais eram oponíveis somente ao Estado, por ser ele o único "inimigo", mas, agora, podem ser vilipendiados também por particulares e, mais, o Estado tem o "novo" dever de proteger os direitos fundamentais dos particulares das agressões dos próprios particulares (atribuição de proteção na função de prestação), a *Drittwirkung* surge como ferramenta útil e necessária para a solução do impasse.

Foram as situações concretas, nas quais relações entre privados acabavam por suprimir ou mitigar direitos fundamentais em decorrência do poder socioeconômico de uma das partes que, levadas à apreciação jurisdicional, despertaram a atenção do mundo jurídico para a necessidade de se reconhecer a incidência de direitos fundamentais nessas relações, como forma de preservá-los. Na esteira de Gustav Radbruch, "[...] a liberdade contratual do direito converte-se, portanto, em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito é liberdade, volve-se, na ordem dos fatos sociais, em servidão."[14] Entre todos os âmbitos possíveis de aplicação da *Drittwirkung*, foi no direito do trabalho que, inicialmente, destacou-se.

> Efetivamente, o campo das relações de trabalho revelou-se como terreno fértil para o desenvolvimento de um debate em torno da *Drittwirkung*, já que se afirma como típico caso de relações entre sujeitos privados, nas quais os

[12] SARMENTO, op. cit., p. 129.
[13] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad Ernesto Garzón Valdez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 430.
[14] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 288.

> direitos fundamentais podem assumir um significado preponderante, independentemente da presença do Estado em um dos polos da relação. Além disso, a desigualdade de poder, típica das relações de trabalho, revelou com considerável nitidez a possibilidade de uma parte – considerada mais forte, notadamente o empregador – restringir direitos fundamentais da mais fraca – o empregado.[15]

Por fim, destaca-se que, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, onde o mundo vivenciou as catástrofes do nacional-socialismo, a comunidade jurídica despertou-se para a necessidade de preservação e promoção da pessoa humana. Foram criados documentos internacionais e nacionais que garantiram a inviolabilidade da vida e da dignidade humana, dentre os quais se destacam, respectivamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da ONU, e a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, na Alemanha.

A pessoa humana foi elevada ao centro do ordenamento jurídico. O reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana passou a ser matéria de primeira ordem na discussão político-jurídica. Todos esses fatores – e mais alguns – proporcionaram um vasto desenvolvimento na teoria dos direitos fundamentais, que teve como consequência, dentre várias outras, a constatação da sua aplicabilidade tanto frente ao Estado como frente aos próprios particulares.

Cientes da brevidade do exposto, procurou-se demonstrar o quadro histórico, político e jurídico em que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi concebida. Iniciar o estudo específico do tema sem ter contextualizado a problemática importaria em retirar a importância prática e social que a questão apresenta. Desse modo, passaremos, agora sim, ao estudo das teorias acerca da *Drittwirkung*.

2 TEORIA DA NEGAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Iniciando o estudo específico da *Drittwirkung*, abordaremos a doutrina que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Trata-se das teorias do *State Action* e da *Public Function Theory*.

Segundo Daniel Sarmento[16], a doutrina da negação da eficácia dos direitos fundamentais surgiu na Alemanha, mas foi nos Estados Unidos da América que teve maior difusão, sendo lá considerada praticamente um axioma. Os adeptos dessa teoria defendem, em síntese, que os direitos fundamentais representam exclusivamente direitos de defesa perante o Estado,

[15] DUQUE, op. cit., 41.
[16] SARMENTO, op. cit., p. 188-191.

alegando que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais fulminaria a autonomia da vontade, desfigurando o Direito Privado. Por sua vez, a teoria americana do *State Action*, baseada na premissa de que os direitos fundamentais vinculam somente o Estado, pois somente os atos estatais poderiam ofender direitos fundamentais, representa o ideal liberal norte americano de exaltação da autonomia privada, de sorte que qualquer ingerência estatal nesse campo caracterizar-se-ia como afronta mortal às bases sobre as quais se assenta a sociedade norte-americana.

Originária do desenvolvimento jurisprudencial da Suprema Corte americana, as premissas do *State Action*, concebem, em termos gerais, o Estado como único possível ofensor dos direitos fundamentais. Entende a Suprema Corte que os direitos e garantias individuais presentes na Constituição norte-americana e em suas emendas destinam-se exclusivamente ao Estado, e não aos particulares. Uma das poucas exceções estaria presente na décima quarta emenda, que proibiu a escravidão nos Estados Unidos, proibição que alcança os particulares.[17]

Entretanto, buscando amenizar a rigidez dessa teoria, a Suprema Corte Americana vem criando mecanismos para permitir a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a exemplo da denominada *public function theory*. Desse modo, segundo alguns precedentes daquela corte, quando um particular exercer atividade tipicamente estatal, ou atividade particular patrocinada pelo Estado, estará vinculado também aos direitos fundamentais.

Wilson Steinmetz explica, suscintamente, o funcionamento judicial desse artifício:

> Um particular demanda judicialmente contra outro particular para fazer valer um direito individual constitucional ou uma pretensão fundada. Recebida a demanda, o juiz ou tribunal (i) verifica se a demanda é contra o Estado (funcionário, agência, entidade pública, et.) ou um particular. Se o demandado não é o Estado, então o juiz ou tribunal (ii) verifica se a ação ou ações do demandado-particular podem ser imputadas, por alguma razão, ao Estado, isto é, se ela(s) podem ser subsumidas ao conceito de *state action*.[18]

O mesmo autor, ainda, elabora a seguinte objeção a essa teoria: haverá casos em que facilmente se imputará a atitude do particular ao Estado, como as empresas que atuam sobre concessão; em outros, claramente a atitude não poderá ser imputada; ocorre, todavia, que haverá casos limites, em que a atitude poderá ou não ser imputada, o que gerará insegurança jurídica, necessitando, portanto, de claros limites a serem construídos pela doutrina e jurisprudência.

---

[17] SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 92-93.

[18] STEINMETZ. Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 179.

A falta de insegurança jurídica nessa questão faz com que autores, como Virgílio Afonso da Silva, defendam a tese "segundo a qual a Corte, quando pretende coibir um ato privado violador de direitos fundamentais, encontra algum artifício para equipará-lo a um ato público"[19]. Nesse viés, no contexto norte-americano, os direitos fundamentais vinculariam sim os particulares, embora de forma ardilosa, camuflada.

> Em suma, a grande crítica à *state action* está diretamente relacionada aos pressupostos sobre os quais fora construída: a estanque separação entre público e privado e a concepção dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, exercidos exclusivamente contra o Estado [...] Ao invés de reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, os norte-americanos preferem adotar o caminho mais complexo: ampliar a conotação pública de determinadas atividades designadamente privadas. O contrassenso deste posicionamento está em aplicar, diante de um Estado de conotação neoliberal (mínimo), aquilo que deve ser entendido por ação governamental ou estatal.[20]

Por fim, Steinmetz tece a afirmação – com a qual plenamente concordamos – de que essa teoria tem aplicabilidade somente na Constituição americana, posto que essencialmente liberal. Essa teoria, portanto, não se aplicaria nas constituições redigidas no contexto do Estado Social de Direito, haja vista que essas constituições não visam somente regular a atividade estatal, mas também regular a vida social, a economia, entre tantos outros campos. Assim, exclui-se, desde já, a possibilidade de se utilizar essa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

3 TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A teoria da eficácia indireta ou mediata foi criada na Alemanha, na década de 50, e, posteriormente, tornou-se a concepção dominante no direito germânico. Marcelo Duque destaca que, embora alguns poucos autores já trabalhassem com a teoria, o primeiro autor a tratá-la de forma mais bem elaborada fora Günter Dürig, com a tese segundo a qual contratos privados não poderiam restringir o direito à livre circulação de uma das partes contratantes.[21]

Em síntese, essa teoria defende que os direitos fundamentais não ingressam no campo privado como direitos subjetivos, assim reconhecidos somente perante o Estado, mas tão somente através da atividade legislativa infraconstitucional ou da atividade jurisdicional.[22] Sua

---

[19] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 102.
[20] SOMBRA, op. cit., p. 95.
[21] DUQUE, op. cit., p. 195-196.
[22] SARMENTO, op. cit., p. 197-201.

influência no direito privado seria indireta, isto é, atuariam como ordem de valores a nortear a edição, interpretação e aplicação das normas privadas.

> Nessa acepção, Dürig concebeu os direitos fundamentais como parte essencial de um sistema de valores, que dever ser objeto de uma proteção abrangente. Contudo, essa proteção, em harmonia com a sua concepção de ordem valorativa, não fundamenta uma eficácia direta dos direitos fundamentais no tráfego jurídico privado, à medida que todos os particulares são titulares de direitos fundamentais. [...] Dürig centrou o seu argumento na constatação de que o dever de respeito à dignidade humana é a norma central do ordenamento jurídico, a partir da qual se gera um efeito de irradiação.[23]

Sendo formas de irradiação da dignidade humana, portanto, a atuação dos direitos fundamentais entre os particulares se daria em dois planos: primeiro, vinculando o legislador privado, que teria o dever de respeitá-los e a obrigação de promovê-los ao promulgar novas leis; segundo, norteando a atividade jurisdicional, que deveria utilizar-se dos direitos fundamentais como valores, como ordem axiológica, na aplicação dos institutos do direito privado, de modo que eles respeitassem, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais e a autonomia privada dos particulares. Essa ingerência no direito privado se daria através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, que serviriam como "janelas abertas" para a infiltração das normas constitucionais.[24]

Para a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, portanto, cabe ao legislador, num primeiro plano, através da legislação infraconstitucional específica, regulamentar os confrontos e acomodações entre direitos fundamentais passíveis de ocorrerem no campo privado, o que atenderia ao princípio da segurança jurídica, por conferir maior previsibilidade às soluções dos casos concretos, bem como ao princípio democrático, haja vista as colisões de direitos fundamentais serem resolvidas pelo representante eleito.[25]

Como exemplos de normas infraconstitucionais concretizadoras de direitos fundamentais, temos o Código de Defesa do Consumidor, atendendo à previsão constitucional de proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, CF/88), o Estatuto da Criança e do Adolescente, previsto no art. 227 da CF/88, e o Estatuto do Idoso, previsto no art. 230 da CF/88. Nesses exemplos, o legislador atendeu ao chamado constitucional e promoveu, em teoria, por meio de regulamentações específicas, à acomodação dos direitos fundamentais desses sujeitos constitucionais, em diversas situações.

---

[23] DUQUE, op. cit., p. 197.
[24] MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240-241.
[25] STEINMETZ, op. cit., p. 144.

Essa regulamentação, visando à acomodação dos direitos fundamentais nas relações privadas, evitando o enrijecimento do ordenamento, o que inviabilizaria a própria evolução do sistema jurídico enquanto todo ordenado por princípios, deverá utilizar-se de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, para que o direito privado esteja sempre "aberto" à evolução social, doutrinária e jurisprudencial no campo dos direitos fundamentais, permitindo a sua "oxigenação".

De acordo com Augusto Geraldo Teizen Júnior, "A cláusula geral tem conteúdo indeterminado, mas que se determina e se preenche com os valores dominantes no espaço e no tempo de cada comunidade, normalmente não é definida pelo legislador".[26]

Na esteira de Gustavo Tepedino, "Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas".[27]

Exemplos de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados constam nos artigos 113 e 422 do CC/2002, que preveem a "boa-fé objetiva", o art. 421, que prevê a "função social do contrato", o art. 187 que, ao configurar o "abuso de direito", utiliza das figuras de "fim econômico ou social" e de "bons costumes", entre outras. São essas normas que, no caso concreto, permitem ao julgador analisar a questão e preencher os conceitos de acordo com as valorações fundamentais emanadas da Constituição. Nesse sentido,

> O juiz singular e os tribunais ordinários operam a eficácia de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares de duas formas: (i) interpretando e aplicando os textos de normas de direitos privado – especialmente as normas imperativas – em conformidade com as normas de direitos fundamentais (interpretação conforme os direitos fundamentais); e, sobretudo, (ii) "preenchendo" as cláusulas gerais, e também os conceitos jurídicos indeterminados ou abertos, de direito privado com os valores que fundamentam as ou defluem das normas de direitos fundamentais, ou, para dizer de outro modo, com o conteúdo valorativo dos "direitos fundamentais como princípios objetivos".[28]

A priori, a teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais parece ser a melhor teoria, por conjugar dois fatores: primeiro, por efetivamente (ainda que por via indireta) aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas, como corolário do mandamento

[26] TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 105.
[27] TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XIX.
[28] STEINMETZ, op. cit., p. 145.

constitucional; segundo, porque confere segurança jurídica, respeita o princípio democrático, como afirmado acima e, por fim, "garante" a autonomia do direito privado.

Entretanto, a grande crítica que podemos fazer para essa teoria diz respeito à sua artificialidade, no sentido de que não se coaduna com a realidade da imensa maioria dos países, inclusive do Brasil, onde se vive uma crise de legitimidade, uma crise de representatividade do Poder Legislativo. Assim, num país onde há déficit de legislações efetivamente protetivas, onde leis são promulgadas devido ao *lobby* de grandes grupos econômicos, não podemos esperar que a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais tenha fôlego para efetivamente realizar os direitos fundamentais nas relações privadas. Entendemos, por conseguinte, que essa teoria, apesar das suas grandes vantagens, pode ser utilizada somente em países extremamente desenvolvidos, amparados numa democracia substancial consolidada, o que, infelizmente, não é o caso do Brasil.

4 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO

De forma semelhante, temos a teoria dos deveres de proteção do Estado. Claus-Wilhelm Canaris, maior expoente dessa teoria, sustenta que somente o Estado está diretamente vinculado aos direitos fundamentais. Desse modo, o Estado tem uma dupla função: não apenas abster-se de lesar os direitos fundamentais, mas também o dever de protegê-los quando provenientes de lesões ou ameaças de terceiros (particulares). O professor alemão denomina essas duas funções de "proibição de intervenção" e de "imperativo de tutela", respectivamente. Para ele, a influência dos direitos fundamentais frente aos particulares encontra-se na vinculação imediata do legislador do Direito Privado ao respeito aos direitos fundamentais e na aplicação judicial do Direito Privado pelo Poder Judiciário, que deverá se abster de um julgamento causador de lesão aos direitos fundamentais, bem como buscar a efetiva sua efetiva proteção.[29]

Segundo Marcelo Duque[30], a teoria dos deveres de proteção pode ser fundamentada nas clássicas teorias contratualistas, da passagem do momento pré-estatal para o surgimento do Estado, quando os particulares abdicaram da autotutela em nome da segurança proporcionada pelo Estado. Os deveres de proteção são provenientes, portanto, do próprio conceito de Estado de Direito. Atualmente, entretanto, sua fundamentação baseia-se na compreensão objetiva dos direitos fundamentais, como ordem de valores a ser protegida e realizada na maior medida possível pelo Estado.

---

[29] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 28-36 e 52-74.
[30] DUQUE, op. cit., p.

Canaris, refutando a teoria da eficácia indireta ou mediata, afirma que "é, no actual estado da dogmática jurídico-constitucional, supérflua, porque todos os correspondentes problemas podem ser resolvidos de forma mais correcta e precisa recorrendo às funções 'normais' dos direitos fundamentais, como proibições de intervenção e como imperativos de proteção".[31]

Para a concretização desse imperativo de tutela – proteção dos direitos fundamentais frente às agressões tanto do Estado como dos particulares -, o Estado deve atuar por meio da legislação e da jurisprudência dos tribunais.[32] A teoria dos deveres de proteção, através do imperativo de tutela, assim como a teoria da eficácia indireta, atua em dois planos: vinculação do legislador ordinário aos direitos fundamentais e comprometimento dos juízes, enquanto órgãos do Estado, a não decidirem de modo desfavorável aos direitos fundamentais, isto é, proporcionarem sua proteção e promoção por meio da função judicante.[33]

Nota-se, portanto, que a diferença entre a teoria dos deveres de proteção e da teoria da eficácia indireta ou mediata está na fundamentação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Esta fundamenta na eficácia irradiante dos direitos fundamentais, como ordem de valores, enquanto aquela fundamenta nos deveres de proteção[34] dos bens fundamentais próprios do conceito de Estado, detentor legítimo do monopólio da força. A semelhança entre as duas, por sua vez, encontra-se nas consequências: ambas exigem a atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário como pressuposto indispensável à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por esse motivo, entendemos que as críticas – artificialismo - feitas à teoria da eficácia indireta ou mediata aplicam-se igualmente à teoria dos deveres de proteção.

5 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas teve origem com o pensamento de Hans Carl Nipperdey, na Alemanha, mas tornou-se

[31] CANARIS, op. cit., p. 132.
[32] DUQUE, op. cit., p. 316.
[33] SARMENTO, op. cit., 217.
[34] Acerca desse dever de proteção do Estado, remetemo-nos à breve exposição da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, segundo o qual os direitos fundamentais, além da função de defesa, possuem a função de proteção como atribuição da função de prestação *lato sensu*. Ver item 1 acima.

majoritária na Espanha e em Portugal.[35] Nipperdey, tratando de direitos fundamentais, afirma que

> Esse direito constitucional contém para campos do direito fora da constituição não somente "proposições diretrizes" ou "regras de interpretação", mas uma regulação normativa do ordenamento jurídico total como unidade, da qual também emanam imediatamente direitos privados subjetivos do particular. Uma infração contra uma norma fundamental também atuante no direito privado leva, em regra, à nulidade do negócio jurídico.[36]

Para que a violação de um direito fundamental seja causa de nulidade de um negócio jurídico, temos, por conseguinte, a incidência dos mandamentos constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais nas relações entre particulares de forma imediata e direta. Isto é, não se necessita de outra atividade (legislativa ou jurisdicional) para se fazer valer os direitos fundamentais entre os particulares. A norma constitucional, assim, independente da legislação infraconstitucional, "deve ser aplicada precipuamente em uma sentença, e não como um mero critério interpretativo."[37]

Nas palavras de Luís Roberto Barroso,

> [...] em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional.[38]

No mesmo sentido, Pietro Perlingeri afirma que

> [...] a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a fattispecie em consideração) ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.[39]

Na doutrina portuguesa, registra-se o pensamento de Ana Prata, para quem "as entidades privadas têm de respeitar de forma directa e necessária os direitos constitucionalmente garantidos."[40]

Marcelo Duque destaca que a teoria desenvolveu-se particularmente no direito do trabalho, na Alemanha da década de 50, sobretudo no debate acerca da igualdade salarial entre homens e mulheres, ocasião em que firmou-se o entendimento segundo o qual "o princípio da

---

[35] SARMENTO, op. cit., p. 204-205.

[36] NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Waldir Alves. In.: **Direitos fundamentais e direito privado:** textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011, p. 59-60.

[37] SOMBRA, op. cit., p. 89.

[38] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 260.

[39] PERLINGERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed., rev., e ampl. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

[40] PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da Autonomia Privada.** Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 137.

igualdade salarial como direito fundamental vincula não apenas o poder público, mas também as partes integrantes de um contrato coletivo de trabalho.[41]

Uma vez que o princípio da dignidade humana fora elevado ao centro do ordenamento jurídico, como fundamento da República (art. 1º, inc. III, CF/88), e constatado que os direitos fundamentais, em sua maioria, podem ser reconduzidos ao conteúdo de dignidade humana, necessário compreender que a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais traduz-se em ferramenta apta a proteger e a promover a dignidade humana, em qualquer situação, seja ela pública ou privada e, nesse caso, havendo ou não igualdade entre as partes.[42]

Dentre os diversos argumentos elencados a seu favor, o principal cinge-se à constatação de que a violação de direitos fundamentais, atualmente, tem como grande causador o poder social, que muitas vezes se mostra implacável, tornando-se um inimigo maior que o próprio Estado, haja vista a enorme desigualdade presente em nossa sociedade. Exemplo melhor não há que os conflitos do próprio direito do trabalho, entre patrões e empregados, onde a desigualdade é patente. A vinculação direta aos direitos fundamentais seria uma ferramenta para "amenizar", "mitigar" essa violação pelo poder social, isto é, uma saída para diminuir os efeitos maléficos da desigualdade social. Esse argumento, entretanto, engloba outro anterior, "de que o princípio da autonomia privada, conquanto tenha que ser garantido no ordenamento jurídico, não pode ser ilimitado".[43]

Por sua vez, há diversos argumentos contrários à teoria, dentre os quais seria antidemocrática, geraria insegurança jurídica, colocaria em risco a autonomia e identidade do Direito civil[44], destaca-se ser o mais contundente aquele que alega o demasiado comprometimento/aniquilação da autonomia privada, pilar central do ordenamento jurídico privado[45]. Nesse sentido,

> Os inúmeros críticos da teoria de Nipperdey [...] afirmam que esta acaba por suprimir o princípio da autonomia privada, à medida que a aplicação de um direito fundamental em detrimento da autonomia da vontade acabaria por desfigurar o Direito Privado como um todo.[46]

[41] DUQUE, op. cit., p. 104.
[42] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 157.
[43] DUQUE, op. cit., p. 114.
[44] SARMENTO, op. cit., p. 239.
[45] DUQUE, op. cit., p. 149.
[46] SOMBRA, op. cit., p. 89-90.

Ao contrário do que defende a doutrina adversária, verifica-se que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas vem, entre outros motivos, inclusive para garantir a autonomia privada nas relações em que essa não se faz presente em sua forma real, como nos casos de contratos onde uma das partes é vulnerável. Desse modo, essa teoria, ao tentar garantir a liberdade, a igualdade e, em último caso, a dignidade do vulnerável, acaba por garantir sua autonomia privada, pois fornece-lhe os meios de equiparar-se à parte mais forte.

Foi mencionado, no item 1 deste estudo, a função de prestação dos direitos fundamentais. Faremos, de forma singela, uma correlação entre a função de prestação na subespécie de atribuição de proteção dos direitos fundamentais e a teoria ora analisada.

Como alinhavado acima, a função de proteção obriga o Estado a proteger os direitos fundamentais dos particulares de investidas indevidas dos próprios atores privados. Fernando Martins ensina que

> Os direitos fundamentais, nessa senda, condicionam o Estado a agir no sentido de proteger o indivíduo com o amparo, fomento e preservação dos direitos fundamentais, considerando, especialmente nos dias que correm, a intensidade de atividades particulares, cada vez mais preponderantes sobre aquelas próprias do setor público, o manejo de banco de dados por empresas ou associações privadas, as tecnologias avançadas com larga utilização comercial, a biogenética, a genética dos alimentos.[47]

Nota-se, portanto, que as ofensas aos direitos fundamentais, hoje, não têm como remetente somente o Estado, como fora outrora no Estado Liberal. Pelo contrário, inúmeros danos causados aos direitos fundamentais, como o direito à imagem, à honra, à privacidade, à intimidade, à integridade psicofísica, são provenientes de atuações de agentes privados.

Necessário, aqui, um raciocínio lógico: se o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais dos particulares frente às investidas dos próprios particulares, significa dizer que os particulares não possuem o direito de investirem entre si. Dito de outra maneira: o particular que ofende um direito fundamental de outro particular só deve ser coibido pelo Estado porque, justamente, não possui esse direito. Logo, conclui-se que, como o particular não possui o direito de ofender um direito fundamental alheio, é porque – e aqui se mostra evidente – a esse direito fundamental está submetido, vinculado, haja vista que, se assim não o fosse, não estaria proibido de ofendê-lo.

Desse modo, negar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é, de fato, autorizar o desrespeito e fomentar o descaso para com os próprios direitos fundamentais. Defende-se, portanto, que a função de prestação na atribuição de proteção dos

[47] MARTINS, op. cit., p. 232.

direitos fundamentais tem como um de seus instrumentos a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares. Negar essa teoria é transformar a função de proteção em mera retórica, desprovida de efetividade.[48]

Importante que se entenda o seguinte: a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não significa necessariamente o abandono da legislação infraconstitucional. Caso haja essa legislação e ela seja suficiente e adequada para a efetivação e proteção do direito fundamental, ela deve ser aplicada. Por outro lado, caso não haja a legislação ou a mesma seja insuficiente ou inadequada, a incidência do direito fundamental deverá ser direta.

Não é outra a conclusão de Wilson Steinmetz. Vejamos:

> Quanto à forma (o modo, o "como") e ao alcance (a extensão, a medida), a vinculação dos particulares a direitos fundamentais – sobretudo a direitos fundamentais individuais – se materializa como eficácia imediata "matizada" ("modulada" ou "graduada") por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomam em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes. Ademais, nos casos concretos para os quais há regulação (concretização) legislativa específica suficiente e conforme à Constituição e aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, em virtude dos princípios democrático e da separação de poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso (ônus de argumentação), afastar-se da solução legislativa, isto é, o Poder Judiciário não deve sobrepor-se, de imediato e sem satisfazer um ônus de argumentação constitucional racional e objetiva, às ponderações do Poder legislativo concretizadas em regulações específicas de direito privado.[49]

Trabalha-se, portanto, com uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo afastada, entretanto, apenas quando já houver legislação suficiente e adequada para a questão. A eficácia *prima facie* se justifica na medida em que a proteção e promoção dos direitos fundamentais, normas principiológicas, entendidos como exteriorizações da dignidade humana, deve se dar na maior medida possível diante das peculiaridades dos casos concretos. Nesse sentido,

> Considerar que há uma vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais não implica, por isso, que deva haver uma equiparação total entre pessoas públicas ou privadas. [...] A vinculação directa ou imediata das entidades privadas aos direitos fundamentais é uma vinculação directa ou imediata *prima facie* "porque em princípio (...) os direitos fundamentais

[48] Nesse ponto, interessante seria a correlação entre a teoria dos deveres de proteção e a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, em se constatando que o dever de proteção do Estado advém da própria função de proteção dos direitos fundamentais, raciocínio que levaria à conclusão de que o dever de proteção do Estado, quando inadimplido, possibilitaria a incidência direta do direito fundamental na relação privada. Devido à sua complexidade, contudo, não cabe aqui o desenvolvimento adequado e necessário ao deslinde do tema.

[49] STEINMETZ., op. cit., p. 295-296.

> aplicam-se nas relações jurídico-privadas; exceptuam-se os casos em que os direitos fundamentais não devam aplicar-se, por causa de uma ponderação de bens e/ou valores".[50]

A priori, parece-nos que essa última posição se mostra a mais coerente, haja vista que defende a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas de qualquer maneira, exigindo a atuação legislativa infraconstitucional como meio para tal, o que garantiria maior segurança jurídica, mas, ao mesmo tempo, admitindo a aplicação direta dos direitos fundamentais quando for omissa ou falha a legislação infraconstitucional, de modo que a pessoa e sua dignidade não restarão prejudicadas pela inércia legislativa.

CONCLUSÃO

O estudo procurou contextualizar a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, demonstrando o desenvolvimento por que passou a teoria dos direitos fundamentais na passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Com o paradigma do Estado Social, constatou-se que os direitos fundamentais possuem, além da função de defesa e da dimensão subjetiva, entendidos como direitos públicos subjetivos, também uma função de prestação *lato sensu* e uma dimensão objetiva, compreendidos como sistema de valores aptos a nortear a atividade estatal e as relações sociais.

Em seguida foram analisadas quatro teorias sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A primeira, de forte influência no direito norte-americano, que nega essa incidência, foi de plano rechaçada, por não se adequar ao ordenamento jurídico brasileiro. Quanto às duas seguintes, teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais e teoria dos deveres de proteção, após serem analisadas, constatou-se que, apesar de fundadas em argumentos sólidos e possivelmente compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, por atenderem aos princípios democráticos e da segurança jurídica, revelaram-se inadequadas ao contexto sócio-político brasileiro, onde o Poder Legislativo vive uma crise de representatividade e é constantemente vitimado pelas influências de grupos econômicos privados. A "falha" dessas duas teorias, portanto, está em acreditar demasiadamente no perfeito funcionamento do aparelho estatal. Daí suas artificialidades.

Analisou-se a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, que defende a desnecessidade de intermediação legislativa e/ou

[50] CRORIE, Benedita Mac. **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2013, p. 210.

jurisprudencial para que os direitos fundamentais produzam efeitos entre os particulares, e foi constatado que essa é a teoria mais adequada ao ordenamento e ao contexto sócio-político brasileiro, por conferir a maior proteção aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Rechaçou-se a crítica de que aniquilaria a autonomia privada, pelo argumento inverso de que essa teoria busca justamente assegurá-la naquelas relações onde a desigualdade socioeconômica se faz presente. Por fim, defendeu-se uma teoria da eficácia direta ou imediata "matizada" ou *prima facie*, no sentido de que, por serem normas principiológicas, os direitos fundamentais devem ser aplicados na maior medida possível diante das peculiaridades dos casos concretos, bem como, em havendo legislação suficiente e adequada sobre determinadas questões, a elas deve se ater o julgador, assumindo este o ônus argumentativo para o seu afastamento e aplicação direta do preceito constitucional, quando entender que a legislação pertinente não satisfaz o preceito jusfundamental de forma adequada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad Ernesto Garzón Valdez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.** Nº9, 2007, p. 23. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 25/02/2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CRORIE, Benedita Mac. **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Direito privado e constituição:** *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual.** São Paulo: Saraiva, 2011.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Waldir Alves. In.: **Direitos fundamentais e direito privado:** textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

PACHECO, Keila Ferreira. **Abuso de direito nas relações obrigacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed., rev., e ampl. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da Autonomia Privada.** Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2ª.ed. 3ª.tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado:** Novos Paradigmas em face da Globalização. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.