



DA EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

*Rholden Botelho de Queiroz **

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar as possibilidades e delineamentos de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Três principais teorias disputam a hegemonia doutrinária e jurisprudencial: a teoria da eficácia direta ou imediata; a teoria da eficácia indireta ou mediata; a teoria dos deveres de proteção do Estado. Veremos que a aceitação de uma eficácia direta é perfeitamente compatível com o reconhecimento da força normativa da Constituição e é albergada em seu art. 5º, §1º.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais. Eficácia. Relações Privadas.

ABSTRACT

This study has the purpose to analyse the possibilities and ways of enforcement fundamental rights in private legal relationships. Three theories dispute the preference in Doctrine and Jurisprudence: the theory of direct effect (or immediate effect); the theory of indirect effect (or mediate effect); the theory of the State protection duties. It will be seen that the direct effect of the enforcement of fundamental rights in private legal relationships is compatible with the thought of normative power of constitutional rules. This thought is also embraced by the Brazilian Constitution (article 5, paragraph 1).

Key-words

Fundamental Rights. Effect. Private Legal Relationships.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, existe um certo consenso em torno da aceitação da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, encontrando-se alguma resistência apenas em alguns países de forte tradição liberal, como os Estados Unidos da América e a Suíça, por exemplo. Ora, se, conforme ensina Luís Afonso Heck, a finalidade dos direitos fundamentais é criar e manter

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador da Fazenda Nacional.

os pressupostos de uma vida em liberdade e dignidade humana¹, parece razoável que sejam invocáveis em favor de quem tenha esses bens afetados por particulares e não só pelo estado.

No presente estudo, partindo da premissa da aceitação da eficácia dos direitos fundamentais também nas relações privadas, abordaremos a questão do como se dá esta eficácia. O aspecto ora analisado é alvo de acirrado debate na comunidade jurídica internacional, sendo a hegemonia no trato da questão disputada por três principais teorias: a da eficácia mediata ou indireta, a da eficácia direta e a dos deveres de proteção.

Diante deste cenário, nosso objetivo será descrever estas três construções, expondo também as críticas que se lhes dirigem, para, ao final, manifestar as razões de nossa preferência pela teoria da eficácia direta.

2. TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA

Inicialmente, cumpre destacar que existe uma certa controvérsia doutrinária em torno de aspectos acidentais da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas (conforme se observará no decorrer da exposição). Sem embargo, o núcleo essencial desta construção, o ponto comum que nos permite identificar os seus defensores, consiste na aceitação da influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares através da mediação do Estado, rejeitando uma aplicação direta daqueles nestas. No dizer de Daniel Sarmento: “trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada”.²

A tese da eficácia indireta foi formulada inicialmente pelo alemão Günter Dürig³, tendo se tornado a dominante em seu país e acolhida no seio da Corte Constitucional alemã. Na concepção original de Dürig, o ponto de partida para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é o comando de respeito à dignidade humana do art. 1.1 da Lei Fundamental, em razão do qual os direitos fundamentais se projetam nestas relações, cujos conteúdos materiais estão vinculados à proteção daquele valor absoluto. Entretanto, os direitos fundamentais não passam a ser direitos absolutos a vincular diretamente os particulares, o que implicaria uma invasão e socialização do Direito Privado e, conseqüentemente, a perda de sua autonomia, a intromissão do Estado em âmbitos de atuação, até então, livres dos indivíduos, o aumento da insegurança jurídica e uma limitação da liberdade contratual.

¹ HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no Direito Civil*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, p. 116, 1999.

² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 238.

³ DÜRIG, Günter. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, apud BILBAO UBILLOS, J. Op. cit. (1997a), p. 305.

Portanto, segundo Dürig, a influência do Direito Constitucional sobre o Civil deve ser indireta. Os valores consagrados nos direitos fundamentais penetrariam na esfera do Direito Civil por meio das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados (boa-fé, bons costumes, ordem pública etc.), os quais denominou como “pontos de irrupção” destes valores no Direito Privado. Assim, em uma Constituição que proíbe, em seu art. 3.3, discriminação por razão de raça, um contrato que impeça o aluguel de um apartamento a um judeu seria contrário aos bons costumes.⁴

Bastante elucidativa a síntese de Vieira de Andrade acerca do pensamento de Dürig sobre a influência dos preceitos constitucionais nas relações privadas. Convém transcrevê-la:

A força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiros) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas mediadamente, através, (sic) dos princípios e normas próprios do Direito Privado. Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (Wertschultzlückenschliessung), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.⁵

Konrad Hesse, embora também defensor da eficácia mediata, entende que os preceitos constitucionais desempenham um papel maior do que simplesmente nortear a interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Desenvolvendo o tema, após reconhecer que a Lei Fundamental, na seção relativa aos direitos fundamentais, erige uma ordem objetiva de valores que rege todos os âmbitos do Direito, inclusive o Civil, e que, no campo das relações privadas, diferentemente do que ocorre nas de Direito Público, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, o que implica a freqüente ocorrência de colisões, assevera que corresponde ao Direito Civil:

(...) la tarea, sumamente complicada, de encontrar por si mismo el modo y la intensidad de la influencia de los derechos fundamentales mediante el equilibrio o la ponderación de los derechos fundamentales en consideración.⁶

A transposição dos valores constitucionais para o Direito Privado caberia ao legislador:

Al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales,

⁴ Cf. BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 305.

⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 276.

⁶ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995, p. 57-60.

de modo diferenciado y concreto, en Derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada.⁷

Neste sentido, Vasco Pereira ressalta que a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas não se daria exclusivamente por meio das cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Segundo ele:

Dar-se-ia como que uma “recepção” dos direitos fundamentais pelo Direito Privado, quer através de normas expressas de Direito Privado concretizadoras dos direitos fundamentais, quer através de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, cujo conteúdo seria preenchido com os valores constitucionais.⁸

Nesse cenário, cabe ao juiz levar em conta o efeito de irradiação dos valores consagrados nos direitos fundamentais na hora de interpretar as normas de Direito Privado. A influência dos direitos fundamentais seria observada por ele preferencialmente na concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, mas também seria levada a cabo na interpretação de qualquer norma privada e até fundamentaria, em casos excepcionais, decisões contrárias ao texto da lei.⁹ Em sentido muito próximo, ensina Hesse:

Evidentemente le incumbe (ao Juiz) en adelante el control de constitucionalidad de las normas jurídicas aplicables; en su caso, ha de interpretar el Derecho aplicable de conformidad con la Constitución, y debe observar los derechos fundamentales como principios objetivos en la precisión de conceptos indeterminados y en la interpretación de cláusulas generales.¹⁰

Diante deste quadro, parece assistir razão a Alexy quando afirma que a teoria da eficácia indireta conduz a resultados práticos semelhantes ao da teoria rival – a da eficácia direta. Com efeito, se ao Legislativo cabe, em primeira instância, realizar a ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos em uma relação privada, o Judiciário poderá, em última instância, rever, pelos mecanismos de controle de constitucionalidade, a ponderação legal e rejeitá-la, se entender que o legislador não avaliou bem os valores constitucionais em jogo. Em síntese, caberá sempre ao Judiciário dar a última palavra em matéria de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Partindo desta reflexão, Bilbao Ubillos é mais duro em sua crítica, taxando a teoria da eficácia indireta de “peripécia especulativa artificiosa”, a qual “no conduce a ninguna parte, o mejor dicho, que regresa al mismo punto de partida, sin despejar ninguna incógnita. Para esse viaje no eran necesarias tantas alforjas”.¹¹

⁷ *Ibidem*, p. 63-64.

⁸ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público* n. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45.

⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 512.

¹⁰ HESSE, K. *Op. cit.*, p. 65-66.

¹¹ BILBAO UBILLOS, J. *Op. cit.*, p. 321.

De toda sorte, a tese foi acolhida no âmbito da Corte Constitucional alemã, conforme se verifica da decisão do já clássico “caso Lüth”. A querela, ocorrida na década de 1950, girou em torno de boicote, conclamado pelo Sr. Lüth, Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, contra filme dirigido por Veit Harlan, diretor de cinema acusado de ter elaborado filme de conteúdo anti-semita na época do regime nazista.

A produtora do filme de Harlan, invocando o art. 826 do Código Civil (Quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a reparar o dano), conseguiu, junto ao Tribunal de Hamburgo, decisão determinando a cessação do boicote, ao que Lüth se insurgiu interpondo recurso perante a Corte Constitucional, o qual foi acolhido sob o argumento de que o Tribunal a quo ignorou o efeito de irradiação do direito à liberdade de expressão na interpretação do conceito “contrário aos bons costumes” do mencionado art. 826 da lei civil.¹² Eis alguns trechos do julgado:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades do indivíduo contra interferências das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Isto decorre do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também dos progressos históricos que levaram à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países (...)

É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro (seguem-se citações de várias decisões). Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem objetiva de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento na comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do Direito (Público e Privado). Ele serve de critério para medir e avaliar todas as ações nas áreas da Legislação, Administração Pública e Jurisdição. 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 ser interpretado à luz de seu espírito.

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no Direito Privado por meio dos dispositivos legais diretamente aplicáveis sobre esta área do Direito. Estatutos recém-promulgados devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao Direito Privado, orientando a sua interpretação. Uma disputa entre particulares sobre direitos e deveres decorrentes de normas de Direito Privado – normas influenciadas pelos

¹² Informações colhidas de BILBAO UBILLOS. J. Op. cit., p. 305-308, SARMENTO, D. Op. cit., p. 141, MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 224-225.

direitos fundamentais – permanece substantiva e procedimentalmente uma disputa jurídico-civil. Aplica-se e interpreta-se Direito Civil, mas a interpretação deve estar de conformidade com a Constituição.

A influência da escala de valores dos direitos fundamentais afeta particularmente aqueles dispositivos do Direito Civil que contêm regras cogentes, de ordem pública – no sentido amplo do termo -, quer dizer, regras que, por razões do bem-estar geral, também são vigentes nas relações privadas e são retiradas da esfera de disponibilidade do particular. Devido à sua finalidade, estes dispositivos são intimamente relacionados ao Direito Público. Conseqüentemente, são substancialmente expostos à influência do Direito Constitucional. Para trazer esta influência à tona, as Cortes devem invocar as cláusulas gerais, que, como o art. 826 do Código Civil, fazem referência a standards fora do Direito Privado. “Bons costumes” é um desses standards. Para se determinar o que é requerido por normas como essas, deve-se considerar primeiramente o conjunto dos conceitos de valores que uma nação desenvolveu até certo ponto em sua história intelectual e cultural e positivou na sua Constituição. Este é o motivo pelo qual as cláusulas gerais têm sido corretamente chamadas de pontos onde os direitos fundamentais penetram no domínio do Direito Civil.

A Constituição exige que o juiz determine se os direitos fundamentais influenciaram as regras substantivas do Direito Civil na maneira descrita. (Se esta influência está presente) ele deve então, ao interpretar e aplicar estes preceitos, levar em conta tais modificações no Direito Privado. Isto decorre do art. I (3) da Lei Fundamental (que determina que o Legislador, o Judiciário e o Executivo façam cumprir os direitos fundamentais como “normas diretamente aplicáveis”). Se ele não aplica estes standards e ignora a influência do Direito Constitucional nas regras de Direito Civil, viola o Direito Constitucional objetivo ao desconhecer o conteúdo do direito fundamental (na qualidade de norma objetiva); como agente público, ele também viola o direito fundamental, cuja observância pelas Cortes o cidadão pode reclamar com base na Constituição. Afora os remédios disponíveis no Direito Civil, os cidadãos podem levar uma tal decisão à Corte Constitucional por meio de uma reclamação constitucional.¹³

Outro exemplo paradigmático da adoção da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas pela Corte Constitucional alemã se deu no “caso Blinkfüer”. No verão de 1961, mesmo após a construção do muro de Berlim, o semanário pró-comunista Blinkfüer continuava a veicular a programação de rádio e televisão das emissoras da antiga República Democrática Alemã. O poderoso grupo editorial Springer, então, promoveu um boicote à mencionada

¹³ KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Dunham and London: Duke University, 1997, p. 362-364 (tradução livre do autor).

revista, remetendo circular aos distribuidores de venda onde ameaçava romper relações comerciais com aqueles que continuassem a veiculá-la.

A revista, de reduzida circulação, requereu judicialmente, com base no art. 823 do Código Civil Alemão, indenização pelos danos causados pelo boicote. O Tribunal Superior Federal reformou a decisão do Tribunal Civil de instância, sob o argumento de que o boicote estava amparado na liberdade de expressão assegurada no art. 5.1 da Constituição. Recorreu, então, a pequena publicação *Blinkfüer* ao Tribunal Constitucional Federal, invocando o seu próprio direito à liberdade de expressão.

O Tribunal Constitucional, por sua vez, reformou a decisão do Tribunal Superior. Segundo informa Bilbao Ubillos¹⁴, a Corte Constitucional argumentou que as normas constitucionais são importantes na hora de estabelecer a ilicitude do ato causador do dano a que se refere o art. 823 da lei civil. Assim, de um lado, cabe aos Tribunais decidir até que ponto a liberdade de expressão ampara um boicote e, de outro, se o demandante pode alegar a seu favor a liberdade de imprensa. No caso em referência, o Tribunal a quo não levou devidamente em conta este direito do demandante, considerando lícito o boicote realizado pelo grupo Springer. Tal decisão, segundo o TCF, estendeu indevidamente o âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão de Springer.

É que, conforme asseverou o TCF, a conclamação de um boicote, para ser considerada uma genuína manifestação da liberdade de expressão assegurada constitucionalmente, há que se basear exclusivamente na força persuasiva dos argumentos intelectuais e não no uso abusivo do poder econômico para pressionar a sua aceitação, como ocorreu no caso concreto em análise.

Como se percebe, a Corte Constitucional alemã reconhece o elenco dos direitos fundamentais como um sistema de valores que influencia todos os ramos do Direito, inspirando e vinculando materialmente também o legislador privado, cujas prescrições, por sua vez, devem ser interpretadas pelo Judiciário à luz destes valores. Como restou assentado no “caso Lüth”, não por isso a questão deixa de ser de ordem privada: interpretam-se e aplicam-se normas de Direito Civil, ainda que sob a influência dos princípios constitucionais.¹⁵ Também nesta decisão a Corte firmou o entendimento de que os direitos fundamentais penetrariam nos domínios do Direito Civil por meio das cláusulas gerais, como “bons costumes”, “ordem pública” etc.

Não obstante as incoerências que lhe são imputadas¹⁶, a teoria da eficácia

¹⁴ BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 310.

¹⁵ Tal entendimento causou certa perplexidade a Bilbao Ubillos: é que, comenta o autor, segundo a legislação alemã, o recurso constitucional só é cabível diante da violação concreta de um direito fundamental. Estranha o jurista espanhol que o Tribunal admita o recurso, afirmando, inclusive, que a decisão da instância *a quo* vulnera o direito fundamental do demandante consagrado no art. 5.1 da Constituição e, sem embargo, dê a entender que o senhor Lüth não exerceu um direito fundamental. **Arremata em tom provocativo:** “*El propio Hesse tiene que reconocer que no está claro cuál es la naturaleza y el contenido concreto del derecho subjetivo que el ciudadano invoca en su demanda ante el Tribunal Constitucional*”. BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 319.

¹⁶ V. tópico 5.

mediata angariou adesão majoritária da jurisprudência e doutrina alemãs. Também na Áustria, esta doutrina é hegemônica, conforme noticia José Nunes Abrantes.¹⁷ Na França, informa Sarmento que, em razão da tradição legalista deste país, inspirada na filosofia de Rousseau, a influência dos direitos fundamentais no Direito Privado se dá, sobretudo, através do controle preventivo de constitucionalidade das leis, exercido pelo Conselho Constitucional, o qual evita a edição de leis contrárias aos valores consagrados nos direitos fundamentais e, em alguns casos, estabelece qual deve ser a interpretação constitucionalmente adequada de certas leis privadas.¹⁸

3. TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA

Também foi a Alemanha o berço da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Diferentemente da teoria rival, não logrou a presente tese ampla aceitação na doutrina e jurisprudência de sua pátria de origem, tendo, não obstante, conquistado adesão da comunidade jurídica de outros países, dentre os quais destacam-se: Portugal, Espanha, Itália, Argentina e até o Brasil.

Quem primeiro defendeu a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi Hans Carl Nipperdey. Segundo este Juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão, as ameaças aos direitos fundamentais no século atual não vêm apenas do Estado, “mas também dos grupos sociais, que detêm na sociedade de massas uma parcela cada vez maior de poder social e econômico”¹⁹, capaz de influenciar vários aspectos da vida e da personalidade dos indivíduos.²⁰

Nipperdey também parte da noção de Constituição como ordem objetiva de valores, que deve fundamentar toda a ordem jurídica, inclusive a privada, porém não concorda que a influência dos direitos fundamentais no Direito Privado se dê por meio de pontos de infiltração como as cláusulas gerais.²¹ Em verdade, alguns direitos fundamentais (não todos) devem ser diretamente aplicados nas relações privadas, valendo como direitos subjetivos contra entidades privadas detentoras de poder social. Mesmo entre os cidadãos “comuns” estes direitos poderiam ser aplicados diretamente, servindo de base para a invalidação de negócios jurídicos.²²

Com efeito, segundo Nipperdey, alguns direitos fundamentais só vinculam os poderes públicos, como o direito de asilo, a liberdade de reunião, a inviolabilidade de domicílio.²³ Porém, existem outros direitos fundamentais que

¹⁷ ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 47.

¹⁸ SARMENTO, D. *Op. cit.*, p. 243.

¹⁹ ANDRADE, J. *Op. cit.*, p. 277.

²⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²¹ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 160.

²² ANDRADE, J. *Op. cit.*, p. 278.

²³ BILBAO UBILLOS, *op. cit.*, p. 271.

garantem ao indivíduo uma esfera de liberdade constitucionalmente protegida contra outros entes privados,²⁴ fluindo destes direitos fundamentais verdadeiros direitos privados subjetivos do indivíduo.²⁵ Afirma o autor:

El efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes, sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas, o crea otras nuevas, sean estas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación.²⁶

A tese chegou a ser acolhida em algumas decisões do Tribunal Federal do Trabalho alemão. Em uma delas (de maio de 1957), o Tribunal anulou cláusula do contrato de trabalho que previa a extinção do mesmo, caso a enfermeira, empregada de um hospital particular, contraísse matrimônio, por infração aos artigos 1.1, 2.1 e 6.1 da Lei Fundamental.²⁷ Em outra marcante decisão (de 1989), o Tribunal acolheu o pleito de um químico que, invocando a liberdade de consciência, recusou-se a participar de pesquisa, desenvolvida na instituição privada que o empregava, destinada à elaboração de um medicamento que, em situação de guerra nuclear, ajudaria os soldados a combater as náuseas.²⁸

Em Portugal, conforme notícia Bilbao Ubillos²⁹, um amplo setor da doutrina encampa a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que, segundo ele, atribui-se à declaração quase inequívoca da Constituição Portuguesa neste sentido³⁰, a qual, em seu art. 18.1, estabelece que os preceitos constitucionais relativos aos direitos e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Assim, destacam-se na defesa da tese da eficácia direta em Portugal: Gomes Canotilho³¹, Vital Moreira³²,

²⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵ ALEXY, R. Op. cit., p. 512

²⁶ NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*, apud ALEXY, R. Op. cit., p. 513.

²⁷ Cf. BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 572.

²⁸ Cf. SARMENTO, D. Op. cit., p. 246.

²⁹ BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 329.

³⁰ Em sentido contrário, Vieira de Andrade, segundo quem “se é certo que aí (art. 18.1) se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz *em que termos* se processa essa vinculação”. ANDRADE, J. Op. cit., p. 281.

³¹ Interessante observar a variação do pensamento de Gomes Canotilho acerca do tema: em obra conjunta com Vital Moreira, defende a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas “nos mesmos termos em que se aplicam nas relações entre particulares e o Estado” (MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 148). Entretanto, no seu *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed. 2000, após asseverar que a Constituição portuguesa consagrou inequivocamente a eficácia imediata (p. 1.207), propugna a adoção de soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente de Direito que estiver em causa no caso concreto (p. 1.208). Já em artigo mais recente, lança uma certa desconfiança no acerto da teoria da eficácia direta, no sentido de suspeitar se “o apego *Drittwirkung* não transporta um pathos ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas”, propondo uma suspensão reflexiva sobre o tema. CANOTILHO, J. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

³² MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. Op. cit.

Ana Prata³³ e Nunes Abrantes.³⁴ Vieira de Andrade³⁵ defende a eficácia direta na relação entre os particulares e os chamados “poderes privados”, no que é seguido por Vasco Pereira.³⁶ Não obstante a palpatção do tema na doutrina lusitana, a jurisprudência não se manifestou conclusivamente acerca do mesmo.³⁷

Na Itália, a Corte Constitucional teve a oportunidade de se manifestar algumas vezes sobre a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Na sentença n. 122, de 09 de Julho de 1970, a Corte, julgando um caso de seqüestro de uma publicação por sujeitos privados, reconheceu expressamente que alguns direitos de liberdade consagrados na Constituição são oponíveis erga omnes e sua garantia não se dá só em face do poder público, mas também frente a particulares. No caso, assentou o Tribunal que ninguém poderia atentar contra a liberdade de expressão sem violar um bem que goza de rigorosa proteção constitucional.³⁸ Também digna de nota é a Sentença n. 88, de 26 de Junho de 1979, segundo a qual o direito à saúde é “direito primário e absoluto do indivíduo que deve ser ressarcido em qualquer hipótese de violação”.³⁹ No mesmo sentido, a Sentença n. 202/1991, que prescreve que “o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental da pessoa e bem primário constitucionalmente garantido é plenamente operativo também nas relações de Direito Privado”.⁴⁰,⁴¹ Na doutrina italiana, os nomes mais destacados entre os defensores da eficácia direta são: Vezio Crisafulli, Alessandro Pace e Pietro Perlingieri.⁴²

Na Espanha, segundo relata Bilbao Ubillos⁴³, a doutrina majoritária é adepta da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações

³³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

³⁴ ABRANTES, João José Nunes. Op. cit.

³⁵ ANDRADE, J. Op. cit..

³⁶ PEREIRA DA SILVA, V. Op. cit.

³⁷ Conforme noticiam Sarmiento (SARMENTO, D. Op. cit., p. 255) e Bilbao Ubillos (BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 333).

³⁸ Cf. BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 333.

³⁹ *Ibidem*, p. 334.

⁴⁰ *Ibidem*, loc. cit.

⁴¹ Bilbao Ubillos taxa de vacilante a jurisprudência italiana, que, em momento algum, adere explicitamente à doutrina da eficácia frente a terceiros. Cita, nesta trilha, a Sentença n. 159, de 18 de novembro de 1970, onde, analisando caso de censura prévia realizada por comerciantes que retiravam as publicações contrárias à decência pública, a Corte Constitucional declarou que a censura proibida no art. 21.2 da Constituição Italiana é um instituto típico de direito público, razão pela qual a conduta dos comerciantes não seria incompatível com os princípios constitucionais. Segundo Ubillos, com esta decisão, “la Corte cerró todo resquicio a una eventual “Drittwirkung” de la libertad de expresión” (BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 334). Discordamos do mestre espanhol neste ponto. O fato de a Corte Constitucional Italiana ter entendido que a proibição de censura prévia dirige-se tão-somente aos entes públicos não significa uma rejeição à tese da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Como vimos, o próprio Nipperdey admitiu que nem todos os direitos fundamentais são invocáveis perante particulares. O que o Tribunal entendeu foi que a proibição de censura prévia seria um destes, fato que, por si só, não infirma a sua tendência à aceitação da tese da eficácia direta.

⁴² Cf. BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 335 e SARMENTO, D. Op. cit., p. 255-258.

⁴³ *Ibidem*, p. 349-360.

privadas. Entretanto, há discrepância na indicação do dispositivo constitucional que fundamenta esta aplicação direta, havendo quem apele à cláusula do Estado Social do art. 1.1, ao comando de igualdade substancial do art. 9.2 e à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 10.1. **Porém, segundo o referido autor:**

(...) a la hora de buscar apoyos en el próprio texto constitucional, los defensores de una eficacia inmediata suelen esgrimir, como principal argumento, el enunciado del art. 9.1, que reconoce expresamente la sujeción de los ciudadanos a la Constitución.⁴⁴

Entretanto, prossegue Bilbao Ubillos, a sujeição dos particulares aos direitos fundamentais não tem o mesmo alcance nem a mesma intensidade que a dos poderes públicos. Segundo o autor o próprio Tribunal Constitucional espanhol encampa este entendimento.

En palabras del propio Tribunal Constitucional, la sujeción establecida en el art. 9.1 'se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución,... los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución' (STC 101/1983, de 18 de novembro, FJ 4^a).⁴⁵

Chama, ainda, a atenção o mestre espanhol para o fato de que os direitos fundamentais não formam uma categoria homogênea. Com efeito, as normas jusfundamentais reconhecem e garantem situações jurídicas muito diferentes, a demandar, por consequência, diferentes soluções e modalidades de tutela. Desse modo, existem direitos fundamentais de inquestionável eficácia perante os particulares, tais como o direito de greve, de liberdade sindical, o direito à honra, à intimidade e à própria imagem. De outra parte, existem direitos que, por sua natureza, são oponíveis unicamente frente ao Estado: direitos de participação política, de acesso em condições de igualdade às funções e cargos públicos, o princípio da legalidade penal, a proibição de tortura, de penas inumanas ou degradantes e de morte, a escusa de consciência ao serviço militar, as garantias do detento, as garantias referentes à desapropriação, dentre outros. Nos demais casos, a questão segue aberta, admitindo-se a eficácia em ambas as dimensões.

A Corte Suprema da Argentina acolheu a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da decisão do célebre "caso Kot", de 1958, em que o indivíduo assim chamado ingressou com recurso de amparo perante a Corte visando à desocupação de sua fábrica pelos operários grevistas que a tinham invadido e nela permanecido por alguns meses. Entendeu

⁴⁴ *Ibidem*, p. 351.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 352.

o Tribunal que:

(...) nada há, nem na letra nem no espírito da Constituição, que permita afirmar que a proteção aos chamados “direitos humanos” – porque são direitos fundamentais do homem – esteja circunscrita aos ataques que provenham somente da autoridade: menos ainda nos tempos presentes, em que grandes empresas, consórcios, sindicatos, associações profissionais, etc., assumem um enorme poderio material econômico.(...) nada há, tampouco, que autorize a afirmação de que o ataque ilegítimo, grave e manifesto contra qualquer dos direitos que integram a liberdade, lato sensu, careça da proteção constitucional adequada... pela simples circunstância de que este ataque emane de outros particulares ou de grupos organizados de indivíduos.⁴⁶

Por fim, há de se relatar que, no Brasil, o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas demorou a ocupar o palco dos debates doutrinários. É de observar, no entanto, que, dentre os poucos juristas locais que o abordam, prevalece quase que unanimemente a tese da eficácia direta, dentre cujos defensores destacam-se: Daniel Sarmento⁴⁷, Jane Reis Gonçalves Pereira⁴⁸ e Ingo Sarlet.⁴⁹

Para Sarmento, é do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como centro de gravidade da ordem jurídica que se impõe a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em suas palavras:

Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal.⁵⁰

Levanta, ainda, Sarmento, amparado na lição de Luís Roberto Barroso⁵¹, como argumento em prol da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, a necessidade de aplicação direta das normas constitucionais no

⁴⁶ Trechos extraídos de BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 325 e de MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Ação especial para tutela de direitos fundamentais em face de particulares. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 20, p. 129, 1997.

⁴⁷ SARMENTO, D. Op. cit..

⁴⁸ PEREIRA, J. Op. cit.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁵⁰ SARMENTO, D. Op. cit., p. 288.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260.

limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional, como forma de estender ao máximo o projeto de emancipação dos excluídos, albergado no seio da Constituição brasileira.⁵²

Pondera, entretanto, preocupado com a manutenção da ordem democrática, que “a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade”.⁵³ Ao juiz caberia aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas nos casos de lacuna da lei, ou quando a aplicação da mesma revelar-se em dissonância com as normas e valores constitucionais, cabendo, neste último caso, ao magistrado o ônus de demonstrar argumentativamente a inconstitucionalidade da norma legal.⁵⁴

Obtempera Sarmiento que a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais não se dá nos mesmos moldes do que ocorre em relação aos poderes públicos. No caso das relações privadas, há especificidades decorrentes da “necessidade de ponderação entre o direito fundamental em jogo e a autonomia privada⁵⁵ da pessoa cujo comportamento se cogita restringir”.⁵⁶ E prossegue o autor fornecendo alguns parâmetros balizadores desta ponderação, com o objetivo de limitar a margem de subjetivismo das decisões judiciais.

Gonçalves Pereira baseia a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas na própria força normativa da Constituição. Segundo ela, a “concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição”.⁵⁷

Não obstante, entende que, qualquer que seja a opção que se adote (eficácia mediata ou imediata) o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas “há de ser resolvido mediante um processo de ponderação, que deverá sopesar os diversos valores envolvidos”.⁵⁸ E indica, assim como Sarmiento, alguns parâmetros úteis para nortear este processo.

Também para Sarlet, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais tem embasamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no reconhecimento da força normativa da Constituição. Adverte, porém, consignando uma preocupação comum aos outros autores nacionais citados:

O problema, em verdade, não está em se advogar a tese da vincu-

⁵² SARMENTO, D. Op. cit., p. 288-289.

⁵³ *Ibidem*, p. 284.

⁵⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁵ O autor empresta um sentido amplo ao termo autonomia privada, o qual, segundo ele, abrange tanto a autonomia negocial (comumente denominada de autonomia privada pelos juscivilistas) quanto o que designou de autonomia existencial, que envolve as escolhas existenciais da pessoa (que roupa vestir, com que pessoas se relacionar etc.). SARMENTO, D. Op. cit., p. 174 e ss..

⁵⁶ *Ibidem*, p. 282-283.

⁵⁷ PEREIRA, J. Op. cit., p. 185.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 186.

lação direta dos particulares aos direitos fundamentais, mas sim em avaliar qual a intensidade desta vinculação e quais as conseqüências práticas a serem extraídas no caso concreto, especialmente em face do reconhecimento da peculiaridade destas relações (entre particulares), decorrente da circunstancia de se cuidar, em regra, de uma relação entre titulares de direitos fundamentais.⁵⁹

No âmbito jurisprudencial, conforme noticia Sarmento⁶⁰, os Tribunais pátrios, salvo raríssimas exceções, não têm refletido as discussões doutrinárias em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entretanto, algumas decisões já foram proferidas aplicando-se diretamente os direitos fundamentais em relações entre particulares, sem, todavia, explicitação de seus fundamentos teóricos. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, deu ganho de causa aos associados de uma cooperativa da qual haviam sido expulsos sem a observância do devido processo legal, em acórdão assim ementado:

Cooperativa – Exclusão de associado – Caráter punitivo – devido processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente da conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158.215-4, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.06.1996, p. 19.830)

Nesta mesma linha, o Pretório Excelso, também em sede de recurso extraordinário, acolheu a pretensão de empregado brasileiro de empresa francesa que buscava a extensão para si das vantagens conferidas no Estatuto do Pessoal da Empresa, o qual só beneficiava os empregados de nacionalidade francesa. Eis a ementa do acórdão:

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

I- Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: (CF, 1967, art. 153, §1º, CF, 1988, art. 5º, caput)

II- A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do

⁵⁹ SARLET, I. Op. cit., p. 156.

⁶⁰ SARMENTO, D. Op. cit., p. 292 e segs..

STF: Ag 110.846 (AgRg) – Pr, Célio Borja, RTJ 119/465. (RE 161.243-DF, REL. MIN. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997, P. 57)

O debate acerca das teorias que versam sobre a vinculação dos particulares às relações privadas chegou a ser ventilado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se de habeas corpus impetrado por motorista de táxi cuja prisão civil foi decretada em razão de dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, a qual, em razão dos juros estabelecidos, elevou-se exorbitantemente, demandando, para sua quitação, o consumo total dos recursos que o paciente tinha a expectativa de perceber ao longo de sua vida toda. A decisão foi assim ementada:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º. e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17º da LICC. DL 911/67. Ordem deferida. (HC 12.547-DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/02/2001)

Convém transcrever trecho do voto do ministro relator onde, após descrever rapidamente as doutrinas da eficácia direta e indireta, manifesta sua opção pela primeira, reconhecendo, porém, que tanto uma como a outra conduzem ao mesmo resultado prático.

Não me parece que a eficácia na relação de Direito Privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação do direito fundamental (...). No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige.

Ao que parece, o pensamento do ministro relator está em consonância com a reflexão de Alexy, para quem as três teorias acerca da influência dos direitos fundamentais nas relações privadas (incluindo a teoria dos deveres de proteção

a ser detalhada no tópico a seguir) conduzem a resultados semelhantes.⁶¹

4. TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

Mais recentemente, desenvolveu-se na Alemanha uma doutrina que aborda as questões relativas ao efeito dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir do dever que o Estado tem de protegê-los, tendo sido designada teoria dos deveres de proteção. Baseia-se no entendimento de que a vinculação do Estado aos direitos fundamentais não se resume à mera abstenção de ações que possam lesá-los, mas imprime-lhe também um dever de protegê-los de quaisquer ataques, inclusive dos oriundos de particulares. Assim, o destinatário dos direitos fundamentais sempre seria o Estado, a quem caberia proteger as pessoas das ameaças a seus direitos fundamentais provenientes de outros particulares.

Segundo esta teoria, na elaboração da lei, deve o legislador levar a cabo a sua tarefa de proteger os direitos fundamentais “criminalizando condutas, estabelecendo limites à liberdade negocial etc.”.⁶² Nisto há consenso entre os seus defensores. Sem embargo, há certa controvérsia quanto à fixação do papel do Judiciário. Com efeito, Stefan Oeter entende que o dever de proteção é dirigido somente ao Legislativo. Segundo ele, descumprindo o legislador o referido dever, não cabe ao Judiciário suprir a lacuna, restando-lhe apenas a via da declaração de inconstitucionalidade por omissão, a qual, no ordenamento alemão, não permite a veiculação de norma pelo Judiciário.⁶³ Ao seu turno, Canaris advoga a tese de que o legislador pode desenvolver a proteção dos direitos fundamentais de forma mais precisa, editando regras bem determinadas, ou deixar uma maior margem de discricionariedade ao Judiciário por meio da utilização de cláusulas gerais.⁶⁴ Sarmento, amparado em Capitant, entendendo que “a teoria dos deveres de proteção baseia-se na idéia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao Judiciário”⁶⁵, observa, todavia, que ela reserva ao Judiciário, por intermédio do controle de constitucionalidade das normas de Direito Privado, a possibilidade de reavaliar a proteção legal destinada ao direito fundamental, reforçando-a, se entender que ela foi insuficiente, ou atenuando-a, se entender que não foi atribuído o peso devido à autonomia privada dos particulares.⁶⁶ No caso de lacuna da lei (vazio de proteção), admite Canaris a possibilidade de sua colmatação pelo Judiciário, utilizando-se dos princípios extraídos diretamente dos direitos fundamentais.⁶⁷ Para Alexy, os deveres de

⁶¹ ALEXY, R. Op. cit., p. 514.

⁶² PEREIRA, J. Op. cit., p. 163.

⁶³ JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 140-141.

⁶⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*, 1999, apud SARMENTO, D. Op. cit., p. 260.

⁶⁵ SARMENTO, D. Op. cit., p. 261.

⁶⁶ Ibidem, loc. cit.

⁶⁷ JULIO ESTRADA, A. Op. cit., p. 144-145.

proteção alcançam tanto o legislador como o juiz.⁶⁸

Olhando-se por este prisma, o da vinculação também do juiz aos deveres de proteção, a teoria em comento em muito se aproxima à da eficácia indireta, pelo menos nos moldes em que defendida por alguns autores, tais como Hesse. Como visto, para este autor, ao legislador incumbe a tarefa de encontrar o modo e a intensidade de influência dos direitos fundamentais nas relações privadas mediante o equilíbrio ou a ponderação dos direitos fundamentais em jogo. Entretanto, segundo ele, pode o juiz exercer o controle de constitucionalidade sobre a norma de Direito Privado, reavaliando a ponderação efetuada pelo legislador. O próprio Hesse, freqüentemente apontado como representante da teoria da eficácia indireta, já chegou a reconhecer a existência de deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado:

(...) pode resultar diretamente de direitos fundamentais um dever estatal de preservar um bem jurídico, protegido por eles, de violações e ameaças antijurídicas por outros, sobretudo por privados, mas também por outros Estados, portanto, por “pessoas” ou “poderes”, que, mesmos, não são destinatários dos direitos fundamentais da Lei Fundamental.⁶⁹

Em verdade, defender que os direitos fundamentais não vinculam diretamente os particulares, mas impõem ao Estado o dever de protegê-los nas relações entre eles, significa, em última instância, defender que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é somente indireta. Neste sentido, Bilbao Ubillos não reconhece autonomia à teoria dos deveres de proteção, analisando os seus postulados em meio à descrição que faz da teoria da eficácia mediata, considerando, inclusive, o dever de o Estado proteger os direitos fundamentais dos ataques de outros particulares como pressuposto da eficácia indireta.⁷⁰ Por sua vez, Gonçalves Pereira dá a entender que o caso Lüth, sempre apontado como paradigma jurisprudencial da teoria da eficácia indireta, embasa, na verdade, a teoria dos deveres de proteção no que se refere ao dever do Juiz de promover a tutela dos direitos fundamentais por meio da atividade hermenêutica.⁷¹

De nossa parte, entendemos que há uma sutil diferença entre a teoria da eficácia mediata e a dos deveres de proteção, a justificar o tratamento apartado desta última. É que, na primeira, a mediação dos poderes públicos na concretização dos direitos fundamentais na ordem privada decorre do efeito de irradiação dos valores consagrados nas normas jusfundamentais para todos os ramos do Direito, enquanto que, para a segunda, embora não se negue esse efeito irradiativo, aponta-se como fundamento específico para a referida me-

⁶⁸ ALEXY, R. Op. cit., p. 513.

⁶⁹ HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 278.

⁷⁰ BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 283 e ss.

⁷¹ PEREIRA, J. Op. cit., p. 163.

dição o dever de o Estado proteger os direitos fundamentais dos indivíduos contra os ataques de terceiros.

Uma posição extremada da teoria dos deveres de proteção foi adotada pelo alemão Jürgen Schawbe⁷², tendo já sido batizada como “teoria da convergência estatista”.⁷³ O raciocínio desenvolvido pelo autor impressiona pela simplicidade, mas, diga-se de antemão, leva a conseqüências absurdas.

Segundo Schawbe, se o Estado não proíbe as intervenções de particulares em bens constitucionalmente protegidos, significa que as permite. Assim, o Estado, ao se omitir em proibir legalmente a ação particular violadora dos direitos fundamentais, ou ao se omitir em impedi-la por meio da sua atuação administrativa ou judicial, acaba por participar da lesão ao direito fundamental, a qual, em última análise, pode lhe ser imputada. Desse modo, segundo ele, o problema da eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais não passa de um problema aparente, uma vez que a afronta ao direito fundamental sempre parte do Estado, não deixando, destarte, de ser uma relação de Direito Público.

As críticas mais contundentes à teoria de Schwabe ficaram a cargo de Alexy.⁷⁴ Segundo ele, “el mero hecho de que una acción no esté prohibida – y, por lo tanto, esté permitida – no fundamenta ni una participación del Estado en su realización ni la imputación de su realización al Estado”.⁷⁵ Prossegue Alexy afirmando que esta construção pressupõe uma responsabilidade universal do Estado por todas as ações não proibidas às pessoas, o que parece insustentável. Assim, exemplifica (evidenciando o absurdo da tese), um simples convite para jantar poderia ser atribuído ao Estado. É evidente, destarte, segue exemplificando, que o fato de um terceiro ameaçar intensamente um matrimônio, não obstante a permissão de tal comportamento, não significa uma participação do Estado na conduta.⁷⁶

Sarlet tece crítica de natureza filosófica à teoria da convergência estatista, situando a liberdade como algo inerente ao ser humano, não cabendo ao Estado autorizá-la, mas apenas limitá-la, razão pela qual não se pode considerar que todas as ações lícitas humanas decorram de uma não-proibição estatal.

Ainda que superada a concepção liberal-burguesa, e cientes de que a liberdade não é, em princípio, absoluta, mas sim, juridicamente conformada e limitada, não se poderá recair no extremo oposto, isto é, sustentar que liberdade não apenas é juridicamente limitada, mas até mesmo é tida como criada pelo aparelho regulamentador estatal, já que o ser humano, por força de sua própria natureza e dignidade, é livre, razão pela qual – já por este fundamento – não

⁷² SCHWABE, Jürgen. *Die sorgennante Drittwirkung der Grundrechte*, apud BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 287-288 e ALEXY, R. Op. cit., p. 442 e ss.

⁷³ Cf. SARLET, I. Op. cit., p. 133.

⁷⁴ ALEXY, R. Op. cit., p. 441 e ss. e p. 513.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 443.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 443-444.

há como acolher a tese de Schwabe, no sentido de que toda e qualquer atuação dos particulares seja, em última análise, decorrência de uma autorização ou não-proibição do Estado.⁷⁷

5. CONCLUSÃO: CRÍTICAS À TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA E À DOS DEVERES DE PROTEÇÃO: POR UMA VINCULAÇÃO DIRETA DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Examinadas as principais teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, explicitaremos, neste tópico, as razões pelas quais defendemos que a vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais deve ser direta e imediata.

Para isso, cumpre-nos, inicialmente, rebater as críticas lançadas pelos defensores da teoria da eficácia mediata ou indireta. Em verdade, esta doutrina equilibra-se entre o admitir uma eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais e o evitar os riscos apontados por aqueles que negam a vinculação dos entes privados. Assim, como bem constatou Gonçalves Pereira⁷⁸, baseia-se essencialmente em críticas à incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo que os argumentos utilizados não apontam máculas ou equívocos da teoria da eficácia direta enquanto construção jurídica em si, mas para os eventuais danos que a incidência direta pode ocasionar. Assim, ao invés de chegar livremente a conclusões lógicas, a partir da análise objetiva dos institutos jurídicos em questão, parte de fins já predeterminados, buscando adaptar os institutos a eles, muitas vezes deturpando-lhes a essência. O irônico, entretanto, é constatar que, apesar de todo o artifício utilizado, na prática, conduz aos mesmos resultados, como observou Alexy.

A primeira crítica formulada pela doutrina consiste no receio de uma suposta aniquilação da autonomia privada pela vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Para Dürig, a existência do princípio geral de liberdade, do qual decorre a autonomia privada, permite que os particulares, na conformação de suas relações uns com os outros, disponham de seus direitos fundamentais. Portanto, seria equivocada conceder-lhes uma eficácia direta nas relações privadas.⁷⁹

O argumento não procede. Primeiro, porque praticamente todos os que defendem a aplicação direta entendem que a vinculação do particular não tem a mesma intensidade que a do Estado, em razão de, na relação privada, figurarem dois titulares de direitos fundamentais. Segundo, porque a autonomia privada, não obstante também ser objeto de proteção constitucional⁸⁰ e um dos princípios

⁷⁷ SARLET, I. Op. cit., p. 136.

⁷⁸ PEREIRA, J. Op. cit., p. 180-181.

⁷⁹ Cf. JULIO ESTRADA, A. Op. cit., p. 117

⁸⁰ Pode-se deduzi-la do princípio geral de liberdade, insculpido no art. 5º, II da CF/88 (v. 4.1) ou da própria dignidade da pessoa humana. Cf. JULIO ESTRADA, A. Op. cit., p. 117.

basilares do Direito Privado, não há que ser considerada absoluta, devendo, como todos os demais princípios, ser objeto de ponderação com outros bens e direitos constitucionalmente protegidos.

Também se costuma criticar a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares apontando-lhe um ranço antidemocrático⁸¹, na medida em que os juízes desprezariam os preceitos legais para solucionar os casos concretos, a pretexto de aplicar diretamente os direitos fundamentais. Há um exagero na afirmativa. Com efeito, o reconhecimento da eficácia direta não é incompatível com o entendimento de que a tarefa de concretizar os direitos fundamentais nas relações entre particulares, harmonizando-os com a liberdade jurídica, incumbe com primazia ao legislador democrático. Desta maneira, o juiz, na solução do caso concreto, deve observar primeiro a norma legal aplicável à situação. Só aplicará diretamente os direitos fundamentais no caso de lacuna legal ou de reputar a lei incompatível com os direitos e interesses consagrados na Constituição, ocasião em que lhe caberá o ônus da argumentação.

Ademais, a própria teoria da eficácia mediata preconiza a vinculação do legislador privado à ordem de valores consagradas no texto constitucional. Daí, em razão da idéia de supremacia da Constituição, é conferido ao Judiciário o poder de afastar a incidência da lei com ela incompatível. Tal fato é observado em relação às normas de todos os ramos do Direito, sem que com isso se pleiteie a impossibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais, não havendo motivo para ser diferente no Direito Civil. Com este argumento, já se rebate também a crítica de que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas infirmaria a autonomia do Direito Privado.⁸² Em verdade, não pode este ramo do Direito constituir um verdadeiro gueto dentro do ordenamento jurídico, insubordinado aos ditames constitucionais e refratário ao controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário.

Outra crítica que se faz, intimamente conectada com as duas anteriores, é a de que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas geraria insegurança jurídica, pois se trocaria a segurança e previsibilidade das normas legais de Direito Privado pela adoção de soluções com base em princípios constitucionais, por natureza vagos e abstratos.⁸³ A esta altura, cumpre constatar, juntamente com Gonçalves Pereira, que a questão “tem por pano de fundo um problema mais amplo, que diz respeito à natureza e aos limites da função judicial no Estado contemporâneo”.⁸⁴ O advento do pós-positivismo, trazendo a reboque o reconhecimento do caráter normativo dos princípios, coloca os juristas diante do desafio de conciliar os ganhos aurídos com uma maior abertura axiológica da interpretação e aplicação do Direito com uma inevitável afetação da segurança jurídica. Neste cenário, melhor do que retroceder e rejeitar

⁸¹ Cf. HESSE, K. Op. cit. (1995), p. 60 e ss.

⁸² Cf. HESSE, K. Op. cit. (1995), p. 60-61.

⁸³ Cf. CAMPO, Javier Jiménez, no prólogo do livro de BILBAO UBILLOS, J. Op. cit., p. 23-24.

⁸⁴ PEREIRA, J. Op. cit., p. 183.

a plena aplicabilidade dos direitos fundamentais é buscar diminuir a margem de insegurança através de construções que forneçam parâmetros objetivos para a ponderação entre os diversos valores envolvidos.⁸⁵

De outra parte, a teoria dos deveres de proteção não resolve de maneira satisfatória a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Partindo do mesmo objetivo da teoria da eficácia mediata, qual seja, evitar os supostos riscos de uma vinculação direta dos particulares, acaba por incorrer em seus mesmos pecados, constituindo-se em uma construção artificiosa, que se perde em seus próprios caminhos. Ou seja, se existe um dever do Estado de proteger o direito fundamental “x” de um particular “A” em face de outro particular “B”, é porque o particular “B” pode lesionar o direito “x” de “A”. Ora, como diz Alexy, “un derecho puede ser lesionado sólo por aquél frente a quien existe”.⁸⁶ Portanto, existe um direito fundamental “x” de “A” frente a “B”. Como constatou o jurista alemão, no caso *Blinkfüer*, a Corte de Justiça Federal lesionou o direito do editor do periódico a uma proteção à sua liberdade de expressão em face do boicote promovido pelo grupo Springer, não levando devidamente em conta este princípio na análise do caso. Isto pressupõe a existência de um direito do editor de *Blinkfüer* a que o grupo Springer se omita de conclamar o boicote, em razão do princípio da liberdade de expressão.⁸⁷ Portanto, a existência dos deveres de proteção do Estado aos direitos fundamentais contra os atos de terceiros pressupõe uma vinculação direta destes àqueles.

Convém registrarmos que a adoção da teoria da eficácia direta não é incompatível nem com a noção de ordem de valores subjacentes no texto constitucional, a qual se irradia para todos os ramos do Direito, inclusive o Privado (fundamento da teoria da eficácia mediata), e nem com a existência de deveres de proteção do Estado contra os ataques a direitos fundamentais oriundos de terceiros. Apenas vai mais além e admite aquilo que as outras duas principais teorias tiveram receio de afirmar, mas que não conseguem disfarçar, mesmo recorrendo a sofisticados artifícios retóricos: os direitos fundamentais vinculam diretamente também os particulares.

Conforme já se afirmou, a resistência a uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas baseia-se no receio dos efeitos que dela possam decorrer. Refutados os argumentos que embasam este receio e constatado que mesmo a adoção da teoria da eficácia mediata não os evitaria por completo, já que todas as teorias na prática conduzem aos mesmos resultados, a aceitação da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais se impõe.

De fato, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais chegou ao ponto aonde as outras não chegaram por injustificado receio. Neste sentido,

⁸⁵ Sobre a sistematização de parâmetros objetivos de ponderação nas questões que envolvem a aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, ver SARMENTO, D. Op. cit. p. 301-312 e PEREIRA, J., Op. cit., p. 180-190.

⁸⁶ ALEXY, R. Op. cit., p. 517.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 521-522.

é inegável que, se se quiser dar a máxima proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, não se há de limitar a sua influência nas relações privadas à concretização do legislador, uma vez que a multiplicidade dos fatos da vida escapam-lhe à previsão. A proteção adequada só se observará se o particular estiver diretamente vinculado aos direitos fundamentais.

De outra parte, a teoria da eficácia direta é a única que guarda coerência com o reconhecimento de uma efetiva força normativa de todas as normas constitucionais, a qual impõe a incidência direta delas no caso de lacuna legal e a declaração de inconstitucionalidade da lei com elas incompatível.

Ademais, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais é uma imposição lógica, senão vejamos: se os direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme estabelece a CF/88, no §1º do art. 5º, e se os direitos fundamentais se aplicam às relações privadas (premissa da qual partimos inicialmente), logo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é imediata. Entender o contrário é admitir que, no âmbito das relações indivíduo/Estado, os direitos fundamentais têm aplicação imediata, enquanto que, no campo das relações indivíduo/indivíduo, a aplicação é apenas mediata, distinguindo-se onde não o fez o constituinte. Ora, os direitos fundamentais não alteram a sua natureza ao vincular particulares. Desse modo, é até admissível haver dúvidas quanto à incidência ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas. No entanto, uma vez admitida esta incidência, não se pode negar a sua aplicação imediata nesta seara.

Por fim, convém delinear os contornos da eficácia imediata que defendemos. Primeiramente, repetimos mais uma vez, ela não contraria as bases da teoria da eficácia mediata – a de que os direitos fundamentais consagram valores que se irradiam para todos os ramos do Direito. Apenas vai mais além. Também não vai de encontro ao reconhecimento de um dever de proteção do Estado destes direitos contra ataques de terceiros, sendo, conforme se demonstrou, pressuposto desta idéia. Também destacamos que, em homenagem ao princípio democrático, a concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas é tarefa precípua do legislador. Assim, diante do caso concreto, o juiz aplicará, com preferência, a lei. Entretanto, aplicará diretamente os direitos fundamentais em duas situações: a) quando inexistir lei a disciplinar a questão; b) se verificar que a concretização dos direitos fundamentais, levada a cabo pelo legislador, não tomar devidamente em conta o alcance dos mesmos.

6. REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2002. (Reimpressão).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa* de 1976. Coimbra: Almedina, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1996.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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: GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115;

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (orgs.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 227-246.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, p. 111-125, 1999.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y Derecho Privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Dunham and London: Duke University Press, 1997.

LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. Direitos fundamentais e as relações entre particulares. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, n. 3, p. 73-81, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 211-229.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

MÜNCH, Ingo von. *Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*. In: CODERCH, Pablo Salvador (org.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997, p. 25-54.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 82, p. 41-52, 1987.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 82, p. 41-52, abr./jun.1987.