

**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO**  
**CONSTITUCIONAL APLICADO**

**ANDRESSA NIERO DE OLIVEIRA**

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Santo André

2014

**ANDRESSA NIERO DE OLIVEIRA**

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de especialista em Direito Constitucional Aplicado na Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional Aplicado, sob orientação da Professora Especialista Fabiana Regina Camargo.

Professora Especialista Fabiana Regina Camargo

Santo André

2014

Oliveira, Andressa Niero de.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais / Andressa Niero de Oliveira – Santo André: 2014. p 98.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Constitucional Aplicado, sob orientação da Professora Especialista Fabiana Regina Camargo.

1. Direito Constitucional. 2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. I. Título.

**ANDRESSA NIERO DE OLIVEIRA**

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de especialista em Direito Constitucional Aplicado na Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional Aplicado, sob orientação da Professora Especialista Fabiana Regina Camargo.

Banca Examinadora

Profª. Esp. Fabiana Regina Camargo – Orientadora

Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus

Prof(a). Dr.(a). \_\_\_\_\_

Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus

Prof(a). Dr.(a). \_\_\_\_\_

Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus

Aprovação: \_\_\_\_\_

São Paulo, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

A Deus, sempre presente durante os bons e maus momentos de minha vida.

Aos meus pais, Augustinho e Roseli, pelo apoio e incentivo sempre.

Ao meu marido, Adriano, pelo amor e companheirismo.

Agradeço ao Prof. Pedro Lenza, que, com seus ensinamentos, forneceu os estímulos para escolha do tema e elaboração do trabalho.

Agradeço, em especial à orientadora, Prof<sup>a</sup>. Esp. Fabiana Regina Camargo, pela atenção em que sempre fui atendida.

## RESUMO

O objetivo do trabalho foi analisar a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre particulares e de que forma poderia se dar tal aplicação. No capítulo 1, foi abordada a temática direitos fundamentais por meio de um panorama geral, trazendo o conceito e características, bem como, analisando a evolução histórica e a posição desses direitos na Constituição Federal de 1988. No capítulo 2, foram abordadas as teorias que explicam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, passando pelas teorias que negam a eficácia, pelas que admitem uma eficácia mediata, e pela que afirma que tal eficácia deve ser imediata e, ainda, pela posição da doutrina brasileira acerca do tema. No capítulo 3 foi abordada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, foi explicada a eficácia vertical dos direitos fundamentais, as dimensões desses direitos, os critérios para resolução dos litígios em casos de colisão de direitos, a possibilidade da eficácia horizontal dos direitos sociais, analisando, ainda, alguns julgados acerca do tema. Por fim, concluiu-se que, diante das grandes desigualdades sociais de nosso país, a teoria mais adequada à solução dos casos concretos é a que defende a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais, mediante a utilização da ponderação de interesses. O método utilizado foi o hipotético dedutivo, envolvendo o levantamento de material bibliográfico e jurisprudencial.

Palavras-chave: direitos fundamentais. relações privadas. efeito horizontal.

## **ABSTRACT**

The objective was to analyze the possibility of application of fundamental rights in relations between individuals and how could give such an application. In Chapter 1, the theme fundamental rights through an overview was approached, bringing the concept and characteristics, analyzing the historical evolution and the position of these rights in the 1988 Federal Constitution. In Chapter 2, were analyzed the theories that explain the horizontal effect of fundamental rights, through the theories that deny the power, by admitting a mediate effectively, and by stating that such effectiveness should be immediately and also by the Brazilian doctrine of position on the subject. In Chapter 3 addressed the horizontal effect of fundamental rights in the Constitution of 1988, was explained vertical effectiveness of fundamental rights, the dimensions of these rights, the criteria for settlement of disputes in cases of rights collision, the possibility of horizontal effectiveness of social rights, analyzing, even, some judged on the subject. Finally, it was concluded that, given the large social inequalities in our country, the most appropriate theory to the solution of individual cases is the defending immediate horizontal effect of fundamental rights, using the balance of interests. The method used was deductive hypothetical, involving the collection of bibliographic and jurisprudential material.

Keywords: fundamental rights. private relations. horizontal effect.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1. PANORÂMIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	10
1.1 Conceito.....	10
1.2 Evolução histórica.....	12
1.2.1 As gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.....	15
1.3 Características dos direitos fundamentais.....	20
1.4 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	21
1.4.1 Titularidade dos direitos fundamentais.....	24
1.4.2 Eficácia dos direitos fundamentais.....	27
<b>2. CONSTRUÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	30
2.1 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.....	30
2.2 Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	31
2.2.1 <i>State Action</i> .....	32
2.2.2 Teoria de Schwabe.....	36
2.3 Teoria da eficácia indireta ou mediata.....	38
2.4 Teoria da eficácia direta ou imediata.....	43
2.5 Teoria dos deveres de proteção.....	48
2.6 Teoria de Alexy.....	51
2.7 Posição da doutrina brasileira.....	53
<b>3. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b> .....	57
3.1 Eficácia vertical: a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais.....	57
3.2 Dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.....	61
3.3 Fundamentos constitucionais para vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.....	64
3.4 Eficácia horizontal e autonomia privada.....	67
3.4.1 Colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada.....	69
3.5 Eficácia horizontal e o princípio da igualdade.....	72
3.6 Eficácia horizontal e direitos sociais.....	75
3.7 Alguns casos da jurisprudência do Brasil.....	79
<b>CONCLUSÃO</b> .....	83
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	91

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará, sob a perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, a eficácia dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos às relações privadas, em uma visão sistêmica e prática, diante da função desses direitos de legitimação de toda ordem jurídica positiva.

Ao longo do trabalho, iremos verificar se os particulares estão obrigados em suas relações jurídicas a respeitar os direitos fundamentais, de que maneira e qual alcance da vinculação. Ao final, colocaremos nossa posição acerca do tema.

O estudo mostra-se relevante, pois nos dias atuais, os direitos fundamentais passaram a serem invocados nos mais variados contextos e cenários. É certo que a maioria das controvérsias jurídicas relevantes envolve a ameaça ou violação de algum direito fundamental previsto constitucionalmente.

Por meio da análise de casos concretos levados aos tribunais, pode-se verificar a dificuldade de solução dos conflitos onde se chocam o direito da autonomia da vontade da iniciativa privada, corolário da dignidade da pessoa humana, com algum outro direito fundamental, e a dificuldade no julgamento de tais casos, levando muitas vezes a aplicação de soluções que podem ser consideradas injustas aos olhos da sociedade.

Tal quadro pode ser revertido por meio do estudo histórico, das características e sistematização dos critérios de aplicação dos direitos fundamentais.

A capacidade inerente aos direitos fundamentais de se irradiar por todo sistema jurídico, influenciando a forma de interpretação dos diversos ramos do direito, inclusive nas relações privadas, é debate de suma importância.

Assim, o tema afigura-se como um dos mais instigantes problemas do constitucionalismo contemporâneo, na medida em que a questão tem sido analisada pelo Supremo Tribunal Federal, onde se verifica a prevalência de determinado direito fundamental em detrimento de outro.

Para tanto, o estudo consistirá, em um primeiro momento, num panorama geral acerca dos direitos fundamentais, passando pela conceituação desses direitos e sua evolução ao longo da história. Analisaremos as características atribuídas aos direitos fundamentais e

sua posição na Constituição Federal de 1988, especialmente quanto a titularidade e eficácia desses direitos.

Em seguida, serão analisadas as teorias que tentam explicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, passando pelas teorias que negam a eficácia desses direitos nas relações privadas, pelas que admitem uma eficácia apenas mediata e pelas posições que sustentam uma eficácia imediata das normas constitucionais aos casos concretos. Verificaremos, ainda, a existência de teorias alternativas em matização ou desenvolvimento das outras teorias que tentam solucionar o problema.

Assim, será feita uma análise que aponta a origem das teorias, explicando em que consiste cada uma delas e quais as críticas decorrentes de sua aplicação. Após o estudo das teorias, será abordada, ainda, a posição atual da doutrina brasileira acerca do tema.

Após, será abordada a possibilidade de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais diante da Constituição Federal de 1988. Para tanto, será estudado de que forma os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos, as dimensões reconhecidas aos direitos fundamentais e os fundamentos que podem ser encontrados em nossa Constituição Federal para uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Abordaremos ainda, a questão da colisão dos direitos fundamentais com a autonomia dos particulares em relações privadas, passando pelos critérios existentes para solução dos litígios.

Será analisada a eficácia horizontal do princípio da igualdade e será abordado o problema de grande relevância atual da eficácia dos direitos sociais nas relações da esfera privada.

Por fim, serão vistos alguns casos a respeito do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

# 1. PANORAMA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## 1.1 Conceito

Os direitos fundamentais, por sua natureza, ensejam proteção diferenciada tanto no direito pátrio quanto no direito comparado. Assim, é necessário conceituá-los para delimitarmos nosso objeto de estudo.

As expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, por muitas vezes são confundidas, designando o mesmo conceito e conteúdo de direitos. Embora as expressões sejam intimamente ligadas, é possível diferenciá-las conforme os direitos sejam positivados na esfera nacional ou internacional.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>1</sup>

Assim, os direitos fundamentais são também direitos humanos, na medida em que seu titular será o ser humano. Contudo, os “direitos humanos” são aqueles reconhecidos na ordem jurídica internacional, com validade universal, enquanto os “direitos fundamentais” são positivados no direito constitucional de um determinado país.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl., 3. tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 29.

<sup>2</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 263.

Nessa linha, a Constituição Federal pátria de 1988 adotou a terminologia “direitos humanos” quando se refere ao direito internacional.<sup>3</sup>

É possível ainda, que existam valores inerentes ao ser humano, importantes e não positivados, a estes valores dá-se o nome de “direitos do homem”.<sup>4</sup>

O professor João Trindade Cavalcante Filho definiu os direitos fundamentais como “os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.”<sup>5</sup>

Insta asseverar, que os direitos fundamentais são valores essenciais para uma vida digna em sociedade, com estreita ligação à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder.

Conceituando direitos fundamentais, George Marmelstein leciona:

(...) os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo ordenamento jurídico.<sup>6</sup>

A dignidade da pessoa humana consiste na noção básica do respeito ao outro, constituindo atributo de todo ser humano. Por sua vez, havendo opressão, não há espaço para vida digna.

Assim, os valores aptos a serem reconhecidos como merecedores de proteção normativa especial (constitucional) podem ser chamados de direitos fundamentais. Somente o reconhecimento constitucional enseja a criação de um direito fundamental com proteção diferenciada, diante da posição da norma constitucional na pirâmide normativa.

<sup>3</sup>Por exemplo, o artigo 4º, inciso II, da Constituição de 1988, *in verbis*: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas **relações internacionais** pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos **direitos humanos**;” (grifamos) e o artigo 5º, parágrafo 3º, *in verbis*: “art. 5º (...) § 3º Os **tratados e convenções internacionais** sobre **direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (grifamos).

<sup>4</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

<sup>5</sup>CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. In: Programa Saber Direito, TV Justiça, 2010. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindadade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acesso em: 28/09/2014.

<sup>6</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

## 1.2 Evolução histórica

Embora os direitos fundamentais não tenham surgido na antiguidade, é certo que nesse período surgiram as ideias, por meio da religião e filosofia, que influenciaram o pensamento jusnaturalista na concepção de que o ser humano é titular de direitos naturais e inalienáveis. Não se tratava, até então, de direitos positivados, mas sim de valores atrelados a existência humana.

Quanto ao surgimento dos direitos fundamentais, Norberto Bobbio sustenta:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>7</sup>

Não é possível apontar datas ou local específico de origem dos direitos fundamentais, visto que:

A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2000 a.C., quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma ideia enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval.<sup>8</sup>

Assim, os valores da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade dos homens têm origem na filosofia clássica, em especial na greco-romana e no pensamento cristão.<sup>9</sup> A ideia de liberdade, igualdade, solidariedade, justiça e dignidade da pessoa humana estiveram sempre presentes com maior ou menor intensidade em qualquer sociedade humana, podendo-se afirmar que a noção de direitos do homem é tão antiga quanto à de sociedade.

Claro que na antiguidade a noção de direitos fundamentais era outra, uma vez que não abrangia todas as pessoas. A escravidão era tratada de forma natural, assim como, as mulheres e alguns segmentos da sociedade eram tratados desigualmente e não participavam

---

<sup>7</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1909. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

<sup>8</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

<sup>9</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl. 3 tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 38.

da vida política. Platão e Aristóteles, por exemplo, consideravam natural o regime da escravidão.<sup>10</sup>

Na Idade Média, foi relevante o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que além da concepção cristã de que o homem foi feito a imagem e semelhança de Deus, professava que existiam duas ordens diferentes formadas pelo direito natural (expressão da racionalidade do homem) e pelo direito positivo (a desobediência ao direito natural pelos governantes poderia até ensejar o direito de resistência da população).<sup>11</sup>

Nesse período, mais especificamente no Século XVIII, surgiu a Magna Carta, apontada por muitos como o documento que deu origem aos direitos fundamentais. A Magna Carta foi firmada pelo Rei João Sem-Terra com os bispos e barões ingleses em 1.215, assim, pode-se dizer que os direitos nela previstos não abrangiam a camada mais pobre da população.

De qualquer forma, a Magna Carta representou evolução, na medida em que serviu de base para direitos e liberdades clássicos, tais como o devido processo legal, garantia da propriedade e o *habeas corpus*. Com o decorrer do tempo, as expressões da Magna Carta foram sendo interpretadas “até culminarem na concepção atual que delas se tem.”<sup>12</sup>

Na Inglaterra do Século XVII, surgiram importantes documentos assegurando direitos fundamentais, tais como a proibição de prisões arbitrárias, direito de petição, *habeas corpus*, legalidade penal, resultando de reação do Parlamento ao poder absoluto do monarca. As declarações de direitos *Petition of Rights*, de 1.628, o *Habeas Corpus Act*, de 1.679 e o *Bill of Rights*, de 1.689 foram os documentos que asseguraram mencionados direitos.<sup>13</sup> Contudo, não é possível comparar os direitos reconhecidos nos documentos ingleses com os direitos fundamentais atualmente previstos nas constituições.

Para George Marmelstein, não se pode afirmar a existência efetiva de direitos fundamentais na Antiguidade, Idade Média ou Absolutismo, uma vez que a noção de Estado de Direito ainda não estava presente. Segundo o autor, antes da noção de Estado de Direito, não era possível exigir do governante o cumprimento das normas, e somente existem direitos

<sup>10</sup>CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 170.

<sup>11</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 30, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 265.

<sup>12</sup>TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 404.

<sup>13</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 67 ss.

fundamentais quando há limitação jurídica do poder político. Assim, o doutrinador afirma que o surgimento de direitos fundamentais, enquanto normas de hierarquia constitucional que limitam o poder político, somente teria ocorrido no Século XVIII, com o Estado Democrático de Direito, fruto das revoluções liberais.<sup>14</sup>

A Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia de 1.776 e a Declaração Francesa de 1.789<sup>15</sup> foram os primeiros documentos históricos a reconhecerem os direitos fundamentais tais como conhecemos hoje. Comparando as duas Declarações, verifica-se que a americana reconhece alguns direitos não previstos pela francesa, como direito de petição, de liberdade de associação e de reunião.<sup>16</sup>

Norberto Bobbio, diferenciando as Cartas Francesa e Americana, assim se manifesta:

Observando-se bem, há algumas diferenças de princípio: na Declaração de 1789, não aparece entre as metas a alcançar a “felicidade” (a expressão “felicidade de todos” aparece apenas no preâmbulo) e, por conseguinte, essa não é mais uma palavra-chave desse documento, como era o caso, ao contrário, nas cartas americanas, a começar pela da Virgínia (1776), conhecida dos constituintes franceses, onde alguns direitos *inherent* (traduzido, de modo um pouco forçado, como “inata”) são protegidos porque permite a busca da “felicidade” e da “segurança.”<sup>17</sup>

A maioria dos países do ocidente adotaram o modelo político instituído nas Declarações Francesa e Americana, que atribui a responsabilidade de elaboração das normas ao povo, divide as funções do Estado nos órgãos Executivo, Legislativo e Judiciário, e obriga os governantes a cumprirem o que foi determinado pelas leis. Modelo esse chamado de “Estado Democrático de Direitos”.

Na medida em que acompanham a evolução da própria sociedade, o conteúdo dos direitos fundamentais também se altera com o decorrer do tempo. Assim, o processo de evolução dos direitos fundamentais pode ser compreendido através da chamada “teoria das gerações dos direitos” de Karel Vasak.

<sup>14</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

<sup>15</sup>A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789 foi aprovada no auge da Revolução Francesa, em ruptura ao antigo regime. É composta de preâmbulo e 17 artigos referentes ao indivíduo e à Nação. Nela foram definidos direitos “naturais e imprescritíveis”, tais como: propriedade, segurança, liberdade e igualdade perante a lei e a justiça. O artigo 16 da Declaração dispõe, *in verbis*: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. A Declaração Francesa está disponível no sítio oficial da embaixada da França no Brasil mantido na Internet em <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>> Acesso em 29/09/2014.

<sup>16</sup>TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 407.

<sup>17</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1909. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7 reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 41- 42.

### 1.2.1 As gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

A partir de uma conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo (1.979), Karel Vasak passou a difundir a ideia de que a evolução dos direitos fundamentais pode ser compreendida através de três “gerações” de direitos.<sup>18</sup>

A “teoria das gerações dos direitos” foi desenvolvida com base no lema da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade. Pela teoria, a primeira geração seria constituída dos direitos que têm a liberdade como fundamento, a segunda, seria formada pelos direitos fundamentados na igualdade e a terceira, por sua vez, teria por base os direitos da solidariedade, conforme o momento histórico em que passaram a ser reconhecidos e positivados.

Explicando a teoria de Karel Vasak, George Marmelstein expôs:

De acordo com Vasak, a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com a Revolução Francesa e as demais revoluções burguesas. A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), ocasionada pela Revolução Industrial e com os problemas sociais por ela causados. Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.<sup>19</sup>

A doutrina aponta, ainda, a evolução dos direitos fundamentais para uma quarta e quinta gerações.

O termo “gerações” sofre críticas, na medida em que não há uma substituição dos direitos de uma geração pela próxima. Assim, o termo “dimensões” se mostra mais adequado, pois o que ocorre é cumulação e complementação dos direitos reconhecidos em determinado período com os reconhecidos no próximo.

---

<sup>18</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 270.

<sup>19</sup>MARMELSTEIN, George Lima. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de Mestrado. Ceará: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 58. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>> Acesso em 30/09/2014.

Destarte, “uma nova ‘dimensão’ não abandonaria as conquistas da ‘dimensão’ anterior e, assim, a expressão se mostraria mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária.”<sup>20</sup>

Os Séculos XVII e XVIII caracterizaram-se pelas revoluções liberais burguesas, assim, o absolutismo deu lugar ao Estado Democrático de Direito.

Decorrentes do pensamento liberal-burguês do século XVIII, os direitos fundamentais de primeira dimensão originaram-se da queda do absolutismo monárquico, tiveram como finalidade a proteção do indivíduo contra o Estado. Tais direitos tem cunho individualista, caracterizam-se como direitos de defesa ao poder estatal para realização da liberdade do indivíduo.

Paulo Bonavides leciona:

Os direitos de primeira dimensão expressam poderes de agir, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos, independentemente da ingerência do estado, e correspondem ao *status* negativo da teoria de Jelinek, fazendo ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre o estado e a sociedade. (grifado no original)<sup>21</sup>

O professor Pedro Lenza destaca os documentos Magna Carta (1.215), Paz de Westfália (1.648), Habeas Corpus Act (1.679), Bill of Rights (1.688) e as Declarações Americana (1.776) e Francesa (1.789), como marcos históricos dos direitos de primeira dimensão.<sup>22</sup>

Assim, no rol de direitos de primeira dimensão, foram reconhecidos os direitos à liberdade, à vida, à igualdade perante a lei e à propriedade. Dentre os direitos de liberdade, incluem-se as liberdades de imprensa, de expressão, manifestação, reunião, associação, etc. Foram reconhecidos, ainda, alguns direitos de participação política, como o direito ao voto. Algumas garantias processuais enquadram-se nesses direitos, como o devido processo legal, *habeas corpus* e direito de petição.

A Revolução Industrial do Século XIX impulsionou o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

---

<sup>20</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.028.

<sup>21</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517.

<sup>22</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.028.

O movimento de industrialização aumentou as desigualdades entre as classes sociais. Os direitos até então reconhecidos eram meramente formais, uma vez que a liberdade e igualdade não possuíam instrumentos de concretização. Não havia proteção ao direito dos trabalhadores, que eram submetidos a condições desumanas de trabalho, gerando insatisfações diante dos benefícios conquistados pela burguesia.

Novas doutrinas passaram a contestar o modelo de Estado liberal, fundamentadas na crise social, como o anarquismo e o comunismo ou socialismo. Esses pensamentos geraram uma série de revoltas da classe operária.

Para assegurar a manutenção da ordem liberal, era preciso implantar reformas, surgindo então o Estado Social. O direito à liberdade seria mantido, porém, haveria intervenção do Estado para proteção dos vulneráveis socialmente, dando-lhes condições de viver a liberdade.

Assim, nasce o Estado do bem-estar social ou *Welfare State*, comprometendo-se o Estado a garantir condições para vida digna.<sup>23</sup>

Nesse cenário, foram assegurados os direitos de segunda dimensão. Além dos direitos trabalhistas, foram reconhecidos direitos econômicos, sociais e culturais (como direito à saúde, moradia, educação, assistência social etc).

Acerca do reconhecimento desses novos direitos leciona Daniel Sarmento:

Surge então, na virada para o século XX, o Estado do Bem-Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação etc.). Estes novos direitos penetram nas constituições a partir da Carta mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919.<sup>24</sup>

O professor Pedro Lenza aponta a Constituição do México (1.917), a Constituição de Weimar (1.919), o Tratado de Versalhes (1.919) e a Constituição do Brasil de 1.934, como documentos que reconheceram os direitos de segunda dimensão.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

<sup>24</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17-18.

<sup>25</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 17 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.029.

Diante dos avanços tecnológicos e do término da Segunda Guerra Mundial, surgiram novos anseios sociais para o reconhecimento de “novos direitos” fundamentais.<sup>26</sup>

Os direitos de terceira dimensão originaram-se do sentimento de fraternidade e solidariedade mundial, decorrentes do pós-guerra e das atrocidades praticadas pelo nazismo.

Esses direitos visam a proteção do gênero humano, de titularidade coletiva ou difusa e foram reconhecidos em tratados internacionais. Os direitos difusos e coletivos, direito ao desenvolvimento do ser humano, direito à paz, direito ao meio ambiente<sup>27</sup>, direito de comunicação e propriedade sobre o patrimônio da humanidade, por traduzirem os valores de solidariedade e fraternidade, foram reconhecidos como direitos de terceira dimensão.

Ressaltando o alto teor de humanismo e universalidade dos direitos de terceira dimensão, Paulo Bonavides leciona acerca desses direitos que “não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.<sup>28</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>29</sup> representou o surgimento de uma nova ordem mundial ao reconhecer direitos inerentes a todo ser humano, independentemente da nação a que pertença.

Modernamente, há tendência ao reconhecimento de direitos de quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais.

---

<sup>26</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1909. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7 reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9

<sup>27</sup>Em reconhecimento ao direito ao meio ambiente equilibrado, como direito de terceira dimensão, e acerca da teoria das gerações dos direitos fundamentais, nossa corte constitucional assim já se manifestou: "O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 22.164/SP, Plenário, Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 30 de outubro de 1995, DJ 17/11/1995). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=17/11/1995&incidental=1606388&codCapitulo=5&numMateria=86&codMateria=1>> Acesso em 02/10/2014).

<sup>28</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 569.

<sup>29</sup>O texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos está disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acesso em 02/10/2014.

A quarta dimensão seria formada, segundo Paulo Bonavides<sup>30</sup>, pelos direitos à democracia (direta), à informação e ao pluralismo. Para ele, houve o reconhecimento da globalização na ordem jurídica com a introdução dos direitos de quarta dimensão, correspondendo à última fase de institucionalização do Estado Social.

Já para Norberto Bobbio, os direitos da quarta dimensão referem-se “aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.<sup>31</sup>

Paulo Bonavides defende, ainda, uma quinta dimensão de direitos fundamentais, formada pelo direito à paz universal como supremo direito da humanidade.<sup>32</sup>

Em crítica à teoria das gerações dos direitos fundamentais, George Marmelstein assim se manifesta:

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.<sup>33</sup>

As críticas de Marmelstein à teoria das gerações dos direitos fundamentais têm, basicamente, os seguintes fundamentos: a) inadequação do termo “geração”, pois uma geração não substitui a outra (processo de acumulação), por isso a preferência pelo termo “dimensões”; b) indivisibilidade e interdependência entre os direitos fundamentais, não há prioridade de implementação; c) não há hierarquia entre as gerações e não deve haver a diferenciação entre os direitos de primeira geração como direitos negativos, não onerosos, e os direitos de segunda geração, como direitos a prestações por parte do Estado, pois isso nem sempre se observa.<sup>34</sup>

<sup>30</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 525.

<sup>31</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1909. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 7 reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

<sup>32</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 525.

<sup>33</sup>MARMELSTEIN, George Lima. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de Mestrado, Ceará: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 64. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>> Acesso em 30/09/2014.

<sup>34</sup>*Ibidem*, p. 58-66.

Assim, uma dimensão não se sobrepõe à outra, o que se observa é a cumulação de direitos reconhecidos em diferentes períodos históricos, devido aos anseios sociais, direitos estes interdependentes e em constante evolução.

### 1.3 Características dos direitos fundamentais

São apontadas como principais características dos direitos fundamentais: a historicidade, a universalidade, a limitabilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade, a concorrência e a indivisibilidade e interdependência, analisadas brevemente a seguir:

a) **Historicidade** – Conforme exposto nos tópicos anteriores, os direitos fundamentais têm caráter histórico. Decorrem das conquistas sociais nas diversas revoluções, até chegar aos dias atuais. Na medida em que acompanham as mudanças sociais, estão em constante evolução.

b) **Universalidade** – Têm como destinatários todos os seres humanos, independentemente da nacionalidade.

Todas as pessoas são titulares dos direitos fundamentais, contudo, alguns direitos específicos podem não se ligar a todos. O direito à vida, por exemplo, é titularizado por todo ser humano, contudo, há direitos elencados na Constituição que interessam apenas aos trabalhadores.<sup>35</sup>

c) **Limitabilidade ou Relatividade** – Os direitos fundamentais não são absolutos<sup>36</sup>, uma vez que podem ser relativizados quando há conflito de interesses.

---

<sup>35</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 143.

<sup>36</sup>Acerca da limitabilidade dos direitos fundamentais, pronunciou-se o STF: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 23.452/RJ, Plenário, Relator Ministro Celso de Mello,

Os limites a um direito fundamental são impostos por outros direitos fundamentais. No caso concreto o magistrado ou intérprete levará em consideração “a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição.”<sup>37</sup>

d) Inalienabilidade– São inalienáveis por não terem conteúdo econômico-patrimonial, não passíveis de transferência, uma vez que se conectam à dignidade da pessoa humana.<sup>38</sup>

e) Irrenunciabilidade - São irrenunciáveis, na medida em que são indisponíveis, interessando a toda coletividade. Pode ocorrer o não exercício, mas não a renúncia.

f) Imprescritibilidade – Não se perdem com o decorrer do tempo, sempre podem ser exercidos.<sup>39</sup>

g) Concorrência – Os direitos fundamentais podem ser exercidos de forma cumulativa e ao mesmo tempo.

h) Indivisibilidade e Interdependência– Não são analisados de forma separada, mas em conjunto. Embora autônomos, estão vinculados para atingirem suas finalidades.<sup>40</sup>

#### 1.4 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

Após mais de vinte anos de ditadura militar, o país passou por um processo de redemocratização que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988.

---

Brasília. DF, 16 de setembro de 1999. DJ de 12.05.2000, p. 20). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+23452%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aesmotc>> Acesso em 03/10/2014.

<sup>37</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 17 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.032.

<sup>38</sup>O direito a propriedade é uma exceção, uma vez que por sua natureza, é alienável.

<sup>39</sup>A regra não é absoluta, uma vez que há direitos que podem ser perdidos com o decurso do tempo, como por exemplo, o direito à propriedade, caso não exercido, pode ensejar o usucapião.

<sup>40</sup>A Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, assim dispõe em seu artigo 5º: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.” Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em 03/10/2014.

A Constituição “cidadã”<sup>41</sup> trouxe inovações ao promover a redução das desigualdades sociais, a proteção dos direitos fundamentais, a democracia e os valores ligados à proteção da dignidade da pessoa humana.

Já em seu preâmbulo<sup>42</sup>, a Constituição atual reforça a proteção dos direitos fundamentais expressamente. Embora o preâmbulo não tenha força normativa, serve de norte na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, por demonstrar a intenção do constituinte.

Por localizarem-se, em sua maioria, entre os artigos iniciais do texto, nota-se a posição privilegiada que o constituinte deu aos direitos fundamentais.

No Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” encontram-se previstos a maioria dos direitos fundamentais, divididos da seguinte forma: Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, Capítulo II – “Dos Direitos Sociais”, Capítulo III – “Da Nacionalidade”, Capítulo IV – “Dos Direitos Políticos” e Capítulo V – “Dos Partidos Políticos”. Tais direitos podem ser chamados de formalmente fundamentais.

São reconhecidos, ainda, direitos e garantias materialmente fundamentais inseridos em outros títulos do texto constitucional, como por exemplo o princípio da anterioridade tributária disposto no artigo 150, III, b, como limitação ao poder de tributar.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup>Em seu discurso proferido em 05/10/1988 (data da promulgação da Constituição Federal), Ulysses Guimarães, como Presidente da Assembleia Constituinte enalteceu a expressão Constituição “cidadã”: “A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, consectário da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria. (Palmas.) Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos. Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção. Tem substância popular e cristã o título que a consagra: ‘a Constituição cidadã.’” Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>> Acesso em 04/10/2014.

<sup>42</sup> Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

<sup>43</sup>No julgamento da ADI 939-DF, o STF reconheceu o princípio da anterioridade como garantia individual do contribuinte. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 939-DF. Plenário. Relator Min. Sydney Sanches. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1993, DJ 18/03/1994. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+939%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+939%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a55wf9v>> Acesso em 04/10/2014.

Além do extenso rol de direitos taxativamente previstos na Constituição, o constituinte possibilitou, com a previsão contida no artigo 5º, §2º<sup>44</sup>, o reconhecimento de outros direitos como fundamentais. Esses direitos não expressamente previstos são decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição, conforme artigos 1º a 4º do texto constitucional.

Assim, são reconhecidos como instituidores de direitos fundamentais, os tratados internacionais firmados pelo Brasil e, também, os direitos fundamentais implícitos, decorrentes do texto constitucional como um todo. “O importante é que, a partir da Constituição (formal ou material), seja possível identificar a fundamentalidade de um dado direito, ainda que de forma implícita.”<sup>45</sup>

Desta forma, é possível concluir que o rol de direitos fundamentais constantes do texto constitucional não é taxativo. Há direitos expressamente enumerados no texto constitucional e outros decorrentes de adequada compreensão da Constituição.<sup>46</sup>

Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III<sup>47</sup> é de grande importância, tanto que para muitos doutrinadores, os direitos fundamentais baseiam-se justamente nesse princípio. Os direitos fundamentais seriam pretensões fundadas na dignidade da pessoa humana, descobertas a partir de cada momento histórico.<sup>48</sup>

O artigo 5º, §1º, da Constituição Federal preceitua que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Não se pode olvidar, ainda, que o artigo 60, §4º atribuiu aos direitos e garantias individuais a categoria de cláusulas pétreas, uma vez que não podem ser modificados, nem mesmo pelo constituinte derivado.

Destarte, o constituinte de 1988 forneceu meios para concretização dos direitos fundamentais. Através das garantias fundamentais foram assegurados instrumentos para a realização desses direitos.

---

<sup>44</sup>“Art. 5º (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>45</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 22.

<sup>46</sup>PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais não enumerados: justificação e aplicação**. Tese de Doutorado. Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005, p. 72. Disponível em <[http://ftp.unisc.br/portal/upload/com\\_arquivo/tese\\_direitos\\_fundamentais\\_nao\\_enumerados\\_justificacao\\_e\\_aplicacao.pdf](http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/tese_direitos_fundamentais_nao_enumerados_justificacao_e_aplicacao.pdf)> Acesso em 04/10/2014.

<sup>47</sup>“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;”

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermeneutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 116.

Pelo princípio do acesso à Justiça<sup>49</sup>, as vias ordinárias estão disponíveis para assegurar a proteção aos direitos fundamentais. Além disso, a Constituição prevê expressamente diversas ações para proteção contra abusos de poder, dentre elas, o mandado de segurança, o mandado de injunção, habeas corpus, ação civil pública, ação popular, arguição de descumprimento de preceito fundamental e as ações diretas de inconstitucionalidade e declaração de constitucionalidade.

No mais, acerca dos tratados de direito internacional, o artigo 5º, §3º<sup>50</sup>, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004, confere aos tratados de direitos humanos aprovados com quórum de Emenda Constitucional, o *status* de norma constitucional.

#### 1.4.1 Titularidade dos direitos fundamentais

Conforme estabelece o princípio da universalidade, todas as pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais. Contudo, é preciso ressaltar que alguns direitos fundamentais têm destinatários específicos, como por exemplo, o direito à nacionalidade.

O artigo 5º *caput*<sup>51</sup> da Constituição Federal estabelece, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, que são titulares de direitos fundamentais os brasileiros<sup>52</sup> e estrangeiros residentes no país.

É fato que alguns direitos não são assegurados ao estrangeiro residente no país, como por exemplo os direitos políticos, reservados aos brasileiros natos e naturalizados. Há, ainda, alguns direitos reservados apenas aos brasileiros natos, uma vez que o artigo 12, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal, indica cargos privativos de brasileiros natos.

Pela redação do artigo 5º, poderíamos concluir que os estrangeiros não residentes no país, como turistas, por exemplo, não seriam titulares de direitos fundamentais. Contudo, o

<sup>49</sup> O princípio do acesso à justiça está insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

<sup>50</sup> “Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

<sup>51</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

<sup>52</sup> Ao garantir direitos fundamentais a todos os brasileiros, o artigo 5º da Constituição Federal abrange todos os que possuam nacionalidade brasileira, independentemente de sua forma de aquisição.

STF<sup>53</sup> já decidiu que, em razão do princípio da universalidade, são titulares dos direitos fundamentais: os brasileiros, os estrangeiros residentes no país e também os estrangeiros em trânsito no Brasil. Em interpretação mais ampla, a corte constitucional já entendeu que até mesmo estrangeiros fora do país, podem ser titulares de direitos fundamentais. Nesse sentido o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS (...) ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA (...). O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS". - O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de perseguição penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dá significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante (...).<sup>54</sup>

Além disso, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, certo é que o constituinte pretendeu atribuir direitos fundamentais aos nacionais e estrangeiros. Logicamente nem todos os direitos fundamentais serão titularizados pelos estrangeiros, a ação

<sup>53</sup>Por exemplo, a seguinte decisão: "Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos artigos 153, caput, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º., LIX da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 215.267/SP, Primeira Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, Brasília. DF, 24 de abril de 2001, DJ 25/05/2001) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+215267%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+215267%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/azbse8z>> Acesso em 05/10/2014.

<sup>54</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 94.016/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília. DF, 16 de setembro 2008, DJ 26/02/2009). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+94016%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+94016%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bgc7chw>> Acesso em 05/10/2014.

popular<sup>55</sup>, por exemplo, somente pode ser proposta pelos cidadãos, condição não ostentada pelos estrangeiros.

No mais, conforme ensinamentos de George Marmelstein, "a Constituição, em nenhum momento, diz expressamente que os estrangeiros não residentes no país não podem exercer os direitos fundamentais. Apenas silencia a respeito."<sup>56</sup>

As pessoas jurídicas (incluídas as de Direito Público) são titulares de alguns direitos fundamentais, desde que compatíveis com sua natureza. Não faz sentido a pessoa jurídica ser titular de todos os direitos fundamentais, como por exemplo, o direito a liberdade de locomoção, que é inerente a condição de pessoa física, por esse motivo, não caberia a impetração de *habeas corpus* em favor de pessoa jurídica.

Nesse sentido as seguintes colocações do Ministro Marco Aurélio, no julgamento do HC 92.921/BA, ao concluir que a pessoa jurídica não pode figurar como paciente de *habeas corpus*:

Estamos aqui a perquirir para saber se o instrumental, o *habeas corpus*, é apropriado, ou não, se se faz em jogo, ou não, a liberdade de ir e vir da pessoa jurídica. No caso, não pode haver, quanto a essa liberdade de ir e vir, reprimenda. É impossível a reprimenda. É impossível pretender-se cercear-se a liberdade de ir e vir da pessoa jurídica. Sempre há de estar envolvida uma pessoa natural.<sup>57</sup>

As pessoas jurídicas podem, ainda, pleitear indenização por danos morais, neste sentido as disposições da Súmula 227 do STJ, *in verbis*: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

Há, ainda, direitos fundamentais de titularidade restrita das pessoas jurídicas, como as previsões do artigo 5º, incisos LXX e XVIII da Carta de 1988<sup>58</sup>.

<sup>55</sup>“Art. 5º (...) LXXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

<sup>56</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 231.

<sup>57</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 92921/BA, Primeira Turma, Relator: Ministro. Ricardo Lewandowski. Brasília. DF, 19 de agosto de 2008, DJ 25/09/2008. Disponível o inteiro teor da decisão em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550495>> Acesso em 05/10/2014.

<sup>58</sup>A maioria da doutrina pesquisada e indicada nas referências bibliográficas entende que a pessoa jurídica é titular também dos direitos fundamentais que forem compatíveis com sua natureza.

### 1.4.2 Eficácia dos direitos fundamentais.

A eficácia jurídica pode ser entendida como a aptidão ou potencialidade da norma jurídica em produzir efeitos.<sup>59</sup> Tal expressão costuma ser relacionada à aplicabilidade das normas.

Nas lições de José Afonso da Silva, a noção de eficácia é encarada pelo prisma da potencialidade e, a noção de aplicabilidade, sob o prisma da realizabilidade, embora sejam fenômenos conexos. Para ele, as normas constitucionais são de eficácia plena, contida ou limitada.<sup>60</sup>

Normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são as normas constitucionais que detêm normatividade suficiente a produção de efeitos, independentemente de legislação infraconstitucional. São desde logo exigíveis. Como exemplo podem ser citados os artigos, 2º; 14, §2º e 17, §4º da Constituição Federal.<sup>61</sup>

Normas de eficácia contida têm aplicabilidade direta e imediata, mas não integral. Diferenciam-se da de eficácia plena, por ser possível a redução de sua abrangência por norma infraconstitucional ou mesmo constitucional. Um exemplo seria a decretação do estado de defesa e de sítio, onde podem ser limitados vários direitos, conforme disposto pelos artigos 136, §1º, I e 139 da Constituição Federal.<sup>62</sup>

Os dispositivos de eficácia limitada têm aplicabilidade mediata e reduzida, são aqueles que não produzem todos os efeitos, precisando de legislação infraconstitucional. Produzem o efeito mínimo de vincular o legislador infraconstitucional aos seus valores. Essas normas dividem-se, ainda, em normas de princípios institutivos (englobam as normas que contêm esquemas iniciais e gerais de estruturação de órgãos ou entidades) e normas de princípios programáticos (veiculadoras de programas a serem implementados pelo Estado para realização de fins sociais).<sup>63</sup>

Pela redação do artigo 5º, § 1º, do texto constitucional, a aplicação das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais é imediata.

---

<sup>59</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

<sup>60</sup>SILVA, José Afonso da. **A Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

<sup>61</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233-234.

<sup>62</sup>*Ibidem*, p. 234-236

<sup>63</sup>*Ibidem*, p. 236-237.

Ainda, na teoria de José Afonso da Silva, o termo “aplicação” não se confunde com “aplicabilidade”. Para ele, uma norma ter aplicação imediata significa que está dotada dos elementos necessários a incidência imediata na situação que regula. Assim, as normas que definem direitos e garantias individuais teriam aplicabilidade imediata, porém, as normas que definem direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre terão aplicabilidade imediata, uma vez que podem depender de legislação que permita sua aplicação, complementando sua eficácia.<sup>64</sup>

Contudo, há quem entenda que todos os direitos fundamentais são favorecidos pelo disposto no artigo 5º, §1º da Constituição Federal, uma vez que o dispositivo não faz qualquer exclusão.<sup>65</sup>

De qualquer forma, pela carga principiológica do artigo 5º, §1º, deve ser dada a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, diante máxima efetividade desses direitos. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) todas as norma constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.<sup>66</sup>

Assim, o fato de não haver regulamentação infraconstitucional acerca de preceito fundamental, não é motivo para sua não aplicação aos casos concretos.

Nessa linha, o Judiciário, a partir do ativismo judicial, dando máxima efetividade ao texto da Constituição, pode atender às demandas sociais nos casos concretos, sem invadir o campo legislativo.<sup>67</sup>

<sup>64</sup>SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 408.

<sup>65</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 302.

<sup>66</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl., 3 tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 271.

<sup>67</sup>O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a máxima efetividade e aplicação imediata dos direitos fundamentais em vários casos, como por exemplo: Ag 410-715/SP, que assegurou a aplicabilidade direta do artigo 208, IV, garantindo o direito à creche para crianças entre 0 a 6 anos e RE 377040/RS, que assegurou a aplicabilidade dos artigos 5º, I e 226, §5º, garantindo eficácia plena dos princípios que preveem igualdade entre os sexos, com o direito do marido de ser incluído como dependente da mulher para fins previdenciários, dentre outros julgados.

Diante da omissão legislativa, a própria Constituição traz medidas para tornar efetivas as normas constitucionais, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.<sup>68</sup>

Assim, um direito fundamental não deixa de ser concretizado pela falta de lei que o regulamente, cabendo ao Judiciário o importante papel de dar efetividade às disposições instituidoras de direitos fundamentais.

Traçadas essas considerações iniciais acerca dos direitos fundamentais, insta delimitar a incidência desses direitos em eficácia vertical e horizontal, conforme as teorias existentes, a serem abordadas nos próximos capítulos.

---

<sup>68</sup>O mandado de injunção seria instrumento concretizador dos direitos fundamentais e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão constitui em mora o legislador.

## **2. CONSTRUÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **2.1 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**

Em nossa sociedade contemporânea desigual, a opressão pode vir não apenas do Estado, mas de uma série de agentes privados.

O indivíduo é titular de direitos fundamentais e a Lei Fundamental o investe de poder de autodeterminação de seus interesses privados.

As discussões acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas consistem, basicamente, em compatibilizar a tutela dos direitos fundamentais com a proteção da autonomia privada.

Na compatibilização desses interesses, diversas teorias surgiram. As que entendem ser prioritário a tutela efetiva dos direitos fundamentais, defendem maior eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, enquanto as que priorizam a autonomia privada, entendem ser menor a incidência desses direitos nas relações privadas.

Nessa linha, aqueles que defendem maior ativismo judicial sustentam a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações da esfera privada, enquanto os desfavoráveis a um papel tão ativista do Judiciário acabam por minimizar ou até mesmo rechaçar tal aplicação.

Após a Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha, desenvolveu-se a discussão acerca da eficácia direta ou imediata e eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Também na Alemanha surgiu, mais tarde, posição que defendia a teoria dos deveres de proteção como fundamento da aplicação dos direitos fundamentais às questões privadas.

Com a discussão das teorias, vieram correntes alternativas e intermediárias, todas voltadas para a mesma questão central: compatibilizar a autonomia privada com a proteção aos direitos fundamentais em casos de agressões a esses direitos na esfera privada.

Nos Estados Unidos da América prevaleceu o entendimento de que somente o Estado estaria vinculado às normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais. Nesse caso,

a discussão giraria em torno de se verificar em que medida a atitude particular poderia ser imputada ao Estado, para somente depois obrigar o indivíduo a respeitar os direitos fundamentais da Constituição.

Ainda, conforme bem destaca Daniel Sarmento:

(...) praticamente toda a discussão que vem sendo travada sobre a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada se restringe aos direitos individuais, ditos de 1ª geração. A questão relevantíssima, concernente à possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos sociais não-trabalhistas, aos direitos políticos e aos direitos transindividuais, não despertou, com raras exceções, a merecida atenção da doutrina e jurisprudência nacional ou alienígena.<sup>69</sup>

Assim, passaremos a analisar as principais teorias apontadas pela doutrina acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

## 2.2 Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Na Alemanha, com o surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung der Grundrechte*), alguns autores posicionaram-se em sentido contrário.

Nessa linha, esses autores<sup>70</sup> defendiam que os direitos fundamentais eram apenas direitos de defesa em face do Estado. Por essa doutrina que defendia as ideias liberais, a Constituição Alemã prevê de forma expressa somente a vinculação do Estado aos direitos fundamentais<sup>71</sup>, além disso, na confecção da Constituição não foi discutida a eficácia horizontal desses direitos. Isso ocorreu para proteção dos indivíduos face o Estado, diante da experiência do nazismo.

<sup>69</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 187.

<sup>70</sup>Daniel Sarmento aponta como principais autores alemães contrários a eficácia horizontal Mangoldt e Forsthoff. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 188.

<sup>71</sup>A Lei Fundamental de Bonn, no art. 1.3 prevê expressamente apenas a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. Somente a liberdade sindical, prevista no art. 9.3 tem que ser respeitada pelos empregadores privados, em eficácia horizontal. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha encontra-se disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 24/01/2015.

Outro argumento defendido, foi que a eficácia horizontal acabaria com a autonomia privada, dando um poder maior aos juízes do que ao legislador.

A partir da década de 50, com inúmeras decisões favoráveis à eficácia horizontal pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a doutrina que negava a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares praticamente sumiu.

Na Suíça também há posições contrárias à aplicação dos direitos fundamentais horizontalmente. O Tribunal Federal daquele país, ao apreciar o caso *Seeling*<sup>72</sup> (em 2 de fevereiro de 1954), decidiu pela não aplicação dos direitos fundamentais às relações particulares, uma vez que a liberdade contratual prevaleceria frente ao direito fundamental de liberdade de expressão.

Contudo, foi no direito norte-americano que a teoria da não aplicação dos direitos fundamentais constitucionais às relações privadas teve maior desenvolvimento. A análise de tal doutrina será vista a seguir.

### 2.2.1 *State action*

A Constituição dos Estados Unidos da América prevê obrigações e proibições voltadas para ação estatal (*state action*). Nas palavras de Bilbao Ubillos, “a Constituição [norte-americana] é um limite à ação pública, à livre atividade dos poderes públicos em suas relações com os cidadãos, não atribui a um cidadão particular direitos frente a outros particulares.”<sup>73</sup>

Cumprido esclarecer que, nos Estados Unidos da América, cabe aos estados e não à União legislar sobre Direito Privado, exceto quando a questão envolver comércio interestadual ou internacional.

---

<sup>72</sup>Naquela ocasião, a controvérsia surgiu, diante da proibição do ingresso de crítico jornalista em salas de cinema, pois teria criticado a programação dos estabelecimentos.

<sup>73</sup>BILBAO UBILLOS, Juan María. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana)**. Madri: McGraw-Hill, 1997. p 1. *Apud*. STEINMETZ. Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178.

Assim a *State Action Doctrine* preserva a autonomia dos estados, impedindo que as cortes federais intervenham no direito privado.

Por essa teoria, não há o reconhecimento expresso de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o que ocorre é a aplicação desses direitos nas relações em que de alguma maneira o Estado participa. Só através de uma ação do Estado poderia haver violação a direitos fundamentais.

Os *Civil Rights Cases*, julgados pela Suprema Corte norte-americana em 1.883, são apontados como origem da *State Action Doctrine*. A corte constitucional americana, ao analisar cinco casos de pessoas acusadas de proibir o acesso de negros em teatros, hotéis e trens, entendeu pela inconstitucionalidade do *Civil Rights Act* de 1.875, pois à União competiria apenas editar normas para impedir discriminações praticadas pelos estados, mas não as discriminações cometidas por empresas e particulares.<sup>74</sup>

O *Civil Rights Act* foi editado pelo Congresso norte-americano, com fundamento na 14ª Emenda à Constituição<sup>75</sup>, e estabelecia medidas combatendo a discriminação racial em locais públicos, prevendo punições cíveis e penais. Para a Suprema Corte, os direitos proclamados pela 14ª Emenda seriam proteção frente a atos estatais, não alcançando relações particulares.<sup>76</sup>

Nas palavras de Daniel Sarmento, nos *Civil Rights Cases*, duas premissas ficaram estabelecidas:

- (a) os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares; e (b) o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar estas relações é exclusiva do legislador estadual.<sup>77</sup>

Atualmente é admitida a competência da União para editar leis que tratam de direitos humanos, ainda que não envolvam agentes estatais.

<sup>74</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 190.

<sup>75</sup>A 14ª Emenda foi elaborada após o fim da escravidão e obrigou os estados a respeitarem o devido processo legal e igualdade.

<sup>76</sup>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**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 169-170.

<sup>77</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 190.

Com o tempo, os juízes norte-americanos começaram a interpretar de forma extensiva a teoria *state action*. Nos ensinamentos de Bilbao Ubillos:

(...) duas têm sido as vias apontadas na jurisprudência da Corte Suprema para ampliar com caráter excepcional o raio de ação das garantias constitucionais: o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado e a existência de contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ator privado. As duas conduzem ao mesmo resultado: ao responsabilizar-se o Estado do ato impugnado, consegue-se prolongar essa especial tutela das liberdades de tal sorte que determinadas controvérsias surgidas entre particulares, excluídas, em princípio, deste âmbito constitucionalmente protegido, acabam compreendidas finalmente nele.<sup>78</sup>

Assim, a Suprema Corte passou a adotar a *Public Function Theory*, pela qual agindo os particulares em atividades típicas do Estado, também estarão submetidos às limitações da Constituição.

O caso *Marsh v. Alabama*<sup>79</sup>, julgado em 1946, foi o mais emblemático de aplicação dessa teoria. Discutiu-se a possibilidade de uma empresa privada, que detinha a propriedade de terras dentro das quais se localizavam residências, ruas, estabelecimentos comerciais etc., poder ou não proibir testemunhas de Jeová de pregarem no interior de sua propriedade. A proibição foi declarada inválida pela *Supreme Court*, pois ao manter uma “cidade privada” (*private owned town*), a empresa seria equiparada ao Estado, sujeitando-se a 1ª Emenda da Constituição, que protege a liberdade de culto.

Em aplicação do mesmo entendimento, no caso *Evans v. Newton*<sup>80</sup>, a Suprema Corte decidiu ser ilícita a proibição do acesso de negros a um parque privado, mas aberto para o público em geral.

O Direito americano também admite a vinculação de particulares a direitos fundamentais quando pode ser estabelecida uma conexão mais profunda entre a conduta do agente privado, e alguma entidade governamental.<sup>81</sup>

<sup>78</sup>BILBAO UBILLOS, Juan María. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana)**. Madri: McGraw-Hill, 1997. p. XV-XVI. *Apud.* STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 179.

<sup>79</sup>Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=326&invol=501>> Acesso em 10/10/2014.

<sup>80</sup>Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=382&invol=296>> Acesso em 10/10/2014.

<sup>81</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 192.

Nesse sentido, teve grande importância o caso *Shelley v. Kraemer*<sup>82</sup>, julgado em 1.948. Nesse precedente, foi questionado um acordo privado que vinculava os proprietários de imóveis de uma região, proibindo-os de alienar suas propriedades a pessoas de minoria racial. O proprietário de um dos imóveis, apesar da proibição instituída pela convenção, decidiu vender sua propriedade a um negro, gerando indignação dos demais proprietários, que ajuizaram a ação. Na análise do caso, a Suprema Corte decidiu que, se tutelasse o direito dos autores com base naquele acordo, estaria permitindo discriminação contrária à Constituição. Desta forma, não deixou de aplicar a *state action* e rejeitou a ação.

Em críticas a doutrina *state action*, Wilson Steinmetz aponta problemas de limitação da teoria. Para ele, nos casos em que a conduta do particular implica no exercício de função pública ou conexa ao exercício desta função, pode ser aplicada a *state action* na solução da demanda. Contudo, nos casos em que a ação particular violadora de direitos fundamentais, não se conecta com a ação estatal ou, nos casos de dúvida da subsunção ou não de uma ação ao conceito de *state action*, haverá problemas dos critérios delimitadores da doutrina.<sup>83</sup>

O doutrinador aponta, ainda, um segundo problema, consistente no paradigma constitucional. Para ele, a teoria apenas desenvolve-se nos Estados Unidos da América, uma vez que a Constituição daquele país fundamentou-se nos paradigmas do Estado liberal. Em países com constituições desenvolvidas pelo constitucionalismo social ou democrático, a teoria não se mostraria adequada, pois a Constituição além de estabelecer normas entre indivíduo e Estado, pretende normatizar questões fundamentais acerca das relações sociais.<sup>84</sup>

Para Daniel Sarmiento, apesar das ponderações introduzidos pela jurisprudência na *State Action Doctrine* ao longo do tempo, as ameaças aos direitos fundamentais provêm também de pessoas, grupos e organizações privadas, não atuantes na função pública. Para ele, a jurisprudência americana não constituiu padrões aptos a ensejar segurança jurídica.<sup>85</sup>

Baseado nos casos da jurisprudência norte-americana, Virgílio Afonso da Silva entende que não é correto afirmar que o Direito americano nega a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Para ele, o que ocorre é a definição das situações em que

---

<sup>82</sup>Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=334&invol=1>> Acesso em 10/10/2014.

<sup>83</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 180-181.

<sup>84</sup>*Ibidem*, p. 180-181.

<sup>85</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 196-197.

uma conduta privada seria vinculada aos direitos fundamentais, equiparando uma ação privada a uma ação pública.<sup>86</sup> Nas palavras do doutrinador:

(...) ainda que, com a doutrina da *state action*, se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não-estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato, já que o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, *por mais artificial que seja*, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte das pessoas privadas. (grifado no original)<sup>87</sup>

Apesar das críticas apontadas, a teoria também foi acolhida no direito constitucional canadense, onde no julgamento do caso *Retail, Wholesale & Department Store Union Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.* (1986), a Suprema Corte entendeu que os direitos fundamentais constitucionalmente previstos não são aplicáveis aos litígios privados.<sup>88</sup>

## 2.2.2 Teoria de Schwabe

A “teoria da convergência estatista”<sup>89</sup> foi desenvolvida por Jürgen Schwabe, em 1.971, na Alemanha.

Para Schwabe, qualquer agressão a direitos fundamentais é sempre imputada ao Estado, pois é do Estado o dever de proteção a esses direitos. Logo, a ação dos particulares no exercício da autonomia privada seria sempre produto de autorização estatal. Assim, conforme ensinamentos de Ingo Sarlet acerca da teoria, não teria sentido discutir o problema da eficácia

<sup>86</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 3 tir, São Paulo: Malheiros. 2011, p. 99-100.

<sup>87</sup>*Ibidem*, p. 100.

<sup>88</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 197.

<sup>89</sup>O alemão Josef Isensee nomeou a teoria de Schwabe de “teoria da convergência estatista”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Seção IV. Brasília, a. 4, n. 16, jul/set., 2005. p. 223. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>> Acesso em 11/10/2014.

direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que não passaria de um “problema aparente”.<sup>90</sup>

Por essa teoria, sempre que um agente privado violar direitos fundamentais, tal ato poderá ser também imputado ao Estado, por não ter proibido, através da legislação, a atitude que lesou direitos de outrem, ou porque não impediu o ato, através da prestação jurisdicional ou atividade administrativa.

Uma vez que o Estado disciplinaria e tutelaria as relações desenvolvidas na esfera privada, seria responsável por violações a direitos fundamentais cometidas por particulares contra particulares, quando não os impedir de praticar tais atos.

Nesse pensamento, quando o Estado não proíbe um comportamento, o está permitindo e, se o comportamento de um indivíduo lesar direitos fundamentais de outro, a responsabilidade será também do Estado.

Assim, diferente do que ocorre na doutrina *state action*, onde as ações privadas são equiparadas a ações do Estado para submetê-las aos direitos fundamentais, a “teoria da convergência estatista” libera o particular e imputa diretamente seus atos ao Estado.<sup>91</sup>

Jürgen Schwabe se mantém fiel à tradicional concepção dos direitos fundamentais como sendo direitos públicos subjetivos, apenas oponíveis aos poderes públicos.

Em críticas a essa teoria, Daniel Sarmento aponta que a tese é dotada de matiz totalitário, pois a autonomia privada não decorre de autorização estatal, na verdade a liberdade humana precede ao Estado e a lei. Para ele, também não seria correto atribuir ao Poder Público toda conduta particular não vedada em lei. Aponta, ainda, ausência de sentido na atribuição ao Estado de lesão a direitos fundamentais produzida por particular, sem pressupor que o particular esteja vinculado ao respeito do direito lesado.<sup>92</sup>

Sarmiento leciona que o particular, pela condição de ser humano dotado de vontade, é livre na escolha de seus atos, independentemente da consideração do Estado. A ordem jurídica

---

<sup>90</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Seção IV. Brasília, a. 4, n. 16, jul/set., 2005. p. 223-224. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>> Acesso em 11/10/2014.

<sup>91</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 3 tir, São Paulo: Malheiros. 2011, p. 104.

<sup>92</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 221-222.

baseia-se no princípio da liberdade, os indivíduos agem segundo sua própria vontade e não por delegação do Estado, sendo responsáveis por seus próprios atos.<sup>93</sup>

Assim, é difícil compatibilizar a ideia de Schwabe com o princípio da autonomia privada e o direito de liberdade.

Nessa linha de pensamento, José Carlos Vieira de Andrade entende que a imputação de ações particulares ao Estado também não é adequada. Afirma o doutrinador:

Não nos parece, porém, que esta concepção seja defensável no âmbito de uma ordem jurídica baseada no princípio da liberdade, em que os indivíduos não actuam por delegação estadual e são responsáveis pelos seus actos, de modo que a ausência de intervenção pública, designadamente normativa, não torna lícita nem autoriza necessariamente a actuação privada. A ideia de liberdade e de responsabilidade individual pela ofensa de direitos fundamentais de outrem vale, quer no âmbito contratual (em que haverá uma autolimitação), quer nas relações extracontratuais (em que a ofensa é directamente imputável ao particular), de modo que o Estado só pode ser corresponsabilizado na medida em que haja incumprimento de um dever específico, seja de um dever específico de protecção do legislador, seja de um dever específico de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial. (*sic.*)<sup>94</sup>

### 2.3 Teoria da eficácia indireta ou mediata

Günter Düring, doutrinador alemão, desenvolveu em obra publicada em 1956, a teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*).

A teoria propõe construção intermediária entre as teorias que negam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e as que afirmam a vinculação direta destes direitos na esfera privada.

Para Günter Düring, o princípio constitucional da liberdade, incluindo o livre desenvolvimento da liberdade, é o postulado básico para resolução dos problemas. Assim, direitos fundamentais seriam direitos de defesa da liberdade contra o Estado, não se

<sup>93</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 221-222.

<sup>94</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 248-249.

justificando vinculação direta aos particulares. Pensar de forma contrária seria submeter agentes privados aos vínculos que limitam a ação estatal, transformando direitos em deveres.

O Estado é encarado como sujeito passivo de direitos fundamentais, protegendo os direitos contra violações, ainda que cometidas por entidades privadas, contudo, a proteção se daria por intermédio do Direito Privado. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não se daria de modo imediato, mas mediato, por através das normas e princípios do Direito Privado.

Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade:

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 (*Wertschutzlückenschliessung*), mas sempre dentro do “espírito” do direito privado. (*sic*)<sup>95</sup>

Nos ensinamentos de Wilson Steinmetz<sup>96</sup>, o núcleo da teoria pode ser assim resumido:

a) normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações desenvolvidas na esfera privada através das normas, parâmetros interpretativos, dogmáticos e aplicativos do direito privado como um todo (direito do trabalho, direito civil, direito comercial), ou seja, a interpretação da norma de direito fundamental no caso concreto é operada e mediada pelas normas e parâmetros dogmáticos e interpretativos do direito privado;

b) os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares são condicionados à concretização, em um primeiro plano, pelo legislador de direito privado e, em segundo plano, pelos juízes e tribunais;

c) ao legislador caberia o papel de concretizar os direitos fundamentais através de leis específicas delimitando seu conteúdo, condições de exercício e alcance dos direitos nas relações privadas;

d) aos juízes e tribunais caberia o papel de, diante de casos concretos e na ausência de lei específica, dar eficácia às normas de direitos fundamentais, interpretando e aplicando

<sup>95</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 245.

<sup>96</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137-138.

normas de Direito Privado, sobretudo normas que contém cláusulas gerais (por exemplo: bons costumes, boa-fé, abuso de direito, etc.). As cláusulas gerais operariam como cláusulas de abertura para irradiação dos direitos fundamentais no direito privado, uma vez que legitimam a introdução de juízos valorativos, jurídicos e metajurídicos, limitando a autonomia privada.

Düring propôs concepção dualista dos direitos fundamentais, uma vez que são garantidores de direitos subjetivos contra o Estado e também garantem a liberdade contratual dos particulares entre si e a autonomia privada.

Conciliando o Direito Privado com os direitos fundamentais, a solução encontrada foi a influência dos direitos fundamentais nas relações particulares, através das normas do próprio Direito Privado, esse o fundamento da teoria da eficácia mediata.

Assim, direitos fundamentais são vistos como um “sistema de valores”, o que permite a ligação com o Direito Privado, por suas cláusulas gerais.<sup>97</sup>

Direitos fundamentais são sistemas de valores, na medida em que conferem aos indivíduos direitos subjetivos, impondo tanto uma abstenção do Estado, quanto prestações para garantia dos direitos.

Paradigma significativo da aplicação dessa teoria ocorreu no julgamento do caso Luth, em 1.958, onde houve o reconhecimento expresso, pela primeira vez, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. O caso constitui um dos mais importantes julgamentos do Tribunal Constitucional Federal Alemão, uma vez que norteou a interpretação dos direitos fundamentais.

O caso levado a julgamento teve como origem os seguintes fatos: Erich Luth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, apelou em 1.950, aos proprietários e frequentadores de salas de cinema, que aderissem a um boicote do filme *Unsterbliche Geliebte* (“Amada Imortal”). Luth argumentava que o diretor do filme, Veit Harlan, havia apoiado o nazismo anos antes, e teria produzido filme antissemita, inclusive encomendado por Joseph Goebbels (ministro da propaganda nazista)<sup>98</sup>.

Assim, a distribuidora e produtora do filme, para tentar impedir o boicote, ajuizaram ação na Justiça Estadual de Hamburgo, aduzindo que muitas pessoas não estavam assistindo ao filme, o que ocasionou prejuízos financeiros.

---

<sup>97</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3 tir, São Paulo: Malheiros. 2011, p. 76.

<sup>98</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 338-339.

Na Corte Estadual, a produtora e distribuidora do filme obtiveram decisão favorável, fundamentada na violação do artigo 826 do Código Civil Alemão (aquele que causasse danos de forma intencional a outrem, e de forma que ofendesse aos bons costumes, estaria obrigado a reparar o dano), determinando a cessação do boicote com o impedimento de Luth de expor sua opinião acerca do filme.

Inconformado, Luth apresentou recurso ao Tribunal Constitucional Federal, fundamentado no direito de liberdade de expressão, garantido pela Constituição alemã. Acolhendo o recurso de Luth, a Corte Constitucional Alemã cassou a sentença da Corte Estadual, uma vez que a aplicação do artigo 826 do Código Civil Alemão violaria o direito de liberdade de opinião do réu, assegurado pelo artigo 5º, inciso I, da Lei Fundamental daquele país.

Reproduzindo alguns trechos do julgamento, Claus-Wilhelm Canaris assim se manifestou:

Aqui, o Tribunal Constitucional Federal utilizou-se pela, primeira vez, da formulação entrementes célebre, de que a Lei Fundamental “erigiu na seção referente aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores (...), que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do Direito”. Disso seguiria que o sistema de valores dos direitos fundamentais “obviamente também influi no Direito Civil [e] nenhuma prescrição juscivilista pode estar em contradição com ele, devendo cada qual ser interpretada à luz do seu espírito [scil. do sistema de valores – PN]”. Tendo em conta essa jurisprudência, o próprio Tribunal Constitucional Federal cunhou a expressão, entrementes também célebre, do “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado (...).<sup>99</sup>

Para o Tribunal Constitucional Federal Alemão, para concretização do efeito de irradiação dos direitos fundamentais, pela interpretação, são fundamentais as cláusulas gerais do Direito Privado, encontradas no artigo 856 do Código Civil Alemão, ao referenciar os “bons costumes”.

No Direito alemão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência são quase unânimes na aceitação da teoria da eficácia mediata.

Além da Alemanha, na Áustria também prevaleceu a teoria da eficácia mediata. Na França, não há frequência no uso da Constituição e dos direitos fundamentais para solução dos litígios privados, contudo, nas poucas vezes em que os juízes e tribunais defendem a

<sup>99</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 208-209.

aplicação desses direitos nas relações privadas, o que ocorre é o uso de princípios gerais de direito, e de conceitos como “bons costumes” e “ordem pública”, como meios para admissão dos direitos fundamentais na ordem privada, de forma semelhante ao propagado pela doutrina da eficácia indireta.<sup>100</sup>

A teoria da eficácia mediata e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas é objeto de diversas críticas.

Juan María Bilbao Ubillos, não consegue ver diferença entre a teoria da eficácia mediata aplicada pelos juízes e o princípio geral de interpretação de todas as normas do ordenamento conforme a Constituição. Para ele, o juiz acaba declarando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, independentemente da teoria que se apóia, o que ocorre na prática seria o mesmo defendido pela teoria da eficácia imediata.<sup>101</sup>

Assim, a teoria da eficácia mediata constituiria afirmação da força normativa constitucional, em expressão do princípio da interpretação conforme a constituição.

O modelo também é passível de críticas quanto a sua base de “sistema de valores”. Nessa linha, Habermas afirma que valores não são impositivos de deveres incondicionados e inequívocos aos seus destinatários, uma vez que não seguem a regra lícito/ilícito, válido/inválido, típica das normas jurídicas. Valores configuram-se de forma flexível, ameaçando a certeza do direito.<sup>102</sup>

Nas lições de Virgílio Afonso da Silva, a principal crítica aos sistemas de valores originou-se com Forsthoff e Schmitt, que liga a idéia de ordem de valores a uma tirania dos direitos fundamentais, passando a dar fundamento a toda legislação e relações jurídicas. Para o doutrinador, outra crítica ao modelo da eficácia indireta, é fundamentada na impossibilidade das cláusulas gerais do Direito Privado mostrarem-se suficientes, em todas as situações, para oferecer proteção aos particulares de violações aos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 202-203.

<sup>101</sup>BILBAO UBILLOS. Juan María. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 275.

<sup>102</sup>Cf. HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, p. 331. *Apud.* SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3 tir, São Paulo: Malheiros. 2011, p. 84.

<sup>103</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3 tir, São Paulo: Malheiros. 2011, p. 83-84.

## 2.4 Teoria da eficácia direta ou imediata

Hans Carl Nipperday, presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão, formulou, a partir da década de 50, a teoria da eficácia imediata (*Unmittelbare Drittwirkung*), ou teoria da eficácia direta (*Direkte Drittwirkung*). Posteriormente, a teoria foi adotada e reforçada por Walter Leisner.<sup>104</sup>

Segundo Leisner, uma vez que os direitos fundamentais constituem normas que expressam valores aplicáveis a toda ordem jurídica e, tendo em vista a força normativa da Constituição, não seria aceitável que o Direito Privado ficasse à margem da Lei Fundamental e admitir-se que apenas o Estado estaria vinculado à observância dos direitos fundamentais.<sup>105</sup>

Acerca do surgimento da teoria, adotada pela primeira vez pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, Juan María Bilbao Ubillos assim explica:

Es en concreto una sentencia de La Sala Primera de este Tribunal del año 1954 la que sugiere por primera vez esa relevancia directa en las relaciones inter privados. En ella se recoge la afirmación de que los derechos fundamentales contienen “principios ordenadores para la vida social” de carácter vinculante, que tienen una significación inmediata para el tráfico jurídico privado.<sup>106</sup>

O entendimento do Tribunal Federal do Trabalho assim se justificou:

Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública.<sup>107</sup>

<sup>104</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204-205.

<sup>105</sup>*Ibidem*, p. 204-205.

<sup>106</sup>Tradução livre do autor: "É em concreto uma sentença da Primeira Seção deste Tribunal do ano de 1954, que, pela primeira vez, essa relevância direta nas relações entre particulares. Nela ocorreu a afirmação de que os direitos fundamentais contêm "principios ordenadores para a vida social" de caráter vinculante, que têm um significado imediato para negócios jurídicos particulares". BILBAO UBILLOS. Juan María. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 269.

<sup>107</sup>Trecho extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 201.819-8, Segunda Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 11 de outubro 2005, DJ. 27/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+201819>>

Nessa linha, teve grande importância um julgado de 1.957 do Tribunal Federal do Trabalho alemão, sendo reconhecida, apenas com fundamentos em preceitos da Constituição, a invalidade de cláusula contratual que previa o término do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital particular, no caso de contraírem matrimônio.

Embora originada na Alemanha, os doutrinadores e a jurisprudência alemães, em sua maioria, rechaçam a aplicação dessa teoria. Contudo a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais teve maior aceitação nos países da Europa ocidental, sobretudo na Itália, Portugal e Espanha.

Nipperdey sustenta, que há normas de direitos fundamentais que não estão restritas a proteger o direito de liberdade perante o Estado, elas também asseguram aos particulares nas relações mantidas entre si, uma posição jurídica do particular frente aos demais particulares. Assim, os direitos fundamentais poderiam ser entendidos como posições jurídicas concedidas pela Constituição aos particulares em suas relações com outros particulares, independentemente da influência ou poder do agente privado.

Para Nipperdey, os direitos fundamentais têm “efeitos absolutos”, não necessitando de mediação de leis infraconstitucionais para serem aplicados às relações privadas. Esses “efeitos absolutos” fazem com que sejam desnecessárias estratégias de interpretação para aplicação dos direitos fundamentais em relações que não incluam o Estado, possibilitando a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Nas lições de Virgílio Afonso da Silva, os “efeitos absolutos” a que Nipperdey faz menção, não significam uma concepção dos direitos fundamentais como direitos absolutos. A concepção de direitos fundamentais como direitos absolutos poderia simbolizar duas ideias diferentes: a) para uma tese, de caráter jusnaturalista, os direitos fundamentais seriam absolutos, por possuírem conteúdo não variável no tempo, e b) para outra tese, os direitos fundamentais não poderiam ser limitados, portanto absolutos.<sup>108</sup>

No entendimento do doutrinador, a análise de Nipperdey não tem conotação jusnaturalista, uma vez que fundamenta-se em direitos fundamentais positivados. Por outro lado, Nipperdey também rejeitaria a ideia de impossibilidade de limitar os direitos

---

%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos &url=http://tinyurl.com/b6y69xa> Acesso em: 14/10/2014.

<sup>108</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3 tir, São Paulo: Malheiros. 2011, p. 87-89.

fundamentais, uma vez que aceita que a liberdade dos indivíduos (como direito fundamental) seja limitada em relações com outros indivíduos, para que outros direitos fundamentais, como a igualdade, possam sobre ela prevalecer. Assim, os efeitos absolutos nada mais seriam do que aplicar diretamente os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, às relações da esfera privada.<sup>109</sup>

Diverso da teoria da eficácia mediata ou indireta, os defensores da teoria da eficácia direta e imediata defendem a aplicação de normas Constitucionais instituidoras de direitos fundamentais, diretamente às relações privadas, sem a necessidade de mediação legislativa infraconstitucional, ou de técnicas de interpretação judiciais das cláusulas gerais do direito privado.

Imperioso ressaltar, que a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas admite a necessidade de ponderação do direito fundamental questionado, com a autonomia privada dos envolvidos no caso concreto.

No mais, a teoria da eficácia imediata impõe, ainda, que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas dependerá das características da norma constitucional de direito fundamental, admitindo-se a possibilidade de que alguns direitos têm apenas aplicabilidade nas relações entre particular e Estado.

Juan María Bilbao Ubillos posiciona-se favoravelmente à tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, afirmando que não é óbice para aplicação de uma regra ou princípio constitucional, a inexistência de norma infraconstitucional que o reitere. O autor afirma que admitir a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com modulações e cautelas nos casos concretos, é uma solução praticamente inevitável. Assim, pode ser discutido como e em que medida os direitos fundamentais irão reger as relações particulares, mas ao considerar-se o caráter normativo da constituição, não se poderá negar a tese da eficácia direta.<sup>110</sup>

O doutrinador espanhol ao comparar as teses da eficácia direta e indireta, manifesta-se no seguinte sentido:

Dada la confusión que reina en torno a este tema, conviene aclarar algunas ideas para ayudar a deshacer un malentendido perturbador,

---

<sup>109</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3.ª tir, São Paulo: Malheiros. 2011, p. 87-89.

<sup>110</sup>BILBAO UBILLOS. Juan María. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3.ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 276-277.

que es el que resulta de la habitual contraposición entre eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos excluyentes. Es una falsa disyuntiva: admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* en determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradiación de esos derechos a través de la ley. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente.<sup>111</sup>

Já em Portugal, não há dúvidas quanto à eficácia direta e imediata, uma vez que o constituinte adotou previsão direta e genérica quanto à extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, conforme disposto pelo art.18.1 da Constituição lusitana, *in verbis*: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”<sup>112</sup>

Embora exista em Portugal uma corrente minoritária que rechaça a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, é dominante a posição que se inclina a acolher a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, incluindo-se nesta posição os autores JJ. Gomes Canotilho, Vital Moreira e Ana Prata.<sup>113</sup>

Vale ressaltar que o doutrinador JJ. Gomes Canotilho em posição mais recente, não parece seguro acerca da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais, limitando-se a propor uma “breve suspensão reflexiva sobre o tópico”.<sup>114</sup>

Apesar da previsão expressa do artigo 18.1 da Constituição da República Portuguesa, questiona-se se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se daria da mesma forma que a vinculação dos Poderes Públicos, levantando-se em consideração, ainda, se a

---

<sup>111</sup>Tradução livre do autor: "Dada a confusão que reina em torno deste tema, convém esclarecer algumas ideias para ajudar a desfazer um mal-entendido perturbador, que é o que resulta entre contraposição habitual entre eficácia mediata e imediata, como se fossem conceitos excludentes. É uma falsa premissa: admitir a possibilidade de uma vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, em determinadas casos, não é negar ou subestimar o efeito da irradiação desses direitos por lei. Ambas as modalidades são perfeitamente compatíveis: o normal (e mais conveniente também) é que seja o legislador aquele que concretize o alcance dos diferentes direitos nas relações de direito privado, mas quando essa mediação não existe, na ausência de lei, as normas constitucionais podem ser aplicadas diretamente." BILBAO UBILLOS. Juan María. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 277.

<sup>112</sup>PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <[www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx)> Acesso em 15/10/2014.

<sup>113</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 209.

<sup>114</sup>*Ibidem*, p. 209.

expressão contida no dispositivo “entidades privadas” incluiria todos os particulares, pessoas físicas e jurídicas. Não há, assim, consenso na doutrina portuguesa quanto à forma e intensidade de vinculação das entidades privadas.<sup>115</sup>

Inúmeras críticas são feitas ao modelo da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais.

Virgílio Afonso da Silva aponta a existência de dois problemas metodológicos principais. O primeiro condiz com a questão da “sobrevivência” da autonomia privada, face à aplicabilidade direta e imediata dos direitos constitucionalmente previstos às relações entre particulares. O segundo diz respeito à perda de clareza conceitual do Direito Privado, caso as normas constitucionais de direitos fundamentais se apliquem de forma imediata nas relações privadas.<sup>116</sup>

Claus-Wilhelm Canaris posiciona-se favoravelmente à tese prevalente na Alemanha da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Criticando a doutrina da eficácia direta, o doutrinador alemão afirma:

Salta aos olhos que uma aplicação consequente dessa doutrina poderia destruir tanto o direito contratual quanto também o direito da responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo direito constitucional. Isso contradiz a autonomia do Direito Privado, desenvolvida organicamente no decorrer de muitos séculos, contrariando, também no que diz com o direito alemão, a função dos direitos fundamentais que, em princípio, de acordo com a sua gênese e em consonância com a formulação do seu suporte fático, têm por destinatário direto apenas o Estado, e não um particular. É por essa razão que a teoria da “eficácia externa imediata” não se impôs na Alemanha, embora ainda conte com seguidores.<sup>117</sup>

Contudo, ressalta Canaris que é possível que a Constituição estabeleça a aplicação direta e imediata de um direito fundamental às relações privadas, à exemplo do artigo 9º, inciso III, alínea 2, da Lei Fundamental alemã, que determina “a nulidade de acordos para a

<sup>115</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Seção IV. Brasília, a. 4., n. 16., jul/set., 2005. p. 208. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>> Acesso em 15/10/2014.

<sup>116</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 3 tir, São Paulo:Malheiros. 2011, p. 96-98.

<sup>117</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 214.

restrição da liberdade de coalizão de empregados ou empregadores, assim como a ilegalidade de medidas que visam a tais acordos.”<sup>118</sup>

Wilson Steinmetz<sup>119</sup> resume algumas das objeções ao modelo da eficácia direta e imediata:

a) não haveria texto expresso de norma constitucional fundamentando a eficácia imediata nas relações entre particulares;

b) a teoria da eficácia imediata equipararia de forma incorreta as relações particular-Estado e particular-particular, uma vez que as relações entre particulares são regidas pela autonomia privada, e todos os particulares fazem jus a igual proteção de seus direitos fundamentais;

c) aplicar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos diretamente às relações entre particulares, ameaça a identidade do Direito Privado;

d) a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais violaria a segurança jurídica e os princípios democráticos e da separação dos poderes, pois as normas constitucionais de direitos fundamentais são veiculadas por enunciados linguísticos abertos e imprecisos, e a decisão sobre a vinculação de particulares a direitos fundamentais é atribuição do legislador e não do juiz.

## 2.5 Teoria dos deveres de proteção

A teoria dos deveres de proteção (*Schutzpflichten*), de certa forma, representa variação da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Os autores alemães Claus-Wilhelm Canaris, Joseph Insensee, Stefan Oeter e Klaus Stern defendem a doutrina dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 214.

<sup>119</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 171-174.

Acerca dos deveres de proteção, Claus-Wilhelm Canaris leciona que os direitos fundamentais prestam-se à defesa de intervenções por parte do Estado nos bens jurídicos privados (direitos de defesa em relação ao Estado – *Eingriffsverbote und Abwehrrechte*). Assim, os direitos fundamentais teriam a função de obrigar o Estado a proteger seus cidadãos, “fala-se, nesse tocante, dos direitos fundamentais enquanto mandamentos de tutela ou deveres de proteção [Schutzgebote]”<sup>121</sup>.

Essa tese foi adotada quando se discutiu a constitucionalidade da legislação que previu a abolição da punição criminal pela prática de aborto. Hipótese em que cidadãos (mulher grávida e o médico que realiza o aborto), intervêm no bem jurídico fundamental (vida da criança não nascida), deixando o Estado de proteger esse bem com a não previsão de crime na esfera penal.

Nos ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade:

O dever de proteção aparece, como vimos, associado a um imperativo de protecção suficiente, formulado negativamente como *princípio de proibição do défice* (*Untermassverbot*), que, ao contrário do princípio simétrico, é entendido pela maioria da doutrina como um *princípio orientador* – não tem de ser visto como uma protecção mínima, mas também não impõe uma protecção máxima, seja na medida em que tem de respeitar o *princípio da proporcionalidade* quando atinja outros direitos e liberdades ou valores comunitários relevantes, com relevo especial para a autonomia privada, seja na medida em que há-de respeitar a *liberdade constitutiva* do legislador, que pode e deve graduar a protecção conforme os valores ou bens jurídicos em causa, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autodefesa do particular.*(sic)* (grifado no original)<sup>122</sup>

Por essa doutrina, os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais, impõem ao Estado um dever de proteção dos particulares contra violações aos bens jurídicos fundamentais, assegurados pela Constituição. Assim, ainda que as agressões a esses bens jurídicos forem cometidas por outros particulares, haverá o dever de proteção estatal.

<sup>120</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 216.

<sup>121</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 216.

<sup>122</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 248.

Nessa concepção, o Estado continua sendo o destinatário dos direitos fundamentais, tratando-se de proteção, em regra mediata, levada a efeito pelo legislador e, de forma subsidiária, pelo Poder Judiciário.

Com a imposição dos deveres de proteção ao Estado, as normas de direito fundamental implicam em uma atuação estatal positiva, obrigando-o a intervir de forma preventiva ou repressiva, inclusive quando as agressões forem causadas por outros particulares.

Para os defensores dos deveres de proteção, a teoria teria a vantagem de proporcionar o reconhecimento de uma competência normativa (*Rechtssetzungskompetenz*) dos sujeitos privados, admitindo o dever de intervenção do Estado no âmbito das relações jurídico-privadas excepcionalmente e de forma justificadas.<sup>123</sup> Adotando o raciocínio da teoria dos deveres de proteção no julgamento da ADI 4.277 DF, o Ministro Luiz Fux assim se manifestou:

Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças providas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.<sup>124</sup>

Importante ressaltar, que a teoria de Schwabe vai mais longe do que o mero dever de proteção. Na verdade, a teoria da convergência estatista retira do monopólio estatal da autoridade, a ideia de responsabilidade pública por toda e qualquer agressão a direitos fundamentais, causada por particulares contra outros particulares. Assim, os defensores da teoria de Schwabe afirmam que a ofensa a direitos fundamentais é sempre imputada ao Estado, ou porque a permitiu por uma lei, ou pela falta de lei, quando não resultou da falta de prevenção ou de repressão pelo descumprimento legal.

Já a teoria dos deveres de proteção defende a liberdade e responsabilidade do indivíduo pela ofensa a direitos fundamentais de outro, tanto no âmbito contratual, quanto

---

<sup>123</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Seção IV. Brasília, a. 4., n. 16., jul/set., 2005. p. 216. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>> Acesso em 16/10/2014.

<sup>124</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Plenário. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília. DF, 05 de maio de 2011. DJ 13/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em 16/10/2014. p. 662.

extracontratual, apenas responsabilizando o Estado na medida em que seja descumprido um dever específico, seja um dever específico de proteção do legislador, seja de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial.<sup>125</sup>

Assim, a teoria dos deveres de proteção não implica dever de legislar contra todas as possibilidades de ofensas.

Ainda assim, o modelo dos deveres de proteção é passível de críticas.

Daniel Sarmento afirma que é correta a ideia de que ao Estado cabe o dever de proteção dos direitos fundamentais dos particulares, quando sofrerem ameaças de violação por outros particulares. Contudo, aceitar os deveres de proteção, negando a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais é contraditório, na medida em que só faz sentido obrigar ao Estado obstar uma agressão a um direito fundamental causada por um indivíduo, se for aceita a ideia de que não é lícito ao particular causar a agressão, estando também o particular vinculado a respeitar o direito fundamental.<sup>126</sup>

## 2.6 Teoria de Alexy

Robert Alexy desenvolveu uma tese que tentou conciliar três posições aparentemente divergentes: a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria da eficácia direta ou imediata e a teoria da imputação de Schwabe.

Alexy constatou que as três teorias levam em consideração que ambas as partes são titulares de direitos fundamentais nas relações no âmbito privado, assim, deve haver uma gradação da eficácia e, que a eficácia deve ser verificada conforme a ponderação.

Alexy pretendeu através do chamado “modelo em três níveis”<sup>127</sup> reunir elementos de todos os outros modelos. Para ele, nenhuma das teorias, isoladamente, pode ser considerada correta.

<sup>125</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 249.

<sup>126</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 216.

<sup>127</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3 tir, São Paulo:Malheiros. 2011. p. 143.

Na solução proposta por Alexy, o primeiro nível seria o do dever estatal. Neste, se revelaria a teoria dos efeitos indiretos ou mediatos, uma vez que os direitos fundamentais formariam uma ordem objetiva de valores para todos os ramos do Direito.

Assim, seria um dever do Estado respeitar os valores tanto através dos órgãos judiciais quanto através da legislação infraconstitucional.

O segundo nível seria o dos direitos em face do Estado. Nesse caso, a teoria adequada seria a de Schwabe, pois o Estado ao não proibir a ação do particular que viola um direito fundamental de outro, violaria o direito à proteção que os particulares têm.

Para Alexy, no segundo nível, quando o juiz, na solução dos conflitos privados, não considera os direitos fundamentais, estaria violando um direito fundamental do cidadão em face do Estado.

Já o terceiro nível seria referente às relações entre particulares, onde incidiria a teoria da eficácia imediata. Na opinião de Alexy, a eficácia imediata “(...) consiste em que, por razões jusfundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências que, sem essas razões, não existiriam”.<sup>128</sup>

Assim, a teoria da eficácia mediata e a teoria de Schwabe resultariam, em última análise, a uma eficácia imediata.

Alexy afirma que a autonomia privada não é suprimida, pois deve ser levada em consideração a ponderação. Para ele, as normas constitucionais de direitos fundamentais muitas vezes não preveem uma só solução para resolver os conflitos privados. Assim, seria papel do legislador optar por uma das soluções, sendo a opção vinculante para o juiz, ao resolver os litígios.

Nessa linha, as normas do Direito Privado continuariam vinculantes e necessárias nos casos concretos.

Para Daniel Sarmiento, apesar de não defender diretamente a teoria da eficácia imediata, Alexy poderia ser enquadrado nessa corrente. Isso porque mesmo não excluindo a eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, nem os deveres de proteção do Estado, a teoria da eficácia imediata não seria incompatível com os efeitos das outras duas teorias. Nesse

---

<sup>128</sup>ALEXY, ROBERT. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1997, p. 521. *Apud.* STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182.

sentido, a teoria da eficácia imediata apenas agregaria outro efeito, que seria o de aplicar diretamente as normas da Constituição instituidoras de direitos fundamentais às relações entre particulares, independentemente da mediação da lei ou da atividade de outro poder do Estado.<sup>129</sup>

## 2.7 Posição da doutrina brasileira

Mesmo com as críticas apontadas, aplicando a doutrina de Nipperdey à realidade do Brasil, é fácil compreender por que a doutrina nacional, em sua maioria, adotou a tese da *Unmittelbare Drittwirkung*. Uma vez que as grandes diferenças sociais são a regra vivenciada pela sociedade brasileira e, que muitas entidades privadas fortificam-se a cada dia, é praticamente impossível condicionar a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações desenvolvidas por Estado-particular.

Assim, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações particulares no Brasil, cada vez mais dispensa a mediação legislativa, principalmente diante da regra insculpida no artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988.

Nos artigos 6º e 7º, nossa “Constituição cidadã” conta com grande elenco de direitos sociais e econômicos, indicando, ainda, como objetivo fundamental, a construção de “uma sociedade livre justa e solidária” (art. 3º, I). Assim, descaracteriza a ideia liberal de que o Estado é o único oponente aos direitos fundamentais.

Promovendo um modelo de Estado Social que consagra a igualdade substantiva, a Carta de 1988 é incompatível com a doutrina do *state action*.

Por outro lado, a Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn de 1949) veio logo após o fim do nazismo, assim, natural que a preocupação do constituinte tenha sido a proteção dos cidadãos contra o arbítrio do Estado, silenciando quanto à aplicação dos direitos fundamentais aos conflitos entre particulares. No mais, a Lei Fundamental alemã, diferente da Constituição brasileira de 1988, não prevê expressamente nenhum direito social ou econômico.

---

<sup>129</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 224.

Favoravelmente à tese da aplicabilidade imediata posicionaram-se, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, Wilson Steimetz, Luis Roberto Barroso, além de inegável inclinação da jurisprudência neste sentido, conforme alguns julgados da Corte Constitucional pátria, que serão analisados no próximo capítulo deste estudo.

O professor Pedro Lenza sustenta que, “sem dúvida, cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas ('eficácia horizontal'), especialmente diante de atividades privadas que tenham um certo 'caráter público', por exemplo, em escolas (matrículas), clubes associativos, relações de trabalho etc.”<sup>130</sup>

Luis Roberto Barroso também entende que a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais é mais adequada à realidade do Brasil.<sup>131</sup>

Daniel Sarmento afirma:

No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitável que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado (e.g., direitos do preso). A Carta de 88 não chancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações particulares.<sup>132</sup>

Embora não inteiramente favorável à teoria da eficácia direta e imediata, Virgílio Afonso da Silva sustenta que:

Há, no entanto, diversas situações para as quais somente uma aplicação direta dos direitos fundamentais pode fornecer uma solução adequada. Essas situações são aquelas para as quais não há medição legislativa ou que a atividade legislativa se tenha mostrado insuficiente. É na aplicação direta, portanto, que os problemas se tornam mais agudos, pois é nesses casos que os direitos fundamentais mais diretamente se chocam com a autonomia privada. A principal questão a ser resolvida nesse ponto é a forma de combinar essa autonomia com direitos fundamentais que, aplicados diretamente à relação entre particulares, tendem a eliminá-la.<sup>(sic)</sup><sup>133</sup>

Contudo, o doutrinador propõe um modelo diferenciado e mais flexível para solução dos problemas, adotando como ponto de partida o modelo dos três níveis proposto por Alexy,

<sup>130</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19.

<sup>131</sup>BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Publicado em 11/2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>> Acesso em 18/10/2014.

<sup>132</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 216.

<sup>133</sup>SILVA, Virgilio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3 tir, São Paulo: Malheiros. 2011, p. 148.

o autor afirma que “em boa parte dos casos, a escolha por efeitos indiretos ou por uma aplicação direta não depende exclusivamente de estratégias argumentativas, mas da existência ou não de mediação legislativa entre os direitos fundamentais e a relação entre particulares.”<sup>134</sup> O modelo proposto pelo autor pretende “romper com a dicotomia entre efeitos diretos e indiretos, conciliando-os na mesma construção teórica”.<sup>135</sup>

De qualquer forma, com algumas variações teóricas, os doutrinadores brasileiros que defendem a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas reconhecem que é necessária uma ponderação de interesses no caso concreto, figurando a autonomia privada de um lado e algum direito fundamental violado de outro.

Nessa linha estão as conclusões de Wilson Steinmetz:

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.<sup>136</sup>

Contudo, há posições contrárias à tese da eficácia horizontal direta e imediata no Direito pátrio.

Dimoulis e Martins doutrinam que o artigo 5º, §1º da Carta de 1988 indica o dever do Estado em fazer com que todos respeitem os direitos fundamentais. Para eles, o efeito horizontal é “meramente indireto”, necessitando ser intermediado pelas cláusulas gerais do direito infraconstitucional, subordinadas ao “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais, conforme a interpretação do juiz ao caso concreto.<sup>137</sup>

Os doutrinadores lecionam que:

(...) apesar do caráter direto da aplicação da norma constitucional, as relações entre particulares só ficam submetidas aos direitos fundamentais mediante atuação (decisão) do Estado, de tal sorte que somente o Estado-juiz está diretamente vinculado. O particular, ao contrário, está diretamente vinculado somente ao direito infraconstitucional, sobretudo ao direito privado e penal, do qual é o destinatário normativo por excelência.<sup>138</sup>

<sup>134</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3 tir, São Paulo: Malheiros. 2011, p. 145.

<sup>135</sup>*Ibidem*, p. 28.

<sup>136</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.294.

<sup>137</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, p. 110-111.

<sup>138</sup>*Ibidem*, p. 111.

Assim, apesar de algumas posições contrárias, pode-se afirmar que, no Brasil, a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas ganha cada vez mais força na doutrina e jurisprudência, parecendo mais adequada aos objetivos da Carta de 1988.

No próximo capítulo estudaremos de que forma os particulares vinculam-se a direitos fundamentais na Constituição de 1988.

### **3. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

#### **3.1 Eficácia vertical: a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais**

Antes de analisarmos a eficácia horizontal, é necessária uma breve análise acerca da eficácia vertical dos direitos fundamentais, uma vez que o Poder Público é o primeiro destinatário destes direitos.

Como vimos, os direitos fundamentais foram instituídos como forma de limitação ao poder do Estado. Acontecimentos históricos demonstraram que era necessária a proteção dos indivíduos contra as ingerências do poder soberano estatal.

Assim, segundo a concepção liberal, o Estado era o destinatário das normas de direitos fundamentais, uma vez que não poderia violar os direitos fundamentais dos particulares.

Nessa linha, a relação jurídica entre Estado e indivíduo envolve hierarquia e subordinação, por isso a denominação “eficácia vertical dos direitos fundamentais”, uma vez que o Estado era o destinatário exclusivo das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais.

Não há controvérsias quanto a eficácia dos direitos fundamentais na relação vertical desenvolvida entre Estado e particular. Uma vez que os direitos fundamentais são constitucionalmente previstos, tornam-se fonte de limitação e organização dos Poderes estatais.

Nesse esteio, todos os Poderes (funções) estatais estão vinculados de uma forma ou de outra aos direitos fundamentais.

Na produção das leis, o Poder legislativo deve observar o sistema de direitos fundamentais, além de ser imperiosa a edição de normas que regulamentem os direitos fundamentais dependentes de legislação para sua concretização. A inércia legislativa na

regulamentação necessária para concretizar direitos fundamentais, enseja a propositura do mandado de injunção ou, até mesmo, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>139</sup>

Ainda quando a Constituição dispõe que as normas infraconstitucionais devem restringir certos direitos (como, por exemplo, o direito de livre exercício de profissão), o legislador deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental, de forma a não impedir o exercício do direito previsto constitucionalmente. No mais, em observância ao princípio da “proibição do retrocesso”<sup>140</sup>, na regulamentação dos direitos fundamentais, é imperioso que o legislador não suprima conquistas já obtidas.

Vale ainda ressaltar, que o artigo 60, §4º da Constituição Federal impede que o poder reformador edite emendas constitucionais tendentes a abolir direitos e garantias individuais.

O Poder Executivo também está vinculado aos direitos fundamentais, assim, tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as pessoas de direito privado que disponham de poderes públicos, devem interpretar e aplicar a lei em conformidade com os direitos fundamentais.

Desta forma, os direitos fundamentais vinculam todos os órgãos da administração pública, em todas suas formas de atividades e manifestações, uma vez que atuam no atendimento do interesse da coletividade.

Na medida em que não sejam observadas as normas de direitos fundamentais pela administração, os atos administrativos contrários a esses direitos podem ser invalidados judicialmente.<sup>141</sup>

<sup>139</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 148.

<sup>140</sup>Na decisão proferida no Recurso Extraordinário 351.750, o STF reconheceu o princípio da proibição do retrocesso em acórdão assim ementado: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 351750/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Carlos Britto, Brasília. DF, 17 de março de 2009, DJ 24/09/2009). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+351750%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+351750%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/beon83o>> Acesso em 25/10/2014.

<sup>141</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl., 3 tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 370.

Amplas discussões foram geradas acerca da possibilidade de a administração realizar juízo de inconstitucionalidade de uma lei, recusando-se a cumpri-la, por entender violadora de direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, antes da Constituição de 1988, havia adotado a posição admitindo o descumprimento pelo administrador de lei que entendesse inválida por desrespeitar os direitos fundamentais instituídos constitucionalmente. A Suprema Corte brasileira entendeu que a posição do administrador ao descumprir lei que considerava inconstitucional não era definitiva e, que nada obstava que solução diversa fosse alcançada judicialmente. Para o STF, os titulares de cargos executivos têm o compromisso e dever de cumprir a Constituição e, a recusa no cumprimento de ato contrário à lei maior, na verdade caracterizaria uma forma de defendê-la.<sup>142</sup>

Contudo, com a Constituição Federal de 1988 e a possibilidade de os próprios governadores dos estados provocarem controle abstrato de constitucionalidade de lei que entenderem inválida, podendo obter medida cautelar, não parece mais sustentável a simples recusa do administrador no cumprimento da norma jurídica.

Nas lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Verifica-se, é certo, algum consenso doutrinário, no sentido de que, em princípio, os agentes administrativos não dispõem de competência para apreciar a lei segundo critérios constitucionais, devendo, no caso em que entenda haver inconstitucionalidade, provocar a autoridade hierarquicamente superior a respeito.<sup>143</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta, todavia, que há consenso, ainda, quanto a possibilidade excepcional do exercício de controle pelos órgãos administrativos, uma vez que os administradores não estariam restritos a obedecer a lei cegamente. Para o doutrinador, o alcance dessa possibilidade excepcional de não aplicar as normas constitucionais é que seria de difícil solução.<sup>144</sup>

Acerca das hipóteses de descumprimentos de normas que contrariem direitos fundamentais pelo administrador público, Sarlet leciona:

---

<sup>142</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 150.

<sup>143</sup>*Ibidem*, p. 151.

<sup>144</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl., 3 tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 371.

Na esfera da limitada liberdade de arbítrio de que os órgãos administrativos dispõem nesta seara, costuma-se sustentar que, no caso de atos legislativos que evidente e inequivocamente afrontam direitos fundamentais, a administração pode recusar-se a aplicar a lei (mesmo em face de ordem superior) nas seguintes hipóteses: a) quando a aplicação da lei implicar a prática de um crime, especialmente nos casos em que resultar uma ofensa aos direitos à vida e à integridade pessoal, que nem mesmo em caso de estado de sítio ou de defesa podem ser suspensos; b) quando as leis violarem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, de modo especial quando levarem ao aniquilamento dos direitos à vida e à integridade pessoal, por tratar-se de hipóteses nas quais as leis podem ser consideradas inexistentes.<sup>145</sup>

De qualquer forma, os órgãos da administração pública estão obrigados a observar as diretrizes materiais das normas de direitos fundamentais, no âmbito de sua discricionariedade.

Com relação à vinculação do Poder Judiciário, conforme previsão contida no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, a defesa dos direitos fundamentais violados ou ameaçados é a sua função primordial.

Assim, cabe aos órgãos do Judiciário o controle da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, conferindo aos direitos fundamentais a maior eficácia possível, recusando a aplicação de preceitos que contrariem esses direitos.

De outra banda, os juízes devem respeitar os direitos fundamentais no conteúdo de suas decisões, bem como, no curso do processo.

Contudo, questão que suscita discussões envolve a aplicação pelo Poder Judiciário dos direitos fundamentais nas relações desenvolvidas na esfera privada, uma vez que ambas as partes são titulares de direitos fundamentais.

A redação do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal determina a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais. Embora não enuncie expressamente a vinculação de entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, é certo que estas entidades encontram-se vinculadas a esses direitos.

Mencionado dispositivo constitui um mandado de otimização de sua eficácia, uma vez que impõe ao Estado a aplicação imediata dos direitos fundamentais, com a maior eficácia possível.

---

<sup>145</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl., 3 tir, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 371.

Segundo Ingo Sarlet, da redação do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, decorre o efeito vinculante “num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.”<sup>146</sup>

### 3.2 Dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

A doutrina reconhece dupla dimensão aos direitos fundamentais: dimensão subjetiva e dimensão objetiva.

Na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem-se fonte de direitos subjetivos, pois geram para seus titulares uma pretensão de realização dos direitos através do Poder Judiciário.

Conforme ensina Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>147</sup>, a dimensão subjetiva corresponde ao *status negativus* de Jellinek<sup>148</sup>. Assim, o titular do direito fundamental pode resistir à intervenção do Estado em sua liberdade individual.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins constatam, ainda, que a dimensão subjetiva também aparece nos direitos fundamentais que fundamentam pretensões do *status positivus*, uma vez que quando o indivíduo adquire liberdade para alguma coisa que pressupõe a ação do Estado, é efeito inerente a proibição de omissão estatal.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl., 3 tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 366.

<sup>147</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

<sup>148</sup>A teoria dos quatro *status* de Jellinek tenta explicar o papel desempenhado pelos direitos fundamentais. Conforme os ensinamentos do professor Pedro Lenza, no *status* passivo ou *subjectionis* o indivíduo está subordinado aos poderes públicos, detendo deveres perante o Estado. No *status* negativo, o indivíduo goza de liberdade diante das ingerências estatais, podendo-se dizer que a autoridade do Estado é exercida sobre homens livres. No *status* positivo ou *status civitatis*, o indivíduo pode exigir que o Estado realize uma prestação a seu favor. Por sua vez, no *status* ativo o indivíduo pode influenciar a vontade do Estado, como por exemplo, pelo exercício do direito de voto. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1035.

<sup>149</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014. p. 117.

Nas palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira:

(...) a dimensão objetiva traduz a *função legitimadora* dos direitos fundamentais, que corporificam o fundamento axiológico do Estado Democrático de Direito. De outro lado, a dimensão objetiva constitui um *reforço de proteção* dos direitos fundamentais, desencadeando uma série de efeitos jurídicos autônomos. (grifado no original)<sup>150</sup>

A dimensão objetiva agrega aos direitos fundamentais novos efeitos, pois reconhece que esses direitos consagram os valores nucleares mais importantes de uma ordem jurídica democrática. Assim, os efeitos dos direitos fundamentais não podem ser resumidos à limitação jurídica do poder do Estado, pois os “valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário”.<sup>151</sup>

No mais, os direitos fundamentais deixam de constituir apenas limites para ação estatal, passando a caracterizar norte de sua atuação.

Daniel Sarmento ensina que a dimensão objetiva está ligada a uma perspectiva comunitária dos direitos humanos, uma vez que somos incitados a agir em sua defesa, não apenas através de instrumentos processuais, como através de mobilizações sociais e do exercício responsável do direito ao voto.<sup>152</sup>

Destarte, na dimensão objetiva, os direitos fundamentais atuam como “sistema de valores”, legitimando todo o ordenamento jurídico e exigindo que a interpretação das normas do sistema considere a força axiológica decorrente desses direitos. Nas palavras de George Marmelstein: “É como se a Constituição criasse um campo magnético ao redor das leis de modo que toda interpretação acaba sendo afetada por essa força.”<sup>153</sup>

Assim, os direitos fundamentais seriam entendidos como filtro necessário para interpretação das demais normas do ordenamento jurídico e, apenas o que for compatível com esses direitos, será aproveitado pelo operador do direito na solução dos casos concretos.

Pode-se afirmar, ainda, que a dimensão objetiva possibilita a expansão dos direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, reconhecendo-se que esses direitos limitam

<sup>150</sup>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**. 3. ed. rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 152.

<sup>151</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106.

<sup>152</sup>*Ibidem*, p. 106-107.

<sup>153</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 332.

a autonomia dos particulares, protegendo os indivíduos da opressão social dos poderes sociais não estatais.

Nesse esteio, Jane Reis Gonçalves Pereira afirma que além de possibilitar a noção de eficácia entre particulares dos direitos fundamentais, a dimensão objetiva traz a ideia de deveres de proteção, uma vez que é do Estado a responsabilidade de assegurar efetiva proteção aos direitos fundamentais, prevenindo que sejam lesionados por terceiros.<sup>154</sup>

Para a autora, há uma conexão e interdependência entre as ideias de constituição como ordem de valores, dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os efeitos extraídos desta dimensão (eficácia privada, efeito de irradiação e deveres de proteção).<sup>155</sup>

Dessa forma, uma das consequências mais importantes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é sua eficácia irradiante, na medida em que os valores que dão suporte aos direitos fundamentais incidem em todo ordenamento, condicionando a interpretação das leis e dando diretrizes e impulsos para o administrador, legislador e juiz.

Devido à eficácia irradiante decorrente da dimensão objetiva, há a necessidade de buscar a interpretação das normas conforme os direitos fundamentais, acarretando verdadeiro processo de integração entre o direito constitucional e o direito infraconstitucional.

A interpretação conforme a constituição constitui princípio de interpretação e técnica de controle de constitucionalidade. Interpretando a norma conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional deverá buscar a forma de interpretação da norma que se compatibilize com a Constituição. Já como técnica de controle de constitucionalidade, “a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação ‘corretiva’ que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.”<sup>156</sup>

Assim, pode-se dizer que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais está intimamente ligada com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

---

<sup>154</sup>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.** 3. ed. rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 154.

<sup>155</sup>*Ibidem*, p. 154-155.

<sup>156</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito brasileiro.** In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3. ed. rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 361.

### 3.3 Fundamentos constitucionais para vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição como norma hierarquicamente superior, surge a concepção do ordenamento jurídico como unidade.

Na Constituição Federal brasileira, assim como em Constituições de outros países, não há previsão explícita e de caráter geral acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Daí a dificuldade em aceitar a eficácia horizontal desses direitos.<sup>157</sup>

Contudo, nossa Constituição não normatiza apenas relações internas do Estado e suas relações com indivíduos, mas também normatiza aspectos importantes das relações sociais horizontais.<sup>158</sup> Assim, a Constituição apresenta-se como estrutura normativa fundamental do Estado e da sociedade, caracterizando-se também como instrumento social.

A Constituição de 1.988, além de intervencionista e social, uma vez que promove modelo de Estado Social, representa um projeto liberal de sociedade. Esse liberalismo possui orientação democrática e social, pois é norteado pela dignidade humana, pelos direitos e garantias fundamentais, pela democracia e pelas aspirações de bem-estar, justiça e igualdade sociais.

Nesse esteio, ao mesmo tempo em que protege a livre iniciativa (CF, art. 1º, IV, e art. 170, *caput*) e a liberdade (CF, art. 5º, *caput*), a Constituição protege a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), os direitos e garantias fundamentais (CF, Título II), o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput* e art. 3º, III e IV), o princípio democrático (CF, art. 1º, parágrafo único) e tem o objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária (CF, art. 3º, I).

É certo que a ausência de previsão expressa acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não exclui a possibilidade de uma fundamentação constitucional para essa vinculação. Isso porque a Constituição não proíbe expressamente a vinculação dos

<sup>157</sup>Wilson Steimetz explica que na Constituição da República Portuguesa (1976), na Constituição da Federação Russa (1993) e na Constituição da Suíça (1998) há previsão expressa da vinculação de particulares a direitos fundamentais, contudo, mesmos nessas Constituições, o grau de indeterminação dos enunciados normativos é elevado, pois não informam como e em que medida se daria a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34-35.

<sup>158</sup>Na Constituição de 1988 estão disciplinados princípios com várias implicações para as relações em sociedade, como, por exemplo, o artigo 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana) e artigo 1º, IV (princípio do trabalho e da livre iniciativa como valores sociais). Além disso, há implicações sociais no dispositivo do artigo 3º, I e III; Título VII (Da ordem econômica e financeira) e Título VIII (Da ordem social).

particulares e, ainda que não haja fundamentação imediata e expressa, há a possibilidade de uma fundamentação mediata.

No mais, é possível observar que algumas normas instituidoras de direitos fundamentais obrigam diretamente os particulares, como por exemplo, o direito à vida (CF, art. 5º, *caput*), direitos da personalidade (CF, art. 5º, X), direito de reunião (CF, art. 5º XVI), direito de herança (art. 5º, XXX), direito de liberdade de associação sindical (art. 8º, *caput*), direitos de não discriminação nas relações de trabalho (art. 7º, XXX a XXXIV), entre outros.

Além disso, alguns autores sustentam que a redação do artigo 5º, § 1º do texto constitucional, ao determinar a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, constitui verdadeiro “mandado de otimização” da eficácia desses direitos, justificando a vinculação dos poderes públicos e particulares aos direitos fundamentais.

Nesse sentido posiciona-se Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.<sup>159</sup>

Assim, Wilson Steinmetz identifica não apenas um fundamento constitucional, mas “um feixe ou uma constelação de fundamentos constitucionais”. Para o autor, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais decorre de fundamentos principais com maior “força dogmática” (princípio da supremacia da Constituição que unifica materialmente o ordenamento jurídico, princípio da dignidade da pessoa humana e dimensão objetiva dos direitos fundamentais) e de fundamentos adicionais de menor “força dogmática” (princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais e princípio constitucional da solidariedade).<sup>160</sup>

Pelo princípio da supremacia da Constituição é possível constatar que as normas definidoras de direitos fundamentais têm supremacia frente às demais normas, estando aptas a incidir também sobre as relações estabelecidas na esfera privada.

---

<sup>159</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl., 3 tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 366.

<sup>160</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 102-103.

Como consequência da supremacia constitucional, há a unidade formal e material do ordenamento jurídico, logo, os direitos fundamentais incidem sobre todo o ordenamento, inclusive sobre as normas de direito privado.

O princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III to texto constitucional, unifica todo sistema de direitos fundamentais, condicionando e inspirando a interpretação e aplicação de todo o direito, público ou privado.

Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, Wilson Steinmetz explica:

(...) o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa ordena: (i) o respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; (ii) o reconhecimento de cada pessoa, independentemente das particularidades (traços ou características) e vicissitudes pessoais e sociais, como ser singular, único e irrepetível; (iii) o reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; (iv) a criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento da pessoa. Em contrapartida, o princípio constitucional da dignidade da pessoa proíbe: (i) a “coisificação” ou a “objetualização” da pessoa; (ii) a “funcionalização” (política, social, econômica, religiosa, científica e técnica) da pessoa; (iii) a privação, da pessoa, de condições e de meios para uma sobrevivência livre, autônoma e decente; (iv) humilhações ou vexações da pessoa; (v) a submissão da pessoa a uma posição servil; (vi) a eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa.<sup>161</sup>

Daniel Sarmento enfatiza que o princípio da dignidade da pessoa humana “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado”.<sup>162</sup>

O princípio da solidariedade insculpido no artigo 3º, I da Constituição Federal, atua como reforço da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

A solidariedade atua como valor e diretriz constitucional, consolidando-se a partir do desenvolvimento e formação do Estado Social (*Welfare State*). Assim, o princípio da solidariedade consiste na busca do bem-estar social das pessoas, garantia das condições mínimas de sobrevivência e atendimento das necessidades básicas para existência digna.

O princípio da solidariedade também atinge as relações desenvolvidas no âmbito privado, uma vez que não pode ser considerada uma sociedade solidária, aquela em que os

<sup>161</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116.

<sup>162</sup>SARMENTO, DANIEL. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59-60. *Apud*. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85-86.

direitos fundamentais não são respeitados pelos particulares nas relações por eles desenvolvidas.

No mais, a Constituição não autoriza a falta de responsabilidade social dos particulares, pois os artigos 205, 221, *caput* e IV e 230 da Constituição, preveem diretamente deveres sociais aos particulares.

Assim, diante da concepção da Constituição Federal como norma fundamental para todo ordenamento, a autonomia do direito privado não configura sua independência face à Constituição.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sua força vinculante e hierarquia frente às demais normas consolida o entendimento da aplicação desses direitos sobre o ordenamento como um todo.

### 3.4 Eficácia horizontal e autonomia privada

É o princípio da autonomia privada, como orientador do direito privado, que na maior parte das vezes choca-se com outro direito fundamental nas relações privadas.

Conceituando autonomia privada, Paulo Mota Pinto assim leciona:

Por *autonomia privada* pode entender-se – sem excessivas preocupações de afinamento conceitual – a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica – correspondendo este conceito, *grosso modo*, também ao sentido etimológico da expressão (resultante de *auto+nomos*).<sup>163</sup>

A autonomia privada resulta da autodeterminação da pessoa e de sua liberdade, é princípio jurídico fundamental inspirador da liberdade contratual. Está ligada, ainda, ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois o tratamento como pessoa exige o reconhecimento da autonomia do homem em decidir como conduzir sua vida privada, assegurando sua realização existencial.

---

<sup>163</sup>PINTO, Paulo Mota. **Autonomia privada e discriminação: algumas notas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 324-325.

A Constituição Federal de 1988 fortaleceu o papel da autonomia privada no direito brasileiro, uma vez que houve a preocupação com a efetividade da liberdade, estabelecendo garantias para seu exercício.

A tutela constitucional da autonomia privada encontra fundamento no direito geral de liberdade, previsto no art. 5º, CF, princípio da livre iniciativa, previsto no art. 1º, IV e art. 170, *caput*, CF, direito ao livre exercício de trabalho ou profissão, conforme art. 5º, XIII, CF, direito de propriedade, previsão contida no art. 5º, *caput* e XXII, CF, direito de herança previsto no art. 5º, XXX, CF, dentre outros dispositivos que protegem a liberdade do indivíduo.

Essa autonomia privada, contudo, não é absoluta, uma vez que deve ser conciliada com os direitos de outros indivíduos a um mesmo grau de liberdade, e com os valores da democracia, igualdade, solidariedade e segurança.

Assim, para proteger a liberdade de todos, favorecendo o bem comum, é necessário que o Estado intervenha em alguns casos para restringir a autonomia dos indivíduos. Intervenção essa, principalmente, através das leis, inclusive a Constituição Federal.

Com efeito, a autonomia privada possibilita que os particulares criem regras próprias em suas relações, contudo, há limites a serem respeitados para que o direito de terceiros não seja violado.

Acerca da forma de proteção à autonomia privada na Constituição Federal, Daniel Sarmento explica:

(...) a ordem constitucional brasileira confere ampla proteção à liberdade, preocupando-se com a efetiva garantia aos excluídos das condições necessárias ao seu gozo. Ela protege na autonomia pública do cidadão, fortalecendo a democracia, mas também a autonomia privada. Em relação a esta, a tutela constitucional abrange tanto a dimensão existencial, como a econômica, mas, no primeiro caso, a proteção faz-se mais intensa. Esta diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e de sociedade adotada pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas. Já a autonomia negocial, que tem lastro no princípio da livre iniciativa, foi não apenas relativizada pelo texto magno, em razão da preocupação constitucional com a igualdade material e a solidariedade, como também instrumentalizada, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social.<sup>164</sup>

---

<sup>164</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 182.

A principal controvérsia acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é o seguinte problema: se os direitos fundamentais limitam a autonomia privada, de que forma isso ocorreria e como afetaria a autonomia privada e o direito privado em geral.

Trata-se de um problema de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, na medida em que a autonomia privada, protegida constitucionalmente, é princípio fundamental do direito privado, principalmente no que tange às relações contratuais, mas não é absoluto ou ilimitado.

Assim, os direitos fundamentais atuam como um tipo de limite à autonomia privada, da mesma forma que o princípio da autonomia privada, por sua força constitucional, também restringe os direitos fundamentais.

Conforme ensinamentos de Daniel Sarmento é preciso reconhecer que “a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais não significa que tais direitos possam ser aplicados nas relações privadas da mesma forma que vigoram nas relações entre cidadãos e Estado.”<sup>165</sup>

Isso porque todos os particulares também são titulares de autonomia privada constitucionalmente protegida.

### 3.4.1 Colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada

Para solucionar conflitos de colisão entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, aplica-se o princípio da proporcionalidade ou ponderação dos bens.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 259.

<sup>166</sup>Virgílio Afonso da Silva defende que a ponderação não é método adequado para solucionar a colisão entre o princípio da autonomia privada e direitos fundamentais. Para ele, a ponderação em casos de colisão com direitos fundamentais com estrutura de princípios, envolve a aplicação da regra proposta por Robert Alexy, denominada “lei de colisão”, segundo a qual “quanto maior for o grau de não-realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide.” Para o doutrinador, esse raciocínio não pode ser aplicado no caso de conflitos entre autonomia privada e direitos fundamentais, uma vez que não relaciona o grau de restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização da autonomia privada. Assim, para ele, deve haver uma valoração das situações em que deva prevalecer a autonomia privada ou o direito fundamental. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3 tir, São Paulo: Malheiros. 2011, p. 153-156.

Princípios constitucionais, entendidos como mandamentos de otimização, são realizados na maior medida possível. Os conflitos de princípios são resolvidos pela ponderação dos interesses no caso concreto, verificando-se qual deve prevalecer. Assim um determinado princípio que prevaleça em detrimento de outro em um caso concreto, pode ser preterido pelo mesmo princípio em outro caso.

A ponderação, em primeiro lugar, realiza-se por meio da legislação, mas, na falta desta, a competência será do juiz.

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que além da aplicação da proporcionalidade e razoabilidade nos casos concretos, os principais vetores de interpretação têm sido construídos conforme o maior ou menor poder econômico e social das partes envolvidas, resguardando a dignidade da pessoa humana e protegendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais em causa.<sup>167</sup>

Contudo, quanto ao desequilíbrio das partes envolvidas na relação privada, Sarlet assim se manifesta:

O maior ou menor desequilíbrio objetivamente aferível nas relações entre particulares serve em geral como critério justificador da maior ou menor necessidade de efetivar os deveres de proteção do Estado, viabilizando eventual restrição (sempre proporcional!) da autonomia privada do ator social “poderoso” em benefício da parte mais frágil da relação, com o escopo de assegurar a manutenção (não meramente formal) do equilíbrio entre as partes, quando efetivamente rompido ou ameaçado.<sup>168</sup>

Desta forma, podemos dizer que quanto maior a desigualdade entre as partes envolvidas na relação privada, maior será a proteção ao direito fundamental em jogo e menor será a proteção da autonomia privada. Já em casos de maior igualdade entre as partes envolvidas, haverá mais restrição ao direito fundamental conflitante com a autonomia privada.

Isso ocorre porque a desigualdade material entre os agentes privados justifica maior ampliação da proteção dos direitos fundamentais, pois se presume que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada da parte mais fraca da relação.

Diante da grande desigualdade social presente no Brasil, a questão assume grande importância, uma vez que implica em um reforço a proteção dos direitos fundamentais da

---

<sup>167</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 29.

<sup>168</sup>*Ibidem*, p. 29.

parte mais vulnerável, como o que ocorre nas relações envolvendo o Direito do Trabalho e Direito do Consumidor, promovendo-se uma relativização da autonomia privada em face da proteção dos interesses da parte hipossuficiente.

Outro critério a ser levado em consideração é o da essencialidade do bem, pois, conforme ensinamentos de Daniel Sarmiento, “quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.”<sup>169</sup>

De outra banda, quanto menor a essencialidade do bem para vida humana, a proteção da autonomia privada será maior.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana também é de grande relevância para a ponderação de interesses no caso concreto, uma vez que em casos de colisão entre princípios constitucionais, observado o critério da proporcionalidade, o juiz deverá adotar a solução que mais se coadune com os valores humanitários que a dignidade da pessoa humana promove.

Outro critério que pode ser considerado em caso de colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada, é o fato de ter havido consentimento do titular do direito fundamental afetado.

Quando o agente particular não participa do ato que gerou a lesão ao seu direito, significa que apenas a autonomia privada do agente violador prevaleceu. Então, na solução do conflito, o aplicador do direito deverá atribuir peso menor à autonomia privada em relação ao direito fundamental do prejudicado. Um exemplo seria o caso de um empregado ser demitido pelo fato de ser portador de HIV.

Por outro lado, em relações que envolvam algum negócio bilateral, especialmente envolvendo a aplicação de cláusulas contratuais, é necessário levar em consideração a autonomia das duas partes envolvidas. Assim, aplicando o critério da ponderação, o peso da autonomia privada será maior nesse caso, especialmente tratando-se de relação de paridade, onde não pode ser presumida a ausência de liberdade da parte que renunciou ao exercício de um direito fundamental.

É certo, porém, ainda que se trate de negócios bilaterais, a renúncia a direito fundamental por uma das partes deve observar dois parâmetros principais: a vontade do titular

---

<sup>169</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 267.

do direito deve ser verdadeiramente livre e, a renúncia ao exercício do direito não pode importar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais da pessoa.

### **3.5 Eficácia horizontal e o princípio da igualdade**

Em muitas situações práticas verifica-se o choque da autonomia privada com o princípio constitucional da igualdade em específico.

A liberdade contratual negativa ou direito de não-contratação, como expressão da autonomia privada, pode entrar em choque com o direito fundamental ao tratamento isonômico.

Até mesmo em casos de contratação pode ser verificada colisão do princípio da igualdade com a autonomia privada, como por exemplo, no caso da contratação por um particular com diversos particulares, do mesmo tipo de serviço, fixando diferentes condições e ônus, dependendo do particular contratado.

A Constituição Federal em vários momentos referencia textualmente a igualdade. O artigo 5º, *caput*, combinado com o artigo 3º, IV da CF, traz a previsão da chamada “cláusula geral de igualdade”. As “cláusulas específicas de igualdade” podem ser encontradas nas previsões do artigo 3º, III; artigo 5º, I e XLI; artigo 7º, XXX a XXXIV, artigo 14, *caput*; artigo 37, I e VIII, artigo 145, § 1º; artigo 226, § 5º e artigo 227, § 6º, todos da Constituição Federal.

Como norma de direito fundamental, o princípio da igualdade confere aos indivíduos o direito ao tratamento isonômico e, como princípio objetivo, projeta-se sobre todo ordenamento.

O texto do artigo 5º, *caput*, ao prever que “todos são iguais perante a lei”, representa uma dimensão positiva do princípio da igualdade. Enquanto que a expressão prevista no

mesmo dispositivo “sem distinção de qualquer natureza”, combinada com a previsão do artigo 3º, IV<sup>170</sup>, CF, constitui a dimensão negativa do princípio da igualdade.

Wilson Steinmetz afirma que, uma vez que o princípio da igualdade é constituído de um “feixe” de normas, não é possível dar uma solução igual e homogênea aos casos envolvendo particulares, pois as dimensões positiva e negativa do princípio da igualdade geram consequências diversas aos agentes privados.<sup>171</sup>

Assim, Steinmetz defende que há tendência geral, de forma mediata ou imediata, e em certa medida, de atribuir-se eficácia ao princípio da igualdade nas relações entre os particulares. Para o doutrinador o princípio da igualdade, atuando como norma que proíbe discriminações, operaria eficácia imediata nas relações entre particulares.<sup>172</sup>

Por outro lado, Steinmetz sustenta que a regra geral que deve prevalecer na questão da vinculação dos particulares ao tratamento igual e desigual, na medida da desigualdade, é a do princípio da liberdade ou autonomia privada. Isso porque, obrigar particulares a sempre possuir justificativa plausível e objetiva para tratamentos desiguais, significaria restringir ou eliminar o direito de escolha por preferências íntimas de cada um, eliminando-se o direito de ser livre. O doutrinador traz o exemplo do testador que não está obrigado a dividir em partes igualitárias os bens que compõem a fração disponível, um esportista que não estaria obrigado a conceder entrevistas a todos os meios de comunicação, o comerciante a dar o mesmo desconto no preço de um produto a amigos e não amigos, dentre outros.<sup>173</sup>

Isso, porém, não pode ser entendido como ausência de vinculação dos particulares ao princípio da igualdade, em sua dimensão positiva. O autor explica que há casos de tratamento desigual de iguais e o tratamento igual de desiguais, que demandam uma justificativa objetiva, que pode ser aferida pelo controle de proporcionalidade. Cita as situações em que há vinculação dos particulares ao princípio da igualdade, como nos casos em que um particular detenha posição de monopólio ou oligopólio (como por exemplo, companhias de energia elétrica, abastecimento e telefonia), ou de forte poder social (como por exemplo, meios de comunicação social, sindicatos, partidos e igrejas); casos em que são negociados bens e serviços essenciais de interesse público (como por exemplo, escolas, hospitais e empresas de transporte coletivo) ou, quando há emissão geral e pública da vontade de contratar (como

---

<sup>170</sup>“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>171</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 246.

<sup>172</sup>*Ibidem*, p. 260.

<sup>173</sup>*Ibidem*, p. 262.

restaurantes e hotéis) e, também, quando presentes os permissionários ou concessionários de serviços públicos. De qualquer maneira, enfatiza o doutrinador que mesmo nesses casos, a eficácia não é absoluta ou automática, pois modulada pela ponderação entre o princípio da igualdade e autonomia privada.<sup>174</sup>

Acerca da incidência do princípio da igualdade nas relações particulares, o autor Juan María Bilbao Ubillos ensina que a doutrina costuma rechaçar a vigência do princípio da igualdade nas relações da esfera privada. Para ele, a liberdade individual, na vertente comercial ou de associação, inclui necessariamente uma margem de arbítrio. Nas palavras do doutrinador:

En lugar de imponer rígidamente a cada individuo que trate a los demás con exquisita igualdad em sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar de forma objetiva cualquier desviación de esa regla, se debe permitir un espacio de espontaneidad y hasta de arbitrariedad. Porque existe una esfera de actuación puramente privada, un reducto de vida auténticamente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, em el que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar las personas con las que van relacionarse (pueden invitar a su casa o a una fiesta a quien crean conveniente, asociarse con quienes deseen y negarse a entrar en un determinado establecimiento, por los motivos que sean), de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedada al Estado.<sup>175</sup>

Bilbao Ubilos vai além, afirmando que estender o princípio constitucional da igualdade ao âmbito das relações privadas pode acarretar consequências absurdas. Para tanto, traz o seguinte questionamento: poderia um inquilino opor-se ao despejo por falta de pagamento de alugueis, alegando que o locador não pleiteou o despejo de outro inquilino nas mesmas condições? Assim, entende que vinculação dos particulares ao princípio da igualdade apenas poderia se dar de forma mediata ou indireta, por via legislativa.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 263.

<sup>175</sup>Tradução livre do autor: "Em lugar de impor rigidamente a cada indivíduo que trate aos demais com a mesma igualdade em suas relações mútuas, forçando-os a justificar de forma objetiva qualquer desvio a esta regra, se deve permitir um espaço de espontaneidade e até mesmo arbitrariedade. Porque existe uma esfera de ação puramente privada, um reduto de vida verdadeiramente privada, que está fora do alcance das normas constitucionais, em que os indivíduos são livres para discriminar quando selecionar as pessoas as quais irão interagir (pode convidar a sua casa ou para uma festa quem bem entender, associar-se com aqueles que querem e se recusam a entrar em um determinado estabelecimento, por qualquer motivo), de regular essas relações (determinando o conteúdo dos contratos, dos estatutos ou das disposições testamentárias) e comportar-se, em geral, de uma forma que é proibida ao Estado." BILBAO UBILLOS, Juan María. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 289.

<sup>176</sup>*Ibidem*, p. 289-290.

Por sua vez, José Carlos Vieira de Andrade sustenta que o princípio da igualdade, enquanto “proibição de arbítrio ou imperativo de racionalidade de atuação”, não se aplica nas relações privadas. Para o doutrinador português, a liberdade individual inclui de forma necessária uma margem de arbítrio, sendo também liberdade emocional. Assim deve ser tolerados aos indivíduos, um certo espaço de arbitrariedade e espontaneidade em seus atos.<sup>177</sup>

Ensina, ainda, que a liberdade deve prevalecer sobre a igualdade, contudo, o princípio da igualdade deve ser aplicado enquanto proibição de discriminações que afetem de forma não tolerável a dignidade da pessoa humana dos discriminados, violando os direitos da personalidade.

O autor português reforça sua posição, sustentando, que pode haver casos em que o princípio da igualdade possa prevalecer. Para tanto, explica:

(...) o princípio da igualdade de tratamento pode ser imposto por *disposições legislativas restritivas* da liberdade em geral ou negocial. Assim, por força de imposições constitucionais ou de obrigações internacionais ou ainda quando, em virtude das circunstâncias concretas da sociedade, houver razões sociais fortes para restringir a liberdade dos indivíduos, não permitindo determinados tipos de discriminação, será legítima a imposição por via legislativa de deveres específicos de igualdade de tratamento, na medida em que essas razões o justifiquem. (grifado no original)<sup>178</sup>

### 3.6 Eficácia horizontal e direitos sociais

A vinculação dos particulares aos direitos sociais trabalhistas em geral, não suscita grandes controvérsias, pois esses direitos já foram concebidos para incidir nas relações entre particulares.

Resta saber se os direitos sociais, como por exemplo, o direito à moradia, saúde, alimentação e educação, previstos no artigo 6º da Constituição Federal, podem vincular também os particulares em suas relações.

George Marmelstein é categórico ao afirmar que, no Brasil, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais também é aplicável aos direitos sociais. Para o autor “não há como

<sup>177</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 259-260.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 260.

negar que os direitos econômicos, sociais e culturais também vinculam, em certas ocasiões, os particulares, embora isso não afaste o dever constitucional atribuído ao Poder Público de implementar esses direitos.”<sup>179</sup>

Na mesma linha estão os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) importa firmar posição no sentido de que todos os direitos fundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado, em primeira linha os órgãos estatais. Com efeito, consoante já tivemos oportunidade de afirmar, não vislumbramos razão para afastar, desde logo, uma vinculação direta dos particulares – seja qual for a natureza do direito fundamental em questão – a não ser quando se cuide de direitos fundamentais que tenham por destinatário precípuo o poder público.<sup>180</sup>

Reforçando seu argumento, Sarlet sustenta, ainda, que há normas expressas na Constituição Federal de direitos prestacionais, tendo como destinatários sujeitos privados. Cita como exemplos o direito ao salário mínimo, à gratificação natalina, ao adicional de insalubridade e periculosidade.<sup>181</sup>

Para Wilson Steinmetz, tendo em vista a localização na Constituição dos direitos sociais (inseridos no capítulo II, do Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais), não se pode negar, por absoluto, a eficácia desses direitos nas relações particulares, mesmo porque, na maioria das disposições do artigo 7º, os particulares figuram como destinatários imediatos.<sup>182</sup>

Contudo, Steinmetz defende que os direitos sociais a prestações constituem direitos titularizados pelos indivíduos ante o Estado. Assim, o autor sustenta que “os particulares não estão vinculados aos direitos fundamentais do art. 6º”, pois não figuram como destinatários da norma. Dando ênfase ao seu argumento, o doutrinador afirma:

Os particulares *não estão obrigados*, ante o direito fundamental social à saúde, a criar hospitais e postos ou ambulatórios de saúde nem a pagar tratamentos

<sup>179</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 346-347.

<sup>180</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Seção IV. Brasília, a. 4., n. 16., jul/set., 2005. p. 247-248. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>> Acesso em 11/10/2014.

<sup>181</sup>*Ibidem*. p. 248.

<sup>182</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 277-278

médicos para outros particulares. O mesmo vale para os demais direitos fundamentais sociais do art. 6º. Não é dever jurídico-constitucional dos particulares, por força dos direitos fundamentais a prestações, propor, planejar e executar políticas sociais e econômicas – embora delas até possam participar como colaboradores ou em parcerias. Ademais, como os direitos fundamentais sociais são financeiramente onerosos e exigem opções e ações positivas, a imposição aos particulares de deveres de prestações colide com o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV e art. 170, *caput*) – e, portanto, com a economia de mercado -, com os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade (CF, art. 5º, *caput* e XXII) e com o princípio da autonomia privada.<sup>183</sup>

Por outro lado, sustenta Steinmetz a vinculação direta ou imediata dos particulares às disposições dos artigos 8º a 11 da Constituição Federal.<sup>184</sup>

Já Daniel Sarmiento desenvolve seu raciocínio explicando que a Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê a corresponsabilidade dos particulares em relação a direitos sociais não trabalhistas. Nesse esteio, cita como exemplos o artigo 194, quando prevê que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”; o artigo 205 ao dispor que a educação “é um direito de todos e dever do Estado e da família”, devendo ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”; o artigo 227, ao atribuir ao Estado e “à família e à sociedade” o dever de garantir à criança e adolescente o gozo dos direitos fundamentais, da mesma maneira que a previsão do artigo 230 estabelece em relação às pessoas idosas e; de forma mais clara, as disposições dos artigos 183 e 191 da CF, que consagram a eficácia horizontal ao direito à moradia, ao prever prazos menores de usucapião, restringindo o direito de propriedade em benefício de direito social.<sup>185</sup>

O autor entende que, quanto à dimensão defensiva<sup>186</sup>, deve ocorrer a aplicação direta dos direitos sociais sobre as relações entre particulares, com os mesmos limites e condições pertinentes para a eficácia horizontal dos direitos individuais. Assim, a aplicação no caso concreto deve se dar através da ponderação com autonomia privada do particular cujo direito se pretenda restringir.<sup>187</sup>

<sup>183</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 279.

<sup>184</sup>*Ibidem*, p. 280.

<sup>185</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 291-292.

<sup>186</sup>Por dimensão defensiva dos direitos sociais entende-se a exigência de abstenção de condutas que lesionem ou ameacem os bens jurídicos tutelados por esses direitos.

<sup>187</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 292-293.

Contudo, Sarmiento enfatiza que surgem maiores problemas quanto ao reconhecimento da eficácia direta e imediata para os direitos sociais na dimensão prestacional.<sup>188</sup> Para o autor, o princípio da solidariedade deve nortear a interpretação de todo ordenamento jurídico, fundamentando o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos sociais e econômicos, uma vez que cada pessoa é responsável pelo bem-estar das demais. Explica que é tarefa do legislador harmonizar os deveres de solidariedade e a autonomia dos particulares. Invoca, ainda, o princípio da proibição do retrocesso para retirar a validade de leis que impossibilitem a concretização de um direito social na esfera privada.<sup>189</sup>

O autor vai além, e defende que não pode ser descartada a possibilidade de uma norma constitucional instituidora de direito social prestacional não trabalhista, incidir em uma relação particular, independentemente da existência de lei regulamentadora. Porém, explica que para ser reconhecida a vinculação de um particular a uma obrigação prestacional, decorrente de um direito social, deve haver alguma conexão entre a relação jurídica desenvolvida entre as partes e a natureza da obrigação de direito fundamental em questão, conforme a razoabilidade. No mais, afirma que não é razoável exigir-se que um particular assumira ônus que nem mesmo sobre o Estado recaia, como por exemplo, o dever de encontrar vagas de emprego no mercado para todos, impedindo que uma decisão judicial, fundamentada no direito ao trabalho (art. 6º CF), obrigue uma empresa a contratar um particular desempregado.<sup>190</sup>

Acrescenta o autor, ainda, que é forte argumento para o reconhecimento da eficácia horizontal direta, o fato de a prestação ser relacionada com o mínimo existencial, uma vez que considera existente uma vinculação direta e imediata dos particulares ao princípio da dignidade da pessoa humana. Saliencia que na ponderação a ser realizada na solução dos casos concretos, não se pode olvidar que é importante analisar o impacto econômico que o particular sofrerá resultante da imposição do dever ligado ao direito social em jogo.<sup>191</sup>

A jurisprudência já reconheceu em alguns casos a vinculação de particulares a direitos sociais, conforme será visto no próximo tópico.

---

<sup>188</sup>A dimensão prestacional dos direitos sociais, corresponde a obrigações atribuídas ao polo passivo da relação jusfundamental, como por exemplo, o direito a medicamentos gratuitos, simbolizando expressão da dimensão prestacional do direito à saúde.

<sup>189</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 295-298

<sup>190</sup>*Ibidem*, p. 300-302.

<sup>191</sup>*Ibidem*, p. 304-306.

### 3.7 Alguns casos da jurisprudência do Brasil

Em diversos casos julgados no Brasil houve o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 201.819, reconheceu a aplicação do contraditório e da ampla defesa nas relações entre particulares, caracterizando exemplo de reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>192</sup>

O caso levado a julgamento buscava a anulação de um ato de expulsão de sócio de uma sociedade civil e constituiu precedente relevante acerca da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Reconhecendo o caráter público da atividade exercida pela União Brasileira de Compositores, embora entidade não vinculada ao Estado, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o “caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.”<sup>193</sup>

A decisão proferida reconheceu que princípios que asseguram direitos fundamentais limitam a autonomia privada. O acórdão foi assim ementado:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial,

<sup>192</sup>No RE 158.215/RS, o STF já havia reconhecido a violação do devido processo legal e ampla defesa em caso de exclusão de associado de cooperativa sem direito a defesa. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 158.215/RS, Segunda Turma, Relator Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 30 de abril de 1996, DJ 07/06/1996). Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+158215%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alc5gzp>> Acesso em 02/12/2014.

<sup>193</sup>O voto pode ser encontrado no Informativo 405/2005 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm#transcricao1>> Acesso em 02/12/2014.

dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.<sup>194</sup>

A eficácia horizontal do direito fundamental à igualdade e a não discriminação, foi reconhecida pelo STF no caso em que um funcionário brasileiro da empresa *Air France* pretendia o reconhecimento de isonomia salarial com os funcionários de origem francesa. A decisão acolheu o pedido do empregado brasileiro, nos seguintes termos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO

<sup>194</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 201.819 RJ, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005, DJ 27/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+201819%2EENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6y69xa>> Acesso em 02/12/2014.

TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.<sup>195</sup>

No RE nº 160.222-RJ<sup>196</sup>, o STF entendeu configurado o constrangimento ilegal, em caso onde o gerente exigia das funcionárias de uma indústria de lingerie, o cumprimento de cláusula constante em seus contratos de trabalho, segundo a qual, as empregadas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa.

Nossa corte constitucional entendeu, ainda, no julgamento do RE 175.161-SP<sup>197</sup>, que contrato de consórcio que prevê a devolução apenas nominal (ou seja, sem correção monetária) de valor pago pelo consorciado, em caso de desistência, violaria os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

No Superior Tribunal de Justiça, também já foi reconhecida a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares. No HC 12.547-DF, discutia-se a questão da prisão civil em contrato de alienação fiduciária firmado por motorista de taxi, cujo débito multiplicou-se do valor inicialmente contratado de R\$ 18.700,00, para R\$ 86.858,24, no período de 24 meses, em virtude da incidência de juros. A decisão do STJ entendeu que a situação violava o princípio da dignidade da pessoa humana e foi assim ementada:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de

<sup>195</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 161.243/DF, Segunda Turma, Relator Min. Carlos Velloso, Brasília. DF, 29 de outubro de 1996, DJ 19/12/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+161243%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+161243%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cappybn>> Acesso em 02/12/2014.

<sup>196</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 160.222/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Brasília. DF, 11 de abril de 1995, DJ 01/09/1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+160222%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+160222%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a92t73f>> Acesso em 03/12/2014.

<sup>197</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 175.161/SP, Segunda Turma, Relator Min. Marco Aurélio, Brasília. DF, 15 de dezembro de 1998, DJ 14/05/1999. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+175161%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+175161%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d83gwxj](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+175161%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+175161%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d83gwxj)> Acesso em 03/12/2014.

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\$ 80.858,24, 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 aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida.<sup>198</sup>

Em outro caso, ficou evidenciada a eficácia horizontal dos direitos sociais nas relações privadas. A Lei 8.009/90 trata da impenhorabilidade do bem de família, a decisão proferida no ERESP 182.223, deu uma interpretação mais ampla ao conceito de entidade familiar previsto no artigo 1º da mencionada lei e, estendeu a proteção a pessoas não unidas pelo casamento ou parentesco, abarcando até mesmo devedores solitários, em aplicação do direito social fundamental à moradia. O acórdão foi assim ementado:

PROCESSUAL – EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL – RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI Nº 8.009/90 – A interpretação teleológica do art. 1º da Lei nº 8.009/90 revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1º da Lei nº 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário.<sup>199</sup>

De modo geral, pode-se concluir que há tendência na jurisprudência brasileira a aplicar diretamente os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal na solução dos conflitos existentes nas relações privadas.

<sup>198</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 12.547-DF, Quarta Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília. DF, 01 de junho de 2000, DJ 12/02/2001. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=260895&num\\_registro=200000222780&data=20010212&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=260895&num_registro=200000222780&data=20010212&formato=PDF)> Acesso em 03/12/2014.

<sup>199</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência em Recurso Especial 182.223/SP, Corte Especial, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília. DF, 06 de fevereiro de 2002, DJ 07/04/2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=351636&num\\_registro=199901103606&data=20030407&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=351636&num_registro=199901103606&data=20030407&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 02/12/2014.

## CONCLUSÃO

Independentemente do termo utilizado, “direitos fundamentais”, “direitos humanos” ou “direitos do homem”, é imperioso reconhecer que existem direitos básicos inerentes ao ser humano, apenas decorrentes da condição humana. Esses direitos são essenciais a uma existência digna e, conforme sejam direitos positivados pelas constituições (direitos fundamentais), documentos internacionais (direitos humanos) ou ainda, não previstos em documentos escritos (direitos do homem), é possível diferenciar as expressões.

Diante do reconhecimento constitucional, a proteção aos direitos fundamentais é diferenciada, tendo em vista a posição da norma constitucional na pirâmide normativa, atuando, assim, como verdadeira fonte de limitação do poder.

Acompanhando a história e a evolução da própria sociedade, o conteúdo dos direitos fundamentais se altera ao longo do tempo para atender as necessidades humanas de cada período. Embora não se possa apontar um marco de surgimento desses valores fundamentais, verificou-se no presente estudo que a ideia de valores inerentes ao ser humano é tão antiga quanto à ideia de sociedade.

É preciso admitir, porém, que apenas com o surgimento da noção de Estado de Direito é que passam a existir, efetivamente, os direitos fundamentais como normas constitucionais capazes de limitar o poder político. Assim, são apontadas como os primeiros documentos históricos a reconhecerem os direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia de 1.776 e a Declaração Francesa de 1.789.

O processo de evolução dos direitos fundamentais pode ser compreendido através da chamada “teoria das gerações dos direitos”, baseada no lema da Revolução Francesa de “liberdade, igualdade e fraternidade”. Desta forma, os direitos de primeira geração seriam os ligados à liberdade, os direitos de segunda geração, ligados a ideia de igualdade e, por sua vez, os direitos de terceira geração seriam os direitos de solidariedade, conforme o momento em que passaram a ser positivados. Há quem identifique, ainda, direitos de quarta e quinta gerações.

Contudo, é preciso ressaltar, ainda, que o termo “dimensões” mostra-se mais adequado do que “gerações”, isso porque não há a substituição dos direitos de uma geração

pelos da seguinte, mas sim a cumulação dos direitos, conforme o momento histórico de seu reconhecimento.

No Brasil, tendo em vista o longo período de ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 representou grande avanço, na medida em que resultou de um processo de redemocratização. Assim, os direitos fundamentais ganharam destaque no texto constitucional, inseridos em sua maioria, após a enunciação dos princípios fundamentais no Título II.

Além do extenso rol de direitos previstos pelo Título II, há outros direitos que podem ser reconhecidos como fundamentais, apesar de localizarem-se em outras partes do texto da Constituição, como o princípio da anterioridade tributária, insculpido no artigo 150, III, b. Destarte, o artigo 5º, § 2º possibilita, ainda, o reconhecimento de outros direitos fundamentais, decorrentes dos princípios fundamentais adotados pela Constituição (artigos 1º a 4º, CF/88) e de tratados internacionais.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) é essencial para o reconhecimento de um direito como fundamental, na medida em que está estreitamente ligado ao conteúdo dos direitos fundamentais.

O artigo 5º *caput*, da Constituição Federal prevê que os brasileiros e estrangeiros residentes no país são titulares de direitos fundamentais. Contudo, é fato que nem todos os direitos reservados aos brasileiros serão estendidos aos estrangeiros residentes no país, como os direitos políticos.

Embora o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal não mencione os estrangeiros de passagem pelo país como titulares de direitos fundamentais, pelos princípios da universalidade e da dignidade da pessoa humana, é possível constatar que também estão abrangidos pela previsão.

O constituinte de 1988 preocupou-se em assegurar a eficácia das normas constitucionais, atribuindo maior relevo às normas instituidoras de direitos fundamentais.

Enfatizando a importância desses direitos à sociedade, o constituinte inseriu no artigo 5º, § 1º, CF, a previsão da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. O dispositivo possibilita a aplicação imediata desses direitos, com a maior eficácia e efetividade possíveis. Saliente-se que tal dispositivo serve de fundamento para os defensores da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, independentemente de mediação legislativa.

Embora os direitos fundamentais tenham sido concebidos para evitar a opressão estatal, limitando o poder político face ao indivíduo, é evidente que em um panorama mundial, diante da grande desigualdade social gerada pelo capitalismo, não apenas agentes estatais podem ser fonte de opressão, mas também os agentes privados.

Assim, assume relevância o estudo das teorias que tentam explicar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações desenvolvidas na esfera particular. Nesse esteio, a discussão é desenvolvida ao redor da compatibilização dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente com a proteção da autonomia privada dos particulares. Sendo certo que, em uma relação da esfera privada, ambas as partes são titulares dessa autonomia, fundamental a uma sociedade livre e ao Estado Democrático de Direito.

Nessa difícil conciliação, é possível verificar que os defensores de uma tutela mais efetiva aos direitos fundamentais, sustentam a aplicação direta e imediata desses direitos na esfera privada, enquanto que os defensores da autonomia privada, acabam por sustentar um papel menor dos direitos fundamentais nas relações particulares.

A origem da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é alemã. Também na Alemanha surgiram posições que negaram tal incidência nas relações particulares.

Os argumentos dos autores alemães que negaram a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais podem ser resumidos, basicamente, na ausência de previsão constitucional dessa eficácia horizontal. No mais, essa doutrina desenvolveu-se defendendo os ideais liberais e a posição de que os direitos fundamentais são direitos de defesa face ao Estado, diante do longo período em que o nazismo prevaleceu naquele país.

No entanto, foi no direito norte-americano que a teoria que nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares desenvolveu-se.

Pela doutrina *state action*, a Constituição dos Estados Unidos da América contém disposições voltadas a limitar a ação estatal, não possibilitando a aplicação dos direitos fundamentais às relações dos particulares. Cabe ressaltar que nos Estados Unidos da América, é de competência dos estados e não da União legislar acerca de Direito Privado. Assim, a doutrina da *state action* reforça a autonomia dos estados frente às decisões da corte federal.

Porém, em países onde prevalece o constitucionalismo social e democrático, como no Brasil, a doutrina da *state action* não se sustenta, pois a Constituição normatiza não apenas

relações entre indivíduo-Estado, mas também questões fundamentais relacionadas a sociedade.

Na Alemanha Jürgen Schwabe desenvolveu a chamada “teoria da convergência estatista”. Pela teoria, uma vez que ao Estado cabe a proteção aos direitos fundamentais, qualquer agressão a esses direitos é sempre imputada ao Estado. Até mesmo a autonomia privada seria produto de autorização estatal, posição essa passível de inúmeras críticas, uma vez que a liberdade humana não é fruto de delegação estatal e que os indivíduos devem ser responsabilizados por seus próprios atos.

Não nos parece que seja possível sustentar nos dias atuais, a tese de que os direitos fundamentais não se aplicam às relações particulares. Isso porque a supremacia da Constituição, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana impedem o desenvolvimento da doutrina.

Assim, ganhou destaque na Alemanha a *Mittelbare Drittwirkung*, ou teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por essa teoria, também apenas o Estado estaria diretamente vinculado aos direitos fundamentais, contudo admite a vinculação dos particulares a esses direitos, mas de forma mediata, dependente de mediação legislativa e dos princípios aplicáveis ao Direito Privado. Pela teoria, os direitos fundamentais constituiriam verdadeiro sistema de valores, a serem interpretados de acordo com os princípios do direito privado.

A teoria da eficácia mediata atribui ao legislador, num primeiro plano e, ao juiz, num segundo, a tarefa de dar eficácia horizontal aos direitos fundamentais. O papel atribuído ao julgador estaria na interpretação das “cláusulas gerais” do direito privado no caso concreto.

Contudo, a teoria nada mais é do que a defesa da força normativa constitucional, em decorrência do princípio da interpretação conforme a constituição. Além disso, em certos casos concretos pode ocorrer a inexistência de normas regulamentadoras da constituição ou cláusulas gerais de direito privado adequadas à situação.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas também tem origem alemã. Por essa teoria, diante da força normativa da Constituição, os direitos fundamentais são valores aplicáveis a toda ordem jurídica, não necessitando de mediação legislativa ou de técnicas interpretativas dos princípios de direito privado para incidir nas relações privadas.

Assim, a técnica da ponderação da autonomia privada com o direito fundamental violado é essencial na resolução dos conflitos, admitindo-se ainda, que as características de alguns direitos fundamentais impõem que sejam aplicados apenas na relação entre indivíduo-Estado.

As críticas à teoria da eficácia imediata consistem na afirmação de que a aplicação dos direitos fundamentais diretamente às relações privadas, enfraqueceriam a autonomia privada e o Direito Privado.

Surgiram ainda, teorias alternativas à solução do problema, como as teorias dos deveres de proteção, como variação da teoria da eficácia mediata, e a teoria de Alexy, que pretendeu integrar as teorias da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais às relações particulares e a teoria de Schwabe.

No Brasil, diante das grandes desigualdades sociais, prevaleceu na doutrina e jurisprudência a tese da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

A nosso ver, é mais adequada à solução dos casos concretos, na medida em que admite a ponderação dos interesses conforme o litígio trazido em juízo, permitindo que prevaleça a autonomia privada para alguns casos e o direito fundamental questionado em outros.

Por outro lado, é a doutrina que mais se compatibiliza com a posição da Constituição Federal no ordenamento e com a previsão da aplicação imediata dos direitos fundamentais constante do artigo 5º, §1º do texto constitucional. Isso sem contar com o extenso rol de direitos sociais constante dos artigos 6º e 7º do texto constitucional, o que descaracteriza a ideia de que o Estado seria o único destinatário dos direitos fundamentais.

Destarte, não é contestada a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, uma vez que esses direitos foram concebidos justamente como proteção do indivíduo frente às ingerências estatais. Assim, todas as funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) estão vinculadas às disposições constitucionais referentes a direitos fundamentais.

Nessa linha, o mencionado artigo 5º, §1º do texto constitucional, consiste em mandado de otimização de eficácia dos direitos fundamentais, pois aos poderes públicos compete dar a maior eficácia possível a esses direitos.

Constata-se, ainda, que aos direitos fundamentais pode ser reconhecida uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva.

Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais geram para seus titulares um direito subjetivo de realização de seus direitos através do Poder Judiciário.

De outra banda e, como fundamento essencial da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, a dimensão objetiva consagra os direitos fundamentais como sistema de valores, irradiando por todo o ordenamento e norteando a atuação estatal. Tal ideia acarreta a interpretação das normas do ordenamento conforme a Constituição Federal.

Como fundamentos constitucionais da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares, são apontados: a posição de supremacia da Constituição, unificando todo o ordenamento; a ausência de proibição da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais; o fato de haver no texto constitucional algumas previsões vinculando os particulares aos direitos fundamentais (como, por exemplo, o direito à vida e o direito de reunião, previstos no artigo 5º, *caput* e XVI); a redação do artigo 5º, §1º; o princípio da dignidade da pessoa humana; a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o princípio constitucional da solidariedade.

Em diversos casos, a autonomia privada, como princípio orientador do Direito Privado, pode chocar-se com algum direito fundamental em relações da esfera privada.

A questão assume grande relevância, na medida em que em uma relação privada, ambos particulares detém a autonomia, que também encontra fundamento constitucional, estando calcada no direito à liberdade e até mesmo na dignidade da pessoa humana. Assim, a autonomia de um indivíduo deve ser conciliada com os direitos de outros indivíduos a um mesmo grau de autonomia.

Os direitos fundamentais atuam também como forma de limitação à autonomia privada, devendo ser aplicada a técnica da proporcionalidade para solução dos casos concretos. Logo, em virtude da proteção constitucional que também detém, em certos casos deverá prevalecer a autonomia privada face a outro direito fundamental, enquanto em outros, o direito fundamental será preponderante.

Alguns critérios são utilizados na verificação de qual dos direitos deverá prevalecer, na ausência de previsão legislativa. O principal deles está na verificação do maior ou menor poder econômico e social das partes envolvidas, quanto maior o desequilíbrio entre as partes da relação, menor será a incidência da autonomia privada e maior a proteção dos direitos

fundamentais da parte mais fraca. Contudo, nos casos de equilíbrio entre as partes da relação, tenderá a prevalecer a autonomia privada.

O critério da essencialidade do bem também é utilizado na solução dos conflitos, pois quanto mais o bem jurídico envolvido na relação for essencial à vida, maior será a proteção do direito fundamental e menor a proteção da autonomia privada.

Nessa linha, o princípio da dignidade humana também assume importância, pois nos casos concretos deverá ser adotada a solução que mais promova esse princípio.

Mais um critério para ponderação nos casos de colisão de direitos fundamentais e autonomia privada, especialmente em relações contratuais, é a verificação do consentimento do titular do direito fundamental afetado. É certo que em negócios bilaterais, com relação de paridade entre as partes, o peso atribuído à autonomia privada será maior, cabendo apenas a verificação do exercício livre da vontade do titular do direito fundamental suprimido ou restringido e que não importe em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por muitas vezes, o que se observa é a colisão da autonomia privada com o princípio da igualdade. Nesse caso, no que diz respeito a proibição de discriminações, o que se impõe é a eficácia imediata do princípio nas relações particulares. Todavia obrigar particulares a tratar todos de forma igual ou desigual na medida de sua desigualdade, com justificativa objetiva, pode ocasionar a supressão da autonomia privada, limitando o direito de escolha do indivíduo. Isso não importa dizer que o princípio da igualdade não se aplica nas relações privadas, mas sim ressalta a importância da ponderação nos casos de colisão de direitos.

No mais, embora seja evidente que os direitos trabalhistas foram concebidos para incidir nas relações particulares, muitos autores sustentam a não incidência dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal nas relações privadas.

É certo que é dever do Estado implementar os direitos previstos no artigo 6º da Constituição, como o direito à moradia, à saúde, à educação, etc. O problema surge em verificar se os particulares estariam vinculados aos direitos fundamentais sociais, especialmente os prestacionais.

Nesse esteio, o princípio da solidariedade seria fundamento da vinculação dos particulares a esses direitos, admitindo-se até mesmo a aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares envolvendo a dignidade da pessoa humana, desde que seja aplicada a razoabilidade, havendo conexão entre relação jurídica e a natureza da obrigação de direito fundamental. Deve ser analisado, ainda, o impacto

econômico que a imposição a um particular na observação de direito fundamental social prestacional irá produzir.

Na jurisprudência, o que se observou é a tendência ao reconhecimento da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Por fim, concluiu-se que o reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não importa em reduzir o papel do legislativo, pois em primeiro plano cabe ao legislador concretizar os direitos fundamentais, ponderando com a autonomia privada. Aos juízes caberia a aplicação das leis aos casos concretos, contudo, no caso de ausência de norma ou norma contrária à Constituição, deve o Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais nos litígios privados, ponderando os interesses em conflito, dentro de um juízo de razoabilidade.

Em uma sociedade calcada nas desigualdades sociais, o desenvolvimento da eficácia horizontal imediata é de suma importância para que a opressão social causada pelos agentes privados de grande expressão econômica e social seja coibida de forma mais efetiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 11 de agosto de 1919. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 24/01/2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em 2/10/2014.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3 ed. rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Publicado em 11/2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>> Acesso em 18/10/2014.

\_\_\_\_\_. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limite e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed., atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BILBAO UBILLOS, Juan María. **Los Derechos Fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. (La noción de state action em la jurisprudencia norteamericana)**. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.

\_\_\_\_\_. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?**  
*In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1909. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7 reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1988)**. Disponível em:  
 <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 28/09/2014.

BRASIL. **Lei nº 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990. Conversão da Medida Provisória nº 143, de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.** Disponível em:  
 <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm)> Acesso em 20/01/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 12.547-DF, Quarta Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília. DF, 01 de junho de 2000, DJ 12/02/2001. Disponível em:  
 <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=260895&num\\_registro=200000222780&data=20010212&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=260895&num_registro=200000222780&data=20010212&formato=PDF)> Acesso em 03/12/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 182.223/SP, Corte Especial, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília. DF, 06 de fevereiro de 2002, DJ 07/04/2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=351636&num\\_registro=199901103606&data=20030407&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=351636&num_registro=199901103606&data=20030407&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em 02/12/2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 939-DF. Plenário. Relator Min. Sydney Sanches, Brasília. DF, 15 de dezembro de 1993, DJ 18/03/1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+939%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACM>

S%2E+ADJ2+939%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a55wf9v> Acesso em 04/10/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 160.222/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Brasília DF, 11 de abril de 1995, DJ 01/09/1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+160222%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+160222%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a92t73f>> Acesso em 03/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164/SP, Plenário, Relator Min. Celso de Mello, Brasília. DF, 30 de outubro de 1995, DJ 17/11/1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=17/11/1995&incidente=1606388&codCapitulo=5&numMateria=86&codMateria=1>> Acesso em 03/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 158.215/RS, Segunda Turma, Relator Min. Marco Aurélio. Brasília. DF, 30 de abril de 1996, DJ 07/06/1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+158215%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alc5gzp>> Acesso em 02/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, Segunda Turma, Relator Min. Carlos Velloso, Brasília. DF, 29 de outubro de 1996, DJ 19/12/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+161243%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+161243%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cappbybn>> Acesso em 02/12/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 175.161/SP, Segunda Turma, Relator Min. Marco Aurélio, Brasília. DF, 15 de dezembro de 1998, DJ 14/05/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+175161%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+175161%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d83gwxj>> Acesso em 03/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, Plenário, Relator Min. Celso de Mello, Brasília. DF, 16 de setembro de 1999, DJ 12/05/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+23452%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aesmotc>> Acesso em 03/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 215.267/SP. Primeira Turma. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília. DF, 24 de abril de 2001. DJ 25/05/2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+215267%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+215267%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/azbse8z>> Acesso em 05/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819/RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília. DF, 11 de outubro de 2005. DJ 27/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+201819%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6y69xa>> Acesso em 02/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº Turma, HC 92.921/BA, Primeira Turma, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. DF, 19 de agosto de 2008. DJ 25/09/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550495>> Acesso em 05/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 94.016/SP, Segunda Turma, Relator Min. Celso de Mello. Brasília. DF, 16 de setembro de 2008, DJ 26/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+94016%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+94016%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bgc7chw>> Acesso em 05/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.750/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Carlos Britto. Brasília. DF, 17 de março de 2009, DJ 24/09/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+351750%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+351750%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/beon83o>> Acesso em 25/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Plenário. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília. DF, 05 de maio de 2011. DJ 198 de 13/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em 16/10/2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** 2. ed. portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** In: Programa Saber Direito. TV Justiça. 2010. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acesso em: 28/09/2014.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Declaração e Programa de Ação de Viena.** 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em 3/10/2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Jus Podivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. Supreme Court. *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296 (1966). 17 de janeiro de 1966. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=382&invol=296>> Acesso em 10/10/2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. Supreme Court. *Marsh v. State of Ala.*, 326 U.S. 501 (1946). 7 de janeiro de 1946. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=326&invol=501>> Acesso em 10/10/2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. Supreme Court. *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948). 03 de maio de 1948. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=334&invol=1>> Acesso em 10/10/2014.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>> Acesso em 29/09/2014.

GUIMARÃES. Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 05 de outubro de 1988. Câmara dos Deputados**. Publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>> Acesso em 04/10/2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de Mestrado. Ceará: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>> Acesso em 30/09/2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_ ; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermeneutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

NUNES, Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 9. ed., rev., São Paulo: Saraiva: 2012.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais não enumerados: justificação e aplicação**. Tese de Doutorado. Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. Disponível em: <[http://ftp.unisc.br/portal/upload/com\\_arquivo/tese\\_\\_\\_direitos\\_fundamentais\\_nao\\_enumerados\\_\\_\\_justificacao\\_e\\_aplicacao.pdf](http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/tese___direitos_fundamentais_nao_enumerados___justificacao_e_aplicacao.pdf)> Acesso em 04/10/2014.

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**. 3. ed. rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Paulo Mota. **Autonomia privada e discriminação: algumas notas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional**. 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 15/10/2014

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl., 3 tir, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. *In*: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Seção IV. Brasília, a. 4., n.16., jul/set., 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 11/10/2014.

\_\_\_\_\_. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

\_\_\_\_\_. **A Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 3 tir, São Paulo: Malheiros. 2011.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.