

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES

Thiago Luís Santos Sombra¹

Sumário: Introdução e exposição do problema. 1 Origem da *Drittwirkung* e seus vieses terminológicos. 2 As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: 2.1 A teoria da eficácia mediata ou indireta (*mittelbare Drittwirkung*). 2.1.1 A imprescindível intervenção do legislador como forma de estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares. 2.1.2 A mediação judicial como forma de garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*: a função das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. 2.2 A teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*). 2.3 A atribuição das lesões ao Estado: a visão de Schwabe. 2.4 Breves apontamentos acerca da *state action*. 3 O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. 4 Argumentos contrários e refutações à *Drittwirkung der Grundrechte*. 5 Referências.

Introdução e exposição do problema

Com a modificação do paradigma liberal e a emancipação do Estado Social, a estanque separação entre Estado e sociedade cedeu lugar a um novo modelo de organização social – caracterizado pela dinamicidade e interdependência entre eles –, mediante o qual o Estado passa a intervir incisivamente, de forma a garantir e realizar harmoniosamente

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP e pós-graduando em Direito Civil na Università di Camerino. Membro do Conselho da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

os princípios da liberdade e igualdade, outrora relegados pelo liberalismo ao jogo das forças sociais.

Diante da constatação da transmutação do papel desempenhado pelo Estado, ele perde a conotação de inimigo público e oportunamente interfere na formação das relações jurídicas entre particulares para assegurar a escoeita manifestação da autonomia privada e a proteção dos direitos fundamentais.

Ante a perspectiva de uma dialética emancipatória, na qual o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa o eixo de gravidade, os direitos fundamentais passam a também incidir, em geral, *de forma direta* nas relações entre particulares.

O tema do presente artigo pode ser perfeitamente contextualizado, com suas devidas adaptações, na obra *O mercador de Veneza*, de William Shakespeare. Nesse clássico da literatura inglesa, Antônio, um renomado mercador veneziano, celebra um contrato de empréstimo com Shylock, um próspero judeu que o odiava, no qual estipulam que o inadimplemento da obrigação na data firmada implicaria a retirada de uma libra de carne do seu corpo.

Com efeito, tal pretensão seria facilmente resolvida hodiernamente mediante a verificação dos requisitos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos *lato sensu* – mormente a ilicitude do objeto –, todavia, imperiosa a abstração e transcendência dessa solução cogente e imediatista para que se concentre exclusivamente em outra questão subjacente: os limites da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Como poderia Antônio opor seu direito fundamental à dignidade e integridade física em face de Shylock, também titular de um direito fundamental de liberdade, consubstanciado em sua autonomia privada?²

Mediante a concepção de um sistema de posições e relações jurídicas, frente ao qual esmaecem as fronteiras entre o público e o privado, o presente artigo busca aproximar e harmonizar a interdependência entre esses dois ramos do direito que, ao longo do processo histórico de evolução do Estado e da sociedade, sempre estiveram hermeticamente isolados. Para alcançar esse

² O tema do presente artigo foi desenvolvido com maior profundidade em: SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

desiderato, é mister, pois, a mudança de perspectiva em torno dos eixos centrais de gravitação de cada um desses ramos do direito: direitos fundamentais e autonomia privada.

A partir da compreensão da *fundamentalidade e aplicabilidade direta*, os direitos fundamentais eclodem por todo o ordenamento jurídico; encontram-se pulverizados e esparsos por todos os ramos do direito, de maneira que inviável e impossível a percepção estanque e restrita de seu âmbito de proteção e delimitação.

O desenvolvimento e a rearticulação da teoria dos direitos fundamentais nas relações entre particulares visa sobretudo alcançar uma vertente adequada às particularidades e características do modelo constitucional brasileiro³. O resultado útil a ser almejado durante todo o trabalho será obter meios, diante da evolução das concepções de Estado Liberal e Social, que permitam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, de maneira que não ocorram profundos choques ou tensões capazes de sacrificar o núcleo essencial de um deles.

Os instrumentos de eficácia a serem desenvolvidos neste artigo, de modo a contemplar a realidade brasileira, devem ser aptos a dirimir a seguinte controvérsia: Em que medida a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não estaria a afetar o núcleo essencial do princípio da autonomia privada, também compreendido como um direito fundamental? Para tanto, buscar-se-á identificar se os direitos fundamentais incidem, como incidem e em que medida incidem, sem afetar o cerne da autonomia privada.

1 Origem da *Drittwirkung* e seus vieses terminológicos

A teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares ou *Drittwirkung* – como conhecida na Alemanha – surgiu em meados dos anos 50⁴, com o fito de erigir o particular à posição de sujeito passivo da indispen-

³ Cf., sobre esse aspecto, o notável artigo: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 63/64, p. 32, jan./dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=2>>. Acesso em: 31 mar. 2007.

⁴ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 71.

sável observância dos direitos fundamentais entre particulares⁵. Sob a denominação “eficácia privada ou externa”⁶, “eficácia horizontal”, eficácia em relação a terceiros ou *Drittwirkung*, o tema alcançou significativa expressão em todos os países europeus⁷. Embora o franco desenvolvimento das relações sociais tenha acarretado o deslocamento do eixo de observância dos direitos fundamentais, as Constituições modernas não concederam a devida disciplina à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁸. Na Europa, mormente na Alemanha e Espanha, a *Drittwirkung* ganhou robustos contornos, graças à doutrina e jurisprudência, todavia sem os mínimos parâmetros de homogeneidade⁹. Atualmente, a melhor corrente doutrinária sobre o tema

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 218; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 113.

⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, n. 82, p. 41-42, abr./jun. 1987; VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 192. Diante dos fundamentos colacionados por essa corrente doutrinária, realmente não logra prosperar a referida nomenclatura.

⁷ Malgrado tenha sido desenvolvida a partir dos anos 50 e 60 na Alemanha, a teoria da eficácia entre particulares já existia, de forma um tanto quanto modificada, peculiar e original, na jurisprudência da Suprema Corte americana, sob o pano de fundo da *state action* (BILBAO UBILLOS, Juan María. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 1-8). Luis Aguiar de Luque acrescenta que o problema da insuficiente implementação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares nos países ocidentais “no es derivado de la falta de implantación del texto constitucional (como si en una gradual consolidación de éste se fuera a subsanar el problema), ni patrimonio exclusivo de nuestro orden jurídico. Por el contrario, bajo tan inocua cuestión, e plantea uno de los más difíciles problemas que la doctrina constitucional tiene planteado en la actualidad, lo que ha motivado una importante literatura jurídica en los Países del Occidente europeo” (Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión. *Actualidad Jurídica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. 10, 1981. p. 6).

⁸ Luis Prieto Sanchís afirma que não há necessidade de uma adoção expressa pelo texto constitucional para que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares seja aceita: “Pues bien, aun cuando se há dicho de forma categórica que la Constitución española carece de base textual para extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones jurídico-privadas, lo cierto es justamente lo contrario: la Constitución española no ofrece ninguna base textual que recomiende excluir dicha eficacia con carácter general.” (*Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990. p. 210). Cf. MARTÍN VIDA, María Ángeles. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Boletín de la Asociación de Antiguos Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Madrid, n. 5, p. 196, diciembre 1996; AGUIAR DE LUQUE, Luis, Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión, cit., p. 9.

⁹ GARCIA TORRES, Jesús; JIMENEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986, p. 13; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?: a eficácia dos direitos fundamentais

surgiu na Espanha¹⁰, onde os juristas concederam instigantes interpretações sobre a *quaestio juris*. No Brasil, em virtude da Constituição Federal de 1988 não ter feito menção expressa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares – como sói ocorrer em nossa cultura jurídica estritamente analítica –, somente há bem pouco tempo o tema despertou a atenção da doutrina¹¹ e, salvo raríssimas exceções, também da jurisprudência.¹²

Com o intuito de sedimentar o marco teórico do presente trabalho, impõe-se seja definida uma opção terminológica clara e precisa acerca da descrição do fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De pronto, é mister consignar que as expressões “eficácia externa” e “eficácia privada” devem ser descartadas, em função de não encerrarem o cerne da problemática. Ambas possuem um âmbito cognoscente por demais amplo e acabam por induzir o hermeneuta a caminhos de compreensão demasiadamente vagos.¹³

na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 109.

¹⁰ Por todos: NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

¹¹ Maria Rosynete Lima concorda com o entendimento segundo o qual o texto constitucional brasileiro não concedeu expressa guarida à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ademais, ressalta que somente a partir de 1990 a doutrina passou a despertar interesse pelo tema, sem que, no entanto, oferecesse um modelo adequado à realidade do país (Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 3, p. 78, jan./jun. 2000). Em meados de 1990, Gilmar Mendes e Pinto Ferreira já anunciavam o surgimento da controvérsia doutrinária. Assim expunha Gilmar Mendes Ferreira: “A doutrina constitucional alemã desenvolveu, porém, a teoria da eficácia externa (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais, que amplia, de forma significativa, o raio de abrangência dessas garantias, passando a reconhecer a vinculação de entidades públicas e privadas. E, nas hipóteses em que se admite essa eficácia externa imediata dos direitos fundamentais, haveria de se cogitar, propriamente, da inconstitucionalidade em relação a atos da atividade privada.” (*Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990. p. 10). Pinto Ferreira, por sua vez, ensinava que: “A doutrina predominante refere-se a atos e omissões de autoridades públicas. Contudo uma tendência atual da teoria constitucional alemã preconiza a doutrina da eficácia externa (*Drittenwirkung*) dos direitos fundamentais, ampliando e generalizando tais garantias, admitindo a eficácia imediata dos direitos fundamentais e mesmo a arguição da inconstitucionalidade contra atos de atividade privada.” (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4, p. 440-441).

¹² SOMBRA, Thiago Luís Santos, *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*, cit.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 169-170.

A expressão “eficácia horizontal” merece, outrossim, robustas objeções por parte das doutrinas espanhola e portuguesa¹⁴. Em verdade, as relações entre particulares nem sempre ocorrem em um plano de inequívoca horizontalidade¹⁵. Em diversas oportunidades, embora se esteja perante entes privados, eles não desfrutam de semelhantes condições de igualdade para estabelecer suas relações jurídicas¹⁶. Dessa forma, à medida que é constatada uma desigualdade de fática, oriunda principalmente do poderio econômico e social, a horizontalidade resta notadamente afetada. Impende destacar, por apreço à premissa da fundamentalidade dos direitos fundamentais e da concepção de sistema de posições e relações jurídicas, que mesmo existindo uma distinção de situações fáticas entre particulares, não há, como decorrência, uma diferença no plano

¹⁴ “Com esta expressão se pretende significar que os direitos fundamentais valem, não apenas na relações verticais, indivíduo/Estado, como também, nas relações interprivadas. Esta expressão, ao falar, apenas, nos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, nada nos diz quanto à intensidade desses efeitos, nem quanto aos seus destinatários, pelo que apresenta os inconvenientes opostos da expressão ‘eficácia externa’. Sem outras prevenções, a utilização de tal expressão poderia levar a um entendimento ‘totalitário’ dos direitos fundamentais, pois ‘somar’ mais uma eficácia horizontal dos direitos de liberdade à eficácia vertical antiga, seria construir o instrumento para crucificar os direitos fundamentais ao absolutismo ético, que é, afinal, o seu pior inimigo.” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da, *Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, cit., p. 42). Insustentável a posição desse autor, no que se refere ao suposto efeito totalizante gerado pela aludida expressão. A impropriedade da expressão eficácia horizontal não se encontra, propriamente, no totalitarismo, conforme se depreenderá em seguida.

¹⁵ Mister registrar que alguns autores tecem distinções entre o termo eficácia externa e eficácia horizontal, sobretudo no que tange ao grau de intensidade de cada uma delas (SILVA, Luiz Fernando Martins da. *A eficácia e eficácia dos direitos fundamentais nas relações com particulares*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3460>>. Acesso em: 12 set. 2003). De pronto, cabe esclarecer que esse posicionamento não merece prosperar, uma vez que carece de fundamentação e plausibilidade jurídica. Não é o grau de intensidade que será hábil a proporcionar a distinção terminológica da idêntica manifestação desse fenômeno. Os autores, via de regra, utilizam ambos os termos como sinônimos, e não como contornos distintos do mesmo instituto (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da, *Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, cit., p. 41-42).

¹⁶ Ao elucidar o aspecto relativo à eficácia dos direitos fundamentais em hipóteses de poder social, Juan María Bilbao Ubillos expõe as razões da impropriedade da terminologia “eficácia horizontal”: “*Detrás de estos supuestos de concentración o monopolización del poder social, económico o informativo (répárese, por ejemplo, en la decisiva influencia de los grandes grupos empresariales ‘multimedia’ que detentan una posición de dominio, a escala mundial, en el mercado de la información, y son capaces de controlar la formación de la opinión pública) se esconde la privilegiada posición de ciertos individuos u organizaciones cuyo predominio anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada. Por esa razón, no nos parece exacta la expresión ‘eficácia horizontal’, o en las relaciones ‘horizontales’, de los derechos fundamentales. La relación entre una persona o entidad que ejerce una autoridad privada y quien está sometido a ella no es precisamente horizontal.*” (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 244).

de vinculação aos direitos fundamentais por parte dos particulares¹⁷. Todos os indivíduos devem preconizar a indispensável observância aos direitos fundamentais. Somente a forma como essa vinculação se dará é que deverá ser aferida de acordo com o caso concreto. Eis, portanto, as razões da imprecisão técnica da referida terminologia.

A expressão *Drittwirkung* ou eficácia perante terceiros, por outro lado, merece especial análise, sobretudo em razão das críticas formuladas por Ingo Sarlet e parte da doutrina alemã. No que se refere à expressão eficácia perante terceiros, as críticas apresentadas restringem-se a salientar que não existe propriamente um terceiro nível eficaz, mas tão-somente um segundo nível, relativo aos particulares¹⁸. Não obstante tal posicionamento, essas críticas não merecem acolhida, porquanto não pode ser concebida na teia social outra classe de destinatários além do Estado ou dos indivíduos. Em decorrência da descrição fidedigna da dimensão ontológica do fenômeno, será adotado como paradigma para o presente trabalho o termo “eficácia entre particulares”.

Em relação à definição do que viria a ser uma entidade privada ou um particular, Vieira de Andrade estabelece alguns critérios norteadores para a atividade hermenêutica, sem que, no entanto, seja necessária a construção de um paradigma genérico e absolutamente infalível:

“(...) o que nos importa é a existência (ou inexistência) na relação jurídica em causa, de entidades com poderes públicos, com privilégios ou prerrogativas de autoridade. É que a linha de demarcação entre a relevância (necessária e mais exigente, porque total) dos direitos fundamentais na vida pública e o papel (eventual e mais fluido) que lhes cabe na conformação dos domínios da actividade privada há de ser definida de acordo com o carácter e a razão de ser dos direitos fundamentais, enquanto liberdades ou direitos individuais contra os (através dos) poderes públicos. É essa situação específica de supremacia (o ‘império’, expressão do monopólio do poder) que justifica a proteção dos direitos, liberdades e garantias dos indivíduos. A sujeição aos

¹⁷ SOMBRA, Thiago Luís Santos, *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*, cit.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 114.

direitos dos cidadãos é a contrapartida de um privilégio de poder, ou, noutra perspectiva, uma defesa contra as arbitrariedades ou os abusos (sempre possíveis) deste.

(...)

Para nós, portanto, são também ‘entidades públicas’, as pessoas colectivas de direito privado quando, na sua relação com os particulares, disponham de poderes públicos de *imperium*. Pelo contrário, as pessoas colectivas públicas que não tenham esses poderes, as sociedades de economia mista ou de capitais públicos, as pessoas colectivas privadas de utilidade pública ou certas sociedades de interesse colectivo não estão aí incluídas apesar da sua ligação funcional ou material à actividade administrativa em sentido estrito.”¹⁹

Embora a definição utilizada por Vieira de Andrade possua certa confiabilidade, em determinados momentos ela se aproxima excessivamente das concepções utilizadas pela *state action* norte-americana. É cediço que no caso concreto nem sempre será possível definir com inequívoca precisão se determinada entidade será ou não privada, tal como esposado por Vieira de Andrade, todavia os contornos por ele desdobrados já representam um caminho seguro para tal mister. Essa assertiva parece, inclusive, confirmar-se por outra passagem de Vieira de Andrade, *verbis*:

“O Estado-Administração vai aparecer na vida social metamorfoseado em diversas figuras jurídicas e, por vezes, na veste de sujeito privado, ao mesmo tempo em que entidades privadas exercem tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os comportamentos de indivíduos em certas áreas sociais – esbate-se a distinção entre entidades públicas e privadas e, em consequência, a diferença o direito público e o direito privado como critério de relevância dos direitos fundamentais.”²⁰

Em razão dos pormenores e da extensão dogmática do problema, associado à casuística do tema, não serão aprofundadas as distinções acerca do conceito de entidades públicas ou privadas.

¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 279.

²⁰ *Ibidem*, p. 274.

2 As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

2.1 A teoria da eficácia mediata ou indireta (*mittelbare Drittwirkung*)

A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares alcançou precisos contornos a partir da formulação de Günther Dürig²¹. Ao preconizar, juntamente com o *Bundesverfassungsgericht*, que os direitos fundamentais integram uma ordem objetiva de valores – a qual lhes permite irradiar por todo o ordenamento jurídico –, Dürig ponderou que para incidirem em uma relação jurídico-privada as normas jusfundamentais carecem de mecanismos de intermediação.²²

Sob o argumento de que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares acabaria por gerar um incremento do poder estatal sobre a autonomia privada e, em decorrência, o desvirtuamento do Direito Privado²³, o posicionamento de Dürig conquistou a doutrina tedesca. À evidência, “o princípio constitucional da liberdade (do livre desenvolvimento da personalidade) devia continuar a ser o postulado básico, o valor fundamental a ter em conta na solução do problema”²⁴. O âmbito de autonomia do direito privado deveria ser preservado sem que, contudo, fosse necessário expor ao sacrifício o núcleo essencial de algum direito fundamental. Naranjo de la Cruz lembra que, sob o amparo da *mittelbare Drittwirkung*, o autores argumentavam que “*el ejercicio de un derecho fundamental no puede justificar en ningún caso el incumplimiento de un contrato*”. Mantinha-se, assim, sob certa perspectiva, a velha concepção de que os direitos fundamentais ainda representariam direitos subjetivos

²¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe, cit., p. 169.

²² CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 29.

²³ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe, cit., p. 171 e 173. Konrad Hesse é atualmente o grande defensor da eficácia mediata (*Derecho constitucional y derecho privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001, p. 63; *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 284-285).

²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 276.

públicos contra o Poder Público²⁵, afinal, “submeter a atividade dos indivíduos às mesmas contenções impostas ao Estado significaria inverter direitos em deveres”.²⁶

Por meio de mecanismos de intermediação e suavização²⁷, que poderiam ser vertidos pela atividade legislativa precipuamente e, em segundo plano, pela atividade judicial – concretização do conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados²⁸ –, os direitos fundamentais certamente teriam uma penetração menos conflituosa e sacrificante no sistema formado pelo direito privado. Aliás, conforme salienta Ingo Sarlet, essa intermediação seria *conditio sine qua non* para que a autonomia privada não restasse indevidamente fulminada:

“(...) a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das ‘cláusulas gerais’ e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais. Em primeira linha, portanto, constitui – segundo os adeptos desta concepção – tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.

Em última análise, isto significa que os direitos fundamentais não são – segundo esta concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipua-

²⁵ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, cit., p. 170.

²⁶ COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 174; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 276.

²⁷ Segundo Vieira de Andrade, “aquilo que se deve entender por mediação na aplicabilidade dos direitos constitucionais às relações entre iguais é, afinal, a necessidade de conciliar esses valores com a liberdade geral e a liberdade negocial no direito civil” (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 289).

²⁸ Essa também a posição de Christoph Fabian, para quem “salvo normas explícitas no plano constitucional (por ex., art. 9.º, III 2 GG), os direitos fundamentais não podem agir diretamente no direito privado, mas precisam, como ‘porta de entrada’, de uma cláusula geral” (*O dever de informar no direito civil*, cit., p. 72).

mente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.”²⁹

Em verdade, ao apregoar a necessidade de uma intervenção do legislador ou dos juízes para permitir a transposição das normas jusfundamentais para o Direito Privado, a teoria da eficácia mediata acaba por negar o atributo de fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais³⁰. Ao analisar as deficiências teóricas da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, Vieira de Andrade afirma que ela não atinge o cerne do problema, porquanto sujeita a operatividade das normas jusfundamentais à existência de normas infraconstitucionais que, então, se encarregariam da transposição:

“(…) ou se considera o direito privado, à maneira liberal, como um ordenamento independente do direito público e, portanto, do sistema constitucional – tese inadmissível e anacrônica –, ou se limita a vinculação das entidades privadas à obrigação de respeitar a lei ordinária, que, pelo seu lado, estaria sujeita ao princípio da constitucionalidade. (…)

A idéia da aplicabilidade mediata foi (compreensivelmente) mal defendida, porque seus partidários não se libertaram do peso das concepções liberais-individualistas e deixaram-se influenciar pela circunstância de ter sido o direito civil, na sua ancianidade, que primeiro assegurou os direitos fundamentais nas relações privadas.”³¹

Os direitos fundamentais cumpririam, à sua maneira, a tarefa de meros instrumentos de interpretação das normas de Direito Civil³² e de controle do

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., p. 125.

³⁰ SOMBRA, Thiago Luís Santos, *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*, cit.

³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 289.

³² COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 174. Dessa forma, a proteção *prima facie* seria realizada por intermédio do Direito Privado, que receberia excepcionalmente as normas jusfun-

âmbito de extensão da autonomia privada. Cuida-se, portanto, de um verdadeiro retrocesso em relação a institutos consagrados no bojo do sistema formado pelos direitos e garantias individuais. Em última análise, a teoria da eficácia mediata poderia ser traduzida em um pedido de permissão dos direitos fundamentais ao Direito Privado para que pudessem incidir nas relações por ele reguladas.

Segundo salienta Bilbao Ubillos, a teoria da eficácia mediata constitui verdadeiro mecanismo intermediário para harmonizar o conflito de peculiaridades existentes entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, e tal mister somente pode ser conseguido “*condicionando la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que sí está vinculado directamente a estos derechos*”.³³

O cerne da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares³⁴ circunscreve-se ao papel desempenhado inicialmente pelo legislador³⁵ e, em um segundo momento, pelos juízes na atividade de concreção do conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados³⁶. Ademais, cabe consignar que a polêmica sobre a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ganha relevo à medida que os valores consagrados pela Constituição não coincidem necessariamente com os resguardados pelo Direito Privado³⁷. A propósito, Alexy³⁸ lembra que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, enquanto inequívocos instrumentos de oxigenação do Direito Privado³⁹, permitiriam que os *leading*

damentais como mecanismos hermenêuticos (ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 276; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 512).

³³ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 283.

³⁴ Ricardo Luís Lorenzetti não demonstra clareza acerca de qual das duas teorias adota: eficácia direta ou indireta (*Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 259).

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 224.

³⁶ MARTÍN VIDA, María Ángeles, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., p. 194.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 227.

³⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 514.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 224. Segundo Vieira de Andrade, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados

cases, embora subordinados aos contornos interpretativos concedidos pelas normas jusfundamentais, continuassem a ser decididos sob o pálio do Direito Privado. Dessa forma, “*no obstante la influencia jusfundamental, las normas del derecho privado deberían seguir siendo normas de derecho privado y los derechos y deberes por ellas fundamentados, derechos y deberes de derecho privado*”.⁴⁰

No fundo, a particularidade da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não se concentra, consoante adverte Jiménez Campo⁴¹, na proteção ou não de dois bens juridicamente tutelados, mas sim em identificar qual órgão estatal será responsável pela promoção dessa tutela: o legislador ou o juiz.⁴²

Impende ressaltar, entretanto, que para essa assertiva ser considerada válida, é indispensável que se conceba, juntamente com Alexy⁴³, que o Estado, além do próprio dever de não-ingerência, deve assegurar a proteção dos direitos fundamentais em relação a violações praticadas por particulares. Trata-se, por conseguinte, do exercício de um direito constitucional subjetivo em face do Estado para que promova as medidas “*facticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imponibilidad y la imposición de esta demarcación*.”⁴⁴

Por mais que se admita esse dever estatal de promover a proteção dos direitos fundamentais em relação a violações praticadas por particulares, a premissa carece de precisão normativa e os problemas começam com a definição do que seja essa hipotética obrigação de proteção pelo Estado e o seu respectivo alcance.⁴⁵

realizariam uma filtragem no conteúdo das normas jusfundamentais, de sorte a manter o espírito jusprivatístico (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 279).

⁴⁰ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 512.

⁴¹ Apud BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., p. 284.

⁴² SOMBRA, Thiago Luís Santos, *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais, cit.

⁴³ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 435.

⁴⁴ Ibidem, p. 436.

⁴⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., p. 285. Bilbao Ubillos ainda acrescenta os seguintes questionamentos: “*Se les podrían exigir responsabilidades a los poderes públicos por no haber prestado la debida protección en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas? Es ese deber*

Diante das considerações anteriormente elaboradas, verifica-se que as críticas apresentadas à teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais são absolutamente pertinentes⁴⁶. As inúmeras vicissitudes conceituais e ideológicas dessa teoria conduziram seus defensores a uma seara repleta de incertezas⁴⁷, visto que o excessivo apego às premissas vinculadas aos ideais liberais fez com que ignorassem os atributos essenciais das normas jusfundamentais: fundamentalidade e aplicabilidade direta.⁴⁸

2.1.1 A imprescindível intervenção do legislador como forma de estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares

De acordo com a corrente doutrinária que defende a eficácia mediata dos direitos fundamentais, incumbe ao legislador, em um primeiro momento, o dever de concretizar e estender o alcance dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Somente ao legislador, detentor da legitimidade representativa dos interesses sociais, compete fixar os parâmetros para a delimitação do conteúdo normativo dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas – com vistas a evitar possíveis tensões entre eles –, sob pena de subverterem-se as bases do Estado Social e Democrático de Direito. Por conseguinte, os direitos fundamentais apenas desprenderiam seus efeitos perante as relações

general de protección justiciable? O lo que es lo mismo, puede ser objeto de fiscalización judicial su eventual incumplimiento perjudicado, o sólo cabe el control político?”

⁴⁶ Para Juan María Bilbao Ubillos, “ese temor, unido a la convicción de que la concepción tradicional, aplicada a rajatabla, es insostenible, lleva a muchos a adoptar las versiones ‘templadas’ de la eficacia mediata que, a nuestro juicio, no ofrecen una respuesta satisfactoria al problema de la libertad contra los particulares” (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 270); AGUIAR DE LUQUE, Luis, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión*, cit., p. 7. Para Luis Prieto Sanchís, “esta eficacia mediata no explica suficientemente el papel que pueden desempeñar los derechos fundamentales en las relaciones privadas, sino que representa tan sólo un corolario de la afirmación de la Ley fundamental como norma jurídica y del principio de interpretación conforme la misma” (*Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 211-212).

⁴⁷ Para Rafael Naranjo de la Cruz, “no existe necesidad alguna de recurrir a la teoría de la emanación, puesto que la incidencia que los derechos fundamentales despliegan sobre las normas del Derecho privado se realiza de forma directa” (*Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe* cit., p. 213).

⁴⁸ É oportuno lembrar que a teoria fora construída notadamente para situações de igualdade fática, pois, segundo autores como José Carlos Vieira de Andrade, mesmo diante da teoria da eficácia indireta, as situações de poder social ou privado sujeitar-se-iam à eficácia direta das normas jusfundamentais.

jurídico-privadas a partir do exercício da atividade legislativa⁴⁹ e, ainda, em conformidade com o grau de intensidade dela⁵⁰. Aliás, essa já parecia ser a posição de Clóvis do Couto e Silva, *verbis*:

“O dissídio de opinião iniciou-se em torno dos denominados *restrictive covenants*, i. é, de cláusulas que impossibilitem, por exemplo, seja efetuada sublocação para pessoas de determinada raça ou cor. Postular-se-ia a aplicação, numa relação contratual de direito privado, entre particulares, de uma garantia que se parece dirigir, tão-somente, aos vínculos entre Estado e indivíduo.

Por certo, existem determinados direitos inalienáveis, como os de decisão em questões de crença e consciência, como os direitos à vida ou à liberdade individual, que se manifestam tanto perante o Estado como perante os indivíduos *ut singuli*. Qualquer contrato, em que se abolisse ou restringisse um desses direitos, seria, *ipso facto*, nulo.

Mas também direitos de outras categorias, assegurados na Constituição, aplicam-se às relações entre particulares. Não seria exato, entretanto, pensar que todas as disposições constitucionais, endereçadas ao indivíduo, refletem-se de forma imediata no direito civil ou comercial. Geralmente faz-se mister a existência de lei ordinária.”⁵¹

Conquanto o legislador também esteja sujeito à observância dos direitos fundamentais, especialmente sob o aspecto da proteção do núcleo essencial, não se pode imiscuir na função de realização deles também nas relações entre particulares. Sempre que necessário, o legislador deve almejar uma justa ponderação dos valores em tensão, de modo a resguardar a proteção daquele que receba maior atenção por parte da ordem jurídico-constitucional.⁵²

⁴⁹ Essa a posição de: MOOR, Fernanda Stracke. Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Imprensa Nacional, ano 38, n. 152, p. 294, out./dez. 2001.

⁵⁰ Ademais, é importante acrescentar que “*de la impresión de que la eficacia mediata de estos derechos, a través de la acción legislativa, no plantea ningún problema, cuando, en realidad, está sujeta a los mismos límites que la hipotética eficacia inmediata. Es claro, por ejemplo, que ninguna ley puede suprimir las libertades básicas del Derecho privado. La optimización de la tutela de los derechos fundamentales no puede servir de pretexto para una política legislativa que termine aniquilando la autonomía privada*” (BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 290). Eis uma das razões a mais pela qual o dirigismo contratual não implicou a total derrocada da autonomia privada.

⁵¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 23-24.

⁵² Por sinal, Juan Maria Bilbao Ubillos, ressalta que o legislador dispõe de uma estreita margem de atuação, pois, ao passo que de um lado deve conferir primazia ao núcleo essencial de um direito

Não restam dúvidas, portanto, de que a lei consubstancia o mecanismo teoricamente mais apropriado, em termos de segurança jurídica e isonomia, para a concretização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁵³, todavia devem ser considerados dois aspectos de fundamental importância: a omissão inconstitucional e a incapacidade legislativa de dirimir todas as possíveis tensões entre direitos fundamentais em abstrato. Bilbao Ubillos, aliás, expõe com precisão as razões pela quais, em princípio, a tarefa de extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares deveria ser exercida pelo legislador:

*“Esta competencia se fundamentaría en dos argumentos, que me parecen substancialmente válidos. En primer lugar, la concreción legislativa de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, mediante la promulgación de leyes antidiscriminatorias, por ejemplo, comporta muchas veces limitaciones de la libertad individual, que deberían imponerse por el legislador (art. 53.1 CE). Y en segundo lugar, el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales ‘constituye una opción de política legislativa porque la Constitución no impone un nivel determinado..., sino unicamente un nivel mínimo’.”*⁵⁴

Os argumentos acima esposados realmente possuem o condão de justificar a primordialidade concedida à atividade legislativa, contudo, dever-se-ão sempre observar os estreitos limites concedidos ao legislador para a realização desse mister⁵⁵, ante o risco iminente e sempre permanente de incidência em inconstitucionalidade⁵⁶. Conforme ressaltado anteriormente, a

fundamental, de outro, deve resguardar o cerne da autonomia privada, também compreendida como um direito fundamental – direito fundamental de liberdade (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 290-291).

⁵³ Para Juan María Bilbao Ubillos, “*cualquiera que sea la postura que se mantenga respecto de la ‘Drittwirkung’, el protagonismo del legislador, en primera línea, es un dato unánimemente reconocido*” (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 291).

⁵⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 292.

⁵⁵ Claus Wilhelm Canaris apresenta conclusões já exaustivamente debatidas, ao afirmar que os direitos fundamentais vigoram diretamente em face das normas de direito privado (*Direitos fundamentais e direito privado*, cit., p. 36).

⁵⁶ Jiménez Campo, por sinal, adverte que em muitos casos a própria norma constitucional que consagra um direito fundamental contém uma exigência implícita que impõe que o legislador regule sua garantia *erga omnes*. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999. p. 293. Esse entendimento de Jiménez Campo merece ser entendido com reservas, ante

grande dificuldade existente na atribuição ao legislador da função primária de concretização e extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares pode ser desdobrada em dois aspectos iniciais: a impossibilidade jurídica do legislador de regular todas as pretensas situações de tensões entre direitos fundamentais nas relações entre particulares e a freqüente inércia inconstitucional do legislador.⁵⁷

A análise da primeira dificuldade corrobora a tese segundo a qual as tensões entre direito fundamentais somente podem ser dirimidas em concreto, uma vez que as nuances de cada caso fogem à previsibilidade, normalidade e exigibilidade de um exaustivo labor legislativo. O legislador dificilmente conseguirá apreender toda a complexidade cultural e social das relações jurídicas interindividuais, sobretudo em um país de dimensões continentais, de modo que sempre será imprescindível uma margem de atuação e concretização por parte dos juízes.

Ademais, conforme bem observa Bilbao Ubillos, a intervenção legislativa não terá um caráter constitutivo dos direitos e garantias individuais já assegurados no texto constitucional, senão, na pior das hipóteses, meramente declarativo⁵⁸. A lei não poderá erigir-se em um instrumento de transposição

a idéia de fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Por oportuno, impende consignar que uma das vias de atuação da atividade legislativa pode perfeitamente corresponder à tipificação penal de determinadas condutas, tais como a prática de crimes de racismo, discriminação etc. A título de ilustração, basta lembrar do recente julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal acerca da condenação de um escritor em virtude da elaboração e publicação de livro de conotação anti-semita.

⁵⁷ A despeito da jurisprudência consagrada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do MI n. 107 (rel. Min. Moreira Alves), é possível constatar, por meio do julgamento dos MI ns. 670 e 712 (rel. Min. Gilmar Mendes e Min. Eros Grau, com pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski), uma tendência de modificação de posicionamento em torno do mandado de injunção.

⁵⁸ Segundo Juan María Bilbao Ubillos, *“la Constitución habilitaría al legislador para proyectar, parcial o totalmente, el contenido de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados. Pero el resultado de es proyección no sería la creación de nuevos derechos fundamentales, ahora sí eficaces erga omnes, a partir de los genuinos (que se ostentan frente al estado), sino el reconocimiento de meros derechos de naturaleza legal, con las consecuencias que de ello se derivan”* (La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., p. 297). Sob o aspecto da máxima efetividade das normas constitucionais, a impressão que sobressai é de que este argumento carece de fundamentação lógica. O emprego do argumento apagógico ou de redução ao absurdo de Chaïm Perelman – que resolve a controvérsia de forma a supor que o legislador é sensato e que jamais poderia ter admitido uma interpretação de lei que gerasse consequências ilógicas – certamente fornece os elementos necessários para refutar essa indispensável atividade de transposição do legislador (*Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 79-80).

das normas jusfundamentais para o Direito Privado, ante o pretexto de serem insuficientes para reger as relações privadas. Esse equivocado entendimento, aliás, inverte a ordem de compreensão do ordenamento⁵⁹, porquanto sujeita a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares à “indispensável” intervenção legislativa⁶⁰. Os direitos fundamentais nada seriam sem o legislador, apregoariam os mais fanáticos.

Ainda que exaurida a atividade legislativa, não subsiste razão para refutar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas⁶¹. Mesmo que não se esteja ante um caso de omissão legal⁶², não pairam argumentos robustos para sujeitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares à atuação do legislador, visto que as normas jusfundamentais possuem aplicabilidade direta, nos termos em que preconiza o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988. Subordinar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a uma prévia conveniência e discricionariedade legislativa significa, em verdade, transformar os direitos fundamentais em direitos meramente legais, além de negar a aplicabilidade direta⁶³ e a fundamentalidade que lhes é inerente⁶⁴.

⁵⁹ Para José Carlos Vieira de Andrade, “já não se pode dizer que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei ou que valem apenas com o conteúdo que por estas lhe é dado, porque a Constituição vincula positivamente o legislador e uma lei não terá valor jurídico se atentar contra a norma constitucional que consagra um direito.” (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 255).

⁶⁰ Para Marc Carrillo, “*la interpositio legislatoris no es, pues, condición necesaria para su exigibilidad jurídica ante los tribunales*” (*La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995. p. 34).

⁶¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 141: “Nenhuma questão de direito privado, e, em especial, a dos limites da liberdade contratual, se resolve automaticamente pela teoria da função de tutela dos direitos fundamentais”. No mesmo sentido, manifesta-se esse autor: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. 74, p. 744-746, 1998.

⁶² Segundo os defensores da teoria da eficácia mediata, dentre eles Hesse e Alfaro (apud BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 297), sequer no silêncio da norma os juízes estariam autorizados a aplicar diretamente os direitos fundamentais. Nessa hipótese, somente por intermédio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados seria factível a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 257.

⁶⁴ Para Juan María Bilbao Ubillos, “*eficacia inmediata y eficacia mediata a través de la ley no son, pues, modalidades incompatibles*” (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 299). A partir das premissas de

A corroborar a referida argumentação, é mister colacionar o entendimento de Bilbao Ubillos:

“En no pocos casos, el derecho fundamental se podrá invocar directamente, en ausencia de una regulación legal, y podrá obtenerse la oportuna satisfacción, una vez que el juez lleve a cabo, de acuerdo con sus propios criterios, la preceptiva ponderación.

*A nuestro juicio, un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, nos es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible con esta caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide. De ahí que el término ‘eficacia mediata’ nos parezca equivoco. Quienes defienden la necesidad de una mediación legal como paso obligado para el reconocimiento del derecho están negando, en realidad, la eficacia ‘horizontal’ de los derechos fundamentales, en cuanto tales.”*⁶⁵

Por outro lado, convém destacar que a realização dos direitos fundamentais no Estado Social de Direito não se submete ao alvedrio do legislador, pois o constituinte assegurou a aplicabilidade direta aos direitos fundamentais justamente com o intuito de evitar que estes ficassem à mercê da atividade legislativa⁶⁶. Conquanto o constituinte também tenha criado o mandado de injunção como ferramenta para combater as esdrúxulas omissões inconstitucionais⁶⁷, esse instituto sofreu severa restrição por parte do Supremo Tribunal Federal⁶⁸, o que, à evidência, demonstra que a necessi-

fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, a assertiva de Juan Maria Bilbao Ubillos deve ser compreendida em termos, uma vez que existem diferenças significativas entre ambas as correntes.

⁶⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 297.

⁶⁶ Para José Carlos Vieira de Andrade, mesmo que a lei não existisse, as normas jusfundamentais seriam diretamente aplicáveis (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 258-259).

⁶⁷ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 129-160.

⁶⁸ STF – MI n. 107/DF, Tribunal Pleno, rel. Moreira Alves, j. 21.11.1990, DJU, de 02.08.1991, p. 9.916; MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 71-78 e 439-472; Cf. MI ns. 670 (rel. Min. Gilmar Mendes) e n. 712 (rel. Min. Eros Grau), ambos pendentes de pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski.

dade de intervenção do legislador para a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares apenas encaminha o problema para outra seara ainda mais tormentosa.

2.1.2 *A mediação judicial como forma de garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações inter privados: a função das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados*

Com o intuito de sanar a insuficiência da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais mediante a atuação legislativa, a atividade judicial fora enxergada como uma alternativa para a penetração dos direitos fundamentais no Direito Privado⁶⁹, o que, por sinal, deveria ocorrer por intermédio da atividade de integração dos juízes, viabilizada pelas cláusulas gerais⁷⁰ e pelos conceitos indeterminados do Direito Privado⁷¹. Ao ensejo, impende consignar que o cerne dessa teoria ampara-se na incapacidade das disposições constitucionais em assegurar a resolução imediata das tensões de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, de modo que somente a intervenção judicial poderia conferir o exato conteúdo e alcance nessas hipóteses de conflito.

De fato, os direitos fundamentais atuariam definindo o conteúdo das cláusulas gerais e determinando a projeção das normas jusfundamentais sobre o Direito Privado, de sorte a manter incólume a autonomia e independência desse ramo do Direito⁷². As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados funcionariam como verdadeiros filtros das normas jusfundamentais⁷³, o que

⁶⁹ Para a compreensão desse tema: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

⁷⁰ Acerca da compreensão da função exercida pelas cláusulas gerais no ordenamento jurídico ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 304-308.

⁷¹ Para Harriet Christiane Zitscher, amparada na posição de Konrad Hesse, “do ponto de vista constitucionalista, um efeito direto dos direitos fundamentais entre indivíduos teria dois problemas graves: primeiro, limitaria de maneira inconstitucional a autonomia privada garantida pelo art. 2, I, Lei Fundamental e, segundo, violaria o princípio do Estado de direito por causa da imprecisão dos limites na sua aplicação” (*Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 175).

⁷² BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 303.

⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 295.

impediria uma inoportuna e incontrollável influência dessas sobre o Direito Privado. Para a referida corrente doutrinária, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados foram concebidos pelo legislador exatamente para permitir uma relativa margem de atuação aos juízes diante de tensões de direitos em concreto. Por meio desses mecanismos, os juízes poderiam manter o Direito Privado em um processo de constante oxigenação e confluência com os anseios sociais, o que evitaria a idéia de incompletude⁷⁴ ou insuficiência.⁷⁵

Convém destacar, outrossim, que a premissa menor sobre que se assenta a aludida teoria está vinculada à compreensão dos direitos fundamentais enquanto componentes de uma ordem objetiva de valores, na qual o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa o eixo de gravidade⁷⁶. Os direitos fundamentais se projetariam nas relações *inter privatos* à medida que seus conteúdos estivessem materialmente associados à proteção da dignidade da pessoa, enquanto valor absoluto de um ordenamento jurídico.

Essa idéia de uma ordem objetiva de valores ocasiona uma inequívoca eficácia irradiante dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, o que possibilita aos juízes captarem esses direitos na infinda nebulosa constitucional, com vistas a concretizar o conteúdo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Em razão da força expansiva dos direitos fundamentais, corporificada na eficácia irradiante e na ordem objetiva de valores, esses direitos projetar-se-iam sobre todas as relações jurídicas, superando, pois, a estagnada incomunicabilidade entre o Direito Civil e o Direito Constitucional⁷⁷: eis a sua eficácia multidirecional.

⁷⁴ Acerca da fictícia existência de lacunas no ordenamento ver: KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 212-214).

⁷⁵ Gustavo Tepedino pondera que “o legislador contemporâneo, instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes normativas, formais e informais, nacionais e supranacionais, codificadas e extracodificadas, deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagra expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramento axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que todas as demais regras do sistema, respeitados os diversos patamares hierárquicos, sejam interpretadas e aplicadas de maneira homogênea e segundo conteúdo objetivamente definido.” (O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12).

⁷⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 303-304.

⁷⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 304.

A primazia desse posicionamento acerca da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares mediante a intervenção judicial – a partir de uma ordem objetiva de valores – foi firmada no célebre caso *Lüth-Urteil*⁷⁸ (BverfGE 7,198), de 15 de janeiro de 1958. O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), acolhendo a tese de Dürig, julgou procedente a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) proposta por Lüth, um diretor de uma agência de publicidade de Hamburgo, para cassar o acórdão do Tribunal *a quo*, que o havia condenado em obrigação de não fazer e indenização por danos morais e materiais, em virtude de um boicote público incitado contra um filme do diretor de cinema V. Harlan, suspeito de complicitade e publicidade do anti-semitismo e nazismo.⁷⁹

Em que pese a data do acontecimento, o caso Lüth possui contornos extremamente interessantes e atuais. Durante um festival de cinema ocorrido em meados de 1950, Lüth, na condição de membro de uma associação de indivíduos que buscava encerrar as divergências entre cristãos e judeus, dirigiu-se publicamente, por intermédio dos meios de comunicação, a vários diretores e produtoras de cinema, com o intuito de evitar que comercializassem o filme de Harlan. Irresignada, a produtora do filme de Harlan ingressou com uma ação de obrigação de não fazer cumulada com perdas e danos para obrigar Lüth a cessar o boicote público ao filme.⁸⁰

Condenado em primeira instância, Lüth interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Apelação de Hamburgo, o qual negou provimento ao recurso, ao sustentar a inocorrência de violação de seu direito fundamental de liberdade de expressão. Inconformado com o posicionamento do Tribunal de Hamburgo⁸¹,

⁷⁸ CANARIS, Claus Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., p. 30.

⁷⁹ O caso se assemelha muito ao recente julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 82.424/RS, no qual Siegfried Ellwanger, um escritor gaúcho, publicou um livro com conteúdo notadamente anti-semita. Acerca dos detalhes do caso Lüth-Urteil, cf.: BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 306-308.

⁸⁰ A argumentação da produtora centrava-se no artigo 826 do *Bürgerlich Gesetzbuch* (BGB), segundo o qual aquele que dolosamente causar dano a outrem, de forma contrária aos bons costumes, tem o dever de indenizar.

⁸¹ Outra questão subjacente de relevante importância refere-se ao surgimento de uma violação de um direito fundamental, por parte do juiz ou Tribunal, em decorrência da apreciação de uma lide envolvendo tensões entre direitos. Para os que negam a *Drittwirkung*, essa seria uma típica situação apta a demonstrar, a fundo, que se estaria sempre diante de uma violação praticada pelo Estado, e não por particulares. O equívoco desse entendimento reside no fato de que, por mais que o Tribunal *ad quem*

Lüth recorreu ao Tribunal de Karlsruhe, persistindo no argumento referente à violação de seu direito fundamental de liberdade de expressão. Quanto à solução dada pelo *Bundesverfassungsgericht*, impende trazer à baila a preleção de Bilbao Ubillos:

“El Tribunal Constitucional Federal comienza por reconocer que la Ley Fundamental es un ordenamiento ligado a valores, rechazando expresamente una interpretación positivista desvinculada de todo fundamento axiológico. Aunque admite que los derechos fundamentales están destinados, en primer término, a salvaguardar la esfera de libertad individual de las posibles injerencias de los poderes públicos, afirma, sin embargo, que la Constitución no ha reglado en el capítulo de los derechos fundamentales ‘un orden objetivo de valores’, fundado en el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el seno de la comunidad social, que ‘debe valer como decisión fundamental del Derecho Constitucional para todas las ramas del Derecho’.

(...)

En este caso el Tribunal Constitucional anuló la resolución del tribunal civil por haber prescindido de la influencia de los valores que subyacen a los derechos fundamentales en el Derecho privado. El tribunal a quo tenía que haber comprobado, por imperativo constitucional (art. 1.3 GG), si las normas del Derecho civil aplicables al caso estaban en sintonía con esos valores. Establecida esa vinculación, el conflicto entre la ley y los derechos fundamentales debe resolverse mediante la regla de la ‘ponderación de bienes’ (Güterabwägung), pero respetando, en todo caso, el contenido de valor esencial del derecho fundamental. En el conflicto que enfrentaba a Lüth y Harlan, esa ponderación debería haber conducido a una preferencia en favor de la libertad de expresión, una libertad de extraordinaria relevancia en un Estado liberal-democrático, pese a la función delimitadora de la ley.”

conceda provimento ao recurso e reforme ou casse a sentença ou acórdão – e, portanto, faça cessar a ofensa ao direito público subjetivo em face do Estado –, ainda assim a violação por parte do particular terá existência autônoma. Ambas as violações ocorrem em planos e momentos distintos, de sorte que terão, invariavelmente, existência paralela e independente. Nesse sentido é o posicionamento de María Ángeles Martín Vida: “(...) las decisiones de los Tribunales ordinarios nunca son el origen directo e inmediato de la violación de derechos fundamentales que se producen en las relaciones inter privados; en esos casos, el origen directo e inmediato de la violación es la conducta del particular que lesiona un derecho fundamental de outro, mientras que la sentencia del órgano jurisdiccional que no tutela debidamente al particular dañado violaría en su caso aquel derecho fundamental de forma mediata (...)” (La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, cit., p. 200).

Outro julgado paradigmático do *Bundesverfassungsgericht* foi o caso Blinkfuer, um periódico pró-comunista que, em meados de 1960, sofreu uma forte represália por parte dos distribuidores, em virtude da pressão realizada pelo poderoso grupo editorial Springer – controlador do mercado de informação – para que eles não vendessem as publicações de Blinkfuer sobre os programas de rádio e televisão das antigas emissoras da Alemanha Oriental⁸². Conquanto esse caso seja extremamente semelhante ao caso Lüth-Urteil, sua peculiaridade encontra-se no poder privado ou social do grupo editorial Springer. Ao contrário do boicote promovido por Lüth, que não se valeu de nenhuma circunstância de desigualdade social, o grupo Springer somente logrou êxito em seu boicote graças ao poder social ou privado que dispunha⁸³. Dessarte, “*el factor decisivo para el reconocimiento del derecho a percibir una indemnización fue la posición de supremacía en el mercado del grupo que convocó el boicot, su ‘extraordinario poder social’*.”⁸⁴

Em ambos os casos, por mais que as premissas fossem distintas – afinal, em Lüth se constata uma situação de relativa igualdade social, ao passo que em Blinkfuer percebe-se a manifestação do poder social ou privado do grupo editorial Springer –, o *Bundesverfassungsgericht* reconheceu a existência de um ordem objetiva de valores, cujas conseqüências poderiam ser

⁸² BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 309.

⁸³ Segundo Juan María Bilbao Ubillos, “*la poderosa posición económica del grupo ‘Springer’, que controlaba en buena medida el mercado de la información, y la velada amenaza suspender como represalia el suministro de sus publicaciones fuer suficientes para privar a las personas a las que se dirigió de la capacidad de decidir libremente. El hecho de que el promotor del boicot posea un considerable poder económico no convierte el boicot en inadmisible, automáticamente. La Constitución no impide a los económicamente más poderosos participar en los debates intelectuales. Ahora bien, los medios empleados por los promotores deben ser constitucionalmente aceptables. El derecho fundamental a la libertad de expresión no ampara una convocatoria de boicot que no se apoya únicamente en la fuerza persuasiva de los argumentos intelectuales, sino también en el recurso a medios que privan a los afectados de su capacidad para extraer libremente sus conclusiones, sin presiones económicas. (...) Si el demandado se hubiera limitado a expresar su opinión en sus publicaciones o a invitar al boicot a sus lectores, su conducta hubiera sido constitucionalmente inobjetable. Como lo fue en el caso ‘Lüth’. El llamamiento de éste al boicot fue simplemente una apelación a la responsabilidad política y a la conciencia moral de la audiencia. Lüth no disponía de medios de coerción sobre los destinatarios para reforzar la actividad de su llamamiento. Por otro lado, la empresa recurrente dependía para su subsistencia de ese sistema de distribución a través de los kioscos de prensa*” (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 310). Por oportuno, vale à pena conferir também o caso Springer-Wallraff (BverfGE 66,116).

⁸⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 309-310.

mensuradas a partir da idéia de uma eficácia irradiante para todos os setores do ordenamento jurídico.

A idéia de uma ordem objetiva de valores, incorporada à teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares – também aceita, em parte, pelo Tribunal Constitucional espanhol⁸⁵ – seria o mecanismo ideal para facilitar a atividade de concretização a ser realizada pelos juízes, por meio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados⁸⁶. Os direitos fundamentais restringir-se-iam a informar e conduzir a prática judicial na condição de critérios interpretativos, de modo que somente nas hipóteses de lacuna⁸⁷ ou redação ambígua de lei poderiam ser invocados a concretizar o conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados⁸⁸. A partir desses pressupostos teóricos, Bilbao Ubillos, sob outra perspectiva, oportunamente questiona qual seria, então, a diferença existente entre a teoria da eficácia mediata por intermédio da atividade judicial e a interpretação conforme a Constituição:

*“No veo ninguna, francamente. A la misma solución se puede llegar (con cláusulas generales o sin ellas) aplicando en el momento de interpretar las normas de Derecho privado el principio general. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la esfera del Derecho privado no aporta, en realidad, nada de nuevo.”*⁸⁹

⁸⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 322-323.

⁸⁶ Um outro caso julgado pelo *Bundesverfassungsgericht*, e que, por sinal, guarda muitas semelhanças com os casos relativos a pessoas que professam a religião Testemunhas de Jeová no Brasil, suscita a polémica em torno da impossibilidade de realização de transfusão de sangue em razão da religião de um paciente à beira da morte. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional cassou o acórdão do Tribunal *a quo*, que havia condenado os médicos por omissão do dever de socorro, sob o fundamento de que ele não tinha considerado a eficácia expansiva do direito fundamental à liberdade religiosa (BverfGE 32, 98, 106, apud BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 310). Acerca da manifestação realizada por um grupo de pregadores Testemunhas de Jeová em um condomínio privado, cf. também: TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 1988. p. 1.689.

⁸⁷ Essa parece ser a posição de José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 291).

⁸⁸ Ainda que os juízes se deparem com um preceito normativo expresso no Código Civil hábil a dirimir determinada controvérsia, nada impede que apliquem (diretamente) uma norma jusfundamental em conjunto. Aliás, por apreço ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, recomenda-se essa operação.

⁸⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 313.

A rigor, reconhecer primazia à teoria da eficácia mediata por intermédio da atividade judicial significa, à evidência, negar a *Drittwirkung*, pois, ao se impor a necessidade de prévia concretização do conteúdo normativo das cláusulas gerais ou dos conceitos indeterminados como condição de extensão dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas, o que se estará a aplicar é uma norma de Direito Privado⁹⁰. Apenas indiretamente os direitos fundamentais teriam eficácia no bojo das relações entre particulares, o que, à semelhança da imprescindível intervenção do legislador, representa uma nítida inversão de valores.⁹¹

Além das referidas imprecisões, a teoria da eficácia mediata também é criticada pela dificuldade inerente à compreensão dos direitos fundamentais enquanto elementos de uma ordem objetiva de valores⁹². Conforme bem observa Alexy⁹³, mais complicado do que sustentar a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, em verdade, é a dificuldade em se identificar o que seria essa ordem objetiva de valores sustentada pelo *Bundesverfassungsgericht*:

“La aceptación de principios objetivos de un nivel supremo de abstracción tiene ventajas e inconvenientes. Las ventajas residen en su flexibilidad. En tanto puntos de partida de fundamentaciones dogmáticas de exigencias jusfundamentales estructural y materialmente muy diferentes, son utilizables en todos los ámbitos del sistema jurídico. el inconveniente reside en su imprecisión. Invitan a una de las formas más oscuras de la fundamentación jurídica, a la ‘deducción’ o ‘derivación’ de un contenido concreto a partir de principio abstractos. (...)

*Por eso, la tesis según cual las disposiciones jusfundamentales hay que adscribir principios supremos que irradian en todos los ámbitos del sistema jurídico no es ni falsa ni inadecuada sino que sólo dice poco. Quedan pendientes las cuestiones de saber de qué forma se lleva a cabo esta influencia y qué contenido tiene.”*⁹⁴

⁹⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 313.

⁹¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O STJ e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1243>>. Acesso em: 31 mar. 2007.

⁹² ESTRADA, Julio Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 122-125.

⁹³ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 508.

⁹⁴ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 510.

O que se tem constatado na doutrina contemporânea é uma notável imprecisão na formulação de soluções normativas acerca de direitos fundamentais, visto que os intérpretes, sempre que se deparam com *hard cases*, na melhor acepção de Dworkin⁹⁵, procuram criar novas teorias ou se apegam a outras extremamente insuficientes, quando, à evidência, poderiam superar tais obstáculos com o simples emprego de institutos amplamente consagrados, tais como o de fundamentalidade e aplicabilidade direta. Em que pesem os argumentos em contrário, a devida apreensão desses dois institutos é capaz de conduzir os juristas a caminhos mais seguros e precisos em grande parte dos debates sobre direitos fundamentais, sem que seja necessário invocar os conceitos de eficácia irradiante ou de ordem objetiva de valores⁹⁶. A consolidar a tese acima explicitada, vale colacionar o ensinamento de Gilmar Mendes:

“A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta senão impossibilita uma decisão clara sobre os valores que hão de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão.”⁹⁷

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

⁹⁶ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a “doutrina e a jurisprudência germânicas preferem associar a *Drittwirkung* ao problema da irradiação da ordem constitucional dos direitos fundamentais para a ordem jurídico-civil” (Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?: a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno, cit., p. 110). Às vezes, a mais simples fórmula é capaz de resolver grande parte dos problemas, sem que sejam necessários maiores embates acerca de criações teóricas mirabolantes. Nesse sentido, Luis Prieto Sanchís assevera que é conhecida “*el énfasis con que el Tribunal Constitucional viene defendiendo esa dimensión objetiva de los derechos fundamentales como sistema de valores que proporciona ‘contenidos básicos’ al conjunto del ordenamiento, como filosofía política que subyace al modelo del Estado social y democrático de Derecho y que, por tanto, há de informar todo el sistema jurídico*” (*Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 211). Ainda que de forma vacilante, o Bundesverfassungsgericht também parece se inclinar por esse entendimento, consoante adverte Gilmar Mendes Ferreira: “Entendeu o Bundesverfassungsgericht que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado.” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, cit., p. 224). Cf.: BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., p. 288; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., p. 124.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, cit., p. 228.

Em suma, é perfeitamente plausível a conclusão segundo a qual a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, por intermédio da atividade judicial, conduz a um verdadeiro beco sem saída, sob a perspectiva eminentemente normativa dos direitos fundamentais. A *mittelbare Drittwirkung* consubstancia, de fato, uma construção artificial e artificiosa para afastar a eficácia direta dos direitos fundamentais⁹⁸ e relegar a segundo plano a exata apreensão dos conceitos de fundamentalidade e aplicabilidade direta.

2.2 A teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*)

Sob o manto da Lei Fundamental de Bonn, Hans Carl Nipperdey, presidente do *Bundesarbeitsgericht* (o Tribunal Federal do Trabalho alemão) foi o grande idealizador da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para esse autor, o fundamento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pode ser retirado da concepção deles enquanto valores que emergem por todo o ordenamento, ou seja, como uma decorrência inevitável do princípio da unidade do ordenamento jurídico e da força normativa da Constituição.⁹⁹

Um dos fatores que mais contribuiu para a criação da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi a concepção de uma Constituição normativa democrática¹⁰⁰, a qual deveria preconizar pela supremacia de uma série de princípios e valores emergentes na sociedade¹⁰¹. Desse modo, a força normativa da Constituição, consubstanciada em sua fundamentalidade e supremacia, jamais poderia conceber que a ordem jurídico-privada ficasse alheia às normas jusfundamentais e formasse um inequívoco “gueto à margem da Constituição”.¹⁰²

⁹⁸ Juan María Bilbao Ubillos observa que a mediação judicial também é indispensável para delimitar o conteúdo normativo dos direitos fundamentais nas relações jurídico-públicas e nem por isso se sustenta uma eficácia indireta (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 318 e 321).

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 121.

¹⁰⁰ TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006. p. 115.

¹⁰¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, cit., p. 193.

¹⁰² BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 258-259; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 288.

Nipperdey propugna, ainda, que os direitos fundamentais deveriam ser dotados de uma eficácia absoluta¹⁰³, o que lhes permitiria incidir de forma ampla e irrestrita em todas as relações estabelecidas entre particulares¹⁰⁴. Em verdade, fugir a uma construção em torno da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares corresponderia, segundo Nipperdey, a atribuir às normas jusfundamentais uma conotação meramente declaratória, isto é, algo totalmente contraditório com sua essência.¹⁰⁵

As normas jusfundamentais não careciam, pois, de qualquer mecanismo de adaptação para que pudessem gozar de plena eficácia direta no âmbito das relações jurídico-privadas, vez que a fundamentalidade e a aplicabilidade direta lhes assegurariam todo o aparato necessário para a realização de suas funções de proteção constitucional¹⁰⁶. Ora, por óbvio que possa parecer, é importante esclarecer que a admissibilidade da teoria da eficácia imediata representa o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais, sem qualquer espécie de mediação concretizadora¹⁰⁷. Aliás, com Bilbao Ubillos

¹⁰³ LIMA, Maria Rosynete de Oliveira, Direitos fundamentais e relações entre particulares, cit., p. 77.

¹⁰⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, op. cit., p. 186.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., p. 122; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, *Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais*, cit., p. 172.

¹⁰⁶ Robert Alexy adverte que inicialmente deve ser perquirido o que significam esses efeitos imediatos perante particulares e, em seguida, responde com o argumento *a contrario sensu*: “*Primero, un efecto inmediato en terceros no puede consistir en que los derechos del ciudadano frente al Estado sean, al mismo tiempo, derechos del ciudadanos frente a los ciudadanos. Esto está excluido por razones conceptuales y no es sostenido por ningún representante de la teoría de los efectos inmediatos en terceros. Por definición, un derecho del ciudadano frente al Estado no es, en tanto tal, un derecho del ciudadano frente a outro ciudadano. Segundo, no puede llegarse a un efecto inmediato en terceros cambiando simplemente el destinatario de los derechos fundamentales frente al Estado. (...) Por efecto inmediato en terceros hay que entender una tercera cosa. Ella consiste en que, por razones jusfundamentales, en la relación ciudadano/ciudadano existen determinados derechos y no-derechos, libertades y no-libertades, competencias y no-competencias que, sin estas razones, no existirían. Si se define de esta manera el concepto de efecto inmediato en terceros, de la teoría de los efectos mediatos en terceros y de los efectos en terceros a través de la mediación del Estado, surge un efecto inmediato en terceros.*” (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 520-521).

¹⁰⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 325. Para María Ángeles Martín Vida, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares “*supone, por tanto, que éstos rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas, lo cual es incuestionable en relación a algunos derechos pero más dudoso respecto a otros*” (MARTÍN VIDA, María Ángeles, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., p. 18). Ver também: ESTRADA, Julio Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., 2000, p. 103).

deve-se concordar, quando assevera que a partir da noção de caráter normativo da Constituição, jamais poderíamos ignorar a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais:

*“Podemos discutir en qué medida rigen los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero creo que, si se toma en serio el carácter normativo de la Constitución (la ‘Drittwirkung’ sería algo así como la última frontera de la Constitución normativa), no se puede negar, a limine y categóricamente, cualquier atisbo de eficacia directa en este ámbito.”*¹⁰⁸

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais permite que o hermenauta disponha de mecanismos mais eficazes para a pronta resposta contra qualquer ameaça de lesão a um direito fundamental¹⁰⁹, contudo convém registrar que a aplicação das normas jusfundamentais no bojo das relações jurídico-privadas não gera a transformação da natureza jurídica dessas normas¹¹⁰. Ao contrário do que preconizava a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais¹¹¹, sob o pálio da teoria da eficácia direta, a lide é resolvida perante o Direito Constitucional, especificamente em meio ao ambiente formado pelos direitos fundamentais.¹¹²

Em suma, a teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais encerra o entendimento de que, com ou sem o desenvolvimento da atividade legislativa, a norma jusfundamental deve ser aplicada precipuamente em uma sentença, e não como um mero critério interpretativo¹¹³. Sob outros argumentos, Bilbao Ubillos ainda acrescenta que *“la existencia de una norma legal que*

¹⁰⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 325.

¹⁰⁹ Esse também é o posicionamento de: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

¹¹⁰ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 513.

¹¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 277-278 e 285.

¹¹² Segundo Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino, “as normas constitucionais são dotadas de supremacia (decorrente da rigidez constitucional), elegem-se como as principais normas do sistema, não podem ser contraditas por qualquer regra jurídica, sendo precípua seu papel na teoria das fontes do direito civil” (A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 17, n. 65, p. 27, jul./set. 1993).

¹¹³ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 327; LIMA, Maria Rosynete de Oliveira, *Direitos fundamentais e relações entre particulares*, cit., p. 77; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 278.

reitere expressamente la regla o el principio enunciado en la Constitución no es óbice para que pueda hablarse de aplicación directa de la norma constitucional y de eficacia inmediata del derecho fundamental”¹¹⁴. Ora, mesmo nesses casos, impõe-se seja admitida a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, posto que a atividade do legislador será simplesmente declaratória, e não constitutiva. Nesse sentido, assevera Leonardo Mattietto:

“Tal aplicação deve ocorrer nas relações entre Estado e os indivíduos, bem como nas relações interindividuais, abrigadas no campo civilístico. Os valores e princípios constitucionais devem ter a sua eficácia reconhecida, ademais, não somente quando assimilados pelo legislador ordinários, que os tenha transposto para a legislação infraconstitucional, mas também diretamente às relações entre os indivíduos (a denominada eficácia direta), inclusive em virtude da determinação segundo a qual ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’ (Constituição, art. 5º, § 1º).”¹¹⁵

Os inúmeros críticos da teoria de Nipperdey, conforme lembra Aguiar De Luque¹¹⁶, afirmam que ela acaba por suprimir o princípio da autonomia privada, à medida que a aplicação de um direito fundamental em detrimento da autonomia da vontade acabaria por desfigurar o Direito Privado como um todo. Com efeito, a doutrina majoritária repudia a teoria da eficácia imediata, em razão das supostas dificuldades técnicas que apresentaria para resolver conflitos em concreto¹¹⁷, afinal, não se pode olvidar que fatalmente estar-se-á diante de

¹¹⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 327.

¹¹⁵ MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 167.

¹¹⁶ AGUIAR DE LUQUE, Luis, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión*, cit., p. 7.

¹¹⁷ Claus Wilhelm Canaris afirma de forma equivocada, data vênia, que: “Se, porém, generalizarmos este entendimento, ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas da autonomia privada. Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se consequentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais – teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade. Foi, pois, com razão que a teoria da eficácia imediata acabou por se não impor – o que, hoje em dia, dispensa maiores considerações.” (*Direitos fundamentais e direito privado*, cit., p. 51-52). A tese de Canaris apresenta uma substancial falácia, afinal, não paira nenhum óbice em anular um contrato que afete significativamente o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

dois titulares de direitos fundamentais¹¹⁸⁻¹¹⁹. Na esteira do posicionamento de Luis Prieto Sanchís¹²⁰, é importante que identifiquemos as reais consequências – danosas ou benéficas – a serem acarretadas pela eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e, ao ensejo, verificar, outrossim, de que forma os conteúdos desses direitos exercem alguma espécie de limitação (razoável) sobre a autonomia privada. Com vistas a afastar as possíveis refutações à teoria da eficácia imediata, em função da pretensa eliminação da autonomia privada, cumpre transcrever o ensinamento de Robert Alexy, *litteris*:

*“Es fácil refutar la objeción de que todo efecto inmediato en terceros conduce a una eliminación o limitación indebida de la autonomía privada. La propia autonomía privada, no sólo su limitación, es objeto de garantías jusfundamentales y, por lo tanto, del efecto en terceros. Una deficiencia de la discusión de los efectos en terceros ha sido que, a menudo, la cuestión de la limitación de la autonomía privada estaba en primer plano y su protección no era tratada como cuestión de igual rango. La forma como han de trazarse los límites de las competencias de derecho privado es una cuestión material y, en última instancia, un problema de ponderación.”*¹²¹

Diante das considerações anteriormente formuladas, é possível concluir que os direitos fundamentais não são direitos públicos subjetivos rígidos, os quais somente podem ser exercidos contra o Estado – e indefesos ao exercício da autonomia privada –, senão também em face dos particulares. O surgimento de tensões ou conflitos entre direitos fundamentais ou entre eles e outros bens cons-

¹¹⁸ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, cit., p. 171.

¹¹⁹ Para Maria Celina Bodin de Moares Tepedino, “o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado” (A caminho de um direito civil constitucional, cit., p. 28).

¹²⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 212.

¹²¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 522. Para Alexy, “más seriamente debe ser tomada la objeción según la cual un efecto inmediato en terceros, también del tipo presentado, es incompatible con el papel del derecho civil”. Com efeito, mesmo diante da admissibilidade da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, os conflitos somente poderão ser resolvidos em conformidade com o caso concreto. Dever-se-á verificar, à espécie, se a situação efetivamente requer a eficácia imediata de um direito fundamental (ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 280).

titucionalmente protegidos, enquanto resultado de uma eficácia direta, pode resultar na necessidade de imposição de limites, os quais, via de regra, poderão ser definidos pelo processo de concretização hermenêutica¹²². A partir das premissas de fundamentalidade e aplicabilidade direta, a normatividade dos direitos fundamentais afeta imediatamente todos os setores do ordenamento jurídico e todas as relações constituídas sob o seu pálio, sem a tão cotada imprescindibilidade de intervenção do legislador ou prévia concretização de cláusulas gerais.¹²³

2.3 A atribuição das lesões ao Estado: a visão de Schwabe

Em virtude dos peculiares contornos adquiridos por essa teoria dentro da compreensão sistêmica do fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, impende sejam tecidas breves considerações acerca de sua repercussão doutrinária. Deve-se a Jürgen Schwabe¹²⁴ o desdobramento teórico desse modelo alternativo – que Sarlet denomina de teoria da convergência estatista –, segundo o qual a manifestação da autonomia privada em uma relação entre particulares decorre primordialmente de uma autorização do Estado¹²⁵. Dessa forma, considerando ser a exteriorização da autonomia privada um produto da chancela estatal – o que ocorre por intermédio do Direito Privado¹²⁶ –, todas as ofensas a direitos fundamentais devem ser exclusivamente imputadas a esse ente.¹²⁷

¹²² Rafael Naranjo de la Cruz prefere atribuir ao princípio da proporcionalidade essa tarefa (*Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe cit., p. 222).

¹²³ Rafael Naranjo de la Cruz observa que “*el derecho fundamental se impone en toda su extensión en el sector jurídico-privado sólo cuando, correctamente delimitado, no colisiona en su alcance máximo com outro bien o derecho protegido en la Constitución que justifique su restricción. Si, ejerciéndose el derecho fundamental en el ámbito privado, el conflicto sólo se plantea entre aquél y un bien o derecho no protegido en sede constitucional, no está en juego el principio de unidad de la Constitución, y la imposición absoluta del derecho fundamental no es sino un reflejo necesario de la misma supremacía dela Norma Fundamental*” (*Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe cit., p. 219).

¹²⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe, cit., p. 181.

¹²⁵ ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 513.

¹²⁶ É importante destacar, como o faz Gilmar Mendes Ferreira, que Schwabe rejeitava veementemente as teorias da eficácia mediata e imediata, posto que sequer admitia a imputação de violação de um direito fundamental a um particular (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, cit., p. 228-229).

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 133; LIMA, Maria Rosynete de Oliveira, *Direitos fundamentais e relações entre particulares*, cit., p. 77.

Ora, se o Estado não proíbe as interferências, negociações e violações dos bens constitucionalmente protegidos por parte dos particulares em suas relações jurídicas, isso significa que confere guarida às violações a direitos fundamentais nelas ocorridas¹²⁸. Em última análise, portanto, essas violações não poderiam ser imputadas aos particulares que, deveras, não as teriam cometido caso o Estado interviesse de forma incisiva. Seguindo esse desate, apresentase desarrazoada a construção de um modelo de eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares, haja vista que “*para la solución del problema del efecto en terceros habrían de bastar los derechos fundamentales en tanto derechos del status negativo frente al Estado*”¹²⁹. A corroborar esse entendimento, salutar a lição de Ingo Sarlet:

“Para Shwabe, mesmo no tráfico jurídico-privado, cuida-se, em última análise, sempre de uma proteção (defesa) contra ingerências do Estado, ainda que provocadas por particulares, de tal sorte que, na verdade, se trata sempre de um problema envolvendo a vinculação direta do legislador privado e da jurisdição civil aos direitos fundamentais, sendo, portanto, dispensável uma fundamentação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir da teoria da ordem objetiva de valores, comum às concepções da eficácia direta e indireta, já apresentadas.”¹³⁰

Em que pesem as razões em contrário, nem em um Estado totalitário, no qual o aparato estatal está por toda parte e a atividade pública de intervenção é incessante, a teoria de Schwabe poderia ser considerada válida. O Estado jamais poderia tutelar de forma pormenorizada todas as relações jurídicas formadas entre os indivíduos. Naranjo de la Cruz assevera que as críticas a Schwabe, no âmbito do direito contratual, concentram-se na circunstância dele não identificar corretamente a essência do negócio jurídico, o qual se desenvolve, em grande parte, a partir da vontade criadora exclusiva dos entes privados¹³¹. Ademais, sob a ótica dos preceitos de responsabilidade civil objetiva

¹²⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 280.

¹²⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 513.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 133.

¹³¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, cit., p. 184.

do Estado por conduta omissiva¹³², sequer existiria, via de regra, um nexo de causalidade minimamente plausível entre a ação desencadeadora da lesão e esta em si considerada. Conforme ensina Bilbao Ubillos, “*la construcción es artificiosa (no se puede atribuir al Estado una suerte de responsabilidad univeral por todo lo que sucede) y no se resuelve en la práctica el problema de fondo*”.¹³³

2.4 Breves apontamentos acerca da *state action*

As premissas relativas à *state action* são extremamente semelhantes às utilizadas por Schwabe no desenvolvimento de seu posicionamento¹³⁴, posto que concebe, em termos gerais, o Estado como o único possível ofensor dos direitos e garantias individuais¹³⁵. Essa corrente surgiu sob o desenvolvimento jurisprudencial da Suprema Corte americana¹³⁶, para a qual grande parte dos direitos e garantias individuais consagrados na Constituição e suas Emendas são dirigidos exclusivamente às ações praticadas por entes públicos¹³⁷. Para os norte-americanos, até mesmo a *Bill of Rights* e seus mecanismos de proteção dos direitos e garantias individuais são encarados como limites voltados tão-somente para as relações do Estado com os indivíduos.¹³⁸

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 196 e 854-859; ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1, p. 121-125.

¹³³ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 288.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 229; SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 134.

¹³⁵ TRIBE, Laurence H., *American constitutional law*, cit., p. 1.688.

¹³⁶ Como bem observa Laurence Tribe: “*Despite the precedents, and despite the vocabulary, the Supreme Court has not succeeded in developing a body of state action ‘doctrine’, a set of rules for determining whether governmental or private actors are to be deemed responsible for an asserted constitutional violation. The Court itself has acknowledge the stubborn individuality of the state action cases.*” (*American constitutional law*, cit., p. 1.690). Para Joaquim Benedito Barbosa Gomes, “a doutrina da ‘ação governamental’, e a legitimação jurídica que esta obteve por parte da Corte Suprema na segunda metade do século 19 e início do século 20, constituem uma das causas do recrudescimento do racismo e das perseguições contra os negros nos EUA após a guerra civil. Tal doutrina conferiu a base jurídica para algumas decisões infamantes daquela Corte no período, como é o caso do famoso caso ‘Plessy v. Ferguson’, que durante várias décadas serviu de sustentáculo à segregação dos negros” (*Ação afirmativa e princípio constitucional: o direito como instrumento de transformação social; a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 81).

¹³⁷ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 1995. p. 470.

¹³⁸ Para John E. Nowak e Ronald D. Rotunda: “*The Bill of Rights by its terms and necessary implications has been viewed only to limit the freedom of the government when dealing with individuals.*” (*Constitutional law*, cit., p. 470).

Uma das exceções à *state action* existente no ordenamento jurídico constitucional norte-americano, no pertinente à pretensão eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, está consignada na 14ª Emenda, que aboliu a escravidão nos Estados Unidos, porquanto ela também é dirigida aos particulares¹³⁹. Nesse sentido, aliás, é o escólio de Joaquim Benedito Barbosa Gomes, *expressis*:

“Isto porque a 14ª Emenda à Constituição, promulgada em 1868 com o fim expresse pôr cobro à marginalização social e jurídica dos negros, foi concebida como instrumento de contenção voltado contra os Estados-membros, isto é, contra entidades políticas. Disso resultou que a intervenção estatal visando ao fim da discriminação sempre foi considerada legítima nas atividades públicas propriamente ditas, nas atividades dependentes de regulamentação ou outorga estatal, naquelas em que haja dispêndio de recursos públicos, ainda que em montantes irrisórios ou de forma indireta, em suma, em todas aquelas hipóteses em que se faça presente o exercício de qualquer forma de autoridade estatal, seja ela a mais singela. Portanto, a presença do interesse público e/ou estatal na respectiva atividade sempre foi a linha demarcatória da ação coercitiva do Estado no sentido de compelir o particular a ceder aos imperativos governamentais de integração, diversidade e não discriminação. O fato, porém, é que esse entendimento restritivo da ação inibidora do Estado resultou no encorajamento à discriminação de caráter privado.

Mas ao Poder Judiciário coube o papel de mitigar a rigidez dessa dicotomia entre público e privado, através de decisões que ao longo do tempo tenderam a identificar indícios de ‘significativo envolvimento estatal’ ou a presença de uma ‘função pública’ em inúmeras atividades que, do ponto de vista ontológico, seriam em princípio privadas. Nessas decisões, a Corte Suprema, em julgamentos memoráveis, procedeu a uma, digamos, ‘publicização’ de comportamentos até então tidos como eminentemente privados, ora neles vislumbrando indícios de atuação regulatória ou fiscalizadora do Estado, ora detectando alguma modalidade de dispêndio de recursos públicos (*‘Taxing and Spending Clause’*) que, aliás,

¹³⁹ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., *Constitucional law*, cit., p. 470.

como já dito, constitui o mais relevante dentre os fatores suscetíveis de legitimar a atuação do Estado em prol da concretização do princípio da igualdade e, em muitos casos, no sentido de limitar a autonomia individual.”¹⁴⁰

O divisor de águas para os norte-americanos está em identificar se a violação cometida contra os direitos e garantias individuais de um indivíduo por outro – indivíduo ou ente privado – pode ser imputada ao Estado¹⁴¹, ou seja, se essa ação pode sofrer as limitações presentes na Constituição, em suas emendas e na *Bill of Rights*. Para Nowak e Rotunda, a configuração das hipóteses de *state action* somente ocorre quando o indivíduo ou ente privado acusado de ter violado um princípio jufundamental não esteja atuando em nome do Estado¹⁴², pois nesses casos, os indivíduos ou entes privados argüiriam em seu favor a impossibilidade de praticarem ingerências contra os direitos e garantias individuais, uma vez que não integram o aparato estatal.

Ao ensejo da apreciação das práticas discriminatórias e das ações afirmativas no direito norte-americano, Joaquim Benedito Barbosa Gomes afirma que “por razões históricas e em consequência da inegável predominância de valores individualistas e privatistas no Direito norte-americano, o combate à discriminação racial deu-se prevalentemente naquele país na esfera pública”, de modo que “ao Governo não é dado interferir na esfera íntima das pessoas, sob pretexto de coibir os atos discriminatórios”.¹⁴³

¹⁴⁰ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa, *Ação afirmativa princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*, cit., p. 82-84.

¹⁴¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p. XV.

¹⁴² “The so called ‘state action’ issue arises only when the person or entity alleged to have violated the Constitution is not acting on behalf of the government. In such a case the person alleged to have violated the constitutional provision will argue that he is incapable of violating the Constitution because he is not part of the government, giving rise to the state action issue.” (NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional law*, cit., p. 470).

¹⁴³ Joaquim Benedito Barbosa Gomes adverte ainda que “essa é uma questão que permeia praticamente todo o direito constitucional dos EUA: autonomia privada versus intervenção do Estado. Dela decorrem inúmeras questões. Qual o papel a ser desempenhado pelo Estado no processo econômico e social? Deve o Estado manter-se neutro e distante dos embates que se travam na seara econômica como era a regra do período conhecido como ‘Lochner Era’, ou, ao contrário, a ele deve ser dado amplo poder regulatório? Qual a extensão do poder regulatório? Nele estaria compreendido o poder de ‘intervenção seletiva’ em prol de ‘minorias insulares’, inclusive minorias econômicas, como sugere a célebre nota de rodapé n. 4 do juiz Stone no caso *Carolene Products*? Do ponto de vista constitucional, quais são as condições e os limites dessa ‘intervenção seletiva’. As respostas a essas e outras questões *au coeur* da rica jurisprudência da Corte Suprema referente ao tema dos direitos civis em geral e das

A rigor, todos os casos que envolvem a *state action* possuem um aspecto em comum: a violação dos direitos e garantias constitucionais por outrem (indivíduo ou ente privado), o que implica reconhecer que a *state action* encerra um inequívoco problema de imputação¹⁴⁴. De fato, a questão resume-se em verificar quais dos direitos envolvidos possuem maior relevância sob o aspecto constitucional e a quem pode ser imputada a agressão aos direitos e garantias individuais. Essa questão, entretanto, depende da constatação do conteúdo estatal das ações praticadas pelo agressor¹⁴⁵, de modo a identificar se elas se submetem aos valores e limitações presentes na Constituição e suas Emendas. Destarte, caso a corte encontre conexões suficientes entre a agressão praticada e as funções públicas típicas, deverá, por conseguinte, declarar que os direitos da parte agredida devem prevalecer.¹⁴⁶

Na primeira fase de análise, a corte buscará identificar inicialmente se o particular que causou o dano a um outro estava atuando em conformidade com a lei de sua jurisdição. O segundo aspecto a ser apreciado pela corte combina a função pública típica e o exame dos complexos precedentes de *state action*. Na segunda etapa da análise, a corte determinará se as ações dos particulares podem ser definidas como equivalentes às ações desempenhadas por um ente público. Realizada essa determinação, a Suprema Corte entendeu que as cortes devem sempre averiguar três fatores: 1) a proporção em que o particular agressor conta com o apoio e os benefícios governamentais; 2) se o ator está realizando uma função pública típica 3) e se o dano causado é agravado em razão da presença da autoridade estatal.¹⁴⁷

condições afirmativas em particular. (...) Esse entendimento traz em si, implícita, a idéia de que em certas esferas do comportamento humano o indivíduo seria inteiramente livre para discriminar, eis que circunscrito a zonas vedadas à interferência estatal. Exemplos de tais zonas de permissividade discriminatória seriam as atinentes à liberdade de associação, ao domínio estritamente íntimo de cada um etc.” (*Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*, cit., p. 80-81).

¹⁴⁴ Sobre a possível imputação ao Estado de violação a direitos e garantias individuais em razão de sua inércia, cf.: TRIBE, Laurence H., *American constitutional law*, cit., p. 1.689 e 1.692.

¹⁴⁵ Conforme ensina Laurence Tribe: “Accordingly, when litigants claim the protection of such guarantees, courts must first determine whether it is indeed government action – state or federal – that the litigants are challenging.” (*American constitutional law*, cit., p. 1688).

¹⁴⁶ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional law*, cit., p. 471.

¹⁴⁷ Para John E. Nowak e Ronald D. Rotunda, “if a private actor who is alleged to have harmed persons by violating a constitutional provision was not performing a public function, a court must examine the totality of facts and circumstances in the case to determine whether the government has been involved with the private actor to constitutional limitations. If the court finds that the totality of facts and

A mudança de posicionamento por parte da Suprema Corte acerca da *state action* teve início com a transformação da dimensão normativa entre público e privado, o que, em matéria de discriminação, ocorreu com o caso *Shelley v. Kramer*¹⁴⁸. A Suprema Corte, inclinada pela perspectiva de assegurar a proteção dos direitos e garantias individuais dos particulares em suas relações jurídicas, passou a compreender de forma extensiva o conteúdo de determinadas atividades privadas. Inúmeras atividades ou empreendimentos, em princípio de natureza privada, foram considerados públicos ou de interesse público em decorrência do simples indício de autoridade estatal.¹⁴⁹

circumstances shows the government being involved in the harm caused to the victims of the private actor the court is likely to conclude that the private actor was acting with state action and violated the civil liberties of the victim. In other words, when a case does not involve a traditional government function, a court must simply look at the totality of facts and circumstances in determining whether: (1) the harm caused to the victim was somehow traceable to the private actor using a right granted to him by state law; and (2) whether the connection of the government to the private actor, and the harm caused by the private actor, is such that it is fair to subject the private actor's actions to constitutional restrictions" (Constitutional law, cit., p. 472-474).

¹⁴⁸ Joaquim Benedito Barbosa Gomes ressalta que nesse caso a “Corte Suprema considerou ilegal a presença de cláusula discriminatória em contratos de direito privado. O fato de uma Corte estadual haver concedido medida injuntiva ao particular considerando legítima a aplicação que ele fizera da referida cláusula contratual, foi o elemento decisivo para a Alta Corte vislumbrar ali uma ‘ação governamental’. Ou seja, em princípio tratava-se de um contrato eminentemente privado. Sua ‘publicização’ se deu a partir do momento em que o Poder Judiciário interveio para assegurar a sua aplicação. (...) Citem-se, à guisa de ilustração, alguns dos casos julgados pela Corte Suprema, e que ao longo do tempo foram abrandando a exigência de ação governamental como requisito de indispensável à intervenção do Estado em matéria de combate à discriminação racial. Assim, por exemplo, em *Burton v. Wilmington Parking Authority* (365 US 715 – 1961), considerou-se como pessoa governamental um permissionário de uso de estacionamento público que, em violação da cláusula de Igual Proteção das Leis da 14ª Emenda, entendia não ser da sua obrigação cumprir o objetivo governamental de não discriminar; em *Smith v. Allwright* (321 US 649), cuidava-se de saber se um partido político tem a natureza de entidade privada ou se, ao contrário, se trata de ente governamental ou paragovernamental. A Corte entendeu que partido político não se confunde com associação privada, sendo reversamente um *agent of the state*. Logo, não pode discriminar em razão de raça, cor, sexo, origem, nacional e deficiência física.” (*Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*, cit., p. 84-85). O citado autor aponta o caso *Reitman v. Mulkley* como preponderante para a mitigação da *state action*.

¹⁴⁹ Joaquim Benedito Barbosa Gomes adverte, no entanto, que embora a *state action* tenha ganhado contornos mais condizentes com a realidade social cambiante, “durante as três últimas décadas, período em que estiveram à frente da Corte Suprema os Juízes Warren Burger e William Rehnquist, houve pequenos retrocessos, no sentido de dar caráter privado a certas atividades outrora consideradas públicas, como ocorreu no caso *Rendell-Baker v. Kohn* (457 US 830 – 1982), em que a Corte julgou não ser dever do Estado coibir discriminação em uma escola privada, mesmo quando essa escola opera sob contrato governamental para cumprir certas obrigações no que concerne à educação especial de parcela de seus estudantes.” (*Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*, cit., p. 87-88).

Em suma, a grande crítica à *state action* está diretamente relacionada aos pressupostos sobre o qual fora construída: a estanque separação entre público e privado e a concepção dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos exercidos exclusivamente contra o Estado. Dessa forma, conforme expõe Bilbao Ubillos, a *state action* “*pressupone la viabilidad de la distinción entre actos de los poderes públicos y actos de particulares u organizaciones privadas*”, de maneira que “*la virtual quebra de esta distinción básica, que hace agua por todas partes, es el verdadero talón de Aquiles de la concepción tradicional*”¹⁵⁰. Ao invés de reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, os norte-americanos preferem adotar o caminho mais complexo: ampliar a conotação pública de determinadas atividades designadamente privadas¹⁵¹. O contra-senso desse posicionamento está em ampliar, diante de um Estado de conotação neoliberal (mínimo), aquilo que deve ser entendido por ação governamental ou estatal.

3 O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares

Malgrado a jurisprudência brasileira seja incipiente em relação à adoção de um referencial cultural da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares¹⁵², afigura-se possível identificar em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, mormente no RE n. 201.819/RJ (rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes), os delineamentos básicos para a sua aplicação. O Supremo Tribunal Federal, ao menos em quatro oportunidades, apreciou casos em que a controvérsia poderia ter sido dirimida por intermédio da invocação dos pressupostos teóricos da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

¹⁵⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p. XIV.

¹⁵¹ Juan María Bilbao Ubillos salienta que “*la clave está, por tanto, en la dilatación del concepto de poder público, de acción estatal, una alternativa a las soluciones ensayadas en otras latitudes que en ningún momento pone en cuestión el principio, comúnmente aceptado en aquella cultura jurídica, de que los derechos proclamados en la Constitución vinculan solamente a las autoridades e instituciones del Estado*” (*Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p. XVI).

¹⁵² Para conferir a desenvoltura da jurisprudência brasileira sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, mormente a do Superior Tribunal de Justiça, precursora na aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, ver: SOMBRA, Thiago Luís Santos, *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais, cit.

Por oportuno, convém destacar que, embora a Suprema Corte somente recentemente tenha emitido expresso e inequívoco entendimento sobre a *quaestio juris*, todos os precedentes analisados, além de corretamente julgados sob o prisma da *Drittwirkung*, demonstram a sinalização para a consagração de uma teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre os particulares.

Em aresto cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de julgar um caso em que uma companhia de aviação francesa concedeu vantagens salariais a seus empregados franceses, sem que o correspondente tratamento fosse também concedido aos seus empregados brasileiros.

Embora a lide consistisse no emprego do estatuto de pessoal da referida companhia de aviação exclusivamente aos empregados franceses, em detrimento dos brasileiros, o Tribunal Regional do Trabalho confirmou sua inaplicabilidade em relação a eles, o que ensejou a interposição de recurso de revista, o qual o Tribunal Superior do Trabalho não conheceu, sob os seguintes fundamentos: “(...) inócorre a pretendida lesão ao artigo 153, parágrafo 1º, da Carta Magna, vez que a discussão pretendida é inviável pois prende-se em torno de norma regulamentar da empresa e de aspectos probatórios da demanda, cujo exame é defeso nesta fase recursal”.

Com o escopo de reformar o acórdão recorrido, ante a suposta presença de *error in iudicando* e afronta direta à Constituição Federal, o empregado brasileiro interpôs recurso extraordinário, que o Supremo Tribunal Federal conheceu, preliminarmente, para examinar questão constitucional relativa à ofensa do princípio da isonomia e, no mérito, concedeu provimento para determinar a aplicação do estatuto de pessoal da companhia de aviação ao recorrente, em acórdão assim ementado:

“Constitucional – Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira. Estatuto do pessoal desta. Aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. Constituição Federal de 1967, artigo 153, parágrafo 1º; Constituição Federal de 1988, artigo 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 a empregados, cuja aplicabilidade

seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: Constituição Federal de 1967, artigo 153, parágrafo 1º; Constituição Federal de 1988, artigo 5º, *caput*.

II - A discriminação que se baseia em atributos de qualidade, em nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do Supremo Tribunal Federal: AgR AG n. 110.846/PR, Célio Borja, *RTJ* 119/465.

III - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.

IV - RE conhecido e provido.”¹⁵³

Dessarte, a controvérsia foi explicitada pelo Ministro Carlos Velloso nos seguintes termos, *verbis*:

“É que a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo, ou, noutras palavras, ‘a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria diferenciada’. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 47-50).

Examinemos o caso em julgamento.

Aqui, deixou-se de aplicar, em relação ao empregado, o recorrente, o estatuto da empregadora, que concede vantagens a empregados, ao argumento puro e simples de que ele não ser aplicável porque o empregado não era de nacionalidade francesa, mas brasileira. Não se considerou, todavia, que a prestação de serviço realizava-se no Brasil, sujeita a empresa às leis brasileiras, convindo registrar que na empresa havia empregados franceses e brasileiros, todos empregados da mesma empresa, certo que não reservara aos franceses um certo tipo de trabalho diferente do trabalho praticado pelos brasileiros. Noutras palavras, os empregados franceses não exerciam tarefas típicas, em relação a brasileiros. Brasileiros e franceses, empregados da empresa francesa sujeita às leis brasileiras, não exerciam, uns em relação a outros, tarefas diferentes, ontologicamente, mais importantes ou mais difíceis, especiais, uns em relação a outros.

¹⁵³ STF – RE n. 161.243/DF, 2ª Turma, rel. Carlos Velloso, j. 29.10.1996, *DJU*, de 19.12.1997, p. 57.

Não há, aliás, nos autos, uma só palavra a esse respeito. O fator desigualizador foi, não custa repetir, apenas isto: a nacionalidade.

(...)

No caso, porque não ocorrentes os fatores que justificariam o tratamento diferenciado, tem-se que iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à república.”

Conquanto brilhantes e robustos os fundamentos impingidos pelo Ministro Carlos Velloso, o referido acórdão não fez alusão à teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. À evidência, constata-se que o ministro relator corretamente relegou a segundo plano um pouco do extremismo concedido à autonomia privada, afinal, por mais que o recorrente tivesse conhecimento da restrição presente em seu contrato individual de trabalho acerca do estatuto de pessoal da empresa, dever-se-ia considerar sua condição de inferioridade em relação à companhia de aviação.

Ao direito fundamental à isonomia foi concedida prevalência, visto que, por força da condição de desigualdade, não se poderia permitir que um ente detentor de poder social impusesse determinado discrimen em desobediência aos ditames e parâmetros de razoabilidade.

Em outro julgado paradigmático, o Ministro Sepúlveda Pertence teve a oportunidade de julgar o RE n. 160.222/RJ (*DJU*, de 01.09.1995), no qual as trabalhadoras de uma fábrica de roupas femininas eram sujeitas a revistas íntimas e diárias realizadas por prepostos do empregador, asseguradas por cláusula inserta em contrato individual de trabalho, com o intuito de verificar se escondiam sob suas indumentárias as peças íntimas produzidas.

Infelizmente, o mencionado caso, tal qual o HC n. 82.424/RS¹⁵⁴, envolvia matéria de índole criminal, porquanto o Ministério Público havia denunciado

¹⁵⁴ No referido caso, um escritor gaúcho publicou um livro com conteúdo notadamente anti-semita. Embora a matéria fosse de natureza eminentemente criminal, ou seja, prescrição ou não do crime de racismo pelo qual o escritor fora denunciado, poder-se-ia aventar a possibilidade de uma associação judaica – dotada de personalidade jurídica –, por exemplo, requerer uma tutela inibitória ou ação de obrigação de não fazer em face da editora e do autor, consistente na abstenção de publicar e circular a referida obra. Aliás, cumpre destacar que o mecanismo da tutela inibitória, nos moldes da lição de Luiz Guilherme Marinoni, afigura-se um dos instrumentos mais importantes para conferir proteção e efetividade à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*Tutela inibitória*: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35-36). Conferir, outrossim: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

o empregador como incurso no tipo de constrangimento ilegal e, em virtude da superveniência da prescrição intercorrente, o ministro relator, com grande pesar, foi obrigado a declarar extinta a punibilidade e julgar prejudicado o recurso, o que o fez nos seguintes termos: “Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exarcebado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante.”

Conforme destacado pelo Ministro Pertence, o caso certamente demandaria uma contraposição entre a autonomia privada e o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, de modo que, matizado pela teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, o privatismo exarcebado concedido pelo acórdão recorrido não prevaleceria. Assim como o precedente anteriormente citado, o caso em espécie suscita a perspectiva da desigualdade fático-econômica entre os atores sociais envolvidos, o que não dispensa a correta delimitação das premissas que ensejarão a graduação da incidência dos direitos fundamentais.¹⁵⁵

Sob o enfoque de relativa igualdade social, o Ministro Marco Aurélio julgou o RE n. 158.215/RS¹⁵⁶, em que dois cooperados foram excluídos de uma cooperativa, sem direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, pelo simples fato de terem desafiado a assembléia geral da entidade. Para o ministro relator, somente após o julgamento por um órgão colegiado, com observância à ampla defesa e ao contraditório, poderiam os referidos cooperados ser expulsos¹⁵⁷, *expressis*:

“Exsurge, na espécie, a alegada contrariedade ao inciso LV do rol das garantias constitucionais. Conforme ressaltado pela Procuradoria Geral

¹⁵⁵ Consoante exposto anteriormente, esse é o papel a ser desempenhado pelo hermenêuta: conduzir o bisturi constitucional de forma a permitir que incisão seja gradual e pontual. Deverá pautar-se, dessa forma, pela apreensão, com aguçado senso de realismo crítico, das teorias desenvolvidas sobretudo na Alemanha e Espanha, visto que a mera importação desses modelos sem a devida apreciação e adaptação apenas fará com que o tema continue relegado a segundo plano ou não goze de um mínimo de identificação com os padrões culturais, sociais, econômicos e jurídicos da população brasileira.

¹⁵⁶ STF – RE n. 158.215/RS, 2ª Turma, rel. Marco Aurélio, j. 30.04.1996, *DJU*, de 07.06.1996, p. 19.830. Acerca desse acórdão em específico, impende seja citado: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 13, p. 1-5, abr./maio 2002.

¹⁵⁷ Por ocasião da votação da reforma da previdência no Senado Federal, e a contrariedade à posição manifestada pelo líder da bancada do Partido dos Trabalhadores, a senadora Heloísa Helena foi ameaçada de expulsão pelo Diretório Nacional do Partido. Tal decisão, à evidência, somente poderia ser efetivada após o devido processo legal e o exercício do direito de ampla defesa e contraditório pela senadora.

da República, os recorrentes foram excluídos do quadro de associados da cooperativa em caráter punitivo, tal como depreende-se do acórdão atacado (...). O colegiado de origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos recorrentes no sentido de serem julgados pela assembléia da cooperativa. A exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurado da plenitude da defesa nos processos em geral. Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados. Uma coisa é a viabilização da defesa e o silêncio pela parte interessada, algo diverso é o atropelo das normas próprias à espécie, julgando-se o processo sem a abertura de prazo para a produção da defesa e feitura de prova. Na esteira do pronunciamento da Procuradoria Geral da República, tenho que o recurso extraordinário interposto está a merecer conhecimento e provimento. Provejo-o para, reformando o acórdão de fls., julgar procedente o pedido formulado na demanda anulatória. Fulmino o ato da assembléia da recorrida que implicou a exclusão dos recorrentes do respectivo quadro social, reintegrando-os, assim, com os consectários pertinentes e que estão previstos no estatuto da recorrida.”

Após longo período de incertezas quanto ao entendimento inequívoco do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, enfim sobreveio o julgamento de um caso que permitiu aos ministros apreciar todos os deslindes teóricos da aludida teoria.

A União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado, excluiu de seu quadro de sócios um determinado indivíduo, em razão da inobservância de determinadas infrações estatutárias, sem a observância do devido processo legal. A relatora Ministra Ellen Gracie concedeu provimento ao recurso extraordinário, sob o fundamento de “que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor”, pois “cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles”.¹⁵⁸

¹⁵⁸ STF – RE n. 201.819/RJ, 2ª Turma, rel. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJU, de 27.10.2006.

Para a relatora, a controvérsia deveria ser dirimida sob a ótica do estatuto social e da legislação civil, de modo que inconcebível a invocação do artigo 5º, LV, da Constituição Federal para efeito de reintegrar o sócio excluído nos quadros da UBC. Para a Ministra Ellen Gracie, é preponderante a circunstância de que, “obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada”.¹⁵⁹

Em seguida, sobreveio pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, que inaugurou a corrente divergente, que reconheceu a eficácia direta dos direitos fundamentais, nos seguintes termos, *verbis*:

“Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares.

Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas. (...)

Destarte, a exclusão de sócio do quadro social da União Brasileira de Compositores, 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.

(...)

No Brasil, a doutrina recente tem se dedicado com afinco ao desenvolvimento do tema. Mencionam-se a propósito os estudos de Daniel Sarmento, Ingo Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Branco, Rodrigo de Oliveira Kaufmann, André Rufino do Vale e Thiago Sombra, os quais também enfatizam o amadurecimento dessa questão no Tribunal. Com base nas raras ocasiões em que a Corte se debruçou sobre o tema, é possível delinear os contornos que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privadas pode assumir (cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações*

¹⁵⁹ STF – RE n. 201.819/RJ, 2ª Turma, rel. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJU, de 27.10.2006.

jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. possibilidades e limites de aplicação no direito constitucional brasileiro*. Tese (Mestrado em Direito), orientada pelo Professor José Carlos Moreira Alves, 2004; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. Direito Público*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 2, out./dez. 2003; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, p. 170-174; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998).”

Por sinal, bem adverte o Ministro Gilmar Mendes que as penalidades impostas, a despeito de amparadas pelo estatuto social da sociedade civil, deveriam ter sido aplicadas em consonância com o princípio do devido processo legal, por meio do contraditório e ampla defesa. A rigor, a hipótese vertente apresenta uma significativa peculiaridade que, segundo o Ministro Gilmar Mendes, “transcende a simples liberdade de associar ou permanecer associado”¹⁶⁰, visto que a integração a entidades dessa natureza é um imperativo para o regular exercício das atividades de compositor.

Em sua notável conclusão, assevera o Ministro Gilmar Mendes que, por força do caráter público das atividades desempenhadas pela União Brasileira de Compositores, é incontestável a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório ao processo de exclusão de sócio da entidade.

O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, que também teceu outras oportunas e inusitadas considerações sobre a teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, *verbis*:

“O acórdão objeto do presente recurso extraordinário, ao assinalar que o estatuto das liberdades públicas (enquanto complexo de poderes, de

¹⁶⁰ STF – RE n. 201.819/RJ, 2ª Turma, rel. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJU, de 27.10.2006.

direitos e de garantias) não se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, mas também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado, reconheceu que os direitos fundamentais projetam-se, por igual, numa perspectiva de ordem estritamente horizontal.

(...)

O exame da controvérsia jurídica suscitada nesta sede recursal extraordinária faz instaurar instigante discussão em torno de tema impregnado do mais alto relevo constitucional, consistente na análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, valendo referir, a esse respeito, valiosas opiniões doutrinárias (Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, Malheiros; Thiago Luís Santos Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*, 2004, Fabris; André Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*”, 2004, Fabris, v.g.).

(...)

Entendo correta, por isso mesmo, com a devida vênia, a opção que levou o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a proferir a decisão objeto do presente recurso extraordinário, notadamente no ponto em que essa colenda Corte judiciária reconheceu a impossibilidade de determinada associação civil (como a parte ora recorrente) excluir, de seus quadros, compulsoriamente, em caráter punitivo, qualquer associado, como o ora recorrido, que ostentava, de modo regular, a legítima condição de membro integrante dessa entidade de direito privado.

(...)

Impende destacar, ainda, considerados os fundamentos ora expostos, que essa visão da controvérsia pertinente à questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem se refletido na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro de decisões que esta Suprema Corte proferiu a propósito da incidência da garantia do devido processo legal nas hipóteses de exclusão de integrantes de associações e cooperativas, ou, ainda, em casos nos quais empresas estrangeiras, com sede domiciliar no Brasil, incidiram em práticas discriminatórias contra trabalhadores brasileiros, em frontal oposição ao postulado da igualdade.”

Na oportunidade, o Ministro Celso de Mello também consignou seu entendimento no sentido de que os direitos fundamentais deveriam apresentar eficácia direta, sobretudo em razão da natureza jurídica da União Brasileira de Compositores. Não se olvide, outrossim, que o Ministro Celso de Mello concentrou seu cerne de análise sobre o confronto entre os limites da autonomia privada e outros direitos fundamentais, *verbis*:

“É por essa razão que 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.

Isso significa, portanto, que a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez, à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais.

Concluo, pois, senhores ministros, no sentido de reconhecer que assiste, ao associado, no procedimento de sua expulsão referente à entidade civil de que seja membro integrante, a prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve, em cláusula mandatória, a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LV, não obstante se trate, como no caso, de ato praticado na esfera e sob a égide de uma típica relação de ordem jurídico-privada.”¹⁶¹

A referência aos precedentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal vem consolidar a idéia de que a *Drittwirkung der Grundrechte* envolve temas notadamente cotidianos e dotados dos mais inusitados vieses, o que implica reconhecer que a constante imbricação e interdisciplinariedade exige do

¹⁶¹ STF – RE n. 201.819/RJ, 2ª Turma, rel. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJU, de 27.10.2006.

hermeneuta uma incessante busca pelos significantes normativo-culturais da realidade social subjacente.

4 Argumentos contrários e refutações à *Drittwirkung der Grundrechte*

Com amparo na teoria clássica dos direitos fundamentais, ou seja, direitos e garantias individuais voltados exclusivamente em face do Estado, alguns autores continuam a rechaçar a possibilidade de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. Por sinal, um dos autores que oferece maior resistência à *Drittwirkung* é Forsthoff, um jurista de influência notadamente liberal, para quem os direitos fundamentais podem continuar a cumprir sua função social, sem que seja necessário renunciar à sua natureza de direitos subjetivos públicos¹⁶². Para Prieto Sanchís, todavia, as restrições à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares restringir-se-iam a dois fatores principais:

*“Primero, en que la regla de la autonomía suele verse, y no sin buenas razones, como la tradición al Derecho privado de un derecho general de libertad, de modo que la aparente pérdida de vigor de los derechos supondría en realidad el triunfo del más primigenio de los derechos humanos; y, segundo, en que los negocios o relaciones sometidos a ese principio de autonomía se conciben – esta vez con peores razones – como una manifestación de la igualdad jurídica consagrada por el Código; es el homo juridicus imaginado por el Código quien decide sobre su propia vida en un marco de plena igualdad y ¿qué mejor expresión de la libertad?”*¹⁶³

O excessivo apego à vertente histórica dos direitos fundamentais e à irritada proteção ao princípio da autonomia privada constituem os dois maiores argumentos contrários à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

¹⁶² Para Forsthoff, “desde premisas rigurosamente positivistas, rechaza la interpretación de estos derechos como un sistema de valores y critica las propuestas innovadoras (‘conceptos bien intencionados, moralmente encomiables, pero jurídicamente en las nubes (...)’) que crean inseguridad y pueden conducir a la disolución de la Constitución” (apud BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 278-279). Além de Forsthoff, Bilbao Ubillos aponta G. Amato, Scheuner, Aubert, Favre e Rogel Vide como contrários à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

¹⁶³ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 208.

O primeiro, por todas as razões esposadas nos tópicos antecedentes, carrega em sua bagagem um fardo ideológico formado essencialmente pela separação estanque entre público e privado; o segundo, por sua vez, relaciona-se à autonomia e independência do Direito Privado e de seu preceito primordial: a autonomia da vontade. Ademais, cumpre ressaltar que nas relações entre particulares, estar-se-á diante de dois titulares de direitos fundamentais, que reclamam, simultaneamente, um dever de proteção por parte do Estado.

Além dos citados argumentos, um dos mais recentes e robustos óbices à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a atividade judicial. Diante da pretensa completude dos códigos e leis, os juízes, em geral, julgam cada vez menos com supedâneo na Constituição¹⁶⁴. Os códigos e as leis passaram a constituir a fonte imediata e direta da atividade judicial, afinal, se um determinado caso pode ser perfeitamente resolvido por um dispositivo do Código Civil, não paira razão para invocar um dispositivo constitucional.

A timidez dos juízes, que preferem se amparar nos textos legais e nos precedentes jurisprudenciais, ao invés da norma constitucional, revela a tradição de sujeição exclusiva à lei – *civil law*. Os juízes acabam por esquecer, portanto, que somente estão adstritos ao princípio da legalidade a partir da ótica de um Estado Constitucional de Direito, no qual a primeira norma a ser observada, protegida e aplicada é a Constituição. Tal argumento é, contudo, relativamente compreensível – abstraída a falsidade da premissa menor – à medida que existe uma norma legal positivada para solucionar determinada lide, todavia não se sustenta em definitivo, quando efetivamente não há nenhum preceito legal para dirimir a controvérsia.

Essa linha de argumentação é, sob o ponto de vista ontológico, absolutamente equivocada, pois relega a segundo plano a condição de superioridade hierárquica e fundamentalidade das normas jusfundamentais. A Constituição deve, sempre que possível, ser aplicada, ou seja, ainda que exista dispositivo infraconstitucional expreso sobre o tema, visto que *“la experiencia nos indica que los dispositivos genuinamente privados ofrecen una protección ‘genérica’ y ‘fragmentaria’, por lo que se hace necesario en no pocos casos*

¹⁶⁴ Para Marc Carrillo, *“la fuerza normativa de la Constitución es el presupuesto básico sobre el que se fundamenta su aplicación inmediata por jueces y tribunales”* (*La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, cit., p. 33).

acudir directamente a las garantías constitucionales”¹⁶⁵. Em suma, nada mais condizente com a unidade e máxima efetividade que a aplicação de um preceito legal em combinação com outro de natureza constitucional.¹⁶⁶

5 Referências

AGUIAR DE LUQUE, Luis. Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión. *Actualidad Jurídica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. 10, 1981.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O STJ e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1243>>. Acesso em: 31 mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 63/64, p. 1-49, jan/dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=2>>. Acesso em: 31 mar. 2007.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

_____. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

¹⁶⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 328.

¹⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro, *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito constitucional*, cit., p. 11.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. *Juizes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.

GARCIA TORRES, Jesús; JIMENEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001.

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

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 3, p. 73-80, jan./jun. 2000.

_____. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTÍN VIDA, María Ángeles. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Boletín de la Asociación de Antiguos Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Madrid, n. 5, dic. 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. v. 4.

MOOR, Fernanda Stracke. Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Imprensa Nacional, ano 38, n. 152, out./dez. 2001.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los Límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitucional law*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 1995.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antônio E. *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Constitucionalização do direito civil. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. 74, 1998.

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

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *A eficácia e eficácia dos direitos fundamentais nas relações com particulares*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3460>>. Acesso em: 12 set. 2003.

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

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 1988.

VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VONGEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.