

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito/Curso de Pós-Graduação

LILIANA LOPES NERY

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA ORDEM JURÍDICA PRIVADA

Belo Horizonte

2012

LILIANA LOPES NERY

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA ORDEM JURÍDICA PRIVADA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Iara Menezes Lima.

Belo Horizonte

2012

Nery, Liliana Lopes
S162d A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. /
Liliana Lopes Nery. – 2012.

Orientadora: Dr^a Iara Menezes Lima
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.
Inclui bibliografia

(Direito)
1. Direito constitucional – Teses 2. Direitos fundamentais
3. Direito 4. Núcleo essencial (Direito) – Filosofia
5. Direitos – Brasil 6. Eficácia – História
7. História I. Título

CDU: 347.121.1
342.7

LILIANA LOPES NERY

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA ORDEM JURÍDICA PRIVADA**

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando à obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte,

Componentes da banca examinadora:

Professora Doutora Iara Menezes Lima (Orientadora)

Universidade Federal de Minas Gerais

Bem sabemos que o *espaço do privado* é, ainda, o regaço dos nossos amores e desamores, a vinha das nossas iras, o refúgio das nossas emoções, o espaço da nossa autonomia. Seria mau que ele se transformasse em arena de *política absoluta* com os *direitos-mitos* e o *mito-direitos*. No entanto, a <cegueira cega>, e estaríamos verdadeiramente cegos se não víssemos que o novo *estilo civil* pode ocultar nos interstícios do privado alguns gestos cruéis e arbitrariamente desumanos.

Joaquim José Gomes Canotilho

RESUMO

É através da Constituição de uma nação que se reconhece os direitos dos componentes de uma sociedade. A declaração dos direitos fundamentais é a parte central de uma constituição democrática, pois é através da efetivação dos direitos subjetivos fundamentais que o direito realiza a liberdade e outros valores nela reconhecidos. A relação entre direitos fundamentais e direito privado por vezes pode se tornar conflituosa, uma vez que ambos se fundam em premissas diversas e, até certo ponto, inconciliáveis, basta que pensemos na autonomia privada de um lado e na inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade dos direitos fundamentais de outro. A liberdade humana pode resultar ameaçada não só pelo Estado, mas também por entidades privadas (dotadas de um poder econômico ou social), razão porque os direitos fundamentais devem ser tomados na sua integridade, válidos perante todo o ordenamento jurídico e oponível tanto nas relações cidadão/Estado, como nas relações entre particulares. O objetivo precípua desta pesquisa é identificar os efeitos que as normas de direitos fundamentais produzem nas relações entre particulares – como e em que medida, bem como enumerar modelos divergentes e suas principais críticas. Buscar-se-á confrontar as vertentes no direito comparado e far-se-á uma análise da jurisprudência do STF. Por derradeiro, de maneira até indissociável, far-se-á imersões na teoria geral dos direitos fundamentais a fim de propiciar o estudo mais aprofundado e específico destes, mormente no que tange à sua aplicabilidade, eficácia e extensão.

Palavras chave: Direitos Fundamentais. Eficácia. Extensão. Limites. Particulares

ABSTRACT

It is through the Constitution of a nation, that the rights of the components of a society are recognized. The declaration of fundamental rights is the core of a democratic constitution, once it is through effectiveness of fundamental subjective rights that the law rights make freedom and other values possible. The relation between fundamental rights and private rights can become controversial at times, when they can both merge in various premises and to a certain extent they might be irreconcilable. We just have to think in the private autonomy from one side and fundamental rights inalienability, absence of waive and imprescriptibility on the other. The human freedom can be threaten not only by the State, but also by private institutions (which have economic and social power), the reason why the fundamental rights should be taken as a whole, valid on the face of the legal system and opposite in the citizen/State relationships, as well as in the relations among private ones. The preciput objective of this research is to identify the effects that norms of fundamental rights produce in the relations among private ones – how and to what extent, as well as number diverging models (patterns) and their main criticisms. Different aspects of the law will be confronted and compared; furthermore analyses of the STF jurisprudence will also be done. After most, as indissociable, it will emerge in the general theory of fundamental rights in order to provide a deeper and more specific study of those, moreover in what is tangible in its applicability, efficiency and extension.

Key words: Fundamental Rights, Efficiency, Extension, Boundaries. Private.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 APONTAMENTOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
2.1 Definições de direitos fundamentais	14
2.2 A dupla dimensão dos direitos fundamentais: subjetiva e objetiva	18
2.3 Direitos à proteção e direitos de defesa	25
2.4 A dupla estrutura das normas de direitos fundamentais – regras e princípios – na concepção de Alexy	33
2.4.1 Distinção entre regras e princípios	33
2.4.2 Conflito entre regras e colisão entre princípios	37
2.4.3 O caráter <i>prima facie</i> das regras e dos princípios	41
2.4.4 Regras e princípios como razões	42
2.4.5 Objeções ao conceito de princípio	43
2.4.6 A máxima da proporcionalidade na teoria dos princípios	45
2.5 As concepções formal e material dos direitos fundamentais	52
2.6 O conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais	55
2.7 Limites ou restrições aos direitos fundamentais	58
3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
3.1 Extensão do art. 5º, § 1º, da CRFB/88	70
3.2 Aplicabilidade dos direitos fundamentais de defesa e dos direitos à proteção	75
4 A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
4.1 Esboço geral	80
5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	
5.1 Primeiras considerações	84
5.2 O vocábulo <i>Drittwirkung</i>	91

5.3 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais	92
5.4 Eficácia irradiante e vinculação dos particulares a direitos fundamentais ...	96
5.5 As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada	99
5.5.1 Teoria da eficácia mediata ou indireta	99
5.5.2 Teoria da eficácia imediata ou direta	116
5.5.3 Teorias da imputação ao Estado	132
5.5.3.1 Teoria de Schwabe	132
5.5.3.2 <i>State Action Doctrine</i>	134
5.5.4 Teoria Integradora – Modelo de Alexy	138
6 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL	
6.1 A CRFB/88 e a prática jurisprudencial no STF	143
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
REFERÊNCIAS.....	174

1 INTRODUÇÃO

Não pode ser olvidado que a força normativa da Constituição projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico, havendo, nos dias atuais, a transformação, de direitos antes tratados pelo Direito Civil, em matéria constitucional, estreitando as fronteiras entre estes dois ramos. A ordem constitucional é notadamente a fonte reguladora tanto do Poder Público (político) como da sociedade civil. Assim, vencido o debate de que Direito Civil e Direito Constitucional possuiriam campos de incidência diversos, surge a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*.

Disposições de direitos fundamentais são aquelas contidas no capítulo da Constituição intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, bem como aquelas contidas em outras disposições constitucionais, desde que garantidoras de direitos individuais. Nesse conceito, Alexy¹ ainda inclui as normas de direitos fundamentais atribuídas, quais sejam aquelas normas que não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, mas são atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição.

Segundo a concepção de Alexy, os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios (normas consagradoras de direitos *prima facie*) e regras (normas com caráter definitivo) aplicáveis não somente na relação entre cidadão e Estado, mas cingindo todas as áreas do direito, de tal forma que essa aplicabilidade ampla dos direitos fundamentais exerça um efeito irradiador sobre todo o sistema jurídico. Via de consequência, vislumbra-se a limitação de princípios, segundo o critério de balanceamento, a fim de satisfazer outros valores ou direitos, em situações de conflito, mormente nas relações entre particulares.

O debate acerca da aplicabilidade e eficácia das normas de direitos fundamentais entre os particulares estabeleceu-se na Alemanha e nos Estados Unidos da América (EUA)

¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

em meados do século XX. Durante muito tempo, essa discussão foi exclusivamente doutrinária e jurisprudencial. No Brasil o tema ainda é recente.

O Estado não é a única ameaça aos direitos fundamentais. Em uma sociedade plural, instituições privadas desempenham importantes funções na vida social e alcançam posições de poder através das quais podem influir de forma prejudicial no sistema político e nas relações com os indivíduos. Frise-se, aqui, que a despeito de se fundarem aparentemente na autonomia da vontade, esta relação de dominação ameaça não só a atividade estatal, mas também os direitos fundamentais dos particulares.

Atualmente, o fato de as normas de direitos fundamentais produzirem efeitos na relação cidadão/cidadão e, assim, apresentarem efeitos perante terceiros – efeito horizontal – é aceito na maioria dos ordenamentos constitucionais, mesmo que tal disposição não esteja de forma expressa na Constituição. Nessa linha, não se figura mais apenas o Estado como aquele que compromete o exercício da liberdade do homem. Um exemplo desse efeito é a chamada *Drittwirkung* da Convenção Européia dos Direitos do Homem² que aponta a necessidade de proteção dos direitos do homem perante violação dos mesmos por entidades particulares.

² Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade: “Em tratados de proteção internacional dos direitos humanos há dispositivos que parecem indicar que pelo menos alguns dos direitos consagrados são suscetíveis de aplicabilidade em relação a "terceiros", a particulares (*Drittwirkung*). Assim, a Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950, dispõe, no seu artigo 17, que nada na Convenção pode ser interpretado como implicando, "para qualquer Estado, grupo ou indivíduo" qualquer direito de engajar-se em qualquer atividade ou desempenhar qualquer ato que vise à destruição dos direitos garantidos na presente convenção. Os artigos 8-11 indicam que há que se levar em conta a proteção dos direitos de outrem; e pode se inferir do artigo 2, segundo o qual "o direito de toda pessoa à vida é protegido pela lei", o dever de devida diligência do Estado de prevenção e de punição de sua violação. E. A. Alkema, *op. cit.* infra nº (80), p. 35-37. Pode-se acrescentar, com firmeza, que os valores supremos subjacentes aos direitos humanos fundamentais são tais que merecem e requerem proteção *erga omnes*, contra qualquer ingerência, por órgãos públicos ou privados ou por qualquer indivíduo. E. Alkema, "The Third Party Applicability or 'Drittwirkung' of the European Convention on Human Rights", *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in Honour of C. I. Marda* (ed. F. Matscher e H. Petzold), Koln, C. Heymanns, 1988, pp. 33-34. Também o artigo 2(1) (d) da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial proíbe a discriminação racial "por quaisquer pessoas, grupo ou organização". E tem-se argumentado que o artigo 17 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (direito à privacidade) cobriria a proteção do indivíduo contra ingerência por parte de autoridades públicas assim como de organizações privadas ou indivíduos. Y. Dinstein, "MeRight to Life, Physical Integrity, and Liberty", *The International Bill of Rights The Covenant on Civil and Political Rights* (ed. L. Henkin), nº Y., Columbia University Press, 1981, p. 119; Jan De Meyer, *op. cit.* infra nº (83), p. 263. TRINDADE,

A polêmica gira em torno de como e em que extensão essas normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações interprivadas, vigorando, assim, na doutrina e jurisprudência de determinados países, como Alemanha, EUA, Portugal e Brasil, posições divergentes.

Indaga-se, assim, como e em que extensão as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico e se a vinculação das entidades privadas assume as mesmas feições da vinculação dos Poderes Públicos.

Ademais, o problema se evidencia nas normas constitucionais que vedam ou impõem determinadas condutas ao Estado e a seus agentes sem, todavia, fazê-lo com relação aos indivíduos e à sociedade em geral. Lado outro, os direitos fundamentais não podem aspirar-se como um confisco substancial da autonomia pessoal, implicando a eficácia externa dos direitos fundamentais em se proibir aos cidadãos o que também é vedado ao Estado.

A despeito de todos os questionamentos, há aqueles que sustentam a impossibilidade de se aplicar os direitos fundamentais diretamente nas relações *inter privatos*. Como também aqueles que defendem que os direitos fundamentais podem ser invocados tanto nas relações entre o Estado e o particular, quanto nas relações apenas entre particulares; havendo ainda, neste ponto, uma miríade de variações teóricas.

Como forma de enumeração do problema pode-se citar uma série de hipóteses envolvendo possíveis lesões a direitos fundamentais, cabendo questionar: a) se ou até que ponto as liberdades ou bens pessoais podem ser limitados por contrato com o acordo ou o consentimento do titular; b) se uma empresa pode celebrar contratos de trabalho com cláusulas em que os trabalhadores renunciem a exercer atividade partidária ou a sindicalizar-se; c) se um partido político pode impedir que participem das convenções destinadas a escolher seus candidatos nas eleições, indivíduos de raça

negra; d) se uma escola particular pode recusar-se a matricular alunos de determinada religião ou raça; e) se é legítimo defender publicamente boicote a determinada obra de arte; e f) se pode uma associação expulsar sócio sem observar as regras estatutárias, ou, ainda, se pode o condômino ser sancionado sem que antes lhe seja dada oportunidade de defender-se (ou seja, há direito ao devido processo legal e à ampla defesa em face de entes privados?).³ A questão diz respeito em saber se e como os direitos fundamentais podem ser empregados como critérios normativos na resolução de problemas como os supracitados.

A pesquisa ora proposta tem como tema a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada e como marco teórico a teoria geral dos direitos fundamentais, com ênfase na teoria do jurista alemão Alexy⁴.

A pesquisa aventada tem como objetivos gerais demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais e suas vertentes perante terceiros no plano horizontal, bem como distinguir e criticar os modelos de aplicação dos direitos fundamentais no Brasil e no direito comparado. A pesquisa também tem como objetivos específicos identificar os temas essenciais e correlatos aos direitos fundamentais e verificar, na prática, a extensão da eficácia das normas constitucionais tutelares de direitos fundamentais ao domínio das relações privadas.

Ademais, considerando-se que a violação dos direitos fundamentais também pode ocorrer na relação entre particulares, pode ser salutar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais também a estas relações. A presente pesquisa trabalha como variável independente a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e como variáveis dependentes a constatação de ofensa a um direito fundamental de um particular por outro particular e o respeito aos princípios fundamentais assegurados pelo ordenamento.

³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 138-140.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

No intuito de testar as variáveis acima identificadas, arrola-se como indicadores os entendimentos doutrinários acerca da existência de ofensa a direitos fundamentais por terceiros, os argumentos esboçados em acórdãos em defesa da aplicação dos direitos fundamentais nas relações interindividuais (como e em que extensão eles devem ser aplicados) e as decisões estrangeiras ratificando o respeito aos direitos fundamentais quando e, sobretudo, violados por particulares.

No presente trabalho as variáveis serão testadas através de estudo doutrinário, jurisprudencial e da legislação vigente no Brasil e países como Alemanha, Portugal, Espanha e EUA.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-dogmática em razão de se basear no conceito, interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais consagradas nas Constituições. Por conseguinte, a pesquisa é interdisciplinar e segue o tipo metodológico (ou de investigação jurídica) chamado jurídico-exploratório, através da análise dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições e a aplicação de seus efeitos, de forma concreta, nas relações cidadão/cidadão; e também os tipos jurídico-comparativo e jurídico-propositivo, uma vez que identificará similitudes e diferenças de normas e instituições em sistemas jurídicos distintos, bem como parte do questionamento de qual modelo é adotado de forma majoritária na doutrina e jurisprudência, com o intuito de se propor, ainda que com audácia, aquele mais eficaz.

De acordo com as técnicas de análise de conteúdo afirma-se tratar de uma pesquisa teórica, de modo que o procedimento adotado à comprovação da teoria aqui a ser apresentada é a análise de conteúdo de textos doutrinários, normas, pareceres e legislação.

Far-se-á também um levantamento de dados jurisprudenciais, analisando-se as diversas posições dos Tribunais Superiores de alguns países (Brasil, Alemanha, Portugal, Espanha e EUA), bem como perquirindo as características e os elementos apontados para tal posicionamento.

Quanto à natureza dos dados, são dados primários da pesquisa as Constituições, leis e demais normas, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) relacionada ao assunto. Os dados secundários são as doutrinas pertinentes ao tema e sua interpretação, bem como eventuais legislações comentadas.

2 APONTAMENTOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Definições de direitos fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), como a maioria das cartas políticas contemporâneas, contém regras de diversos tipos, por serem dotadas de finalidades diferentes, mas coordenadas e inter-relacionadas, formando um sistema de normas que se condicionam reciprocamente.

Não há unanimidade acerca do conceito de direitos fundamentais. Segundo Carl Schmitt⁵, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional, que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança, ou seja, para sua alteração precisaria de uma emenda à Constituição.

Os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra,⁶ tendo como elementos definidores os valores considerados como essenciais da nossa cultura.⁷ Os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados.⁸ Logo, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos e, de qualquer modo, “os direitos fundamentais são essa forma indispensável e universal, de todos, de realização da liberdade.”⁹ “Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições”, de tal sorte que “não há constitucionalismo sem direitos fundamentais.”¹⁰

⁵ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição (Der Hüter der Verfassung)*.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 561.

⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos direitos fundamentais*, p. 246.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*.

⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos direitos fundamentais*, p. 246.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 615- 616.

Alexy, na sua teoria dos direitos fundamentais, distingue o conceito de norma de direito fundamental do conceito de direito fundamental. Para o autor, sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Nesse contexto, a norma de direito fundamental é um conceito mais amplo que o direito fundamental, pois “toda pretensão à existência de um direito fundamental pressupõe a validade de uma norma de direito fundamental.”¹¹

Ainda na concepção de Alexy, dizer que normas de direitos fundamentais são somente aquelas normas expressas diretamente por enunciados da Constituição é muito restrito, uma vez que podem existir normas de direitos fundamentais não estabelecidas pelo texto constitucional, mas atribuídas às normas diretamente estabelecidas na Constituição. Nessa linha, as normas de direitos fundamentais são divididas em dois grupos: as normas de direitos fundamentais estabelecidas diretamente pela Constituição e as normas de direitos fundamentais atribuídas.¹² É justamente neste último grupo que surge a discussão acerca de quais normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto da Constituição. Para Alexy deve-se seguir o seguinte critério: “uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.”¹³ Donde se conclui que uma norma atribuída será uma norma de direito fundamental de acordo com a argumentação referida a direitos fundamentais. Assim, define Alexy “que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.”¹⁴ Para o jusfilósofo alemão, também podem ser definidos como direitos fundamentais aquelas posições que, do ponto de vista do Direito Constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 51.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 69-73.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 74.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 76.

No entendimento de Klaus Stern: “as idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual.”¹⁵ Tais ideias podem ser vistas como limites normativos do poder estatal. Este pensamento, na verdade, condiz com o disposto no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo o qual “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”¹⁶ A partir de então, formou-se o núcleo material das Constituições escritas de cunho liberal-burguês: “a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes”¹⁷, de forma a se constatar a íntima correlação entre Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.

Assim assevera Ingo Sarlet, com pertinência, que a Constituição, na medida em que controla os órgãos estatais, “constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de forma que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.”¹⁸ Configurando-se, destarte, os direitos fundamentais como *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático, onde a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos.

Com ênfase no pensamento de Canotilho¹⁹, pode-se dizer que os preceitos dos direitos fundamentais e da soberania popular condicionam o Estado Democrático de Direito. E é justamente neste contexto que os direitos fundamentais, como elementos da ordem jurídica objetiva, atuam como fundamento material de todo o ordenamento jurídico, extrapolando sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual.

¹⁵ STERN, Klaus *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 58.

¹⁶ Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 31 maio 2012.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 58.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 59.

¹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

Por esse viés, os direitos fundamentais, como resultado da positivação constitucional de determinados valores básicos, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais da Constituição, integram o núcleo substancial da ordem normativa, “revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias [...] certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.”²⁰

Note-se, então, uma das importantes funções exercidas pelos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito: preservar o direito das minorias contra eventuais abusos e desvios de poder; configurando-se, assim, uma estreita ligação entre os direitos fundamentais e a democracia.

Segundo Ingo Sarlet, há uma estreita ligação dos direitos fundamentais com o princípio do Estado Social consagrado pela Constituição de 1988. Não obstante a CRFB/88 não constar, expressamente, como um Estado Social e Democrático de Direito, há um amplo consenso na doutrina “de que nem por isso o princípio fundamental do Estado Social deixou de encontrar guarida na nossa Constituição”²¹, haja vista a consagração, no texto constitucional, dos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a existência de uma enorme gama de direitos fundamentais sociais. Ademais, no âmbito de um Estado Social de Direito, o reconhecimento dos direitos sociais é essencial para o exercício efetivo das liberdades e garantias individuais e coletivas, dentro de uma concepção de justiça e democracia. Assim, os direitos fundamentais se configuram como “prerrogativas das pessoas, necessárias para uma vida satisfatória e digna, garantidas nas Constituições.”²²

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 61.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 62.

²² SALGADO, Joaquim Carlos. *Os Direitos Fundamentais*, p. 17.

2.2 A dupla dimensão dos direitos fundamentais – subjetiva e objetiva

Gilmar Ferreira Mendes,²³ seguindo a tradição europeia, trabalha os direitos fundamentais como direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Na linha de direito subjetivo, os direitos fundamentais outorgam a seus titulares possibilidades jurídicas de impor interesses pessoais em face dos órgãos estatais obrigados. Sob esse prisma, os direitos fundamentais são direitos individuais – são direitos de defesa do cidadão contra o Estado (Teoria Liberal), relativos a um dever de omissão – um não fazer ou um não interferir, bem como uma garantia positiva para o exercício da liberdade, entendidos como obrigação de fazer ou de realizar por parte do Estado²⁴. A exemplo do art. 54.º 1. da Constituição portuguesa²⁵, os direitos fundamentais na dimensão subjetiva servem, *prima facie*, para a defesa dos interesses dos trabalhadores, e não como garantia da ordem objetiva ou de bens coletivos.²⁶

A noção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado, advém da época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político, de tal sorte que a sociedade e o Estado eram considerados como dois mundos estanques, cada um governado por uma lógica, cuja obediência se dava aos direitos privado e público, respectivamente. Nessa concepção, os direitos fundamentais tinham a finalidade precípua de proteção da sociedade contra

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*.

²⁴ Segundo Bernardo Gonçalves: “[...] através dos direitos fundamentais um cidadão é titular de um direito subjetivo contra o Estado (em geral, mas como veremos mais a frente, há teses sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas – a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais) que estaria, por sua vez, obrigado a uma ação (prestação positiva) ou omissão (prestação negativa).” FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 229.

²⁵ “Art. 54.º 1. É direito dos trabalhadores criarem comissões de trabalhadores para defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa.” Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 31 maio 2012.

²⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

as intromissões do Poder Público, mormente da salvaguarda da liberdade individual e social.²⁷

Considerando-se que a garantia da liberdade individual e social já não é mais o valor primeiro e único da comunidade política, os direitos fundamentais ganham uma dimensão objetiva, em que, como valores constitucionais, cabe ao Poder Público respeitar e fazer com que terceiros os respeitem.²⁸ Assim, no aspecto objetivo, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, como elementos objetivos fundamentais da comunidade, posto que se tornam um verdadeiro “norte” de “eficácia irradiante” a fundamentar todo o ordenamento jurídico, como na incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.²⁹

É importante frisar que a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada fundamenta-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo este o argumento decisivo de justificação desenvolvido na jurisprudência e na dogmática constitucional alemã³⁰, sendo, ainda, aceite sob a vigência de outros ordenamentos jurídicos, como o português³¹ e o espanhol³², por exemplo. “De fato, a admissão da

²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 242.

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 242-243.

²⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 228.

³⁰ Segundo Jane Pereira: “A associação entre dimensão objetiva e eficácia privada decorre do fato de as duas teorias terem sido adotadas na jurisprudência de forma simultânea e imbricada. É que o caráter objetivo dos direitos fundamentais foi articulado precisamente quando se resolvia um problema relativo à repercussão destes em relações privadas – o caso *Liith* (analisado mais adiante) –, o que põe em evidência a implicação e complementaridade entre os dois temas. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.” In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 155

³¹ Art. 18.º 1. da Constituição da República Portuguesa: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 31 maio 2012.

eficácia dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos* pode ser entendida como a consequência mais importante do reconhecimento da sua dimensão objetiva.”³³ Nessa linha, o Estado não é mais visto como categoria fixa de inimigo público, ao mesmo tempo verifica-se que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado, como previam as teorias liberais. Categorias com elevado poder social e político desabrocham na sociedade (sindicatos, associações, grupos econômicos, etc.).³⁴

Os direitos fundamentais ganham uma nova compreensão – a ordem de valores assim designada pela Teoria Comunitarista³⁵. Destarte, entre cidadãos “comuns” ou iguais, os direitos fundamentais aplicam-se diretamente como valores comunitários, deixando de ser apenas regras de interpretação ou de preenchimento das cláusulas gerais.³⁶ Os direitos fundamentais são a representação dos valores sociais dos quais a sociedade considera mais importante³⁷, cujo conteúdo e significado variam para cada Estado,

³² Segundo Daniel Sarmento: “Na Espanha o texto constitucional é silente sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No entanto, autores como Tomás Quadra-Salcedo, Juan Maria Bilbao Ubillos, Pedro de Veja Garcia, Antonio-Enrique Perez Luño e Rafael Naranjo de La Cruz, dentre outros, manifestarem-se em prol da doutrina da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.” SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 222

³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 155.

³⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 243.

³⁵ Segundo Bernardo Fernandes: Há duas grandes teorias sobre os direitos fundamentais. De um lado a Teoria Liberal prescreve que os direitos fundamentais são necessariamente direitos de autonomia do sujeito e, por isso mesmo, são direitos de defesa contra agressões estatais (definem os espaços de liberdade individual e social, nos quais é vedada a ingerência estatal). “De outro lado, a Teoria Comunitarista afirmará a existência de uma ordem de valores que compõe os chamados direitos fundamentais. Sob essas luzes, os direitos fundamentais deixam de ser direitos subjetivos, pertencentes a cada indivíduo da sociedade, para ganhar uma nova compreensão (dos valores que a sociedade considera mais importante).” FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, p. 246-247.

³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 246.

³⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 247.

dependendo de fatores extrajurídicos e de peculiaridades como a cultura e a história dos povos.³⁸

Nessa linha, através da Constituição a sociedade estabelece valores – traduzidos no rol dos direitos fundamentais – que vão orientar não apenas a ordem jurídica estatal, mas todos os setores da sociedade. Assim, a dupla dimensão dos direitos fundamentais impõe que, ao mesmo tempo em que asseguram posições jurídicas subjetivas dos indivíduos em face do Estado, veiculam uma ordem objetiva de valores a comandar e orientar toda a vida social.³⁹

Conforme leciona Wilson Steinmetz, há nas Constituições um catálogo de direitos fundamentais que operam ao mesmo tempo como direitos públicos subjetivos e valores da comunidade juridicamente objetivados. “A teoria da dupla dimensão – a subjetiva e a objetiva – dos direitos fundamentais é, ao que parece, a construção teórico-dogmática mais fértil e útil do Tribunal Constitucional alemão em matéria de direitos fundamentais”.⁴⁰

Na verdade, a dupla dimensão dos direitos fundamentais remonta à Constituição de Weimar (1919)⁴¹, mas a tese de que ostentam uma dimensão objetiva ganhou aceitação na década dos anos 50, do século passado, com a superação do individualismo liberal e

³⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, p. 161-162.

³⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 149-151.

⁴⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p.104 e 105.

⁴¹ Segundo Maria Cláudia Pinheiro: “Vê-se, portanto, que o que confere natureza social a determinado ordenamento constitucional é o reconhecimento manifestado pelo Estado – e expresso no texto de sua Lei Fundamental – no sentido de que, além de garantir, aos cidadãos, o respeito às liberdades clássicas de que são titulares, a sua intervenção no seio da sociedade é desejada e necessária para que os indivíduos possam melhor desfrutar de seus direitos e de suas garantias: Daí porque comumente se tem entendido que a fase do Constitucionalismo Social tem seu início marcado pelas Constituições Mexicana e de Weimar.” PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9014/a-constituicao-de-weimar-e-os-direitos-fundamentais-sociais>. Acesso em: 31 maio 2012.

ascensão do Estado Social. Cumpre lembrar, também, que “a decisão de transformar os direitos fundamentais em cláusulas pétreas sob a égide da Lei Fundamental de 1949 foi orientada pela ideia de que estes traduzem os valores essenciais da sociedade.”⁴²

Para Canotilho, tanto as normas garantidoras de direitos subjetivos, como as normas impositivas de obrigações objetivas ao Estado, podem apresentar a natureza de princípios. Desse modo, quando se fala nas dimensões objetiva e subjetiva das normas garantidoras de direitos fundamentais, intenta-se frisar a existência de princípios e regras consagradores de direitos subjetivos fundamentais (dimensão subjetiva) e a existência de princípios e regras meramente objetivos (dimensão objetiva).⁴³ Compreendendo-se os direitos fundamentais como princípios objetivos, pode-se afirmar que o Estado está obrigado a fazer o possível para realizar os direitos fundamentais, resultando um dever estatal de preservação ao bem jurídico por ele protegido, no que tange a ameaças antijurídicas por pessoas ou poderes.⁴⁴

Desse modo, é através da dupla dimensão dos direitos fundamentais, que o efeito irradiante dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais como direitos à proteção do indivíduo e deveres de proteção do Estado e a vinculação tanto do legislador quanto dos particulares aos direitos fundamentais são justificados.

⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 150.

⁴³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1255-1256.

⁴⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 278.

Note-se que foi com o advento da Lei Fundamental da Alemanha de 1949⁴⁵, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais ganhou notoriedade. A teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais foi aplicada no Caso *Lüth*⁴⁶, em 15 de janeiro de 1958, ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público – a Lei Fundamental não pretende ser uma ordem neutra de valores –, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e com seu núcleo na dignidade da pessoa humana, fornecendo diretrizes para os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.⁴⁷

Deduz-se, daí, que os direitos fundamentais não eram mais vistos tão somente como garantias negativas ou meras enumerações consistentes em um interesse individual contra o Estado; mas também, apresentavam-se na ordem constitucional, como um

⁴⁵ Segundo Jörg Neuner: “Os direitos fundamentais obtiveram uma relevância jurídico-privada mais forte primeiramente por intermédio da Constituição de Weimar, de 1919. Garantiu-se a tríade liberdade contratual, propriedade privada e direito à herança e um extenso catálogo de direitos sociais. Discutiu-se a respeito de uma eficácia jurídico-privada dos direitos fundamentais, ainda que se ressaltasse que tais direitos valiam, em regra, apenas em direção ao Estado. Segundo a doutrina majoritária, os direitos fundamentais da Constituição de Weimar corporizam realmente direitos subjetivos públicos, os quais, porém, não fundamentavam direitos diante do legislador estatal. Já era, contudo, postulado por parte da literatura uma vinculação do Legislativo aos direitos fundamentais. Considerando-se as novas acentuações da Lei de Bonn, é de se supor a tese de que a primazia do direito privado fosse definitivamente invertida em favor do direito constitucional.” NEUNER, Jörg, O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 217-219.

⁴⁶ Segundo Daniel Sarmento: “[...] no caso *Lüth*: tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido por um cineasta nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, *Erich Lüth*, em 1950. A produtora e distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram decisão favorável na Justiça Estadual de Hamburgo, com base no art. 826 do CC Alemão segundo o qual ‘quem causar danos intencionais a outrem e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano.’ *Lüth* interpôs queixa constitucional que fora acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão, fundamentando o entendimento de que as cláusulas gerais do direito privado, referidas no art. 826, devem ser interpretadas ao lume da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, no caso, da liberdade individual contra as interferências das autoridades públicas.” SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 215.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 143.

conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos, ou seja, o código de valores e fins que a sociedade visa efetivar.

Posta a questão em outros termos por Ingo Sarlet, os direitos fundamentais, desde a sua dimensão objetiva, operam, “não propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado, em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica.”⁴⁸

Ainda sob a análise de Ingo Sarlet⁴⁹, a faceta objetiva dos direitos fundamentais leva ao entendimento de que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva e, assim, a perspectiva objetiva levaria a um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais. Observe-se que, uma vez que os direitos fundamentais incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da sociedade, a consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é que os direitos fundamentais, mesmo os clássicos direitos de defesa, devem ser valorados não somente sob a perspectiva individual e sua posição ante o Estado, mas também, sob o ponto de vista da comunidade, já que tratam de valores e fins que a sociedade deve respeitar e concretizar.

Com fundamento em tal premissa, conclui-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais vincula e condiciona o exercício dos direitos subjetivos individuais, de forma a impor o reconhecimento pela comunidade, capaz de legitimar restrições aos direitos subjetivos individuais com fulcro no interesse comunitário prevalente. Ainda, enseja a limitação e o alcance dos direitos fundamentais uma vez que deve estar sempre preservado o núcleo essencial⁵⁰ destes. Nesse contexto, a dimensão subjetiva

⁴⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 143.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 144-145.

⁵⁰ Segundo Ingo Sarlet: “A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos*

não se sustenta sob a dimensão objetiva, havendo, aí, uma supremacia do interesse público sobre o particular.

2.3 Direitos à proteção e direitos de defesa

A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mediante a qual o Estado não deve somente se abster de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas deve também atuar positivamente promovendo e protegendo os direitos fundamentais de quaisquer ameaças, inclusive as advindas de particulares.⁵¹

Conforme prevê a doutrina de Alexy,⁵² os direitos à proteção devem ser entendidos como os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado, contra as intervenções de terceiro, ou seja, são direitos constitucionais que o indivíduo tem que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada forma, numa relação de sujeitos de direito dentro da mesma hierarquia. Note-se que como terceiros entenda-se os particulares (indivíduo ou grupo), os Estados estrangeiros, e as organizações supranacionais. Ainda para Alexy,⁵³ “os direitos à proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado”.

Importa consignar, que assim como a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é extraída da dimensão objetiva, também o é a teoria dos deveres de proteção (“o que para o particular são direitos à proteção para o Estado são deveres de

Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 402

⁵¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 162.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 450-451.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 450-451.

proteção”⁵⁴, ou seja, o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais como direitos à proteção), mediante a qual é imputada ao Estado a responsabilidade de assegurar uma efetiva proteção aos direitos fundamentais, atuando positivamente com o escopo de prevenir que estes sejam lesionados por terceiros.

Nesse sentido, os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigem-se às relações entre os particulares e os Poderes Públicos. Estes, para além do dever de respeitar e de se abster de violar os direitos fundamentais, criando condições necessárias para a sua realização, ainda têm o dever de proteção contra quaisquer ameaças, incluindo as resultantes de ações dos entes privados.⁵⁵ Nesse contexto, Jörg Neuner elucida que as violações de direitos fundamentais são também qualificadas como omissões por parte do Estado.⁵⁶

Em verdade, a teoria dos deveres de proteção fundamenta-se na ideia de que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros entes privados. Ademais, aceitar a existência dos deveres de proteção e negar a vinculação imediata dos indivíduos aos direitos fundamentais encerra uma evidente contradição, uma vez que só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental, causada por um particular, se se aceitar que a este particular não é lícito causar o dano, devendo, então, respeito aos direitos fundamentais.⁵⁷

José Carlos Vieira de Andrade observa que embora a teoria do dever de proteção seja tributável de uma aplicabilidade mediata, ela alarga a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, de forma a impor ao Poder Público (legislador, administrador e juiz) a obrigação de velar

⁵⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 129.

⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 247.

⁵⁶ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 234.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 147.

para que não haja ofensas aos direitos fundamentais por parte das entidades privadas. Nessa quadra, o dever de proteção aparece associado a um imperativo de proteção, que deve ser entendido como um princípio orientador, não como uma proteção mínima, mas também não como uma proteção máxima, mas sim respeitando o princípio da proporcionalidade quando estiver em conflito direitos e liberdades ou valores comunitários relevantes, com especial atenção para a autonomia privada.⁵⁸

Ora, se o Estado deve atuar positivamente no sentido de prevenir ameaças aos direitos fundamentais, mesmo que o ato lesivo seja praticado por particulares, extrai-se da dimensão objetiva um direito subjetivo, consubstanciado no poder de reclamar do Estado uma atuação de proteção às ameaças aos direitos fundamentais. Impende destacar que esta tese vem sendo utilizada por grande parte da doutrina para a solução de questões envolvendo lesão a direitos fundamentais por pessoas privadas.

Ainda com fulcro na sua teoria dos direitos fundamentais, Alexy⁵⁹ suscita duas questões: existem, de fato, direitos subjetivos à proteção ou apenas normas que prescrevem que o Estado proteja os indivíduos sem, contudo, conferir um direito subjetivo, sendo tão somente norma objetiva? Caso os direitos à proteção existam, sua natureza é, de fato, diversa dos direitos de defesa de tipo clássico?

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha não é muito clara na resposta a essa indagação. O Tribunal, por vezes, parece pressupor a possibilidade de violações a direitos fundamentais cometidas por terceiros em igual hierarquia, ou seja, neste caso, terceiros seriam destinatários de direitos fundamentais. Prevalece, também no Tribunal, uma tese mais fraca e menos problemática, segundo a qual o indivíduo tem, em face do Estado, um direito fundamental à proteção contra terceiros. Desse modo, seria possível falar em violação a um direito fundamental por parte do Estado quando este não cumprisse de forma suficiente o seu dever de proteção. Mas isso,

⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 248.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 451.

segundo entendimento de Alexy⁶⁰, significaria uma subjetivação do dever de proteção e, em algumas decisões do Tribunal Constitucional Federal é isto mesmo o que ocorre: se a violação do dever de proteger a vida e a saúde deve ser controlada sob o aspecto de uma lesão à ordem constitucional, então a única alternativa é atribuir um direito de proteção, correspondente àquele direito.

Portanto, em resposta a indagação de Alexy, pode-se dizer que no Tribunal Constitucional Federal há indicações no sentido de uma interpretação subjetiva, de forma a se atribuir direitos subjetivos à proteção, e não mera norma objetiva. Assim, prefere o Tribunal supor que os direitos fundamentais são mais que direitos de defesa contra intervenções estatais. Ademais, “o Tribunal faz referência ao conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais e à ordem objetiva de valores”.⁶¹ E acrescenta Alexy: “nesse sentido, a subjetivação dos deveres de proteção pode ser fundamentada por meio da natureza principiológica dos direitos fundamentais.”⁶² Nesse contexto, ainda com fundamento em Alexy, “somente a subjetivação dos deveres de proteção faz justiça ao sentido original e permanente dos direitos fundamentais.”⁶³

Convém destacar, então, que os direitos à proteção estão inseridos na dimensão liberal tradicional dos direitos fundamentais. Mas isto não significa, para Alexy, que tais direitos não suscitam problemas além daqueles levantados pelos direitos de defesa associados a ações negativas estatais. Ao contrário, os direitos à proteção, enquanto direitos a ações estatais positivas, também compartilham problemas como os direitos de defesa, podendo-se até afirmar que, segundo a doutrina de Alexy, “a justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) impõe menos problemas que a justiciabilidade dos direitos a ações positivas (direitos a prestações).”⁶⁴

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 452-454.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 454.

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 455.

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 455.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 461.

Destarte, se direitos de defesa são proibições de destruir ou afetar negativamente algo, então “toda e qualquer ação que represente ou produza destruição ou afetação negativa é proibida”⁶⁵. Por outro lado, se os direitos a prestações são obrigações, para seus destinatários, de proteger ou fomentar algo, então, “nem toda ação que represente ou produza uma proteção ou um fomento será obrigatória.”⁶⁶ E exemplifica Alexy: “assim é que a proibição de matar implica ao menos, *prima facie*, a proibição de qualquer ação de matar; já a obrigação de salvar não implica toda e qualquer ação de salvar.”⁶⁷ Isto significa, para Alexy, que em se tratando de direitos à proteção há uma discricionariedade por parte do destinatário, que *in casu*, pode escolher como salvar uma vida, ou seja, pode escolher como realizar o seu dever.

Em síntese, para Alexy, “o direito à proteção exige a utilização de ao menos um meio de proteção, enquanto o direito de defesa exclui a utilização de todo e qualquer meio de destruição ou afetação negativa”.⁶⁸ Se mais de uma ação de proteção é adequada, necessário será, assim, que somente alguma das ações seja adotada. Note-se que o Estado tem que adotar ao menos uma medida efetiva. Já para os direitos de defesa, se mais de uma ação negativa é cabível, necessário será, então, a abstenção de todas as ações a fim de compor uma condição suficiente para a satisfação da proibição. Por outro lado, se couber apenas uma ação adequada de proteção, então, ela é necessária para a satisfação do direito à prestação e o Estado deverá adotá-la; destarte, a estrutura do direito à prestação torna-se igual à estrutura do direito de defesa.

Importante frisar que os deveres de proteção têm natureza de princípio e, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, “eles exigem uma proteção a mais ampla possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes; isso significa que eles podem colidir com outros princípios.”⁶⁹ No caso de colisão, a solução viria por meio de sopesamentos, em que a escolha da medida mais adequada para a satisfação do dever de proteção se dará com base na discricionariedade. Ainda para

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 461.

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 462.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 461-462.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 462.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 463-464.

Alexy, a Constituição fundamenta um dever de proteção não apenas em face do indivíduo, mas também em face da totalidade dos cidadãos. Alexy salienta que sopesamentos não são incomuns no Direito Constitucional e, em se tratando de direitos de defesa eles são inevitáveis, pois ao lado de interesses coletivos, direitos de terceiros também podem ser relevantes.⁷⁰

Saliente-se a observação de Alexy⁷¹ de que os limites à discricionariedade do legislador e à competência do Tribunal Constitucional devem ser orientados por questões substanciais, tais quais controle de evidência, controle de plausibilidade e controle intensificado de conteúdo; e não por distinções teórico-estruturais entre direitos de defesa e direitos à proteção.

Cumprido ressaltar, por fim, que direitos de defesa são relativos a um dever de omissão, ou seja, ações negativas impostas ao Estado, não intervenção arbitrária ou não justificada; enquanto os direitos à proteção são direitos a prestações positivas, normativas ou fáticas, “de proteção do direito fundamental diante de lesão ou de ameaça de lesão de terceiros, comumente particulares”⁷². Nessa formulação, os direitos de defesa operam “como instrumentos de proteção da liberdade individual contra interferências ilegítimas (usurpadoras) do Poder Público, independentemente de sua ordem.”⁷³ Assim, em caso de violação dessa liberdade, surge para o titular desse direito a pretensão de abstenção, de revogação ou de anulação. Ou ainda, conforme Alexy, o primeiro é um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir; enquanto o segundo é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham.

Lado outro, no entendimento de Wilson Steinmetz, há uma semelhança entre direitos de defesa e deveres de proteção, uma vez que ambos “excluem a restrição injustificada

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 465-466.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 467-469.

⁷² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 129.

⁷³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 241.

(arbitrária, abusiva) ou a eliminação de um direito subjetivo constitucional do titular por outrem (Estado ou terceiros).”⁷⁴

Convém lembrar, também, que as ações a que o Estado se responsabiliza são as intervenções privadas em bens de direitos fundamentais, como a vida, a liberdade e a propriedade, de tal sorte que ações praticadas por pessoas privadas não são imputáveis ao Estado pelo simples fato de que ele as permitiu.

Na CRFB/88 os direitos à proteção encontram seu fundamento no inciso XLI do art. 5º, (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”) impondo ao legislador que atue normativamente de forma a proteger os direitos fundamentais diante de uma ação atentatória praticada pelo Poder Público ou por particulares. Ainda, com fulcro na Constituição, pode-se citar também os arts. 227, *caput*⁷⁵, 230, *caput*⁷⁶, 1º, III⁷⁷ e 5º, *caput*⁷⁸, consubstanciando ao Estado um dever de proteger (dever de proteção) diversos direitos subjetivos constitucionais do homem, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à educação e à dignidade da pessoa. Ademais, os direitos fundamentais como direitos à proteção também se justificam no princípio do Estado de Direito.

Importa consignar, aqui, que há um segmento da doutrina alemã (Joseph Isense, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris) que defende que os deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais constituem a forma mais correta de se solucionar a projeção dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Com amparo nessa teoria, há um direcionamento dos direitos fundamentais apenas em face

⁷⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 129.

⁷⁵ “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

⁷⁶ “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

⁷⁷ “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;”

⁷⁸ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

do Estado, mediante a qual ele teria a obrigação de não apenas abster-se de violar os direitos fundamentais, mas de também protegê-los de lesões e ameaças de terceiros particulares.⁷⁹ Destarte, “o titular de um direito fundamental é também titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra intervenção de terceiros.”⁸⁰

Nesse quadro, segundo os defensores da teoria dos deveres de proteção, evitar-se-ia os riscos para a autonomia privada decorrentes da sujeição dos particulares aos direitos fundamentais, como também se impediria o ativismo judicial, uma vez que, se o legislador não cumprisse sua obrigação de proteção dos direitos fundamentais, não caberia ao juiz colmatar lacunas; e a solução se daria, tão somente, por meio do controle de constitucionalidade. Note-se que para os defensores da referida teoria, os particulares, no exercício da autonomia privada, não se sujeitariam aos direitos fundamentais, podendo o legislador, por outro lado, introduzir os direitos fundamentais nas relações privadas através de regras de alto grau de densificação ou, ainda, permitir a valoração do Judiciário por meio das cláusulas gerais (esta mediação do legislador faz com que a teoria dos deveres de proteção se aproxime, quanto aos efeitos, da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares). De toda sorte, a teoria dos deveres de proteção também é alvo de críticas, notadamente quando torna refém a proteção dos direitos fundamentais à vontade do legislador, negando a eles uma proteção direta e imediata.⁸¹

Por derradeiro, notadamente no que diz respeito a direitos fundamentais como direitos à proteção e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, vislumbra-se que se assemelham na medida em que ambos garantem a eficácia (a proteção) dos direitos fundamentais de um particular contra um ou mais particulares, demandando uma ação

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito comparado e no Brasil. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 236-240.

⁸⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 163.

⁸¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito comparado e no Brasil. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 236-240.

do Estado de proteção, mormente do Poder Judiciário (interpretação das normas em conformidade com a Constituição), contra lesão ou ameaça de lesão de direitos fundamentais por um particular. Por outro lado, enquanto os direitos fundamentais como direitos à proteção têm sua origem na teoria liberal, a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada nela não se baseia. Nesta linha de entendimento, para Wilson Steinmetz⁸², há ainda outros pontos de diferenciação: na vinculação dos particulares a direitos fundamentais há uma colisão de direitos, já nos direitos à proteção não necessariamente (a título de elucidação cita-se o latrocínio⁸³); na vinculação dos particulares a direitos fundamentais a relação é tão somente entre particulares, já nos direitos à proteção é possível uma relação entre particulares, Estados estrangeiros ou organizações supranacionais; o Estado é o destinatário dos direitos à proteção enquanto na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais são os próprios particulares os destinatários; ainda discute-se a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (eficácia direta o indireta), ao passo que nos direitos à proteção a vinculação do Poder Público é imediata e direta.

2.4 A dupla estrutura das normas de direitos fundamentais – regras e princípios – na concepção de Robert Alexy

2.4.1 Distinção entre regras e princípios

Dentro da concepção da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, torna-se essencial a diferenciação entre regras e princípios, pois, para o autor, esta distinção “é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”⁸⁴; envolvendo questões pertinentes a restrições a direitos fundamentais e colisões entre estes.

⁸² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 128-132.

⁸³: Segundo Wilson Steinmetz: “Um particular P1 que atenta contra o direito fundamental de um particular P2 nem sempre o faz no exercício de um direito fundamental.” STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 131

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 85.

A problemática comum sobre a distinção entre princípios e regras dá-se quando se pensa na norma de direito fundamental como princípio – “isso ocorre, por exemplo, quando se fala em valores, objetivos”⁸⁵ e, por outro lado, quando se faz referência a norma de direito fundamental como regra, mormente quando o objetivo é dizer sobre a efetividade da Constituição – “faz-se referência às normas de direitos fundamentais como regras quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei.”⁸⁶

Ademais, a visão das normas dos direitos fundamentais como regras e princípios, supera a concepção positivista de um sistema jurídico fechado, preso a um modelo de regras.⁸⁷

A despeito de a distinção entre regras e princípios não ser nova, vigora ainda hoje a polêmica e a falta de clareza. Na conhecida visão do autor “tanto regras como princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.”⁸⁸

Há diversos critérios para se distinguir regras e princípios, sendo o mais utilizado o da generalidade, mediante o qual princípios são normas com grau de generalidade alto, ao passo que nas regras o grau de generalidade é baixo. Alexy elucida que “princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.”⁸⁹ Estes critérios deram fundamento a três teses apresentadas por Alexy, acerca da distinção entre regras e princípios.

A primeira tese sustenta que, em razão da diversidade de critérios (o da determinabilidade dos casos de aplicação – Esser; o da origem, o da diferenciação entre normas criadas e normas medradas ou crescidas – Shuman e Eckhoff; o da

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 86.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 86.

⁸⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 181.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 87.

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 89.

explicitação do teor de valoração – Canaris; o da relação com a ideia do Direito ou com a lei suprema do Direito – H. J. Wolff e o da importância que têm para o ordenamento jurídico – Peczenik e Ziembinski)⁹⁰ existentes, as tentativas de diferenciação das normas em duas classes estão fadadas ao insucesso. A segunda tese é exatamente aquela proposta pelos adeptos da diferenciação em razão do grau de generalidade. Já a terceira tese, que segundo o jurista é a correta, prevê que não existe apenas uma diferença de grau de generalidade entre regras e princípios, mas também uma diferença qualitativa.

A transcrição a seguir é decisiva na diferenciação entre regras e princípios, segundo a doutrina de Alexy, uma vez que trabalha os princípios como mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes; ao passo que as regras, contendo determinações, são ou não satisfeitas. Veja-se:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁹¹

Canotilho⁹², por sua vez, traçou cinco critérios diferenciadores entre normas e princípios. O primeiro diz respeito ao *grau de abstração*, mediante o qual princípios possuem grau de abstração elevado, enquanto as regras se apresentam com grau de abstração reduzido. O segundo critério refere-se ao *grau de determinabilidade* na

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 278.

⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90-91.

⁹² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1159-1162.

aplicação do caso concreto, uma vez que os princípios, por serem vagos, necessitariam de uma mediação do legislador ou juiz, ao passo que as regras são passíveis de aplicação direta. O terceiro critério baseia-se no *caráter de fundamentabilidade* dentro das fontes do direito: os princípios são normas estruturantes com posição fundamental e hierárquica dentro do ordenamento jurídico. O quarto critério refere-se à *proximidade da ideia de direito* em que princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados na ideia de justiça, e as regras, por sua vez, são normas vinculantes com conteúdo meramente formal. Por derradeiro, o quinto e último critério trata da *natureza normogênica*, mediante a qual os princípios são fundamentos de regras, constituindo a base do ordenamento jurídico.

Contudo, importante ressaltar que na doutrina prevalece a diferenciação entre regras e princípios, idealizada por Alexy, fundamentada em duas teses: tese fraca – atinente à distinção quantitativa, e tese forte – no tocante à distinção qualitativa.

Nessa concepção e conforme já elucidado acima, a tese fundamentada no grau de generalidade a distinguir regras e princípios não é suficiente, sendo então, designada por Alexy, como tese fraca. Por sua vez, a tese forte seria aquela pautada na diferenciação qualitativa entre regras e princípios, de tal sorte que o modo de aplicação de cada um deles seria suficiente a diferencia-los. Assim sendo, regras são diferentes de princípios na sua maneira de aplicação, uma vez que aquelas são aplicáveis na forma do *tudo ou nada*, fazendo com que a regra seja válida ou não no conflito do caso concreto, devendo ser aplicada exatamente nos exatos termos prescritos. Já os princípios, não apresentando mandamentos definitivos como as regras, mas tão somente obrigações *prima facie*, no confronto de interesses, aplicar-se-iam dentro do mecanismo da proporcionalidade, através de sopesamentos. Logo adiante ver-se-á mais detalhadamente o por hora consignado.

Por derradeiro, ainda nas digressões de Canotilho⁹³, sendo os princípios normas jurídicas impositivas de uma otimização, eles são compatíveis com vários graus de concretização, diante das diversidades fáticas e jurídicas – a convivência dos princípios é conflitual em uma determinada circunstância. As regras, por sua vez, são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não cumprida – as regras são antinômicas. Enquanto os princípios coexistem, as regras se excluem. Conseqüentemente os princípios, ao instituírem exigências de otimização, proporcionam o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Já as regras obedecem à lógica do *tudo ou nada* e, diante de um conflito, elas não deixam espaço para nenhuma outra solução, pois se uma regra vale ela deve ser cumprida na medida de suas prescrições. Observe-se que as regras apresentam-se tão somente no âmbito da validade, enquanto os princípios suscitam problemas de validade e peso.

2.4.2 Conflito entre regras e colisão entre princípios

A distinção entre regras e princípios é mais bem vislumbrada nos casos de colisão entre princípios e conflito entre regras, mediante o qual duas normas, cada qual aplicada *de per se*, conduzem a resultados contraditórios e incompatíveis entre si. É no momento da solução do conflito que a distinção entre essas normas melhor se revela. Sendo assim, um conflito entre regras – ou seja, se duas regras se contradizem – só pode ser solucionado com base no *tudo ou nada* (a norma vale ou não vale), em que uma delas é declarada inválida, ou ainda, se uma delas puder ser considerada a título de exceção à outra.

Lembre-se, por oportuno, o exemplo citado por Alexy⁹⁴ para solução de um conflito de regras através da inserção de uma cláusula de exceção: uma regra preceitua que é proibido sair de sala antes que o sino toque; já outra regra prevê que deve-se deixar a sala de aula com o soar do alarme de incêndio. Essas duas regras conduzem a um

⁹³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1161-1162.

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 92.

dever-ser contraditórios e, para a solução do conflito, deve ser introduzida uma cláusula de exceção: se o sinal ainda não tiver soado, mas o alarme de incêndio tocar, deve-se sair da sala.

Nessa linha de raciocínio, a solução de um conflito entre duas regras que não podem coexistir é uma decisão sobre *validade*: uma regra jurídica é ou não é válida. Para Alexy, “não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos.”⁹⁵

Por sua vez, as colisões entre princípios são solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem, um deles tem que ceder, o que não significa que em um deles deverá ser incluída uma cláusula de exceção, nem tampouco que um deles deve ser declarado inválido. De fato, *in casu*, um dos princípios ganhará precedência sobre o outro conforme o caso concreto, após um sopesamento dos dois. Observe-se que os princípios têm um peso diferente na aplicação do caso concreto e o de maior peso prevalecerá. Dessa teoria do jurista alemão, consagra-se que enquanto as regras dizem respeito à validade, os princípios têm a ver com valores.

Frise-se, então, que só princípios válidos podem colidir, sendo esta colisão uma questão de peso em que se estabelece uma relação de precedência condicionada entre princípios, na solução do caso concreto. Fala-se, aqui, que na resolução de um “conflito” por meio de sopesamentos, o intuito é definir, qual dos interesses que abstratamente estão no mesmo nível, têm maior peso na solução do caso concreto. Para Alexy, deve-se observar a lei da ponderação: “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro.”⁹⁶ Note-se que esta é uma situação de colisão entre princípios.

A ponderação é uma técnica de decisão utilizada nos *hard cases* quando os elementos clássicos de hermenêutica constitucional se mostram insuficientes. Para Alexy, a

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 92.

⁹⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 185.

ponderação consiste em três etapas. Na primeira se identifica as normas referentes e seu agrupamento de acordo com a direção para o qual apontam. Logo após, analisa-se as circunstâncias do caso concreto e suas repercussões, para, finalmente, ser feita a ponderação de forma a se atribuir peso relativo aos elementos e estabelecer a intensidade da preferência de cada grupo de normas. Assim, como não há hierarquia entre os princípios, somente na análise das circunstâncias do caso concreto se verificaria o peso de cada elemento e a intensidade de preferência, sendo certo que, em condições diversas o resultado pode ser diferente.

Alexy⁹⁷ se vale de duas decisões do Tribunal Constitucional Federal para melhor compreensão da sua lei de colisão. O primeiro caso trata da possibilidade de se realizar uma audiência sem a presença do acusado em razão do risco de ele sofrer um derrame ou um infarto durante o procedimento. Neste caso, há uma tensão entre o interesse do acusado na sua integridade física⁹⁸ e o dever estatal de aplicar o devido processo legal⁹⁹. O autor pondera que a decisão não fala de uma colisão, mas de um conflito, de uma situação de tensão e o que colide e é sopesado não são princípios, mas interesses e pretensões, ou ainda, um direito fundamental.

Já o segundo caso, chamado “caso Lebach”, versa sobre o interesse de um condenado, prestes a ser libertado, em impedir a exibição de um documentário sobre os assassinatos que participou, sob a alegação de que isto embaraçaria o seu processo de ressocialização. O caso foi resolvido pelo sopesamento de princípios, dentro da máxima da proporcionalidade, pelo Tribunal Constitucional Federal, que considerou que o direito do preso seria violado. No entanto, poderia ser solucionado pelas

⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 94-96.

⁹⁸ Art. 2 (2) da Lei Fundamental alemã: “Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.” Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf. Acesso em: 31 maio 2012.

⁹⁹ Art. 92 da Lei Fundamental alemã: “O Poder Judiciário é confiado aos juízes; ele é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais previstos nesta Lei Fundamental e pelos tribunais dos Estados.” Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf. Acesso em: 31 maio 2012.

máximas da adequação e da necessidade se fosse levado em consideração que o documentário esclareceria à população sobre a eficácia da lei penal e, dentre outros aspectos, fortaleceria a moral pública e a responsabilidade social.

Com efeito, para a solução da colisão entre princípios, de acordo com Alexy, deve-se estabelecer uma relação de precedência condicionada de um princípio sobre o outro, sendo que a condição reside no caso concreto. Alexy pondera que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha concluiu que não há princípios absolutos e a questão decisiva é saber, sob quais condições, qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. Assim, para Alexy, a lei de colisão “reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.”¹⁰⁰

Ademais, observa Alexy, a existência de normas de direitos fundamentais atribuídas, ou seja, a existência de uma norma com uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. E assim, o doutrinador alemão afirma que “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido.”¹⁰¹ Na esteira dessa argumentação, há normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras, mesmo que a todas elas tivesse sido atribuído a estrutura de princípios.

Importa a diferenciação de Alexy entre regras e princípios. Para o professor catedrático, princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização – podem ser cumpridos em diferentes graus e a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 99.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 102.

também das possibilidades jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, são cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório que se faça precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm, por isso, determinações no campo do possível fático e jurídico.¹⁰²

A respeito, pondera Bernardo Fernandes que a aplicação dos princípios em diferentes graus, ou seja, como mandamentos de otimização, é explicada por Alexy equiparando-se os princípios a valores. Isto é, os princípios saíam do nível deontológico do dever-ser, voltando-se para um nível do axiológico, ligado a preferências subjetivas diante de uma situação concreta.¹⁰³

Convém também citar o entendimento de Canotilho, segundo o qual os princípios, no caso de uma colisão, podem ser objeto de ponderação e harmonização, pois contêm apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha (*prima facie*) devem ser realizados. Por outro lado as regras, contendo fixações normativas definitivas, no caso de um conflito, obedecem à lógica do *tudo ou nada*, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.¹⁰⁴

2.4.3 O caráter *prima facie* das regras e dos princípios

Em face de todo o exposto, decorre o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Como os princípios são mandamentos de otimização, eles não contêm um mandamento definitivo em favor de um princípio, mas apenas *prima facie*, ou seja, exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Desse modo, no caso concreto, a precedência *prima facie* estabelece um ônus de argumentação para a precedência de outro princípio. Assim, “uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um

¹⁰² ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, p. 12.

¹⁰³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 186.

¹⁰⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1161-1162.

princípio e, por consequência, uma carga de argumentação contra o outro princípio.”¹⁰⁵ Frise-se que estas precedências não estabelecem determinações definitivas, e, por isso, aquelas tomadas *prima facie* como ponto de partida podem não ser confirmadas ao final.

Por outro lado, as regras, como um mandamento definitivo, exigem que se faça exatamente o que prescrevem, possuindo o seu conteúdo delimitado no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas. Logo, princípios têm sempre um caráter *prima facie* e as regras, se não houver alguma exceção estabelecida, têm um caráter definitivo.

Importante ressaltar que regras e princípios têm um caráter *prima facie* distintos. Desta maneira, “as regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito;”¹⁰⁶ e, assim, o caráter *prima facie* que as regras adquirem em razão da perda deste caráter definitivo é diferente dos princípios. “Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a outro princípio antagônico.”¹⁰⁷

Insta acentuar também que, para o doutrinador alemão, há os princípios formais que sustentam uma regra, ou seja, eles estabelecem regras criadas por autoridades legitimadas e, no ordenamento jurídico, “quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras.”¹⁰⁸ Desse modo, quando mais forte for o caráter *prima facie* das regras e quanto mais fatos forem reguladas por elas, mais rígido e menos flexível será o ordenamento jurídico.

2.4.4 Regras e princípios como razões

No entendimento de Alexy, regras e princípios devem ser considerados como razões para normas, pois, não obstante a definição de que princípios sejam razões para regras

¹⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 215.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 105.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 105.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 105.

e somente para elas, “regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas.”¹⁰⁹ Destarte, princípios são razões para criar regras e regras são razões para decisões concretas.

Nesses termos, ser uma regra uma razão definitiva (ocorre quando a regra é válida, aplicável e infensa a exceções) também significa que ela é razão para um juízo concreto, isto é, por meio das regras decide-se se alguém tem um determinado direito. Ora, aqui então cabe a indagação: como os princípios, que são razões *prima facie* e não definitivas, chegam a um juízo concreto? A resposta é clara para Alexy: “sempre que um princípio for uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos princípios nunca são razões definitivas.”¹¹⁰

Donde se conclui que, para permitir decisão sobre direitos definitivos em um juízo concreto, o princípio necessita, por via do sopesamento, tornar-se fundamento para uma regra. Portanto, encontrar uma regra atribuída (implícita) é o caminho para a aplicação deste princípio.

2.4.5 Objeções ao conceito de princípio

Alexy¹¹¹ apresenta três possíveis objeções contra o conceito de princípio trabalhado.

A primeira objeção adverte que há colisões entre princípios que podem ser resolvidas pela declaração de invalidade de um deles. Cite-se como exemplo o princípio da segregação racial que, se inserido no ordenamento jurídico alemão (ou brasileiro), seria invalidado no primeiro confronto com os demais princípios, sendo resolvido como um conflito entre regras.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 107.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 108.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 109-114.

O princípio da segregação racial demonstra que também se postula a questão da validade no caso de princípios. A colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes, onde o âmbito de validade refere-se a saber sobre o que deve ser colocado dentro e o que deve ser deixado de fora do ordenamento jurídico. Destarte, se um princípio for inválido, ele estará fora do ordenamento jurídico e não reunirá força alguma para colidir com outro princípio. Trata-se, nesse caso, de um princípio fraco que, muito provavelmente não prevalecerá sobre os demais. Dito isto, a possibilidade de um princípio ser tido como inválido não joga por terra o teorema da colisão, apenas define as suas bases.

A segunda objeção sustenta que existem princípios absolutos e, desta forma, não poderiam se sujeitar a relações de preferência em face de outros princípios. Ademais, se existem princípios absolutos com precedência em relação a todos os outros; em casos de colisão, pode-se dizer que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas fático, e, assim, o teorema da colisão não seria aplicável.

Contudo, para Alexy, “é fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais.”¹¹² Enquanto a segunda objeção argumentaria que o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto, Alexy sustenta que há um princípio e uma regra versando sobre a dignidade da pessoa humana. “Nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão somente se ela foi violada ou não.”¹¹³

Observe-se que, como princípio, a dignidade humana foi sopesada na Alemanha, a título de exemplo, na decisão acerca da prisão perpétua, mediante a qual se declarou que a dignidade da pessoa humana não é violada se a execução da pena for necessária em virtude da periculosidade do preso. Aqui ficou estabelecido que a proteção da comunidade, nas condições constatadas, tem precedência sobre o princípio da

¹¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 111.

¹¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 112.

dignidade da pessoa humana, deixando evidente que a força absoluta deste princípio é ilusória. Ademais, sustenta Alexy que “não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.”¹¹⁴ A relação de preferência do princípio da dignidade humana sobre outros princípios delimita a regra da dignidade humana.

A terceira e última objeção apresentada contra o conceito de princípio diz respeito à amplitude do conceito de princípio, que abarcaria tanto direitos individuais quanto direitos coletivos. Devido à amplitude do conceito de princípio, envolvendo todo e qualquer interesse que possa ser introduzido em um processo de sopesamento, isto tornaria o conceito de princípio inútil.

Como já elucidado alhures, no caso Lebach, havia o interesse individual à integridade física – direito *prima facie* à proteção da personalidade, e o interesse coletivo correlato à operacionalidade do direito penal – direito *prima facie* à liberdade de informar. No entendimento de Alexy, “a diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é exigível, nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual.”¹¹⁵ Assim, com vistas aos princípios invocados no caso Lebach, as características lógicas comuns aos dois tipos de princípios indicam a conveniência de um conceito mais amplo; e não tão somente dentro da compreensão de Dworkin¹¹⁶ – concepção esta criticada por Alexy –, que elucida os princípios como normas que somente podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Alexy não se ateu muito a essa terceira objeção, não ocorrendo, então, profundas digressões.

2.4.6 A máxima da proporcionalidade na teoria dos princípios

Por fim, para encerrar a análise dos princípios dentro da doutrina de Alexy, apresenta-se a *máxima da proporcionalidade* (também denominado princípio da

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 113.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 116.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*.

proporcionalidade), que decorre da própria natureza dos princípios. Assim, esta máxima teria validade quando as normas de direitos fundamentais tivessem o caráter de princípio. Aqui “encontramos um verdadeiro critério racional da ponderação que será configurado por um método (um caminho).”¹¹⁷

A máxima da proporcionalidade divide-se em três máximas ou subprincípios parciais e independentes: a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Ressalte-se que nem sempre é necessária a análise de todos os subprincípios.

O exame da adequação preceitua que a medida da qual decorre a relativização de um princípio não seja indiferente à consecução do objetivo desejado, ou seja, ordena que se analise, no caso concreto, “se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida.”¹¹⁸ Em outras palavras, o exame da adequação significa que “toda medida restritiva de direitos deve ser instrumentalmente apta a favorecer a implementação de um fim constitucionalmente legítimo.”¹¹⁹ Ora, se uma medida é indiferente para a realização de um princípio e é negativa à realização de outro, então sua adoção deve ser vedada, uma vez que não provoca otimização. Nessa linha de raciocínio difundiu-se no Brasil o conceito de adequação “como aquilo que é apto a alcançar o resultado pretendido (ou seja, se a medida ou meio adotado é apto ao fim visado).”¹²⁰ Observe-se que a restrição ao direito deve atender a dois requisitos: a restrição deve atingir um fim constitucionalmente legítimo e o meio deve ser adequado à obtenção desse fim. Considera-se por fim legítimo todo aquele que não foi proibido expressa ou implicitamente pela Constituição.¹²¹ Impende consignar que o subprincípio da

¹¹⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 188.

¹¹⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 212.

¹¹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 168.

¹²⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 189.

¹²¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo

adequação é utilizado pelo STF, sem contudo, adentrar-se na discussão de um conceito analítico. Para o Ministro Gilmar Mendes¹²², por meio do subprincípio da adequação, as medidas interventivas adotadas devem se mostrar aptas a atingir os objetivos pretendidos.

Por sua vez, o exame da necessidade prescreve a exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo.”¹²³ Desse modo, se o objetivo puder ser alcançado por medida diversa e menos gravosa, relativizar um princípio é desnecessário.

O subprincípio da necessidade é também conhecido como princípio da indispensabilidade, do meio menos restritivo, da intervenção mais restringida possível e do direito à menor desvantagem possível.¹²⁴

Note-se que a necessidade é uma imposição dirigida ao Poder Público com a finalidade de se adotar sempre a medida menos gravosa possível, a fim de se atingir um determinado objetivo. “Aqui um ato que limita um direito fundamental só será considerado necessário se para realizar seu objetivo pretendido não haja outra medida ou ato que limite em menos intensidade (menos gravidade), o direito fundamental a ser atingido.”¹²⁵ Dessa forma, “uma determinada restrição é necessária se não for possível escolher outra restrição igualmente efetiva que limite menos o direito fundamental em questão.”¹²⁶ Nessa concepção, a necessidade traz em si uma ideia negativa, isto é, a medida será necessária sempre que não houver outro meio menos oneroso que viabilize o fim. Também a necessidade comporta duas etapas: primeiro o intérprete deve aferir se os meios cogitados são idôneos e se podem contribuir para a consecução

Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 174-176.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466343/SP.

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 119.

¹²⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 183.

¹²⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 189.

¹²⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 213.

do fim almejado na mesma medida empregada pelo legislador e, segundo, deve-se examinar se algum desses meios alternativos afeta os direitos fundamentais em menor escala.¹²⁷

Diante do exposto, enquanto a adequação demanda um exame absoluto, a necessidade requer um exame comparativo.¹²⁸

De acordo com Alexy, “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”.¹²⁹ A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – exigência de sopesamento – “decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas”¹³⁰, sendo que tal possibilidade jurídica depende do princípio antagônico que será sopesado na companhia do princípio a relativizar. No caso de colisão de uma norma de direito fundamental, com caráter de princípio, a decisão dar-se-á por meio de sopesamentos (balanceamento), entre a restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância do outro direito fundamental que lhe é colidente, nos termos da lei da colisão.

Destarte, em consonância com a lei da ponderação idealizada pelo jurista alemão, quanto maior é o grau de afetação ou não satisfação de um princípio, maior será a satisfação ou importância do outro princípio, ou seja, quanto mais intensa for a intervenção em um determinado direito fundamental, maiores serão os motivos justificadores dessa intervenção.

Na visão de Daniel Sarmento¹³¹, o raciocínio baseia-se na relação custo/benefício da norma avaliada, de tal sorte que o ônus imposto à norma deve ser inferior ao benefício que pretende gerar. Ademais, para que uma medida seja considerada desproporcional,

¹²⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 184.

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, p. 30.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 117.

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 117.

¹³¹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 89.

não é necessário que ela atinja o núcleo essencial¹³² do direito fundamental, basta que os motivos que a fundamentam não tenham peso suficiente a legitimar a restrição ao direito fundamental. Pertinente lembrar que somente depois de analisar se o ato é adequado e necessário, é que se verificará a proporcionalidade em sentido estrito, nesta ordem. Nesse prisma “a estrutura do princípio da proporcionalidade é calcada na análise de relações entre meios e fins.”¹³³

Posta a questão em outros termos, na análise do caso concreto, o aplicador do direito deverá avaliar a situação e ponderar, segundo o critério da proporcionalidade, com o objetivo de verificar se o direito fundamental preservado é mais importante que o direito fundamental preterido. Com efeito, “este dever é cumprido mediante o exame do equilíbrio ou da justa medida entre a restrição (o meio) e a finalidade pretendida.”¹³⁴ Note-se que isto evitaria a incerteza, a insegurança e o decisionismo¹³⁵.

Importa destacar a consideração de Jane Pereira:

É que, ao entender-se as normas de direitos fundamentais como princípios – ou seja, como normas que podem ser cumpridas em diferentes graus –, torna-se imperativo adotar um critério que se preste a mensurar em que escala a Constituição exige o seu cumprimento em cada caso. Assim, a noção de proporcionalidade é correlativa ao conceito de princípio, entendido como um comando que deve ser realizado na melhor medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. As possibilidades fáticas de realização de um princípio são aferidas por meio dos subprincípios

¹³² Segundo Gilmar Mendes: “[...] enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 243.

¹³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 177.

¹³⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 214.

¹³⁵ Entenda-se aqui o decisionismo como a prática de atitudes discricionárias por parte do intérprete. Alexy, especialmente na sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, socorre-se aos princípios a fim de se evitar a prática do decisionismo por parte do julgador. Segundo Lenio Streck: após a segunda guerra, os textos constitucionais passaram a se assentar em princípios, e não regras, compondo, o novo perfil da sociedade contemporânea como resposta as insuficiências jurídico-políticas decorrentes das fases anteriores do Estado e do Direito. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, p. 176.

da adequação e da necessidade. Já suas possibilidades jurídicas são dadas a partir da ponderação entre princípios opostos, correspondendo à proporcionalidade em sentido estrito.¹³⁶

No entendimento de Wilson Steinmetz, no que se refere às precedências *prima facie* dos princípios, elas ocorrem ao longo dos três testes da máxima da proporcionalidade, sobremaneira no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, no teste da ponderação propriamente dita, “porque é nela que se dá o ápice do sobrepeso das circunstâncias relevantes do caso e das razões a favor e contra à prevalência de um ou de outro princípio.”¹³⁷

Nessa ordem de ideias, a proporcionalidade em sentido estrito requer que “o proveito que se obtém a partir da implementação do fim que justifica a medida restritiva deve compensar os sacrifícios que acarreta.”¹³⁸ Dito de outro modo, é preciso verificar se o atendimento ao fim perquirido pela medida restritiva compensa os prejuízos que advirão para os direitos fundamentais. Desse modo, estabelece-se uma relação de precedência entre os princípios em questão, com o intuito de se analisar qual deles será aplicado ao caso concreto, atuando como premissa na fundamentação da decisão judicial. Aqui se encerra o núcleo da ponderação. Este subprincípio representa “o pensamento que deve comandar a parte final do processo de solução de antinomias entre princípios constitucionais.”¹³⁹ Sob esse prisma, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ocorre em três etapas: primeiro o intérprete deve identificar a intensidade da restrição ao direito fundamental. Depois deve-se determinar a importância da realização do princípio que fundamenta a restrição. E por último, cabe verificar se a realização do fim almejado é apta a justificar a intervenção

¹³⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 173.

¹³⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 219.

¹³⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 168.

¹³⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 189.

no direito fundamental. O processo, então, se revela numa comparação entre os efeitos negativos e positivos que a medida restritiva deflagra.¹⁴⁰

Conforme já elucidado, tanto a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, quanto a máxima da adequação e a máxima da necessidade, decorrem do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Assim, se a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é um mandamento de otimização em face das possibilidades jurídicas; a adequação e a necessidade, por sua vez, são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

Ao ensejo, segue trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no *Habeas Corpus* (HC) n. 82424/RS, julgado em 2004 pelo STF, também acatado por grande parte da doutrina brasileira:

São três máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. [...] há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Como forma de elucidação do raciocínio ponderativo que deflui do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, cite-se um caso de inconstitucionalidade de exigência contida em lei estadual, julgada pelo STF, em que se obrigava, no momento da venda de botijões, o peso dos mesmos na frente do consumidor, a fim de se atestar o peso correto e para que o consumidor pagasse pela quantidade exata do gás. O STF, em um exame de ponderação entre o princípio da proteção do consumidor e o princípio da livre iniciativa, entendeu pela prevalência do princípio da livre iniciativa,

¹⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 189-190.

argumentando que a questão era excessivamente onerosa quando comparada aos efeitos indúvidos que o princípio da proteção ao consumidor lhe trariam.¹⁴¹

Por derradeiro, ressalte-se que a ponderação pode conduzir a mais de um resultado, sendo possível até mesmo chegar-se a resultados equivalentes dentro da escala triádica proposta por Alexy – pode haver hipóteses em que a importância da restrição ao direito seja equivalente ao princípio que o justifica. Nesses termos, não haverá violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que a restrição ao direito fundamental esteja em uma escala menor que a promoção de um fim constitucionalmente legítimo. Isto implica no reconhecimento de uma margem para a ponderação.¹⁴² Lembre-se que a norma de direito fundamental deve veicular o comando de forma que seu conteúdo não seja restringido com fulcro em premissas incertas. A estratégia argumentativa deve considerar dois aspectos: “ de um lado, o grau de certeza quanto às premissas que informam a decisão, e de outro, a gravidade da intervenção operada no direito fundamental.”¹⁴³ Assim, na concepção de Alexy, quanto maior a intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a convicção das premissas que sustentam esta intervenção.

2.5 As concepções formal e material dos direitos fundamentais

Importa consignar que a noção de direitos fundamentais está intimamente ligada à sua fundamentalidade e, no entendimento de Alexy¹⁴⁴, ratificado por outros doutrinadores,

¹⁴¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 189-193.

¹⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 193-196.

¹⁴³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 197.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

como Canotilho¹⁴⁵, conduz para a especial dignidade e proteção dos direitos fundamentais num sentido formal e num sentido material.

Dentro da concepção doutrinária, a fundamentalidade formal refere-se ao direito constitucional positivo, e, por esse viés, os direitos fundamentais, como parte integrante da Constituição escrita, situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, bem como se encontram submetidos aos limites formais e materiais de reforma constitucional (cláusulas pétreas), vinculando de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CRFB/88).¹⁴⁶ Desse modo, decorre do conceito formal de Constituição, para Kelsen¹⁴⁷, a diferenciação entre a legislação constitucional e a legislação ordinária (cuja forma de elaboração, aprovação e reforma é distinta).

Já a fundamentalidade material, nas digressões de Ingo Sarlet, “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.”¹⁴⁸ Assim, a Constituição material pode ser entendida como o conjunto de normas jurídicas constituidoras do Estado e da sociedade, ou ainda, “normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais quanto sociais,”¹⁴⁹ de tal sorte que a Constituição deixa de ser um “modo de ser” da comunidade para se tornar o ato criador, formador e fundante da comunidade.¹⁵⁰

Urge salientar que é através do Direito Constitucional positivo – art. 5º, § 2º, da CRFB/88¹⁵¹ – que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não expressos no texto constitucional,

¹⁴⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

¹⁴⁶ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*, p. 330.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 75.

¹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 80.

¹⁵⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 7-9.

¹⁵¹ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

configurando-se, desse modo, direitos apenas materialmente fundamentais. Então, nos ensinamentos de Canotilho, para além do conceito formal de Constituição e de direitos fundamentais, há um conceito material, pois há direitos que, mesmo não constando no catálogo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado. Cite-se, a título de elucidação, o rol do art. 5º da Constituição que não possui cunho taxativo. Cabe aqui lembrar, também, as normas atribuídas na concepção de Alexy que, a despeito de não integrarem o catálogo dos direitos fundamentais de uma determinada Constituição, são consideradas normas de direitos fundamentais se puderem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas na Constituição.

Ressalte-se, ademais, que o que permitirá a constatação da fundamentalidade material de um direito fundamental é a análise do seu conteúdo, ou seja, a observância se estes contêm decisões fundamentais acerca da estrutura do Estado e da sociedade. É mister afirmar, ainda, que é através do alcance e da análise do art. 5º, § 2º, da CRFB/88, que se pode construir um conceito adequadamente formal e material.

Dito isto, uma conceituação embasada meramente na conceituação formal, mediante a qual os direitos fundamentais serão tão somente aqueles reconhecidos na Constituição e integrantes do catálogo (Título II da Constituição), revela-se insuficiente, haja vista a existência de outros direitos fundamentais, fora do catálogo, mas inseridos na Constituição, bem como a existência de direitos fundamentais fora da Constituição. Ingo Sarlet¹⁵² também alerta para o fato de que a conceituação estritamente formal nada diz sobre o conteúdo, ou seja, acerca da matéria dos direitos fundamentais. Então, uma conceituação aceitável só poderia ser obtida com relação a uma ordem constitucional concreta, em que há tanto “uma determinação hermenêutica quanto uma construção dogmática vinculada ao contexto constitucional vigente.”¹⁵³

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 75-76.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 76.

Nessa linha de raciocínio, um direito é considerado fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesmo, mas também pela importância daquele bem dentro das opções do constituinte, juntamente com a “atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais.”¹⁵⁴

2.6 O conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais

Conforme já afirmado alhures, há direitos fundamentais não previstos taxativamente na Constituição, mas reconhecidamente aceitos pela doutrina pátria como direitos fundamentais implícitos ou decorrentes.

Com fulcro nesse entendimento e com amparo no art. 5º, § 2º, da CRFB/88, em princípio, pode-se vislumbrar a existência de duas espécies de direitos fundamentais: os direitos formal e materialmente constitucionais, com assento na Constituição formal, e os direitos apenas materialmente constitucionais, sem previsão no texto constitucional; cabendo, ainda, ser referida uma terceira categoria existente para alguns doutrinadores¹⁵⁵, inclusive para Canotilho¹⁵⁶, daqueles direitos apenas formalmente fundamentais.

Vale realçar que é o conceito material dos direitos fundamentais que propicia a abertura material¹⁵⁷¹⁵⁸ dos mesmos, sendo que o regime aplicado a estes direitos

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 76.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 80-81.

¹⁵⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 539 e ss.

¹⁵⁷ Segundo Alberto Ribeiro Mariano Júnior: “A doutrina majoritária defende que o bloco de constitucionalidade surgiu na França, a partir da decisão de 16 de julho de 1971, que elevou a liberdade de associação ao patamar de princípio fundamental. O bloco francês é formado pela Constituição de 1958, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 e pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, sendo as disposições constitucionais, direitos, liberdades públicas e direitos fundamentais expandidos. O bloco de constitucionalidade é o conjunto de normas de nível constitucional que tem o papel de ampliar o paradigma do controle de constitucionalidade. Tais normas, com nível constitucional, não necessariamente, precisam estar expressas na Constituição, uma vez que a Carta Magna deve ser interpretada em função da realidade. A existência do bloco de constitucionalidade possibilita o

fundamentais não expressos no texto constitucional deverá ser equivalente aos direitos fundamentais consagrados como tais pelo constituinte. A dificuldade seria, então, em se identificar quais os direitos, previstos em textos legais e internacionais, reuniriam as condições para serem considerados materialmente constitucionais.

A transcendental importância da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, permite a construção de um conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais. Isto significa que, além dos direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), bem como direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e direitos fundamentais implícitos, não expressos diretamente pelo texto constitucional.¹⁵⁹

Importa consignar que a abertura material do catálogo dos direitos fundamentais abrange tanto os direitos individuais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo contra intervenções do Estado, assim como os direitos sociais,

intérprete ampliar a circunferência das normas constitucionais através dos princípios fundamentados em tal bloco.” MARIANO JUNIOR, Alberto Ribeiro. *Bloco de Constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro*.

¹⁵⁸ Segundo Canotilho: ”Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3º/3). Significa isso que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o escalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos na constituição (ou entre as leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo espírito ou pelos valores que informam a ordem constitucional global.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 811-812.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 56-57.

classificados como direito essenciais, direcionados a prestações positivas do Estado. No entendimento de Ingo Sarlet, está também pacificado na doutrina internacional a noção de que “a despeito da diversa estrutura normativa e de suas consequências jurídicas – ambos os grupos de direito se encontram revestidos pelo manto da fundamentalidade.”¹⁶⁰

Cite-se, a título ilustrativo, como abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, o art. 5º, § 2º¹⁶¹, e os arts. 6º¹⁶² e 7º¹⁶³, *caput*, da CRFB/88, em que, além de não limitarem posição no texto constitucional para os direitos fundamentais, deixam a possibilidade de abertura a outros direitos similares, sendo, desta forma, os dispositivos supracitados, um rol meramente exemplificativo e não taxativo, entendimento este, pacificado na doutrina nacional. Nesse sentido, e dentro da concepção da República Federativa do Brasil enquanto um Estado Social e Democrático de Direito, pode-se afirmar que os denominados direitos políticos e os direitos de cidadania também se encontram abrangidos pelo princípio da abertura material dos direitos fundamentais.¹⁶⁴

Veja-se, acerca do tema, o posicionamento dos professores de Direito Civil – Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Ruzyk:

Os direitos fundamentais não são tutelados apenas por conta de sua positivização constitucional: se assim fosse, o lugar da codificação estaria sendo ocupado por outro Código, mais amplo, consubstanciado na Constituição. O direito é instrumento para uma racionalidade que o antecede:

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 82.

¹⁶¹ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

¹⁶² “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

¹⁶³ “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 82-83.

a que enfatiza a necessidade de servir à produção e à reprodução da vida e a dignidade.¹⁶⁵

Desta forma, apresentando-se a Constituição como um processo permanente de aquisição de novos direitos fundamentais, e apresentando-se os direitos fundamentais como variáveis no espaço e no tempo, dentro de uma determinada circunstância, torna-se primordial a abertura do catálogo constitucional dos direitos fundamentais a direitos implícitos ou direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição¹⁶⁶, mormente quando tais direitos corresponderem às exigências do sistema constitucional.

2.7 Limites ou restrições aos direitos fundamentais

O entendimento contemporâneo acerca dos direitos fundamentais, notadamente se tomados como valores, é de que eles não devem ser vistos como absolutos dentro da ordem jurídica, e sim relativizados (ou limitados) de acordo com o caso concreto, de tal sorte que não há maiores discussões sobre o caráter não absoluto dos direitos fundamentais, isto é, eles não se encontram “blindados” contra qualquer restrição. Importante lembrar, aqui, de que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, independentemente da posição topográfica que ocupam no texto constitucional, sendo que a extensão ou os limites impostos aos direitos fundamentais revelar-se-ão tão somente no caso em concreto.

Na visão de Virgílio Afonso da Silva, as características dos direitos fundamentais da inalienabilidade, inegociabilidade e irrenunciabilidade podem ser invocadas nas relações verticais, entre o Estado (destinatário dos direitos fundamentais) e os

¹⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 109.

¹⁶⁶ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho: O art. 5º, § 2º da CRFB/88 provém do art. 78 da Constituição brasileira de 1891 e foi repetido por todas as constituições positivas. Por sua vez, este dispositivo veio por inspiração da 9ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 1791, que reza: “A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 84-85.

indivíduos. Já nas relações entre particulares, pensar-se nestas características inviabilizaria a discussão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*. Ainda, segundo Virgílio, “só é possível aceitar que direitos fundamentais sejam restringidos com base na autonomia da vontade se se aceitar que é possível negociá-los [...] e até mesmo a eles renunciar, ainda que isso soe como impossível.”¹⁶⁷

No Brasil, o constituinte não se manifestou expressamente, como nas Constituições da Alemanha (1949)¹⁶⁸, Portugal (1976)¹⁶⁹, e Espanha (1978)¹⁷⁰ acerca das restrições aos

¹⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*, p. 51.

¹⁶⁸ “Artigo 17a

[Restrição dos direitos fundamentais em casos especiais]

(1) As leis do serviço militar e do serviço civil substitutivo poderão determinar que, para membros das Forças Armadas e do serviço civil substitutivo, sejam restringidos durante o período da prestação de serviço militar ou civil, o direito fundamental de expressar e divulgar livremente a opinião por via oral, por escrito e imagem (artigo 5 § 1, primeira parte da primeira frase), o direito fundamental da liberdade de reunião (artigo 8) e o direito de petição (artigo 17), na medida em que concede o direito de apresentar petições ou reclamações coletivamente.

(2) As leis destinadas à defesa, incluindo a proteção da população civil, podem determinar restrições aos direitos fundamentais da liberdade de locomoção e de domicílio (artigo 11) e à inviolabilidade do domicílio (artigo 13).

Artigo 18

[Perda dos direitos fundamentais]

Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 § 1), da liberdade de ensino (artigo 5 § 3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 § 2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão.

Artigo 19

[Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial]

(1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

(3) Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas.

(4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 § 2, segunda frase.”

Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf.

Acesso em: 31 maio 2012.

¹⁶⁹ “Artigo 18.º

(Força Jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

direitos fundamentais e à proteção do seu núcleo essencial, salvo quanto à previsão de reservas de lei e da proibição de abolição efetiva dos conteúdos protegidos pelo art. 60, § 4º, da CRFB/88¹⁷¹. Certo é que, no entendimento de Ingo Sarlet¹⁷², todo direito fundamental possui um âmbito de proteção, estando sujeito a limitações neste campo de incidência.

Vale realçar que precisar se determinado bem, objeto ou conduta está dentro do âmbito de proteção de determinado direito fundamental não é tarefa fácil, pois há casos em que o texto constitucional não prevê certas condutas e, então, certas situações não integrariam o âmbito de proteção do direito fundamental. Entenda-se, aqui, o âmbito de proteção de um direito fundamental como o bem jurídico protegido ou o objeto tutelado.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 31 maio 2012.

¹⁷⁰ “Artículo 55.

1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.”

Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em: 31 maio 2012.

¹⁷¹ “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa do Estado;

II - o voto secreto, direto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 386-387.

Nessa quadra, assume relevo as disposições de Ingo Sarlet acerca do assunto:

[...] colaciona-se a lição de Klaus Stern, ao apontar para a circunstância de que o âmbito de proteção de um direito fundamental não é determinado pela mera designação do bem protegido (dignidade humana, vida, integridade corporal, etc.), mas será obtido, em geral, mediante a cuidadosa interpretação e análise, que leve em conta todos os elementos do suporte fático, visto que apenas quando da determinação do âmbito de proteção do direito, estará definido se alguma situação ou bem jurídico se encontra jusfundamentalmente assegurada, assim como será possível determinar qual ou mesmo quais direitos fundamentais estão em causa.¹⁷³

Cumpra-se diferenciar, segundo a doutrina, duas teorias – a teoria interna e a teoria externa – que deram embasamento à possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, mormente esta última que, segundo seus adeptos, é aí que ocorre a limitação aos direitos fundamentais.

Com fulcro na teoria interna, um direito fundamental apresenta seus limites já em seu conteúdo, e os limites são imanentes, ou seja, o direito já nasce com os seus limites. Conforme assevera Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁴, a teoria interna sustenta que o direito e seus limites são algo uno (o direito com um determinado conteúdo) e, desta forma, fatores de origem externa são sempre excluídos. Destarte, para a teoria interna, não é possível que um direito não seja exercido por ter esse direito sido limitado. Na concepção de Alexy¹⁷⁵, tendo-se como premissa a teoria interna, a violação de um direito fundamental é algo diferente da sua restrição.

Já a teoria externa, distingue os direitos fundamentais das suas restrições, de forma que podemos verificar a existência do direito, em si, destacado e, em princípio, ilimitado, e, do outro lado, as suas restrições. Assim, segundo expõe Ingo Sarlet,¹⁷⁶ tal teoria parte do pressuposto de que existe uma diferença entre a posição *prima facie* – antes

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 390.

¹⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 278-279.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 389.

da limitação – e a posição definitiva – com o direito já limitado. Aqui, na esteira da argumentação de Alexy¹⁷⁷, partindo-se do modelo de princípios, “o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma.” Nesse quadro, segundo o modelo de princípios, fala-se em restrição a direitos fundamentais.

Nesse *prima*, restringíveis, na doutrina de Alexy, são os bens protegidos por direitos fundamentais e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. Assim, “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”¹⁷⁸ e, para que uma norma restrinja um direito fundamental ela deve ser compatível com a Constituição.

Importa ressaltar, aqui, que uma regra, compatível com a Constituição, mostra-se uma restrição a um direito fundamental se, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo. A título de elucidação, Alexy¹⁷⁹ cita o art. 2º, § 1º, da Constituição alemã¹⁸⁰. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, a obrigação de usar capacete restringe um direito fundamental – a liberdade jurídica, na medida em que elimina do motociclista a possibilidade de usar ou não o capacete. Desta forma, no lugar da liberdade *prima facie* surge uma não-liberdade definitiva de igual conteúdo.

Lado outro, em se tratando de princípios, para que haja uma restrição definitiva faz-se necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o princípio que o restringe. Com efeito, para Alexy¹⁸¹, princípios também podem restringir direitos fundamentais, quando no lugar de uma liberdade ou de um direito fundamental *prima facie*, aparece uma não-liberdade ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 280.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 281.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.279-283.

¹⁸⁰ “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.” Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf. Acesso em: 31 maio 2012.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 284-285.

A título de elucidação, tome-se o art. 5º, XII, da CRFB/88,¹⁸² em que o STF¹⁸³ considerou a interceptação de cartas dos presidiários como restrição aos direitos fundamentais dos presos.

Nessa concepção, limites aos direitos fundamentais são ações ou omissões do Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou dos particulares que diminuam ou eliminem a chegada ao bem jurídico tutelado, afetando o seu exercício e/ou diminuindo a promoção a esses direitos. Destarte, essas limitações “reduzem o alcance de conteúdos *prima facie* conferidos a posições de direitos fundamentais mediante a imposição de cargas coativas.”¹⁸⁴

A questão objeto de controvérsia está em saber se os limites aos direitos fundamentais podem ser determinados abstratamente, por meio de uma interpretação – *a priori*; ou apenas no caso concreto, por meio de uma ponderação – *a posteriori*. Ou, ainda, direitos fundamentais podem ser limitados por atos infraconstitucionais?

Uma restrita corrente, a qual se filia José Carlos Vieira de Andrade,¹⁸⁵ acredita que a determinação dos limites imanentes ou intrínsecos relaciona-se com a interpretação (há limites implícitos no ordenamento constitucional), de forma a se excluir, *a priori*, aquilo que não faz parte do conteúdo do direito. Ainda para o autor português, deve-se admitir uma interpretação que restrinja o âmbito de proteção da norma *a priori*, de forma a se excluir, de antemão, os conteúdos constitucionalmente inadmissíveis. Há ainda aqueles casos em que a própria Constituição não protege (limita) o exercício de

¹⁸² “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 70814-5/SP. Relator: Ministro Celso de Melo: “A administração presidiária com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, § único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a clausula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas.”

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 391.

¹⁸⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 276-280.

um direito fundamental. Cite-se, por exemplo, a proibição de se invocar a liberdade religiosa para se casar mais de uma vez.

Por sua vez, Canotilho¹⁸⁶ advoga a tese de que os limites imanentes devem ser considerados por meio de uma ponderação (*a posteriori*) de princípios jurídico-constitucionais, e não como um resultado interpretativo. Este também é o entendimento de Alexy, segundo o qual os princípios – normas consagradoras de direito *prima facie* –, podem ser limitados, comprimidos, restringidos e até sacrificados, segundo o critério da ponderação, a fim de satisfazer outros valores ou direitos, no caso concreto diante do conflito.

Voltando-se ao último questionamento, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por disposição constitucional (o que Alexy¹⁸⁷ chama de restrição diretamente constitucional), bem como por norma infraconstitucional promulgada com fundamento na Constituição (são as restrições indiretamente constitucionais para Alexy). Cabe ressaltar, aqui, que direitos fundamentais podem ser restringidos tão somente por normas de hierarquia constitucional ou por normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais.

Ingo Sarlet¹⁸⁸ cita uma terceira hipótese em que a restrição ocorreria em virtude de colisões entre direitos fundamentais, de forma a legitimar restrições não expressas na Constituição. Nesses termos, direitos fundamentais formalmente ilimitados, ou seja, sem reserva, poderiam vir a ser limitados se, no caso de colisão com outro direito, tal ação se revelasse necessária para a garantia de outro direito fundamental. Tal fato se daria em razão de não ser possível, ao constituinte e ao legislador, prever e regular todas as hipóteses de colisões a direitos fundamentais. Nessas situações, a ausência de regulação bate de frente com a necessidade de resolução do conflito e, a ponderação, logo, seria a forma de realização de um direito “à custa” do outro. Nesse sentido, “não

¹⁸⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 286-295.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 392-393.

basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente”¹⁸⁹, daí, o intérprete/aplicador dos direitos fundamentais deve, atento as circunstâncias do caso concreto, ponderar valores.

Nessa seara, cumpre frisar que a limitação deve ocorrer para desenvolver o direito fundamental, previsto constitucionalmente, no caso de uma colisão. Também não pode ser olvidado que a restrição ou limitação, ao invés de dar mais efetividade ao direito fundamental, o prejudique, de tal monta a tornar o ato inconstitucional.¹⁹⁰ Para a doutrina, o parâmetro adequado é a proporcionalidade da atuação do Poder Público.

Ingo Sarlet alerta para a necessidade do controle formal e material dos limites aos direitos fundamentais. No plano formal, investiga-se a competência e a forma adotadas pela autoridade estatal. Já no plano material, observa-se a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como a proibição de retrocesso. Está-se aqui diante do que a doutrina e a jurisprudência batizam de “limites dos limites” aos direitos fundamentais.

Assim sendo, surge a teoria dos “limites dos limites”, realizada dentro de certos parâmetros. Então veja-se. No tocante ao princípio da proporcionalidade – constituído como um dos pilares do Estado Democrático de Direito –, ele desponta como controle dos atos, comissivos ou omissivos, dos Poderes Públicos, “sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados.”¹⁹¹ Na esteira dessa argumentação surge, para Ingo Sarlet¹⁹², a distinção entre as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais, já referida neste trabalho. Destarte, os direitos fundamentais, tidos na esfera de deveres de proteção, implicariam uma atuação positiva do Estado obrigando-o a intervir, preventiva ou repressivamente, mormente nas agressões

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 394.

¹⁹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 254-256.

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 396.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 396-397.

oriundas de particulares. Para a efetivação dos deveres de proteção do Estado, o princípio da proporcionalidade atua como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, uma vez que proíbe o excesso da atuação do Poder Público. Desta forma, para a doutrina e na jurisprudência a aceitação de que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face, de forma a controlar a legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para controlar a omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção.

Conforme já aduzido anteriormente, dentro da máxima da proporcionalidade de Alexy¹⁹³, o princípio da proporcionalidade é desdobrado em três subprincípios: a adequação como controle da viabilidade – o meio deve ser apto ao fim visado; a necessidade como forma de se atestar que não há outro meio menos gravoso para se atingir o objetivo e se o meio utilizado promove o fim; a proporcionalidade em sentido estrito, dentro da relação custo/benefício, de modo a se ponderar que o ônus deve ser menor que o bônus, ou seja, deve haver um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados, ou, ainda, “exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”¹⁹⁴, verificando se as vantagens produzidas superam as desvantagens advindas.

Ingo Sarlet¹⁹⁵ esclarece que, muitas vezes, por não se aplicar o critério trifásico da proporcionalidade, a ponderação dá-se tão somente no plano da mera razoabilidade, o que comprovaria que, a despeito do elo comum, constituem grandezas distintas. Nesse sentido, o terceiro critério – proporcionalidade em sentido estrito – é chamado também de razoabilidade ou justa medida, designado pela técnica da ponderação. Ao ensejo, assenta Jane Pereira¹⁹⁶ que é controvertida a identidade entre a proporcionalidade e a

¹⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 116-121.

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 400-401.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 401.

¹⁹⁶ Segundo Jane Pereira: “No direito norte-americano, o controle da razoabilidade surgiu integrado à noção de devido processo legal substantivo, tendo sido originariamente concebido como um instrumento de aferição da constitucionalidade das leis. A noção de proporcionalidade, diversamente,

razoabilidade. O consenso é que ambos os princípios se vinculam a ideia de justiça material, de moderação e racionalidade, servindo de parâmetro de aferição da legitimidade constitucional das decisões judiciais, das leis e dos atos administrativos discricionários. Ademais, a despeito de a razoabilidade estar vinculada à tradição do *common law*, e a proporcionalidade ser habitualmente empregada na doutrina europeia, ambas as noções remetem aos valores da racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum e rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Jane Pereira ainda pondera que na doutrina e jurisprudência brasileiras há uma forte tendência em apreender a razoabilidade e a proporcionalidade como categorias distintas, porém utilizáveis com o mesmo propósito. Certo é que o conceito jurídico da proporcionalidade, “como critério de aferição da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos, traduz uma estrutura de pensamento consistente em avaliar a correlação entre os fins visados e meios empregados nos atos do Poder Público.”¹⁹⁷ Nessa formulação, o princípio da proporcionalidade surge na relação em que haja conflito entre interesses e bens, sendo conceituado “como um critério estrutural para determinação do conteúdo constitucionalmente vinculante dos direitos fundamentais.”¹⁹⁸

Por derradeiro, pode-se citar ainda, como limites para a restrição dos direitos fundamentais, o dever de observância do núcleo essencial destes direitos e a exigência de uma limitação com cunho abstrato e geral, não se admitindo limitações casuísticas. Nesse sentido, qualquer limitação a um direito fundamental deve respeitar seu núcleo

possui raízes remotas no direito administrativo europeu, e foi transposta para o direito constitucional por meio da produção jurisprudencial da Corte Constitucional alemã, que lhe conferiu um perfil analítico e sistemático, relacionando-o de forma mais estreita com o problema das limitações aos direitos fundamentais.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 168-169:

¹⁹⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 172.

¹⁹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 172.

essencial¹⁹⁹, podendo ser entendido, aqui, como a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia.²⁰⁰ Sendo assim, a restrição de um direito fundamental não deve privá-lo de um mínimo de eficácia.

Conforme já elucidado, a Constituição brasileira não estabeleceu expressamente uma garantia ao núcleo essencial, todavia, o STF tem se valido do art. 60, § 4º, da CRFB/1988, para interpretar as limitações materiais ao poder constituinte reformador. Note-se que, mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele continua vinculado à proteção do núcleo essencial do direito fundamental restringido. Segundo Gilmar Mendes, “a não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.”²⁰¹

A rigor, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, importando em duas facetas. Primeiro que o Poder Público não pode violar a dignidade humana, possuindo um dever de abstenção e respeito aos direitos fundamentais e, segundo, o Estado deve sempre almejar a promoção e realização de uma vida digna para todos.²⁰²

Dentro da perspectiva da dignidade da pessoa humana como limite aos direitos fundamentais, convém lembrar que, no caso de uma colisão entre princípios, a dignidade da pessoa humana pode justificar restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que com cunho de norma jusfundamental. Para Ingo Sarlet, trata-se de uma primazia desfrutada pela dignidade humana frente a outras normas de direito fundamental, o que não significa, frise-se bem, uma hierarquia entre

¹⁹⁹ Em alguns ordenamentos constitucionais está expressamente prevista a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. É o caso do art. 19, II, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949: “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.” E do art. 18, III, da Constituição Portuguesa de 1976: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 402.

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 246.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 114-115.

princípios constitucionais. Cite-se, a título de elucidação, a decisão da Corte de Apelação de Paris em que se privilegiou o direito à moradia, exigência para uma vida com dignidade, em prol do direito de propriedade.²⁰³ Todavia, partindo da premissa de que todas as pessoas são iguais e se estiver em jogo a dignidade de cada uma delas, vê-se diante da necessidade de uma ponderação dos bens em conflito, de forma que, neste caso, a dignidade pessoal poderá ceder em favor de valores socialmente mais relevantes, mormente para a proteção da vida e da dignidade pessoal dos demais entes de uma comunidade.

Dito isto, qualquer limitação aos direitos fundamentais não pode ser desproporcional e deve respeitar o núcleo essencial destes, de forma que o núcleo essencial – que envolve diretamente os direitos fundamentais e por derivação a noção de dignidade da pessoa humana –, não pode ser abalado, ficando o controle destes limites, então, a cargo do Poder Judiciário.²⁰⁴ Assim, nessa linha de entendimento, o conteúdo da dignidade da pessoa humana em cada direito fundamental se depara imune a restrições; lado outro, pode-se afirmar que a violação do núcleo essencial, quanto ao conteúdo da dignidade da pessoa, sempre e em qualquer caso será desproporcional, salvo se no conflito envolverem dignidades pessoais, cabendo, aí, uma ponderação de interesses. Ressalte-se que, segundo Gilmar Mendes, o princípio da proteção do núcleo essencial – enquanto princípio consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional – dedica-se a evitar “o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.”²⁰⁵

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 119-120.

²⁰⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 256-257.

²⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 243.

3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Extensão do art. 5º, § 1º, da CRFB/88

Há uma problematização acerca do tema eficácia de direitos fundamentais, visto que abrange uma gama de aspectos e análises.

O art. 5º, § 1º, da CRFB/88²⁰⁶, atribuiu aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. O que resulta, de fato, em uma falta de consenso na doutrina. Certo é que o previsto no referido dispositivo – aplicabilidade imediata – abrange qualquer categoria de direito fundamental (direito de liberdade, social, de nacionalidade e político), independentemente da posição topográfica em que se situam na Constituição (posição da doutrina majoritária). Fala-se, ainda, de uma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais.²⁰⁷ Todavia, isto não significa dizer que, dentre os direitos fundamentais, não possa existir distinções quanto a sua aplicabilidade e eficácia, o que também, lado outro, não retira dos direitos fundamentais, em relação às demais normas constitucionais, seu caráter de privilégio de uma maior aplicabilidade e eficácia²⁰⁸, ou seja, na Constituição os direitos fundamentais têm uma força especial e, por isso, não podem ser ineficazes.

Pode-se conceber que o disposto no § 1º, do art. 5º, da Constituição, prevê a vinculação imediata e direta dos Poderes Públicos – Legislativo, Executivo e Judiciário, aos direitos fundamentais, no sentido de uma máxima eficácia possível; e, conforme prescreve Wilson Steinmetz²⁰⁹, tal dispositivo deve ser um fundamento adicional de reforço à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez que a pretensão da Constituição não excluiria, das relações entre particulares, a

²⁰⁶ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 261-263.

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 272.

²⁰⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 123.

eficácia dos direitos fundamentais, pois se assim o fizesse, estes não seriam levados a sério.

Ademais, o dispositivo impõe que os direitos e as garantias fundamentais sejam respeitados, protegidos e realizados “aqui e agora”. Não são meras recomendações políticas cujo respeito pode se dar em um momento futuro, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade dos Poderes Públicos, não estando necessariamente condicionados à existência de lei que regule a abrangência dos efeitos desses direitos e dessas garantias.²¹⁰

A questão a ser desvendada é se o contido no art. 5º, § 1º, da CRFB/88 é suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia.

Importante a leitura de Celso Bastos:

[...] os direitos fundamentais são, em princípio (na medida do possível), diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este somente será exercido na forma prevista em lei; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.²¹¹

Nesse ponto deve-se observar que a previsão do Mandado de Injunção (MI), contra omissões dos Poderes Públicos, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – (ADIn) por Omissão são a prova de que existem normas na Constituição dependentes de uma

²¹⁰ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 121.

²¹¹ BASTOS, Celso *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 264.

atuação do legislador, de modo que tais instrumentos estariam a serviço da aplicabilidade imediata e da eficácia de determinadas normas constitucionais.²¹²

Contudo, um preceito que requer regulamentação legislativa para alcançar a plenitude dos efeitos desejados pode também ter aplicação imediata enquanto não houver a regulamentação, no sentido de que pode declarar a inconstitucionalidade ou desaplicar lei ou ato normativo, bem como pode anular ato administrativo e reformar ou cassar decisão judicial que afronte o preceito constitucional. Nesses termos, toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica, o que varia é o grau dessa eficácia.²¹³

Destarte, no caso de descumprimento de algum direito fundamental e não sendo possível a utilização do Mandado de Injunção e da ADIn por Omissão, o Judiciário e os órgãos administrativos estariam autorizados a aplicar diretamente a norma em questão, independentemente de qualquer atuação do Legislativo. Este argumento sustenta uma aplicabilidade direta e plena eficácia a todos os direitos fundamentais.²¹⁴

Todavia, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que nem toda norma de direito fundamental da Constituição tem aplicação imediata. Para ele, uma norma constitucional só será aplicável se for completa – “bastante em si”, cuja aplicação independa de regulamentação normativa infraconstitucional posterior.²¹⁵

A despeito de todas as alegações é evidente a existência de normas programáticas no ordenamento jurídico brasileiro, normas estas que, em razão de sua natureza (forma de positividade, função e finalidade) pedem uma atuação do legislador e/ou do administrador. Mormente no catálogo dos direitos fundamentais, há disposições que

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 265.

²¹³ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 126-127.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 265-266.

²¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p. 35-45.

assumem uma feição de norma programática, com o intuito de estabelecer programas, fins e tarefas para os órgãos estatais.²¹⁶

Voltando ao art. 5º, § 1º, da Constituição, cogita-se uma obrigação dos órgãos estatais em maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, além do caráter vinculante que objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Há ainda aqueles que, diante de uma postura mais extremada (e que deve ser vista com cautela), entendem que o supracitado dispositivo constitucional vincula os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo. Note-se o posicionamento de Ingo Sarlet: “Que o Judiciário possa viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes pode ser aceito [...], o que não significa a inexistência de limites a esta atividade [...]”²¹⁷

Assim, ao contrário de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, há aqueles que atribuem força máxima ao preceito do § 1º, do art. 5º, da CRFB/88. Por esse viés, cabe aos Poderes Públicos, em especial ao Judiciário, prover pela exequibilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, independentemente de ato legislativo ou administrativo, autorizando-se, ainda, o Judiciário, a suprir, no caso concreto, lacunas que obstaculizem a exequibilidade imediata dos aludidos direitos.²¹⁸

Lembre-se, aqui, que a regra de aplicabilidade imediata comporta duas exceções: quando a própria Constituição condicionar o exercício do direito à vigência de lei específica e na hipótese de vazio semântico (o preceito depende de legislação integradora), caso em que a aplicação implicará na transformação do juiz em

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 266-267.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 268-269.

²¹⁸ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 122-123.

legislador.²¹⁹ “Cabe ao Poder Executivo e, sobretudo, ao Poder Judiciário, como aplicador último, concretizarem os preceitos mediante interpretação e/ou ponderação.”²²⁰ Destarte, no entendimento de José Afonso da Silva, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são aplicáveis até onde possam, cabendo ao Judiciário, na análise do caso concreto, aplicá-las segundo as instituições existentes.²²¹

Partindo da premissa de que a norma do art. 5º, § 1º, do texto constitucional tem caráter principiológico (mandado de otimização ou maximização), na interpretação de Ingo Sarlet, o postulado da aplicabilidade imediata não se resolve com a lógica do *tudo ou nada*, a exemplo das regras, motivo pelo qual o seu alcance dependerá da análise do caso concreto e a aplicação imediata dar-se-á tanto quanto possível. Ademais, deve haver uma presunção em favor da aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, cuja não-aplicabilidade, por falta do ato concretizador, deverá ser justificada. Isto significa que a aplicabilidade imediata e eficácia plena dos direitos fundamentais são a regra; as exceções dependem de justificação à luz do caso concreto condizente com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática.²²²

Importa observar, diante do exposto, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não constituem um complexo harmônico, o que não retira, destas normas, a sua eficácia e aplicabilidade imediata conforme o disposto art. 5, § 1º, da CRFB/88.

²¹⁹ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 123.

²²⁰ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 129.

²²¹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 270-271.

3.2 Aplicabilidade dos direitos fundamentais de defesa e dos direitos a prestações

Adentrando-se na seara da aplicabilidade das normas, constata-se que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. A classificação entre normas aplicáveis e normas não auto-aplicáveis não corresponde à realidade das Constituições contemporâneas, pois sugere a existência de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, de modo que não há em uma Constituição cláusulas cujo valor seja meramente moral de conselhos, avisos ou lições.

Surge, nesse contexto, como já enunciado alhures, a necessidade de se dividir os direitos fundamentais em dois principais grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações. Independentemente do grupo em que se encontrem os direitos fundamentais, não se deve perder de vista o postulado otimizador da máxima eficácia possível.²²³

Direitos fundamentais foram positivados como ordens concretas de legislar e, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados em dois grandes grupos: direitos de defesa (liberdade, igualdade, garantias, parte dos direitos sociais e direitos políticos) e direitos a prestações (direitos à proteção e participação na organização e procedimento). Então, os direitos de defesa, que pressupõem uma abstenção por parte do Estado – como direitos subjetivos, têm aplicabilidade imediata. Já os direitos a prestações suscitam dúvidas, justamente os que têm por objeto prestações materiais, que raramente são positivados de uma forma mais concreta.²²⁴

Não há maiores discussões quanto à aplicabilidade imediata e eficácia plena dos direitos fundamentais de defesa (direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral) que, em geral, reclamam uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 274.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 257-260.

particulares, não necessitando de uma atuação do Legislativo. Observe-se que tal diretriz também é válida para alguns direitos fundamentais sociais, como aqueles que garantem liberdades sociais (direitos sociais de defesa) e requerem uma abstenção por parte do destinatário.²²⁵

Lembre-se, por oportuno, o posicionamento diverso do STF²²⁶ que desconsiderou o art. 37, VII²²⁷, da Constituição como um típico direito de defesa (liberdade social), deixando a concretização do direito de greve dos servidores públicos a cargo do legislador. A crítica feita ao posicionamento do STF é de que, em se tratando de direito fundamental de defesa, a despeito de ser importante uma atuação do legislador, note-se que, na sua falta, não há obstáculo para aplicação direta da norma. No entanto, considerando todas as decisões proferidas pelo STF nos últimos anos, pode-se dizer que a Corte está tendente a valorizar cada vez mais a tese da eficácia e efetividade máxima dos direitos fundamentais e a ideia de que, como direitos subjetivos, sua fruição não pode estar condicionada a atuação do legislador.²²⁸

Nesses termos expõe Ingo Sarlet:

[...] em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 274-275.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau: “A Constituição do Brasil reconhece expressamente, aos servidores públicos civis, o direito de greve (art. 37, VII). O direito de greve dos trabalhadores em geral, assegurado pelo art. 9º da Constituição do Brasil, encontra-se regulamentado pela lei n. 7.783/89, inaplicável, no entanto, aos servidores públicos civis. No MI n. 20 ficou assentado que a regra do inciso VII do art. 37 da Constituição do Brasil é provida de eficácia limitada. Vale dizer, sua aplicabilidade depende da edição de ato legislativo, requisito indispensável à plena concreção do preceito constitucional. Em ocasiões anteriores sustentei que o preceito é dotado de eficácia contida. Não obstante, torna-se desnecessário, nesse momento, debatermos a questão. De uma ou de outra forma, a solução, a ser no caso encaminhada, operará no sentido de viabilizar o exercício do direito de que se trata pelos servidores públicos civis. Entendido como norma de eficácia limitada, o texto normativo constitucional depende da emissão de normatividade futura, que lhe integre eficácia, dando-lhe capacidade de execução. Reclama-se, portanto, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição.”

²²⁷ “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;”

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 274-279.

apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade.²²⁹

A celeuma gira em torno dos direitos a prestações, destacando-se os direitos sociais de natureza prestacional, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa. É justamente em função do objeto desses direitos e da forma como foram positivados – normas definidoras de fins e tarefas para o Estado ou imposições legiferantes –, que se travam as discussões sobre a aplicabilidade, eficácia e efetividade.²³⁰²³¹

De qualquer forma, não se pode olvidar que mesmo os direitos fundamentais a prestações são autênticos direitos fundamentais, cuja aplicabilidade está disposta no art. 5º, § 1º, da CRFB/88. Assim, por menor que seja a densidade normativa de tais direitos, eles geram o mínimo de efeitos jurídicos, na medida em que inexiste norma constitucional destituída de eficácia jurídica. O quanto dessa eficácia dependerá, então, do objeto e da sua forma de positivação.²³²

Elucida Ingo Sarlet que a necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas pela circunstância, uma vez que se cuida de um problema de natureza competencial, de forma que a realização

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 279.

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 280.

²³¹ Segundo Wilson Steinmetz: *A eficácia é o predicado da norma que se refere à capacidade técnica de produzir efeitos jurídicos. Assim, norma jurídica eficaz é aquela que pode ou deve ser aplicada porque está apta a produzir os efeitos técnicos previstos ou dela esperados. Aplicabilidade é a qualidade do que é aplicável, ou seja, significa a possibilidade ou a capacidade de as normas – no caso, as normas constitucionais – serem aplicadas. Já a efetividade diz respeito à capacidade de se promover os resultados pretendidos.* STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 42-43

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 280-281.

desses direitos depende da disponibilidade dos meios e da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera sócioeconômica.²³³

Ademais, os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático servem de parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, uma vez que contêm princípios, diretrizes e fins para o Estado, influenciando, neste ponto, toda a ordem jurídica. Lado outro, estes direitos sempre geram algum tipo de posição jurídico-subjetiva, correspondente a um direito subjetivo individual a determinada prestação estatal – cuida-se da dimensão negativa dos direitos a prestações.²³⁴

Cumprir consignar o entendimento de Ingo Sarlet:

[...] não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em dúvida a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.²³⁵

Por fim, registra Wilson Steinmetz, que no tocante aos direitos a prestações em sentido estrito, mediante a qual a Constituição delineou, com abundância de detalhes, políticas públicas (direito à proteção da saúde, direito à educação, direito à previdência social, direito à assistência social), pode-se concluir que o STF posiciona-se pela aplicação imediata. Já para aqueles direitos (direito à moradia, direito ao lazer) os quais a Constituição deixou integralmente aos Poderes Legislativo e Executivo, a definição de políticas públicas, nota-se uma posição contrária no STF.²³⁶ Para Ingo Sarlet, certo é

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 293.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 297.

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 350.

²³⁶ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p.120-121.

que “o postulado da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF) engloba todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais a prestações de cunho inequivocamente programático.”²³⁷

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 368.

4 A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Esboço geral

Não há discussão de que os direitos fundamentais vinculam a atuação do Poder Público nas esferas administrativa, jurisdicional e legislativa, podendo-se afirmar que o Estado é o principal destinatário das normas de direitos fundamentais. Assim, muitas Constituições contemporâneas²³⁸ dispõem expressamente a vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais. “O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos.”²³⁹

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, § 1º, limita-se a prescrever a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais. Quedou silente quanto à vinculação dos Poderes Públicos e particulares aos direitos fundamentais. Todavia, isto não significa a não vinculação, podendo, destarte, o referido dispositivo, ser compreendido, nos ensinamentos de Ingo Sarlet, “como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos Poderes Públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.”²⁴⁰

Portanto, o legislador, além de dever atuar para a concretização dos direitos fundamentais, encontra a proibição de não editar normas que atentem contra os objetivos dos direitos fundamentais, cabendo-lhe, ainda, a tarefa de respeito ao núcleo

²³⁸ Art. 1, (3), da Lei Fundamental alemã de 1949: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.”
Artigo 18.º 1., da Constituição da República Portuguesa de 1976: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

²³⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, p. 167.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 366.

essencial desses direitos, não se legitimando a criação de condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o exercício dos direitos previstos pelo constituinte.²⁴¹

Ainda na lição de Ingo Sarlet, é possível atribuir ao art. 5º, § 1º, da Constituição, o mesmo sentido outorgado ao art. 18.º 1., da Constituição portuguesa e ao art. 1, (3), da Lei Fundamental da Alemanha, em que os Poderes Públicos devem tomar os direitos fundamentais como “baliza e referencial”. Assim, não há ato de entidade pública isento dos direitos fundamentais, de tal forma que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, encontram-se obrigados pelos direitos fundamentais também num sentido material e funcional de todas as funções que exercem.²⁴²

Importante destacar que:

Do efeito vinculante inerente do art. 5º, § 1º, da CF, decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes Públicos ressaltando-se, contudo, que numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.²⁴³

Outra relevante questão a ser abordada é a de que o Poder Público, também no cumprimento direto de tarefas públicas, em forma de direito privado, está vinculado aos direitos fundamentais; assim como as pessoas jurídicas de direito privado, que, nas suas relações com os particulares, dispõem de atribuições de natureza pública. O Estado, em momento algum como um ente privado, tem o direito à discricionariedade. Então, não há atividade estatal, que atue em formas de direito privado, que não se subordine à pretensão de validade da Constituição; o que significa dizer que todos os poderes estatais estão sempre vinculados à Constituição.²⁴⁴

²⁴¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, p. 167-168.

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 366.

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 366.

²⁴⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 276-277.

Nesse sentido, o legislador estatal não é onipotente e a liberdade de sua atividade regulamentadora e concretizadora é limitada materialmente pelos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que só o legislador pode restringir os direitos fundamentais, também ele próprio encontra-se vinculado a eles.

Aduz Ingo Sarlet que:

É justamente com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que a doutrina alemã entendeu que o legislador possui deveres ativos de proteção, que englobam um dever de aperfeiçoamento da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais. [...].²⁴⁵

Os direitos fundamentais também vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividade, de forma que o ato administrativo, praticado com ofensa ao sistema desses direitos, será nulo, assim como a administração deve interpretar e aplicar a leis conforme os direitos fundamentais.²⁴⁶ Ponto controvertido é levantado quando se indaga se a administração pode se recusar a aplicar normas inconstitucionais, contrárias aos direitos fundamentais. Se aos órgãos superiores e ao Judiciário cabe esta análise de inconstitucionalidade, não cabe a administração tal alegação, devendo o administrador provocar a autoridade hierarquicamente superior. No entanto, no caso de atos legislativos que afrontam inequivocamente os direitos fundamentais (aqui cabe o sopesamento entre os princípios da constitucionalidade e da legalidade), pode a administração se recusar a aplicar a lei se o ato implicar a prática de um crime e quando as leis violam o núcleo essencial dos direitos fundamentais. De toda sorte, por menor que seja a eficácia vinculante, os órgãos administrativos devem considerar, no âmbito de sua discricionariedade, as diretrizes postuladas nas normas de direitos fundamentais.²⁴⁷

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 368.

²⁴⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, p. 169.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 370-372.

Já quanto aos órgãos do Poder Judiciário, além de estarem vinculados, na sua atuação, aos preceitos de direitos fundamentais, também exercem a importante função de controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais. Frise-se, por oportuno, que o exercício do controle de inconstitucionalidade por omissão, exercido pelos Tribunais, relaciona-se com o grau de vinculação do legislador aos direitos a prestações. Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defesa dos direitos violados ou ameaçados de violação. A vinculação revela-se também no fato de os juízes deverem respeitar os preceitos de direitos fundamentais no curso do processo e no conteúdo das suas decisões.²⁴⁸ Destaca-se, outrossim, “o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais [...]”²⁴⁹

²⁴⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, p. 173.

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 373.

5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

5.1 Primeiras considerações

Nos dias de hoje vislumbra-se uma mudança de paradigma, com a constitucionalização do direito e, sobretudo, com o rompimento dos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais apenas na relação Estado-cidadão, estendendo-se, também, às relações horizontais cidadão-cidadão. Do ponto de vista político-ideológico, pode-se dizer que a ideia de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais floresceu com a superação do liberalismo (com sua estanque separação entre Estado e sociedade civil e a neutralidade do Estado em face da dinâmica social) e a conseqüente ascensão do Estado Social.

Note-se que a ideia de Constituição como norma suprema e fundamental abala a visão do Estado como destinatário único dos direitos fundamentais. A Constituição reconhece princípios básicos e objetivos da comunidade que devem ser válidos e exigíveis para toda a sociedade, de forma a não se permitir que éticas distintas permeiem o ordenamento jurídico.

Constata-se, em muitos países, uma tendência ao fortalecimento da influência da Constituição sobre o Direito Privado. Canaris elucida que o britânico Basil Markesinis chegou a falar de uma *constitutionalisation of private law* e que Alberto Trabucchini, com relação ao direito italiano, chegou a conceber uma *costituzionalizzazione anche del diritto privato*, comprovando que, de modo algum, trata-se apenas de um fenômeno alemão.²⁵⁰ Assim, “a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre o público e o

²⁵⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 206.

privado.”²⁵¹ Para Eugênio Facchini Neto, da constitucionalização do Direito Civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁵²

Ingo Sarlet refere-se a alguns exemplos extraídos da Constituição de 1988 que apresentam direta relação com o direito privado: o direito à indenização por violação da honra, intimidade e imagem; a função social da propriedade; o direito à herança; a tarefa do Estado no sentido de proteger o consumidor; a proteção da família, do casamento, da união estável, dentre outros.²⁵³

No entendimento de Bilbao Ubillos, os direitos fundamentais devem ser polivalentes, operando em todas as direções. Para o professor espanhol, não há nenhuma razão para pensar que a eficácia dos direitos fundamentais muda em função da origem da agressão que sofre uma determinada liberdade – o tratamento há de ser o mesmo.²⁵⁴

Na esteira dessa argumentação, verifica-se o problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações particulares, mormente quando o constituinte prevê uma determinada conduta para o Estado sem, contudo, fazê-lo para o particular. A título de elucidação cite-se o postulado da igualdade entre os sexos, previsto no art. 5º, I, da CRFB/88. Ora, se homens e mulheres são iguais perante a lei, em direitos e obrigações, tanto o legislador deverá cumprir tal ordenamento, quanto as pessoas físicas e jurídicas privadas, de tal sorte a não se admitir a inferiorização de salários, por exemplo, em razão do sexo, também na esfera particular. Todavia, em que pese

²⁵¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 105.

²⁵² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 53.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 20.

²⁵⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿ Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 266.

tal lógica – proibição de se adotar éticas distintas na esfera pública e privada –, verifica-se, na realidade brasileira, que em algumas empresas mulheres ganham em média 22,8% a menos que os homens, no desempenho da mesma função²⁵⁵.

Com efeito, o Estado não é a única ameaça aos direitos fundamentais. Instituições privadas desempenham importantes funções na vida social e alcançam posições de poder através das quais podem influir de forma prejudicial no sistema político e nas relações com os indivíduos. Assim, a liberdade humana é posta em perigo não só pelo Estado, mas também por poderes não-estatais, por entidades privadas poderosas que controlam determinados mercados, como também por particulares cujas atitudes interferem decisivamente no mercado dos bens e serviços indispensáveis à vida humana, colocando em xeque a própria existência individual e coletiva e a dignidade do homem. Como bem assevera Bilbao Ubillos, a desigualdade se converte em falta de liberdade: por detrás da concentração e monopolização do poder social, econômico e informativo, esconde-se a privilegiada posição de certos indivíduos e organizações cujo domínio anula e compromete gravemente a liberdade e igualdade – pressupostos da autonomia privada.²⁵⁶ Note-se que o poder não está concentrado no aparato estatal, ele está disperso pela sociedade.²⁵⁷ Ressalte-se, aqui, que a despeito de se fundarem aparentemente na autonomia da vontade, esta relação de dominação ameaça não só a atividade Estatal, mas também os direitos fundamentais dos particulares.

Assim, em meados do século XX, começa a se formar a ideia de que a grande maioria dos direitos e garantias individuais e coletivos é concernente às relações humanas no convívio social, político e econômico, devendo, desta forma, ter validade na esfera pública e privada.²⁵⁸ Christian Coiurtis, professor em Buenos Aires e no México,

²⁵⁵ PROBST, Elisiana Renata. *A evolução da mulher no mercado de trabalho*. Disponível em: http://www.rhportal.com.br/artigos/wmview.php?idc_cad=xg7w7vuh9. Acesso em: 25 jun. 2012.

²⁵⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿ Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 265.

²⁵⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿ Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 264.

²⁵⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 240.

arrola que numerosas normas nos tratados internacionais, que configuram direitos humanos, também envolvem obrigações de particulares e não devem ser entendidas como referidas exclusivamente às relações entre o Estado e o titular deste direito.²⁵⁹ Donde se conclui que, os direitos fundamentais, nesse novo paradigma, desempenhariam uma função adicional expressada por um sistema de valores, válida para todo o ordenamento jurídico.

No Brasil, o tema é relativamente recente. Pode-se dizer que faz aproximadamente 20 anos que o debate acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre entes privados ganhou notoriedade. Isto se explica pelo fato de a Constituição anterior a de 1988 (1967-69) não ser uma Constituição democrática. Logo, é na Constituição de 1988 (todos os direitos positivados no Título II possuem uma presunção em prol da fundamentalidade) que “os direitos fundamentais passaram a ser novamente levados a sério como fonte primeira e vinculativa do Direito.”²⁶⁰ Assim, “a incidência valorativa dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas, tomadas pela sua noção de indivíduos, é processo de construção.”²⁶¹

Nessa perspectiva, além da constatação de que o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado (a noção formal de igualdade, que não correspondia com a realidade, também levava a uma ideia meramente formal de liberdade), a compreensão da Constituição, como ordem de valores da sociedade ou estatuto axiológico que pretende ordenar todas as esferas da vida social, contribuiu para que as relações entre particulares também guardassem conformação com os direitos fundamentais.²⁶²

²⁵⁹ COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 354.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jöрге, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 111-115.

²⁶¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 98.

²⁶² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 144-146.

Importa consignar que quando se fala em vinculação dos particulares a direitos fundamentais quer-se incluir todos os particulares em todas as suas relações entre si, não se fazendo menção tão somente às relações dos entes privados com as grandes corporações ou empresas com alta concentração de poder, mas sim a toda e qualquer relação social entre entes privados em que haja uma troca desigual e que se verifique a proeminência de uma das partes sobre a outra.

Nesse aspecto é entendido o dever do Estado de proteção dos direitos fundamentais, isto é, um “efeito diante terceiros”, diferentemente da concepção clássica em que os direitos fundamentais representavam tão somente limites ao exercício do poder do Estado.²⁶³

Assim expõe Konrad Hesse:

[...] pode resultar diretamente de direitos fundamentais um dever estatal de preservar um bem jurídico, protegido por eles, de violações e ameaças antijurídicas por outros, sobretudo por privados, mas também por outros Estados, portanto, por “pessoas” ou “poderes” que, mesmos, não são destinatários dos direitos fundamentais da Lei Fundamental.²⁶⁴

Para tal entendimento, deve-se compreender os direitos fundamentais como princípios objetivos, além da dimensão subjetiva, de forma que o Estado faça o máximo possível para a concretização desses direitos. Como bem anotou Jane Pereira²⁶⁵, a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares decorre da dimensão funcional destes, ou seja, é a partir da finalidade dos direitos fundamentais que se busca assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos, independentemente se a atuação decorre de um ente público ou privado.

Nessa ordem de ideias, continua a existir a eficácia vertical dos direitos fundamentais – na relação entre Estado de um lado e particular do outro –, assim como surge, diante

²⁶³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 264.

²⁶⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 278.

²⁶⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 148.

da necessidade de proteção de um particular, em face do outro, a eficácia horizontal ou eficácia externa ou eficácia em relação a terceiros dos direitos fundamentais. Nesse quadro, o dever do Estado não se limita a uma conduta omissiva, mas se inclui também no “rol de condutas esperadas de ações em defesa de lesões ou ameaças que os particulares poderiam vir a sofrer em virtude da ação de terceiros (também particulares).”²⁶⁶

Sem embargo, pode-se afirmar que hoje há praticamente o consenso de que os direitos fundamentais penetram nas relações entre particulares, pairando dúvidas tão somente quanto à forma e a extensão desta incidência (como e em que medida), sem que o núcleo essencial da autonomia privada ou de outro direito fundamental seja afetado. Poucos são aqueles que, amparados em uma concepção clássica e ultrapassada de direitos fundamentais, negam a eficácia destes nas relações entre privados.²⁶⁷ Para Canotilho²⁶⁸, a irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e o dever de proteção destes direitos por parte do Poder Público em relação a terceiros, é hoje um dos temas mais nobres da dogmática jurídica.

Convém destacar que o que é peculiar ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é que ambas as partes envolvidas são titulares de direitos. Destarte, em uma relação entre privados em que há potencial lesão a um direito fundamental, há uma complexa rede de direitos e deveres, que se limitam e se condicional mutuamente. O problema reside em coordenar os direitos em questão.

²⁶⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 264.

²⁶⁷ Segundo Daniel Sarmento: “Já no direito constitucional suíço, também moldado no sistema romano-germânico, prevalece, ainda hoje, tanto na doutrina como na jurisprudência, a visão clássica de que os direitos fundamentais limitam apenas o Estado, não vinculando direta ou indiretamente os particulares. Os particulares, no domínio das suas relações recíprocas, não podem invocar a Constituição, mas apenas direitos previstos na legislação civil.” SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 198.

²⁶⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 341-343.

A rigor, o problema da *Drittwirkung* (eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros), pode ser esboçado questionando-se se as normas constitucionais que consagram direitos e liberdades são aplicáveis na relação entre particulares e, caso sejam, de que maneira e em que extensão.

Ao ensejo, destaque-se o entendimento de Bilbao Ubillos:

Assumida a necessidade de se elucidar em cada caso e mediante a correspondente ponderação, o alcance do direito fundamental no conflito em concreto surgido entre os particulares, acreditamos que nenhuma objeção intransponível pode ser feita a este modo de *Drittwirkung*. [...] O que se deve determinar é a intensidade dessa eficácia frente a terceiros e os limites que encontra. O problema não é tanto se há ou não eficácia, mas a medida dessa eficácia e de que tipo. [...] A questão é como podemos articular e harmonizar essa vigência com os princípios e valores específicos do Direito privado presentes em cada caso.²⁶⁹ (tradução nossa).

Dessa forma, não há um consenso quanto ao alcance e a forma de vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, tanto no direito lusitano onde a Constituição²⁷⁰ expressamente prevê tal vinculação, quanto na Constituição brasileira, que é omissa neste sentido.

Excluem-se, da discussão, os direitos fundamentais dirigidos exclusivamente ao Estado e a seus agentes, como os direitos políticos, as garantias processuais, o direito a não extradição, o direito à nacionalidade, o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, por exemplo. Cumpre saber que é polêmica a vinculação dos particulares aos direitos sociais, sendo certa, tal vinculação, contudo, em se tratando de

²⁶⁹ UBILLOS, Juan María Bilbao. “La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 209-211 “Assumida la necesidad de dilucidar en cada caso y mediante la correspondiente ponderación el alcance del derecho fundamental en el concreto conflicto surgido entre particulares, creemos que ninguna objeción insuperable puede hacerse a esta modalidad de *Drittwirkung*. [...] Lo que hay que determinar es la intensidad de esa eficacia frente a particulares, qué límites encuentra. El problema no es tanto si hay o no eficacia como la medida de esa eficacia (cuanto eficacia) y de que tipo. [...] La cuestión es cómo podemos articular y armonizar esa vigencia con los principios y valores específicos del Derecho privado presentes en cada caso.”

²⁷⁰ “Art. 18.º 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

direitos individuais (quando os direitos fundamentais dirigem-se diretamente aos particulares), como é o caso da inviolabilidade do domicílio, do direito à indenização por dano moral e do sigilo telefônico. Também não se inserem na controvérsia as situações em que pessoas ou empresas privadas atuam investidas da competência pública, pois, aí, invoca-se a fundamentação da vinculação contra o Estado o que, na prática, não suscita maiores questionamentos.

5.2 O vocábulo *Drittwirkung*

A teoria da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros ou *Drittwirkung* surgiu em meados dos anos 50, do século passado, na Alemanha, traduzindo a ideia de aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares.

O tema ganhou maior destaque na Europa, mormente na Alemanha e Espanha, com ingerência na doutrina e na jurisprudência, principalmente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. No Brasil, conforme citado, a Constituição da República Federativa de 1988 não fez menção expressa à eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, sendo o tema pouco discutido na doutrina e na jurisprudência, o que não significa que não exista a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pela Corte. Adiante, falar-se-á especificamente desta abordagem pelo STF.

Acerca do tema, constata-se a existência de diversas expressões: eficácia privada ou externa, eficácia horizontal, eficácia entre particulares, eficácia em relação a terceiros ou *Drittwirkung*. Quanto à última, o vocábulo terceiros (*dritte*), relaciona-se a inclusão de um novo destinatário na relação, além do Estado, angariando, com isso, críticas. Os argumentos levantados contra a *Drittwirkung* afirmam que não há propriamente um terceiro vinculado ao direito fundamental, isto é, a relação dá-se em dois níveis, em

que o “terceiro” é também titular de direitos, de tal sorte que no segundo nível também se encontra um particular.²⁷¹

Há ainda aqueles doutrinadores que alegam que os termos eficácia externa ou eficácia privada são muito vagos, não tratando do cerne da questão, pois podem abranger tanto o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais quanto a vinculação do legislador de direito privado. Já a expressão eficácia horizontal ganha suas críticas na medida em que pressupõe a existência de uma relação num plano de inequívoca horizontabilidade em que os entes privados desfrutam de semelhantes condições de igualdade; o que nem sempre ocorre, haja vista as relações em que de um lado a entidade privada se investe de poderio econômico e social.

De toda sorte, pode-se considerar que todas as expressões acima referidas cuidam do assunto e, salvo melhor entendimento, a que melhor traduz a problemática e que deve ser adotada é a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, ou seja, aquela existente na ordem jurídica privada entre particulares, quer seja uma entidade privada, quer seja um particular.

5.3 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

O postulado da dignidade humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III, da CRFB/88), constitui-se no valor constitucional supremo e embasa toda a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A dignidade humana é o fundamento e a origem dos direitos fundamentais, assumindo, hoje, ampla aceitação na teoria constitucional, de forma que os preceitos relativos aos direitos e deveres individuais e coletivos vinculam tanto a esfera pública, quanto a esfera privada. Nessa seara, a dignidade da pessoa humana, na sua relação com os direitos e

²⁷¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 134-135.

garantias fundamentais, opera tanto como fundamento, quanto conteúdo dos direitos fundamentais.²⁷²

Nessa linha, há uma mútua dependência entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais se mostram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento do ser humano, somente através da existência desses direitos fundamentais a dignidade será respeitada e protegida. Assim, a promoção e o reconhecimento dos direitos fundamentais vinculam-se ao respeito à dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico da Constituição.

Nessa perspectiva, atesta-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional autônomo que se projeta sobre as normas constitucionais e infraconstitucionais, estabelecendo conexões sistemáticas e teleológicas e veiculando as normas de forma a incidir direta ou imediatamente nos casos concretos.²⁷³

Ademais, não pairam dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana vincula todos os órgãos e atividades estatais, impondo um dever de respeito e proteção, de forma a surgir para o indivíduo uma obrigação do Estado de se abster de ingerências na esfera individual, bem como o dever de proteção da dignidade pessoal contra agressões de terceiros particulares ou poderes privados. Jörg Neuner, professor catedrático da Alemanha, aduz que a dignidade da pessoa humana não pode ser violada por atos contrários a lei e pela injustiça, não podendo, assim, ser violada pela ação do Estado e por atos dos cidadãos individuais.²⁷⁴ Constata-se, então, que o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece tanto uma conduta negativa do

²⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 64.

²⁷³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 112-113.

²⁷⁴ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 226.

Estado (dever de abstenção), quanto uma conduta positiva com o fim diretivo de proteção da dignidade dos indivíduos.²⁷⁵

O postulado da dignidade humana, que fundamenta a autonomia privada e serve de estrutura ao edifício das Constituições modernas, também fundamenta a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas. A rigor, na sociedade atual não há lugar para duas concepções opostas, mediante as quais uma delas é válida nas relações de direito público – a ética pública – que exige responsabilidade aos direitos fundamentais e a outra nas relações de direito privado – a ética privada – liberada de semelhante dever.²⁷⁶

Sob o prisma de que os direitos fundamentais – como normas de valor – protegem toda a ordem jurídica, desponta a dignidade humana como o ponto de partida, “mas não como liberdade do indivíduo isolado e, sim, como livre desenvolvimento da personalidade de homens solidários integrados numa sociedade e responsáveis por ela.”²⁷⁷

Importa realçar que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares possui fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este vincula diretamente os entes privados, nas relações entre si, sendo considerados os direitos fundamentais, no conteúdo da dignidade, irrenunciáveis. Nesse viés, o Estado se vê “autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade.”²⁷⁸

Destaque-se ainda que a dignidade da pessoa possui duas dimensões, uma individual e uma social, de forma a se projetar acerca da dignidade das pessoas integrantes de uma

²⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 114-115.

²⁷⁶ RIVERO, Jean. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, p. 673.

²⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 245.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 117.

comunidade, ultrapassando a seara de bem individual em direção ao bem social da humanidade.

Urge salientar, também, que independentemente da dimensão da dignidade humana (individual ou social), ela, como princípio constitucional ou conteúdo que se concretiza nos direitos fundamentais, vincula o Poder Público e os particulares na medida em que normatiza tanto o âmbito no qual predomina a existência do Estado, quanto o âmbito no qual o particular, enquanto detentor de poder (econômico, social e cultural) participa. Destarte, “o princípio da dignidade da pessoa humana representa um verdadeiro elemento de conexão entre a fundamentalidade inerente às normas jusfundamentais e à sua irrestrita eficácia nas relações entre particulares.”²⁷⁹

Fazem-se, oportunas, as digressões de Ana Paula de Barcelos:

[...] ao utilizar a expressão genérica dignidade da pessoa humana a Constituição recorre exatamente ao consenso social para preenchê-la de significado; e ao concretizá-la por meio de um conjunto de outras normas, mais específicas, o constituinte reflete, ainda que de modo pontual, o consenso vigente a seu tempo.²⁸⁰

Importa aqui consignar a observação de Wilson Steinmetz quando aduz que a expressão dignidade da pessoa ou dignidade humana é vaga quanto ao seu conteúdo. Note-se que há casos limítrofes situados numa zona cinzenta em que pairam dúvidas sobre a violação ou não da dignidade, e a solução para tais casos dar-se-ia no plano da interpretação *in concreto*. No argumento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, “tudo depende da constatação sob quais circunstâncias pode ser violada a dignidade humana”²⁸¹, ou seja, sempre há que se levar em conta o caso concreto.

²⁷⁹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 42-43.

²⁸⁰ BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 198.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 43.

²⁸¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 114.

Cumprido frisar, também, que nas relações privadas, em que os particulares se encontram em condições de relativa igualdade, deverá, em regra, prevalecer o princípio da liberdade, mediante o qual, apenas nos casos de ameaça à dignidade da pessoa humana, aceitar-se-ia uma eficácia direta dos direitos fundamentais.²⁸² Maria Celina Bodin de Moraes lembra que o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, primeiramente, no princípio da igualdade, ou seja, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, pois pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas.²⁸³

Desta forma, em razão de seu caráter intersubjetivo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido dentro de um contexto de convivência social, conferindo um mínimo a cada indivíduo e, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, não pode ser afetado. Com efeito, o realce do princípio da dignidade humana à condição de fundamento do Estado brasileiro faz com que este princípio norteie todas as relações sociais, seja com o Estado, seja entre particulares.

5.4 Eficácia irradiante, ordem de valores e vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

É mister afirmar que as normas da Constituição se entrelaçam e se associam num único feixe de valores e preceitos adstritos pela essencialidade social, de tal maneira que essas normas, por compreenderem os valores aplicáveis a toda a sociedade, ostentam uma eficácia irradiante,²⁸⁴ por todo o ordenamento jurídico.

Um sistema de valores, na concepção de Virgílio Afonso da Silva, “é o ponto de partida vinculante para uma constitucionalização do direito e uma ampliação da

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 381.

²⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 121.

²⁸⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*.

própria força normativa da Constituição.”²⁸⁵ Nesse prima de sistema de valores, muitas das liberdades públicas começam a ser encaradas não somente como direitos a uma abstenção estatal, mas também como direitos a uma prestação positiva.

É a partir da noção de direitos fundamentais como sistema de valores (ou ordem objetiva de valores), que se irradiam por todo o ordenamento, que Dürig e o Tribunal Constitucional alemão edificaram a teoria dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Com fulcro na jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, as normas de direitos fundamentais prescrevem não apenas “direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores”²⁸⁶, fornecendo, ainda, diretrizes para o Legislativo, o Executivo e o Judiciário e “cujas consequências poderiam ser mensuradas a partir de uma ideia de uma eficácia irradiante para todos os setores do ordenamento jurídico.”²⁸⁷

Lembra com pertinência, Konrad Hesse²⁸⁸, que a irradiação deste “efeito diante de terceiros” naturalmente não nasce quando o Poder Público se utiliza de um ente privado para o cumprimento de suas tarefas, pois, neste caso, o Estado já estaria vinculado diretamente aos direitos fundamentais.

A rigor, no caso *Lüth*²⁸⁹ o Tribunal Constitucional alemão deduziu da dimensão objetiva dos direitos fundamentais um efeito de irradiação sobre todo o sistema normativo, de forma a traduzir a ação conformadora do Direito Constitucional sobre os

²⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*.

²⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 524.

²⁸⁷ SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 85.

²⁸⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 281.

²⁸⁹ Segundo Ingo Sarlet: no caso *Lüth*, em 15 de janeiro de 1958, ficou consignado pelo Tribunal Constitucional alemão que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público – a Lei Fundamental não pretende ser uma ordem neutra de valores –, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e com seu núcleo na dignidade da pessoa humana, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 143.

demais ramos do Direito (Administrativo, Civil, Comercial, Penal), vinculando as três esferas do Estado aos comandos constitucionais.²⁹⁰ Nesse sentido, pode-se afirmar que o efeito de irradiação vincula-se a ideia da supremacia da Constituição.

Nas digressões de Alexy²⁹¹, a teoria dos valores do Tribunal Constitucional Federal é reformulada como uma teoria dos princípios, na medida em que os princípios de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico como princípios objetivos, com efeitos não apenas para os indivíduos, mas para toda a coletividade.

Segundo a jurisprudência do Tribunal do Trabalho Federal da Alemanha, os direitos fundamentais não só garantem direitos de liberdade diante do poder estatal, mas também prescrevem princípios de ordenação para a vida social, realçando os direitos fundamentais como decisões de valores objetivos, vigentes para todos os âmbitos do direito.²⁹²

Na argumentação de Böckenförd²⁹³, o efeito da irradiação dos direitos fundamentais possui duas particularidades. A primeira é que não se cria um novo âmbito do direito, ou seja, cada ramo (Direito Civil, Penal, Administrativo, Tributário) permanece como tal, porém colmatados constitucionalmente. A segunda particularidade repousa na ideia de que o efeito da irradiação, por si só, não determina a intensidade e a extensão da aplicação dos direitos fundamentais na relação entre privados, isto é, não oferece uma fórmula para a determinação do seu conteúdo, cuja aplicação depende dos juízes e tribunais em cada caso. Cumpre lembrar a observação de Böckenförd de que a denominada eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros é a filha legítima do efeito da irradiação. Assim, a teoria da Constituição como ordem de valores impregna a ideia de que os direitos fundamentais não se destinam apenas para regular as relações

²⁹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 154.

²⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 524-525.

²⁹² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 283.

²⁹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, p. 110-113.

entre o indivíduo e o Estado, mas também as relações jurídicas estabelecidas entre os particulares.

Em suma, a vinculação de entidades privadas aos direitos fundamentais significa que, além do efeito vertical perante o Estado, esses direitos assumem efeitos horizontais perante entidades privadas. Esta eficácia leva em consideração a “multifuncionalidade” ou “pluralidade de funções” dos direitos fundamentais.²⁹⁴ Aqui, ainda assim, indaga-se a forma desta vinculação, oscilando a doutrina entre a tese da eficácia mediata ou indireta e a vinculação imediata ou direta, ressaltando-se, também, a existência de outros modelos a seguir analisados.²⁹⁵

5.5 As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada

5.5.1 Teoria da eficácia mediata ou indireta

A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi formulada inicialmente por Günther Dürig sob a vigência da Lei Fundamental de 1949 e adotada pelo Tribunal Constitucional alemão a partir de 1958. Para tal teoria, os direitos fundamentais nas relações entre particulares incidem não como direitos subjetivos, que podem ser invocados a partir da Constituição, mas como princípios objetivos, ou como um sistema de valores (uma ordem objetiva de valores), que dão diretrizes à legislação, à administração e à jurisdição. A ideia de ordem objetiva de valores proporciona uma inquestionável eficácia irradiante dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico. No entendimento de Dürig, o princípio constitucional da liberdade deve continuar “a ser o postulado básico, o valor fundamental a ter em conta na solução do problema.”²⁹⁶

²⁹⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

²⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 377-379.

²⁹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 244.

De acordo com Dürig, para que os direitos fundamentais incidam em uma relação jurídico-privada, é preciso de mecanismos de intermediação. Por esse viés, como normas objetivas a irradiar por todo o ordenamento jurídico, os direitos fundamentais se desenvolvem no direito privado por meio das disposições que diretamente regem esse âmbito jurídico.²⁹⁷ “A força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiros) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas *mediatamente*, através dos princípios e normas próprios do direito privado.”²⁹⁸ Ainda para Dürig, as portas de conexão pelos quais os direitos fundamentais fazem parte da dinâmica jurídica privada são as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados legais, carentes de preenchimento valorativo.²⁹⁹ Na verdade, a influência pode se manifestar não somente nas cláusulas gerais, mas em toda e qualquer interpretação de uma norma de direito privado e, em casos especiais, pode até servir de fundamento a decisões contra disposição literal da lei.³⁰⁰

O Tribunal Constitucional alemão debateu a questão referente à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no julgamento do caso *Lüth*, que se tornou notoriamente conhecido, servindo de referência na doutrina e na jurisprudência para aplicação dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada.

O caso *Lüth* tratava de discussão acerca da legitimidade de um boicote contra um filme dirigido por um cineasta nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, *Erich Lüth*, em 1950. A produtora e a distribuidora do filme manifestaram-se contra o boicote e obtiveram decisão favorável na Justiça Estadual de Hamburgo, com base no art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano.” *Lüth* interpôs queixa constitucional que foi acolhida pelo Tribunal

²⁹⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 136-139.

²⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 245.

²⁹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 161-162.

³⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 529.

Constitucional alemão, fundamentando o entendimento de que as cláusulas gerais do direito privado, referidas no art. 826, devem ser interpretadas ao lume da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, tomando em consideração os direitos fundamentais, no caso, da liberdade individual contra as interferências das autoridades públicas.³⁰¹

Assim, a Corte Constitucional alemã, em decisão histórica, entendeu que os tribunais cíveis, no julgamento de litígios de natureza privada, devem levar em consideração os direitos fundamentais, de forma a interpretar os preceitos de Direito Civil em harmonia com os valores constitucionais. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Alemanha orientou-se para a aplicação da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, posição esta seguida pelos tribunais federais da Alemanha e acatada pela doutrina majoritária alemã.³⁰²

Jörg Neuner³⁰³ observa que a Lei Fundamental parte de uma concepção aberta da Constituição e protege tanto a autonomia privada quanto a autonomia coletiva, na mesma medida. Logo, o legislador de direito privado não pode intervir, de forma desproporcional, na autonomia privada, nem violar o seu conteúdo essencial, conforme o disposto no art. 19, (2), da Constituição alemã³⁰⁴.

Na esteira do que já foi enunciado alhures, cite-se parte da decisão do Tribunal Constitucional alemão acerca do caso *Lüth*, a partir da ideia de uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais para todos os setores do ordenamento jurídico:

[...] a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta

³⁰¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 215.

³⁰² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 164-168.

³⁰³ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*.

³⁰⁴ “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.”

ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. [...] Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores, e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito. O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação.³⁰⁵

Veja-se que o Tribunal Constitucional Federal, no caso *Lüth*, entendeu que na solução do litígio no campo do direito privado, o juiz não se vincula aos direitos fundamentais de modo direto, mas somente na medida em que a Lei Fundamental, na parte que versa sobre os direitos fundamentais, erigiu simultaneamente uma ordem objetiva que, “como decisão jurídico-constitucional fundamental, deve valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim, também o direito privado.”³⁰⁶

No ano de 1961, o Tribunal Constitucional da Alemanha prolatou importante sentença no caso *Blinkfüer*, em que um poderoso grupo editorial – *Springer*, divulgou circular convocando os distribuidores de imprensa e vendedores de jornal a não vender material contendo informações sobre a programação de rádio e TV da Alemanha Oriental, sob pena de romper relações comerciais com aqueles que assim não procedessem. O chefe de redação do jornal *Blinkfüer*, que sofreu grandes prejuízos em razão do boicote, intentou ação indenizatória contra o grupo *Springer*, mas a pretensão foi repelida nas instâncias ordinárias, ao argumento de que a conduta do conglomerado editorial era protegida pela liberdade de imprensa. A decisão motivou Reclamação Constitucional perante o Tribunal Constitucional que julgou procedente o pedido sob a alegação de que, ao contrário do que aconteceu no caso *Lüth*, aqueles que se valeram

³⁰⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 216.

³⁰⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 43-44.

do meio de expressão ‘conclamação ao boicote’ fizeram-no a partir do abuso de uma posição de poderio econômico e não com base na discussão predominantemente intelectual. A convocação ao boicote, imposto principalmente por meio do poder econômico, não é protegida pelo direito fundamental da liberdade de expressão e viola o direito fundamental da liberdade de imprensa. Assim, a Corte constatou que os poderes privados podem, pela posição da supremacia que gozam, violar direitos fundamentais. Isto significa, para Alexy, que em virtude dos princípios de direitos fundamentais há um direito do editor da revista *Blinkfuer*, perante a Editora *Springer*, a que ela se abstenha de defender o boicote.³⁰⁷

Em outro julgado, o Tribunal alemão decidiu que a mudança de religião de um dos cônjuges não pode ser invocada para caracterizar culpa pela separação, argumentando que a liberdade de crença projeta-se na relação privada matrimonial.³⁰⁸ Ademais, num caso julgado em 1972, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha considerou inválida uma cláusula disposta num acordo de divórcio, mediante a qual o ex-marido se comprometia a viver, por um tempo, em cidade diversa daquela do domicílio da ex-mulher. O tribunal entendeu que o pacto violava o direito fundamental à liberdade de circulação e residência.³⁰⁹ Assim, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais na relação entre particulares prevalece na doutrina majoritária alemã, tendo como forte adepto, Konrad Hesse³¹⁰, bem como é aplicada no Tribunal Constitucional Federal.

Na Áustria, segundo Daniel Sarmento, há um acordo sobre a necessidade de se proteger os direitos garantidos na Constituição nas relações entre particulares.

³⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 536-540.

³⁰⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 165-166.

³⁰⁹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 216-217.

³¹⁰ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*.

Entende-se, então, que essa proteção deve ser assegurada indiretamente, pelos próprios meios do Direito Civil, mormente por meio da interpretação das cláusulas gerais ou dos conceitos indeterminados do Direito Civil.³¹¹

Na França não é frequente o uso da Constituição e dos direitos fundamentais na resolução dos conflitos entre particulares. Observa-se que a influência dos direitos fundamentais no campo do direito privado se dá, sobretudo, através do controle preventivo de constitucionalidade das leis, exercido pelo Conselho Constitucional (impede o ingresso de normas privadas contrárias a Constituição e orienta acerca de como devem ser interpretadas as leis privadas). Os tribunais franceses se mostram tímidos na invocação dos direitos fundamentais nas controvérsias de caráter privado, utilizando-se, às vezes, dos direitos fundamentais na interpretação dos conceitos gerais, a semelhança do preconizado na teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais entre particulares. Pode-se citar, por oportuno, a decisão do Tribunal de Sena, de 1947, em que a justiça francesa declarou incompatível com a Constituição a disposição testamentária que impunha a revogação do legado, caso o beneficiário viesse a desposar mulher de origem judia. Nesse sentido, considerou-se que o princípio da não-discriminação racial, proclamado na Carta Política de 1946, constitui princípio de ordem pública e natureza cogente, extensivo às relações privadas.³¹² Contudo, o tema não é muito debatido pela doutrina, havendo manifestantes³¹³ em prol da teoria da eficácia mediata como da teoria da eficácia imediata.³¹⁴

³¹¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 217.

³¹² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 250.

³¹³ Segundo Daniel Sarmento: “François Luchare sustenta que os direitos fundamentais impõem-se diretamente apenas aos poderes públicos, cabendo ao legislador a tarefa de transportar, através das leis, estes direitos para o contexto das relações privadas. Na linha oposta, autores como Jean Rivero e Louis Favoreau inclinam-se no sentido de uma vinculação plena dos indivíduos aos direitos fundamentais.” SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 219:

³¹⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 217-219.

É imperioso realçar que sob o argumento de que a teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos* acarretaria um incremento do poder estatal sobre a autonomia privada e, assim, o desvirtuamento do direito privado, a teoria formulada por Dürug ganhou grandes adeptos na Alemanha. Paulo Mota Pinto elucida que a autonomia privada – “como conteúdo de um direito fundamental e princípio inspirador do reconhecimento de várias faculdades jurídicas primárias, designadamente, da liberdade contratual – resulta do valor da autodeterminação da pessoa e, mais em geral, da sua liberdade.”³¹⁵ O professor de Coimbra ainda expõe que a autonomia privada pode ser entendida como “a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica.”³¹⁶ É justamente o poder de fazer escolhas e diferenciações não segundo critérios objetivos, mas segundo o livre arbítrio de cada um.³¹⁷

Ademais, valores consagrados pela Constituição poderiam não coincidir com aqueles resguardados pelo direito privado. Nesse prisma, os direitos fundamentais enunciariam o conteúdo das cláusulas gerais de forma a definir a projeção das normas jusfundamentais sobre o direito privado, preservando-se a autonomia e a independência deste ramo do direito.

Os adeptos da teoria da eficácia mediata defendem uma margem de liberdade de ação para os particulares como forma de se evitar o intervencionismo asfixiante ou um igualitarismo supremo a afetar o sentimento de liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos. “Privilegiam, por isso, as normas constitucionais que

³¹⁵ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 324.

³¹⁶ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 324.

³¹⁷ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 327.

indiciam a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade negocial.”³¹⁸

Além disso, em prol da teoria da eficácia mediata estão os argumentos de que nas relações entre particulares, diferentemente das relações travadas com o Estado, há um conflito entre titulares de direitos fundamentais e, se não observado o princípio da autonomia privada, o princípio da segurança jurídica resta ameaçado. Neste ponto, entra a figura do legislador a estabelecer os suportes fáticos de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Impende lembrar que, para os adeptos da referida teoria, a autonomia do direito privado e o princípio constitucional da liberdade deveriam ser preservados, de forma que o exercício de um direito fundamental não justificasse o inadimplemento de um contrato, sem, no entanto, se sacrificar o núcleo essencial dos direitos fundamentais e seu postulado da dignidade da pessoa humana. Através dos mecanismos de intermediação e suavização, verificados primeiramente pela atividade legislativa e, num segundo plano, pela atividade judicial, “os direitos fundamentais certamente teriam uma penetração menos conflituosa e sacrificante no sistema formado pelo Direito Privado.”³¹⁹

Nessa seara, de acordo com a referida teoria, as normas de direitos fundamentais produzem efeitos entre privados, a partir da consagração de leis infraconstitucionais, ou seja, por meio de normas e parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos do direito privado. A eficácia de tais direitos está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado em primeiro lugar (que deve criar regulações normativas específicas que delimitam o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sem descurar-se da tutela da autonomia da vontade), e dos juízes e tribunais em segundo plano (na ausência de desenvolvimento legislativo

³¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 250.

³¹⁹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 75-76.

específico, compete aos tribunais interpretar e aplicar as normas de direitos fundamentais, sobretudo no texto que contiver cláusulas gerais, onde deverá preencher os conceitos à luz dos direitos fundamentais. Ex. ordem pública, bons costumes, boa fé). Observe-se que as cláusulas gerais serviriam de abertura para a “influência” ou “irradiação” dos direitos fundamentais no direito privado.³²⁰

Nessa ordem de ideias, a teoria da eficácia indireta e mediata liga-se à Constituição como ordem de valores, pautada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade humana, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais.³²¹ É a força expansiva dos direitos fundamentais e a sua eficácia multidirecional, tipificada na eficácia irradiante e na ordem objetiva de valores, que fazem com que esses direitos se projetem sobre todas as relações jurídicas vencendo a incomunicabilidade entre o Direito Civil e o Direito Constitucional.³²² Aqui as normas infraconstitucionais são interpretadas à luz da constituição.³²³

Desse modo dispõe Konrad Hesse:

Se o legislador, em suas regulações, emprega, no entanto, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, então direitos fundamentais, para a sua interpretação em cada caso particular, podem tornar-se significativos (‘efeitos diante de terceiros’ indireta); nesse ponto falta uma concretização legal e é tarefa do juiz satisfazer a influência dos direitos fundamentais na diferenciação necessária, como a concepção predominante na literatura aceita isso, com razão.³²⁴

Ainda na linha de Konrad Hesse, ao legislador compete transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em direito imediatamente vinculante na ordem jurídica privada, tratando de suas múltiplas modificações, de tal sorte que os direitos fundamentais também sejam protegidos no direito privado. Atendo-se ao fato de que a teoria mediata

³²⁰STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 137-138.

³²¹SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*.

³²²SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 82-83.

³²³FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 265.

³²⁴HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 285.

visa proteger o núcleo da autonomia privada dos indivíduos. Para Konrad Hesse, “[...] correria perigo o princípio fundamental do nosso Direito Privado, a autonomia privada, se as pessoas em suas relações recíprocas não puderem renunciar as normas de direitos fundamentais que são indisponíveis para a ação estatal.”³²⁵ (tradução nossa).

Então, com fulcro na teoria da eficácia mediata, cabe ao legislador, precipuamente, a tarefa de concretizar e estender a eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares, fixando parâmetros e conteúdo, de modo que os direitos fundamentais somente teriam efeitos nas relações entre privados após a atividade legislativa. Não obstante, cumpre lembrar que em se tratando de direitos inalienáveis, como os direitos à vida e à liberdade individual, qualquer contrato com vistas a abolir ou restringir tais direitos deve ser considerado nulo.

Consigne-se que a vinculação do legislador da ordem jurídica privada aos direitos fundamentais é imediata, estando ele diretamente vinculado aos preceitos da Constituição. Lembre-se aqui do princípio constitucional da igualdade: ao regulamentar relações jurídicas privadas, não pode o legislador estabelecer regimes jurídicos discriminatórios, “a não ser que haja fundamento material para um tratamento desigual.”³²⁶ Ademais, cabe ao legislador ordinário também se ater à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*.

Cumpre referir que ao Judiciário cabe o papel de preencher as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados criados pelo legislador, com o conteúdo valorativo dos direitos fundamentais, assim como a função de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com os direitos fundamentais. Aqui a atividade judicial vem para sanar a insuficiência da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais mediante a atividade legislativa. Consigne-se que o efeito

³²⁵ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 60-61. “[...] correria peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomia privada si la personas em sus relaciones recíprocas no pudieron renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal.”

³²⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1291.

irradiador faz com que o juiz leve em consideração a influência dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, no momento da interpretação.³²⁷ No direito privado, as cláusulas gerais podem ser vistas como o recurso interpretativo-aplicativo que o legislador põe à disposição do juiz, para a restrição da autonomia privada.

Ainda para a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, as cláusulas gerais e os conteúdos indeterminados foram idealizados pelo legislador a fim de permitir uma margem de atuação dos juízes diante dos conflitos de direitos no caso concreto. Convém destacar, outrossim, que os direitos fundamentais, de acordo com a presente teoria, limitam-se a informar e a conduzir a prática judicial por meio de critérios interpretativos, de tal sorte que apenas nos casos de lacuna ou redação ambígua de lei, os direitos fundamentais poderiam ser invocados para concretizar o conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.³²⁸

Nesses termos, não havendo regulação do legislador e na hipótese de um conflito no caso concreto, com ameaça a lesão de direitos fundamentais, o juiz ou o tribunal deve “operar a penetração ou irrupção de valores dos direitos fundamentais nas normas de direito privado.”³²⁹ Note-se que “somente a intervenção judicial poderia conferir o exato conteúdo e alcance nessas hipóteses de conflito.”³³⁰

Nessa perspectiva, o Estado, além do seu dever de não ingerência, deve asseverar a proteção dos direitos fundamentais quando violados por terceiros. Refere-se, aqui, a um direito constitucional subjetivo em face do Estado para que promova e assegure o respeito aos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O cerne da questão seria então definir o que seja “essa hipotética obrigação de proteção pelo Estado e o seu respectivo alcance.”³³¹

³²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 529.

³²⁸ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 85-86.

³²⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 146.

³³⁰ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 83.

³³¹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 78.

No entendimento de Canotilho, os direitos fundamentais têm eficácia nas relações jurídico-civis como direitos privados e não como direitos subjetivos públicos, que só existem nas relações Estado-cidadão. “O conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como normas objetivas efetiva-se no direito privado através dos meios jurídicos desenvolvidos neste ramo do direito.”³³² Nessa linha, os direitos fundamentais, que não incidem diretamente nas relações privadas, devem ser levados em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do direito privado, de forma a sempre haver um órgão estatal atuando na aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado.³³³

Convém destacar que, ainda que uma demanda entre particulares sobre direitos e deveres derivados de normas de Direito Civil, seja influída pelos direitos fundamentais, interpreta-se e aplica-se o Direito Civil, mesmo que sua interpretação siga os moldes do direito público, ou seja, a Constituição.³³⁴ Isto significa que os direitos na ordem privada são protegidos por meio de mecanismos típicos do próprio direito privado, e não através de instrumentos do Direito Constitucional. Quando muito, no entendimento de José Carlos Vieira de Andrade, os preceitos da Constituição se prestariam como princípios interpretativos das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, sujeitos à concretização.³³⁵

A rigor, a principal alegação em defesa da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados é a de que a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares aniquilaria a autonomia da vontade, desfigurando o direito privado, uma vez que todo e qualquer caso de direito privado poderia ser transformado em um caso de Direito Constitucional. Ainda para o idealizador dessa teoria – Dürug, a proteção da autonomia privada “pressupõe a

³³² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1294-1295.

³³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 160-161.

³³⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 146.

³³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 276-277.

possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público.”³³⁶ Na esteira dessa argumentação, atos contrários aos direitos fundamentais e inválidos quando praticados pelo Estado, poderiam ser lícitos no âmbito do direito privado.³³⁷

Vale referir o posicionamento de Paulo Mota Pinto a favor da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*:

Pensamos, justamente, que a aplicação à atividade de entidades privadas das normas que consagram direitos fundamentais deve ocorrer, *em primeira linha, através de normas de direito privado*, quer estas se limitem a reproduzir o teor das normas constitucionais, quer contenham *conceitos indeterminados* ou *cláusulas gerais*, a preencher e concretizar segundo os valores constitucionalmente consagrados, e, em particular, numa atividade de “*interpretação conforme aos direitos fundamentais*”. Estas normas são, pois, como que “portas de entrada” no domínio privatístico das valorações subjacentes aos direitos fundamentais, constituindo a forma precípua da sua efetivação, impendendo, aliás, logo sobre o legislador ordinário o dever de prever mecanismos legais protectores dos direitos fundamentais. É, pois, da própria vinculação *de todos os poderes do Estado*, designadamente, do legislador e do julgador, que resulta uma obrigação de “*interpretação conforme aos direitos fundamentais*” do direito ordinário, a qual já levará, na grande maioria dos casos, a uma congruência de resultados entre direito constitucional e direito privado.³³⁸

Insta acentuar, segundo Wilson Steimetz,³³⁹ os pontos corretos desta teoria: considera e preserva a autonomia privada, pois não se pode colocar em risco a liberdade das partes; assegura a identidade do Direito Civil que também protege bens e valores tão relevantes quanto os direitos fundamentais; preserva a segurança jurídica; evita a “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico, convertendo casos jurídico-privados em casos jurídico-constitucionais e sobrecarregando as Cortes Supremas.

³³⁶ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 210-211.

³³⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 211.

³³⁸ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 155.

³³⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 139-140.

Conforme arrola José Carlos Viera de Andrade, o “que se deve entender por *mediação* na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais é, afinal, a necessidade de conciliar valores com a liberdade negocial e a autonomia privada no Direito Civil.”³⁴⁰

Sob outro enfoque, o modelo de efeitos indiretos dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada também recebeu críticas, sendo a mais contundente aquela que rejeita a ideia da ordem de valores. Destarte, se os direitos fundamentais não são somente garantias dos indivíduos contra o Estado, mas também estabelecem um sistema ou uma ordem objetiva de valores, de forma a se infiltrarem no direito privado através das cláusulas gerais, então esta ordem de valores provocaria uma tirania dos direitos fundamentais, “que passariam a determinar toda a legislação e todas as relações jurídicas, das mais importantes às mais insignificativas.”³⁴¹ Na mesma linha de entendimento, afirma Konrad Hesse³⁴² que, a despeito de haver uma unidade entre o Direito Constitucional e os direitos fundamentais, com significado decisivo para o direito privado, isto não deve significar que a Constituição se torne o fundamento de todo o direito, inclusive para a ordem jurídica privada; pois o direito privado deve continuar sendo um ramo autônomo. Para os críticos desta teoria, há uma dificuldade em se identificar o que seria esta ordem objetiva de valores. Neste caso, se fossem aplicados os institutos da fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, não seria necessário se invocar os conceitos da eficácia irradiante e da ordem objetiva de valores para que os juristas atuassem de forma segura e precisa.³⁴³

Outra crítica dirigida a este modelo é a de que ele nega a fundamentalidade e a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais ao exigir uma intervenção do legislador (a operatividade das normas jusfundamentais ficam condicionadas a existência de

³⁴⁰ ANDRADE, José Carlos Viera de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 255.

³⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 84-85.

³⁴² HESSE, Konrad *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 85.

³⁴³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 86-87.

normas infraconstitucionais) ou dos juízes, como forma de transposição das normas jusfundamentais para o direito privado. Com isto, os direitos fundamentais serviriam tão somente de meros instrumentos de interpretação das normas de Direito Civil.³⁴⁴ Para os adeptos mais extremados da teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais nada seriam sem a atuação do legislador, o que leva a um entendimento equivocado.

A respeito, pondera com pertinência Thiago Sombra que:

Subordinar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a uma prévia conveniência e discricionariedade legislativa significa transformar os direitos fundamentais em direitos meramente legais, além de negar a aplicabilidade direta e a fundamentalidade que lhe é inerente. 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 legislativa.³⁴⁵

Nessa linha de raciocínio, Canaris³⁴⁶ também critica a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais prescrevendo que ela não pode ser sustentada até por razões lógicas, uma vez que controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais, aferindo-a segundo outra norma de direito privado cai na impossibilidade intelectual. Ele ainda argumenta que ou a norma de direito privado permanece como uma norma de direito ordinário e, neste caso, falta-lhe a superioridade de nível de que precisa como padrão de controle, ou a norma de direito privado é elevada ao nível constitucional e, então, o seu conteúdo, pertencente ao direito ordinário, de repente, adquire um nível constitucional. Assim, para Canaris, a disposição segundo a qual o legislador de direito privado só se vincula aos direitos fundamentais “por meio dos preceitos que dominam imediatamente esta área do

³⁴⁴ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 76-77.

³⁴⁵ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 81-82.

³⁴⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 29-31.

direito, deve ser rejeitada sem reбуço, tanto por razões de lógica normativa como por razões práticas.”³⁴⁷

Lembre-se que a lei infraconstitucional buscará concretizar os direitos fundamentais nas relações entre particulares, todavia, haverá casos de omissão e casos em que a atuação legislativa não será capaz de dirimir todos os conflitos entre direitos fundamentais em abstrato. Neste sentido, corrobora a tese segundo a qual as tensões entre direitos fundamentais apenas podem ser dirimidas no caso concreto, “uma vez que as nuances de cada caso fogem à previsibilidade, normalidade e exigibilidade de um exaustivo labor legislativo”³⁴⁸, clamando, nesta situação, a atuação concretizadora dos juízes.

Outro ponto que merece ser abordado, segundo Wilson Steinmetz, é a apresentação sob diferentes matizações (variações) da teoria da eficácia mediata. A primeira versão fortemente restritiva prevê a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares tão somente mediante a atuação do legislador; caso contrário, não sendo objeto de regulação específica pelo legislador, o direito fundamental não se aplica. Esta versão tem poucos adeptos.³⁴⁹

A segunda matização considera que cabe primordialmente ao legislador a concretização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Todavia, na sua ausência, poderia o juiz decidir o caso concreto preenchendo as cláusulas gerais com o conteúdo valorativo dos direitos fundamentais.³⁵⁰

Já para a terceira matização, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados cabe, preferencialmente, ao legislador, podendo o juiz, na ausência deste, decidir o caso por meio de cláusulas gerais e, ainda, não sendo possível tal via e

³⁴⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 32.

³⁴⁸ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 80.

³⁴⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 149.

³⁵⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 149-150.

havendo no caso concreto uma desigualdade fática, cabe a aplicação direta dos direitos fundamentais. Esta é a posição de Konrad Hesse, segundo Wilson Steinmetz.³⁵¹

Por derradeiro, há uma quarta matização que defende uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, caso não haja um desenvolvimento legislativo e não se possa utilizar das cláusulas gerais, mesmo que não exista, em concreto, uma situação fática de desigualdade.³⁵² Desta forma, observa-se que a teoria da eficácia mediata ou indireta se apresenta sob diferentes gradações, de uma versão mais restritiva até uma menos restritiva.

Importante ressaltar que, de acordo com a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais operam como direitos de defesa e de proteção, vinculando o Estado imediatamente. Assim, como direitos subjetivos, não vinculam diretamente os particulares, mas apenas como princípios constitucionais objetivos, numa dimensão objetiva. Destaque-se que as cláusulas gerais são pontos de “irrupção” dos direitos fundamentais como valores ou princípios objetivos no direito privado.³⁵³

Nesse sentido também expõe Ingo Sarlet:

[...] os direitos fundamentais – precipuamente direitos de defesa contra o Estado – apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, falando-se, nesse sentido, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado.³⁵⁴

³⁵¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 149-150.

³⁵² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 150.

³⁵³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 154-161.

³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 379.

5.5.2 Teoria da eficácia imediata ou direta

A teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi idealizada, a partir do início da década de 50, do século passado, por Hans Carl Nipperdey, juiz presidente do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha e adotada pela Primeira Câmara deste Tribunal, tendo crescido sua influência também na Itália, Portugal e Espanha.

De acordo com Nipperdey, os direitos fundamentais devem valer “como direitos subjectivos contra entidades privadas que constituam verdadeiros *poderes sociais* ou mesmo perante indivíduos que disponham, na relação com outros, de uma situação real de poder que possa equiparar-se à supremacia do Estado.”³⁵⁵

Há algumas normas de direitos fundamentais que não se restringem à proteção de uma esfera de liberdade ante o Estado, garantindo, também ao particular, princípios para a organização da vida social, com incidência imediata nas relações de direito privado. Isto significa a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Conforme seu idealizador, a eficácia imediata não se limitaria aos casos de desigualdade entre particulares, cabendo, inclusive, uma eficácia absoluta desses direitos³⁵⁶, válido para toda a ordem jurídica (também para o direito privado).³⁵⁷ Assim, além de direitos públicos subjetivos, fluem, diretamente dos direitos fundamentais, direitos privados subjetivos, que afetam diretamente as relações *inter privatos*.³⁵⁸ Ademais, o efeito jurídico é normativo direto, não importando se se trata

³⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 245-246.

³⁵⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p.164-166.

³⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 245.

³⁵⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 158-159.

de direitos cogentes ou dispositivos, de cláusulas gerais ou de normas jurídicas específicas – os direitos fundamentais devem ter um efeito absoluto.³⁵⁹

Na verdade, aqui a Constituição, cuja concepção é democrática, deve honrar pela supremacia de princípios e valores emergentes na sociedade. Para Nipperdey rejeitar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares significa atribuir às normas jusfundamentais um sentido meramente declaratório (para ele, com ou sem a atividade do legislador, a norma jusfundamental deve ser aplicada – não há um critério meramente interpretativo). De fato, o fundamento desta teoria advém da concepção dos direitos fundamentais enquanto valores que emergem por todo o ordenamento jurídico, isto é, “como uma decorrência inevitável do princípio da unidade do ordenamento jurídico e da força normativa da Constituição.”³⁶⁰

Lado outro, Nipperdey elimina da sua teoria os direitos fundamentais autênticos (clássicos), que segundo ele são a maioria e vinculam somente o Poder Público, não sendo destinados aos particulares, pois são direitos subjetivos em face do Estado.³⁶¹ Não obstante, afirma Bilbao Ubillos que existem direitos fundamentais cuja própria estrutura pressupõe a eficácia horizontal imediata, como os direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião, por exemplo.³⁶²

Segundo preceitua Canaris, na concepção da teoria da eficácia imediata, os direitos fundamentais dirigem-se contra o Estado e contra os sujeitos de direito privado, não carecendo de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado e podendo ser entendidos como proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado.³⁶³

³⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 530.

³⁶⁰ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 88.

³⁶¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 158.

³⁶² UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: analisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional*.

³⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 53.

Nesse quadro, os defensores dessa eficácia direta ainda proclamam que os direitos fundamentais já possuem condições de plena aplicabilidade nas relações entre particulares, sendo dispensada a atuação do legislador ou mesmo de uma interpretação da legislação infraconstitucional à luz da Constituição. Isto significa que das normas jusfundamentais fluem diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos.³⁶⁴

Os direitos fundamentais, como normas objetivas, regem o direito privado sem a necessidade de nenhum ponto de infiltração, como pretendem as cláusulas gerais, com incidência *erga omnes*.³⁶⁵ Assim, aplicar-se-ia os direitos fundamentais nas relações entre privados com máxima efetividade.³⁶⁶ Esta teoria é justificada na medida que as ameaças que insurgem ante os direitos fundamentais não provêm apenas do Estado, mas de poderes sociais e de terceiros em geral, de tal sorte que a eficácia horizontal direta serviria para a correção de desigualdades sociais. Destarte, “a opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.”³⁶⁷

Na visão de José Carlos Viera de Andrade, os defensores de uma aplicação imediata dos direitos fundamentais pretendem ofertar uma maior proteção aos particulares em face dos grupos privados ou indivíduos poderosos, “revelando uma especial sensibilidade às relações de desigualdade que se multiplicam no mundo do trabalho, da política, da vida social e até da vida familiar.”³⁶⁸ Os partidários da aplicação imediata apelam para o forte pendor socializante da Constituição e “à necessidade de os poderes

³⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 530.

³⁶⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 160.

³⁶⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 266.

³⁶⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 220.

³⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 250.

públicos assegurarem a todos os níveis a igualdade e a justiça social, intervindo e organizando, estabelecendo imperativos, disciplinando e proibindo.”³⁶⁹

Vale realçar o entendimento de Alexy:

[...] princípios de direitos fundamentais, em razão de sua influência no sistema de normas de direito civil, requerem ou excluem a existência de determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, bem como de competências e não-competências, na relação cidadão/cidadão, os quais, sem a vigência desses princípios, ou seja, apenas com base em um sistema de direito civil não influenciado pelos direitos fundamentais, não seriam considerados como necessários ou impossíveis do ponto de vista do direito constitucional. Nesse sentido, há um efeito direto perante terceiros.³⁷⁰

Ao ensejo, segundo a referida teoria, as normas jusfundamentais não requerem qualquer mecanismo de adaptação ou de mediações concretizadoras para gozar de eficácia plena e direta nas relações entre particulares, de forma que sob a égide da teoria da eficácia imediata a demanda é solucionada perante o Direito Constitucional, diferentemente do que ocorre com a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais. Já Canotilho³⁷¹ adota uma postura moderada (apesar de se manter fiel à teoria da eficácia imediata) preconizando que no momento do julgamento de uma lide privada, o Judiciário deve, primeiramente, aplicar as normas de direito privado em conformidade com os direitos fundamentais, através da interpretação conforme a Constituição. Caso isto não seja possível, deve se valer tanto das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, como das próprias normas constitucionais consagradoras de tais direitos, cuja aplicação deve ser direta pelo Poder Judiciário.

Importa consignar, que a ideia de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não pretende colocar o particular numa situação semelhante às relações verticais com o Estado. Na relação entre sujeitos de direito privado, os direitos fundamentais não têm exatamente o mesmo alcance e o mesmo conteúdo que

³⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 250.

³⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 542.

³⁷¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1285-1300.

adquirem na relação com o Estado, seja por determinar-se em termos diferentes o seu conteúdo ou mesmo por ceder inteiramente em situações excepcionais.³⁷² Importa ressaltar que um efeito direto dos direitos fundamentais perante terceiros não significa que os direitos do cidadão em face do Estado sejam, ao mesmo tempo, direitos do particular contra outro particular – não é cabível um efeito direto mediante a simples troca de destinatário dos direitos do cidadão contra o Estado.³⁷³ “Daqui se deduz que a procura de soluções diferenciadas deve tomar em consideração a *especificidade do direito privado*, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global por outro.”³⁷⁴ Nesse quadro, a proteção dispensada à autonomia privada impõe o equacionamento do caso por meio de uma ponderação de interesses, de forma a ser efetivamente considerada a desigualdade ou não entre as partes – o núcleo irreduzível do princípio da autonomia privada não pode ser afetado.³⁷⁵

Igualmente é o posicionamento do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha que declarou não poder contrariar a ordem básica ou a ordem pública, os acordos, atos e negócios jurídicos de direito privado. A referida Corte decidiu, em um determinado julgado, que o comando de igualdade entre homens e mulheres, previsto no art. 3, (2), da Lei Fundamental³⁷⁶, não se dirige exclusivamente às contratações do serviço público, mas incide também no âmbito das relações privadas, cabendo sua observação no momento da elaboração dos acordos salariais de categorias.³⁷⁷

A Constituição da África do Sul, promulgada no final do ano de 1996, prevê expressamente, na seção 8. 2.³⁷⁸, a vinculação dos particulares aos direitos

³⁷² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 37.

³⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 538.

³⁷⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1289.

³⁷⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 229-230.

³⁷⁶ “Homens e mulheres têm direitos iguais. O Estado promoverá a realização efetiva da igualdade de direitos das mulheres e dos homens e empenhar-se-á pela eliminação de desvantagens existentes.”

³⁷⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 165.

³⁷⁸ “A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.”

fundamentais, assim prevista: “As normas sobre direitos fundamentais vinculam as pessoas físicas e jurídicas se, e na medida em que, ela seja aplicável, considerando a natureza do direito e a natureza da obrigação imposta por lei.”

Na Espanha, o texto constitucional de 1978 é silente quanto à matéria, porém, segundo a doutrina majoritária (Tomás Quadra-Salcedo, Juan Maria Bilbao Ubillos, Pedro Veja Garcia, Antonio-Enrique Perez Luño e Rafael Naranjo de la Cruz), prevalece a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.³⁷⁹ Bilbao Ubillos atesta que “não se pode falar, em rigor, de uma doutrina do Tribunal Constitucional espanhol que defina com clareza a sua posição sobre esta matéria.”³⁸⁰ (tradução nossa).

Cumprir verificar a citação de Bilbao Ubillos quando diz que o Tribunal Constitucional espanhol tem acatado uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados, em especial no tocante as relações de trabalho:

Mas são muitas sentenças em que ele acabou por reconhecer implicitamente a eficácia de um direito fundamental dentro de uma concreta relação privada. O Tribunal Constitucional admitiu abertamente, desde o início, a eficácia entre particulares de certos direitos que são exercidos precisamente no campo das relações de trabalho, funcionando como um limite intransponível dos poderes de gestão e organização do empresário privado. [...] Neste âmbito, encontramos declarações inequívocas, como a contida na STC 88/1985 de 19 de Julho. Em um assunto que se discutiu a licitude constitucional de uma demissão pela empresa como uma sanção pelo conteúdo crítico das manifestações públicas, acerca do funcionamento da mesma, feita pelo trabalhador, a Câmara disse exatamente que "a celebração de um contrato de trabalho não implica em modo algum qualquer privação

Disponível em: <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#8>. Acesso em: 31 maio 2012.

³⁷⁹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 222.

³⁸⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordinamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jorge, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 192. “No puede hablarse, en rigor, de una doctrina del Tribunal Constitucional epanõl que defina con claridade su posición en esta matéria.”

para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição o reconhece como cidadão.”.³⁸¹ (tradução nossa).

Ainda apregoa Ubillos que o Tribunal espanhol, na análise do art. 41.2 da LOTC, expõe que não cabe a interpretação de que só se é titular de direitos fundamentais e liberdades públicas nas relações com os Poderes Públicos, dado que em um Estado Social de Direito, como consagrado no art. 1º da Constituição³⁸², vigora o caráter geral de um titular de tais direitos na sua vida social.³⁸³

Segundo o professor espanhol de Direito Constitucional Bilbao Ubillos³⁸⁴, existem direitos fundamentais na Constituição espanhola cuja própria estrutura sugere a eficácia horizontal imediata, como os direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião. Outros, contudo, em razão da sua natureza, vinculam tão somente o Estado. Bilbao Ubillos ainda afirma que na jurisprudência espanhola não faltam exemplos de direitos que demandam uma eficácia direta na ausência de previsão legal. Ele cita o direito à liberdade de expressão dos trabalhadores que, a

³⁸¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordinamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 192-195. “Pero son muchas las sentencias en las que ha acabado por reconover implícitamente la eficacia de un derecho fundamental en el seno de una concreta relación privada. El Tribunal Constitucional ha admitido abiertamente, desde un principio, la eficacia inter privados de ciertos derechos que se ejercen precisamente en el ámbito de las relaciones laborales, operando como un limite infranqueable de las facultades de dirección y organización del empresario privado. [...] En este ámbito, encontramos afirmaciones inequívocas, como la contenida en la STC 88/1985, de 19 de julio. En un asunto en el que se discutía la licitud constitucional de un despido decidido por la empresa como sanción por el flerte contenido crítico de unas manifestaciones públicas, acerca del funcionamiento de aquella efectuadas por el trabajador, la Sala 1ª dijo exatadamente que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”

³⁸² Art. 1º, da Constituição lusitana: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

³⁸³ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordinamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 196.

³⁸⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: analisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional*.

despeito de não estar expressamente regulamentado nas leis trabalhistas, é aceito pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.³⁸⁵

Para Bilbao Ubillos, em virtude de não haver uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, cumpre-se necessária uma análise de cada direito fundamental a fim de se atestar a existência e a extensão da eficácia horizontal. Para o referido autor, contudo, deve-se ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada, o que poderá resultar em uma proteção diferenciada dos direitos fundamentais na ordem privada. A postura, do autor, é em prol de uma aplicabilidade imediata: “A solução de uma vigência imediata, assim entendida, parece uma resposta às exigências da liberdade no momento presente.”³⁸⁶ (tradução nossa).

A Constituição da República Portuguesa de 1976 preceitua, expressamente, em seu art. 18.º 1., a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” Segundo adverte José Carlos Vieira de Andrade, o preceito constitucional tão somente vincula as entidades privadas, sem, contudo, dizer em que termos se processa essa vinculação.³⁸⁷ Prevalece, assim, para a doutrina majoritária (J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, Ana Prata e Cristina Queiroz), a aplicação da teoria imediata dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Já doutrinadores como Paulo Mota Pinto³⁸⁸ e José Carlos Vieira de

³⁸⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿ Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 273.

³⁸⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordinamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 211. “La solución de la vigencia imediata, así entendida, parece una respuesta a las exigencias de la libertad en el momento presente.”

³⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 249.

³⁸⁸ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 143-157.

Andrade³⁸⁹ preconizam por uma aplicabilidade imediata somente nos casos de desigualdade fática entre as partes e para se preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nos demais casos, apregoa-se por uma aplicação mediata dos direitos fundamentais, o que não significa dizer, porém, que “os particulares possam impunemente violar os direitos fundamentais dos outros indivíduos.”³⁹⁰ Há de se depreender que todos os atos de pura e simples violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais são proibidos.³⁹¹

No entendimento de José Carlos Vieira de Andrade, a vinculação direta dos direitos, liberdades e garantias aos privados, além de ser limitada às situações de poder, há de ser compreendida como uma vinculação gradativa, de forma que o juiz não pode deixar de ponderar os valores em jogo, levando-se em consideração o diferente peso dos direitos e da liberdade no caso concreto.³⁹²

Conforme aduz Canotilho³⁹³, a Constituição de Portugal é fonte direta de regulação das relações entre os cidadãos, tendo os direitos fundamentais validade *erga omnes*, aplicáveis às relações privadas, independentemente da mediação do legislador. Contudo, sua visão moderada lhe permite ponderar pela busca de soluções diferenciadas, de forma a harmonizar a tutela dos direitos fundamentais com a proteção da autonomia privada. Lembre-se, por oportuno, que esta visão moderada e a busca de soluções diferenciadas, de acordo com o caso concreto, também é preconizada por Paulo Mota Pinto.

³⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 251-253.

³⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 254.

³⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 255.

³⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 253-254.

³⁹³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

Atenta Daniel Sarmiento para a recente reflexão de Canotilho, publicada em artigo doutrinário, em que o Professor de Coimbra não deixa evidente sua posição sobre a matéria:

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens – constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais. Em causa está também o problema de saber se o apego a *Drittwirkung* não transporta um *pathos* ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas. Propomos, assim, uma breve suspensão reflexiva sobre este tópico.³⁹⁴

No entendimento de Ana Prata³⁹⁵, a Constituição de Portugal, que se assenta sobre uma concepção de igualdade e de liberdade e se preocupa em eliminar a exploração e a opressão do homem pelo homem, não poderia rejeitar a eficácia directa dos direitos fundamentais em nome da protecção da autonomia privada. Sob esse prisma, os direitos constitucionalmente garantidos devem ser respeitados de forma directa, independentemente de qualquer mediação legislativa.

Conforme já enunciado alhures, o art. 18.º 1. da Constituição portuguesa não contém em si a resposta de como se dará a vinculação dos particulares, sendo importante, para José Carlos Vieira de Andrade³⁹⁶, a conciliação da justiça social e da autonomia privada. Segundo o Professor de Coimbra, na relação entre particulares opera-se a

³⁹⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes *apud* SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 228.

³⁹⁵ PRATA, Ana *apud* SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 229.

³⁹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 255-268.

eficácia imediata dos direitos fundamentais se for manifesta a desigualdade de poder entre as partes.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional de Portugal ainda não se manifestou conclusivamente acerca da forma e extensão da vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais, não se posicionando contra ou a favor de qualquer teoria.³⁹⁷ Contudo, este Tribunal começou a limitar o escopo do problema reconhecendo que nas relações jurídicas privadas há direitos que, pela sua própria natureza e conteúdo, implicam necessariamente num efeito vinculativo das entidades privadas, como o direito ao segredo de correspondência (acórdão n. 198/85).³⁹⁸

Na Itália, o art. 2. da Constituição de 1947³⁹⁹ não é manifestamente claro, porém induz à compreensão de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, posicionamento aceito na jurisprudência da Corte Constitucional italiana. Veja-se:

[...] a Corte reconheceu que as garantias estabelecidas para as liberdades fundamentais pela Constituição se aplicam às relações particulares ou privadas (*Drittwirkung*): por consequência, o exercício das liberdades deve ser salvaguardado mesmo no interior dos diferentes organismos sociais, como a família, a empresa e a fábrica.⁴⁰⁰

O Tribunal Constitucional italiano, na sentença 202-1991, expressou a eficácia horizontal direta do direito à saúde, declarando que o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental da pessoa e bem constitucionalmente garantido é

³⁹⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 232.

³⁹⁸ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 158.

³⁹⁹ “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do Homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social.” Disponível em: [http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf). Acesso em: 31 maio 2012.

⁴⁰⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 232-233.

plenamente aplicável também nas relações entre particulares. Outrossim, na doutrina italiana, Vezio Crisafulli, Alessandro Pace e Pietro Perlingeri manifestaram-se a favor da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem privada. A alegação era no sentido de que aplicação dos direitos fundamentais somente na relação cidadão e Estado não salvaguardava a pessoa humana dos perigos decorrentes da desigualdade e dos poderes sociais.⁴⁰¹

Destarte, as constituições contemporâneas, como a italiana de 1947, regulam também a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, de tal sorte que tais direitos se revestem de eficácia *erga omnes*.⁴⁰²

No Brasil, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é direta e imediata, sem necessidade de atuação do legislador ordinário nem tampouco de interpretação das cláusulas gerais do direito privado.⁴⁰³ O tema será objeto de estudo mais adiante.

Nessa seara, atestam os adeptos desta corrente que os direitos fundamentais constituem normas de valor operantes em toda a ordem jurídica que, atrelados à força normativa da Constituição, devem vincular também as relações no direito privado, não podendo se aceitar que o direito privado forme uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.⁴⁰⁴ Ademais, argumenta-se que a teoria da eficácia indireta não assegura o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, haja vista que nem sempre a proteção deste núcleo pode ser extraída das cláusulas gerais de direito privado. Observe-se, assim, que mesmo numa relação entre partes iguais, a autonomia privada

⁴⁰¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 233-234.

⁴⁰² SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 233-234.

⁴⁰³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*.

⁴⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 379.

está limitada pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais, independentemente de qualquer interferência do legislador.⁴⁰⁵ Segundo posicionamento de Ingo Sarlet, aplicar-se-á diretamente a Constituição quando inexistir lei ordinária concretizadora, cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie, ou, ainda, se o campo de aplicação for mais restrito do que o das normas constitucionais.⁴⁰⁶

Note-se que a semelhança da teoria da eficácia mediata, a teoria da eficácia imediata atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva, com eficácia operante em todo o ordenamento jurídico. Assim como ocorre na teoria da eficácia mediata ou de efeitos indiretos, na teoria da eficácia imediata “a influência das normas de direitos fundamentais no direito privado decorre da sua característica como direito constitucional objetivo e vinculante.”⁴⁰⁷ A diferença seria que nesta última, a aplicação dos direitos fundamentais dar-se-ia de uma forma direta e imediata, não condicionada à mediação do Poder Público. Desta forma, o alcance da eficácia jurídica não dependeria de regulações legislativas nem de interpretações judiciais. Sendo assim, deduzir-se-ia diretamente das normas de Direitos Constitucionais, direitos e obrigações nas relações entre privados.⁴⁰⁸

Dito isto, de acordo com Wilson Steinmetz, há premissas básicas que devem ser consideradas na teoria da eficácia imediata: (i) as normas de direitos fundamentais conferem ao particular tanto uma posição oponível em face do Estado, quanto aos particulares – é o *status socialis* defendido por Nipperdey. (ii) os direitos fundamentais devem ser vistos como direitos subjetivos independentemente de serem públicos ou privados. (iii) Em se tratando de direitos subjetivos constitucionais sua eficácia independe de regulações específicas ou de interpretação das cláusulas gerais do direito privado.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 229.

⁴⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 380.

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 530.

⁴⁰⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p.164-166.

⁴⁰⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 168-169.

Pertinente lembrar, ainda, que a teoria da eficácia imediata ou direta apresenta variações. Assim, dentro de uma concepção forte, os direitos fundamentais, nas relações entre privados, têm uma eficácia plena, imediata e incondicionada. Este é o posicionamento de Nipperdey, segundo o qual os direitos fundamentais, dotados de uma eficácia absoluta, incidem de forma ampla e irrestrita em todas as relações instituídas entre os particulares.⁴¹⁰ Segunda a versão fraca, os direitos fundamentais operariam eficácia na relação entre particulares quando presente uma situação de desigualdade fática. E, conforme a versão intermediária, os direitos fundamentais têm eficácia imediata, porém condicionada; de tal forma que, nas relações entre privados, havendo colisão de direitos fundamentais, ponderam-se os bens através da aplicação do princípio da proporcionalidade.⁴¹¹

Segundo Wilson Steinmetz, a versão forte é insustentável, uma vez que desconsidera a autonomia privada, também constitucionalmente protegida e que, num conflito, não pode ser desconsiderada, bem como não leva em consideração a ponderação dos direitos e interesses que deve existir no caso de colisão dos direitos fundamentais.⁴¹² Ademais, não se pode olvidar que haveria no caso concreto dificuldades técnicas, haja vista estar-se diante de dois titulares de direitos fundamentais.

Ora, se a versão fraca também é vista como ambígua, aparecendo como uma versão autônoma e também como uma extensão da teoria da eficácia mediata, é certa a opção pela versão intermediária, que considera a autonomia privada e trabalha a ponderação dos direitos no caso de colisão entre os direitos fundamentais,⁴¹³ sem desconsiderar a liberdade individual no tráfico jurídico-privado. Ressalte-se que a eficácia imediata dos direitos fundamentais deve ser “ponderada com a autonomia privada individual,

⁴¹⁰ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 88.

⁴¹¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 169.

⁴¹² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 170.

⁴¹³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 170-171.

que também recebe proteção constitucional.”⁴¹⁴ Desta forma, extrai-se que os direitos fundamentais não são direitos públicos subjetivos rígidos – exercidos tão somente em face do Estado e imunes ao exercício da autonomia privada. Requer-se, aqui, a imposição de limites (de uma forma razoável) à autonomia privada.

Wilson Steinmetz arrola várias objeções à teoria da eficácia imediata. São elas: a eficácia imediata não está prevista expressamente na Constituição. Então será que o legislador desejou tal vinculação? As relações entre particulares se regem pelo princípio da autonomia privada e, por isso, não podem ser equiparadas à relação vertical particular-Estado. Ademais, a autonomia privada estaria em risco – conflitos de caráter jurídico-civil se converteriam em conflitos jurídico-constitucionais (a vinculação direta compromete em demasia a autonomia privada).

Com fulcro em Daniel Sarmento, ainda pode-se citar as objeções de que a teoria imediata é antidemocrática, na medida em que confere poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador (é ele quem deve ponderar os direitos e interesses constitucionais em jogo nos litígios privados); gera insegurança jurídica quando sugere que conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, e põe em risco a autonomia e identidade do direito privado, admitindo a sua “colonização” pelo Direito Constitucional.⁴¹⁵

Alexy critica a teoria imediata argumentando que o Direito Civil se tornaria supérfluo, pois, no caso de um efeito direto, o juiz cível poderia decidir os casos diretamente por meio das normas de direitos fundamentais.⁴¹⁶ Por fim, contra a eficácia imediata invoca-se o princípio da segurança jurídica e os princípios democrático e da separação dos poderes.⁴¹⁷

⁴¹⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 222.

⁴¹⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 248.

⁴¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 541.

⁴¹⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 172-173.

Veja-se a objeção de Konrad Hesse à teoria da eficácia direta:

Por conseguinte, os direitos fundamentais, em geral, não podem vincular diretamente os privados. Ter em conta sua influência sobre o direito privado como parte da ordem jurídica total é [...] tarefa do legislador de direito privado – vinculado aos direitos fundamentais – a quem cabe, em suas regulações, concretizar o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais.⁴¹⁸

Canaris também expõe sua crítica à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, na medida em que preceitua que tal teoria conduziria a consequências dogmáticas insustentáveis, uma vez que partes do direito privado, em especial os contratos e a responsabilidade civil, seriam elevadas ao patamar de Direito Constitucional e privadas da sua autonomia. Em razão dessa evidente insustentabilidade, Canaris declara a razão de a presente teoria não ter se imposto.⁴¹⁹

Por fim, insta acentuar o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade ao ponderar que as situações de poder social são diferenciadas, devendo o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias variar conforme os tipos de situações e as circunstâncias que só em concreto podem ser determinadas. Para o jurista, não pode ser tratada da mesma forma a relação de poder existente dentro de uma família (pais e menores) e a relação que liga um empregador a um empregado na empresa. De toda maneira, a vinculação das entidades poderosas aos direitos fundamentais raramente se dará em termos semelhantes à vinculação dos Poderes Públicos. Frise-se que as entidades privadas são também titulares de direitos, liberdades e garantias, circunstância esta que deverá ser levada em conta e implicar em uma ponderação dos direitos ou valores em conflito. José Carlos Vieira de Andrade ainda argumenta que para além dos casos em que a Constituição prevê expressamente a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a aplicação direta, enquanto direito subjetivo, somente deve ocorrer na hipótese de na relação estar

⁴¹⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 285.

⁴¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 53-54.

presentes pessoas coletivas que disponham de poder especial sobre outros indivíduos.⁴²⁰

5.5.3 Teorias da imputação ao Estado

5.5.3.1 Teoria de Schwabe

Na República Federal da Alemanha, em 1949, desenvolveu-se a teoria de Schwabe, preconizada por Jürgen Schwabe, como alternativa à teoria dos direitos à proteção e às teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo seu idealizador, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado que, se não proibiu, então permitiu. A rigor, se o Estado não proíbe as violações dos particulares, aos bens constitucionalmente protegidos, em suas relações jurídicas, então o Estado acolhe as violações a direitos fundamentais ocorridas por indivíduos.⁴²¹

Nessa concepção, o Estado, ao criar e impor um sistema de direito privado, “participa das possíveis violações cometidas por um cidadão a bens de direitos fundamentais de outro cidadão.”⁴²² Desta forma, toda lesão ao particular se deslocaria para o plano entre indivíduo-Estado, plano em que os direitos fundamentais têm eficácia imediata; e as violações, ainda que praticadas por um indivíduo, seriam consideradas como intervenções estatais. Aqui os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos a vincular tão somente o Estado.

Contudo, a referida teoria conduziria à irresponsabilidade privada ante os direitos fundamentais⁴²³, na medida em que se um particular atingisse um direito fundamental

⁴²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 252-253.

⁴²¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional*, p. 280.

⁴²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 530.

⁴²³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 177.

de outrem, ele não seria responsabilizado juridicamente, pois a responsabilidade de qualquer conduta particular violadora de direitos atribuir-se-ia ao Estado.⁴²⁴ Esta teoria ocasionaria, também, uma inflação legislativa, pois dirigir-se-ia ao legislador que deveria criar mandamentos de proibição; caso contrário, toda a responsabilidade por intervenções dos particulares a direitos fundamentais caberia ao Estado (os particulares não cometeriam a lesão se o Estado tivesse intervindo de forma incisiva).⁴²⁵

Outra crítica à teoria de Schwabe é a de que há uma ficção em se atribuir ao Estado a participação e responsabilidade por todos os atos dos particulares a intervir nos direitos fundamentais. Assim, como atribuir ao Estado tal responsabilidade se ele mesmo garante ao particular, nas suas relações negociais, a autonomia privada e o direito geral de liberdade? Em outras palavras, “como compatibilizar a teoria da imputação ao Estado e o princípio da autonomia privada e o direito geral de liberdade”?⁴²⁶ Na verdade, não se pode impor ao Estado, “no âmbito das omissões, o mesmo ônus de fundamentação e de legitimação que no domínio das atuações interventivas.”⁴²⁷ Por fim, parece óbvio que o Estado jamais poderia mensurar todas as relações jurídicas realizadas entre os indivíduos. Neste sentido, assevera Bilbao Ubillos: “A construção é artificiosa (não se pode atribuir ao Estado um tipo de responsabilidade universal por tudo o que se sucede) e não se resolve na prática o problema a fundo.”⁴²⁸ (tradução nossa).

Na esteira dessa argumentação, Canaris⁴²⁹ sustenta ser inaceitável o pensamento da teoria da convergência estatista, mormente a teoria de Schwabe, quando preceitua que toda lesão a um cidadão, por parte de outro, advém de um ato de delegação estatal ao

⁴²⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 241.

⁴²⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 177.

⁴²⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 175-178.

⁴²⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 65.

⁴²⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: analisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional*, p. 288. “La construcción es artificiosa (no se puede atribuir al Estado una suerte de responsabilidade universal por todo lo que sucede) y no se resuelve en la práctica el problema de fondo.”

⁴²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 61-62.

primeiro ou num dever de tolerância deste último e, ainda, que toda a atuação humana esteja subordinada a uma proibição com reserva de autorização. Segundo Canaris, tal pensamento coaduna contrariamente ao princípio da liberdade, razão pela qual tal teoria é rejeitada pela doutrina dominante. Ora, ainda para Canaris, quando o Estado deixa um cidadão atuar sem regulamentação em face do outro, não ocorre no caso uma concessão de uma autorização para ofensa no bem do outro, mas meramente uma omissão de uma intromissão.

5.5.3.2 *State Action Doctrine*

Na tradição norte-americana é desenvolvida a *state action doctrine*. Preconiza tal doutrina, que a Constituição é um limite à ação pública, prescrevendo proibições e obrigações especificamente ao Estado, de forma que os direitos fundamentais apenas poderiam ser acionados judicialmente ante uma ação estatal (*state action*). De forma semelhante à teoria de Schwabe, o Estado é o único ofensor dos direitos fundamentais. Nas relações entre particulares os direitos são protegidos pela lei.⁴³⁰

Assim, os direitos fundamentais consagrados no *Bill of Rights* da Constituição norte-americana impõem limitações apenas para os Poderes Públicos, nas relações entre Estado e indivíduo, não atribuindo ao particular direitos em face de outro particular, com exceção para a 14^a Emenda, que proíbe a escravidão.

A origem da *state action doctrine* pode ser encontrada no julgamento dos *Civil Rights Cases* de 1883, em que se discutia os limites e possibilidades de o legislador federal disciplinar e desenvolver as liberdades públicas enunciadas na Constituição.⁴³¹ O Congresso Nacional norte-americano, em 1875, aprovou o *Civil Rights Act*, prevendo punições civis e penais contra a discriminação racial em locais e serviços acessíveis ao público, com fundamento na 14^a Emenda à Constituição, mediante a qual, após a

⁴³⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 178.

⁴³¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 169-177.

escravidão, obrigava os Estados a respeitar os princípios da igualdade e do devido processo legal.⁴³²

Contudo, a Suprema Corte, na decisão dos *Civil Right Cases*, declarou inconstitucional o *Civil Right Act* de 1875 e, examinando litígios cíveis que envolviam a discriminação de negros em locais públicos, afirmou que a invasão individual a direitos civis não é matéria concernente à emenda, de tal modo que o Congresso só poderia legislar para assegurar a efetivação da emenda em relação aos atos estatais (*state action*), pois as liberdades nela enunciadas não englobariam as relações privadas.⁴³³

Note-se que além do argumento liberal – em que o texto constitucional norte-americano aponta de forma expressa o Estado como destinatário dos direitos civis –, justifica-se a doutrina da *state action* em razão do pacto federativo, pois, nos Estados Unidos compete aos Estados, e não a União, legislar sobre direito privado, de forma que a referida doutrina, preservando a autonomia dos Estados, “impede que cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas”.⁴³⁴

No entanto, a tese da inaplicabilidade dos direitos fundamentais, nas relações entre particulares, começou a ser relativizada pela Suprema Corte, mormente a partir da década de 40 do século passado, quando o particular exercesse atividade de natureza tipicamente estatal, bem como, no caso de existir contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ator privado, ou em outras palavras, na existência de circunstâncias que permitam vincular uma

⁴³² SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*.

⁴³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 169-177.

⁴³⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*.

ação estatal à conduta da pessoa privada, também haverá sujeição às limitações constitucionais.⁴³⁵

Ademais, a Suprema Corte entendia que o Estado não estaria autorizado a estimular o desrespeito aos direitos fundamentais, pelos particulares⁴³⁶, da mesma forma que não poderia conceder subsídios, vantagens ou isenções específicas para atores privados que adotassem condutas incompatíveis com a Constituição.⁴³⁷

Por esse viés, nas duas hipóteses acima descritas, quando se responsabiliza o Estado pelo ato impugnado, determinadas controvérsias surgidas entre particulares e excluídas, em princípio, do âmbito constitucional, passam a ser compreendidas por ele. Segundo Wilson Steinmetz, “o estratagema judicial é simples e inteligente: amplia-se o campo de abrangência da *state action*”⁴³⁸, pois, por um lado, produz-se a eficácia dos direitos fundamentais quando um particular demanda contra outro particular, ao mesmo tempo em que se preserva a tese da vinculação dos direitos fundamentais apenas em face do Estado.

A doutrina da *state action* se operacionaliza na atividade judicial da seguinte maneira:

Um particular demanda judicialmente contra outro particular para fazer valer um direito individual constitucional ou uma pretensão nele fundada. Recebida a demanda, o juiz ou tribunal (i) verifica se a demanda é contra o Estado (funcionário, agência, entidade pública e etc.) ou um particular. Se o demandado não é o Estado, então o juiz ou tribunal (ii) verifica se a ação ou ações do demandado-particular podem ser imputadas, por alguma razão, ao Estado, isto é, se ela(s) pode(m) ser subsumida(s) ao conceito da *state action*.⁴³⁹

⁴³⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 169-177.

⁴³⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 266-267.

⁴³⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*.

⁴³⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 179.

⁴³⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 179.

A rigor, havendo conexão entre a agressão incorrida e as funções públicas típicas, deve a Corte declarar a prevalência dos direitos individuais afetados. Destarte, no entendimento da Suprema Corte, as Cortes devem se ater a três fatores: (1) 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.⁴⁴⁰

Todavia, a partir da década de 70 do século passado, a doutrina tem apontado para a falta de critério da jurisprudência e a Suprema Corte tem apresentado uma tendência mais restritiva da aplicação da *state action*. Observa-se, aqui, que além de não admitir, em princípio, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares, a jurisprudência norte-americana, dentro de uma visão individualista, interpõe obstáculos diante da possibilidade de tutela do legislador ordinário destes direitos no âmbito das relações privadas.⁴⁴¹ É possível também observar que a Suprema Corte, embora tendente a não aplicar os direitos fundamentais diretamente às relações privadas, “maneja a noção de *state action* de forma a efetivar uma ponderação dos interesses constitucionais subjacentes.”⁴⁴²

Na perspectiva de Virgílio Afonso da Silva, a *state action* – ao prescrever não trabalhar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, aceitando tão somente o raciocínio (artificial) da equiparação de uma ação privada a uma ação pública (de Estado), para que particulares possam ser protegidos nas suas relações com outros cidadãos – está utilizando-se de um artifício, uma vez que a negativa de proteção a particulares seria meramente aparente e de cunho casuística.

⁴⁴⁰ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 94.

⁴⁴¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*.

⁴⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 169-177.

Assim, a equiparação apenas ocorre quando há um fim deliberado de coibir uma violação a um direito fundamental causada por uma ação privada.⁴⁴³

Note-se que a grande crítica assinalada pela doutrina aponta na estanque separação entre público e privado e na concepção dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, exercidos apenas em face do Estado.⁴⁴⁴ Ademais, pode-se afirmar que a doutrina da *state action* é frágil, pois, quando preserva a autonomia e a liberdade de uma das partes, favorece os direitos do violador privado, em detrimento dos direitos do particular que sofreu a lesão a um direito fundamental; promovendo a concepção de que a liberdade de violar a Constituição é mais importante que os direitos individuais nela infringidos.

5.5.4 Teoria integradora – o modelo de Alexy

Para o jurista alemão Alexy⁴⁴⁵, a questão sobre *como* as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão refere-se a um problema de construção. Já a questão pertinente a *em que extensão* elas o fazem, diz respeito a um problema substancial, isto é, um problema de colisão. Acerca da construção, Alexy abarca as teorias da eficácia direta ou imediata, da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a teoria de efeitos mediados por direitos em face do Estado.

Nas digressões de Alexy, as três teorias têm extensões diferentes. As teorias da eficácia mediata ou de efeitos indiretos, assim como a da eficácia imediata ou de efeitos diretos são dirigidas ao Judiciário. Já a teoria de Schwabe, ou de efeitos perante terceiros, mediada por direitos em face do Estado, tem como destinatário o legislador e o juiz. Contudo, no Judiciário, para Alexy, as três construções são equivalentes em resultado.

⁴⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 106.

⁴⁴⁴ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 92-95.

⁴⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 528-542.

Vale realçar o pensamento de Alexy:

Nenhuma das três teorias transpõe os direitos fundamentais dirigidos contra o Estado para a relação cidadão/cidadão por meio de uma simples troca de destinatários. Todas elas permitem levar em conta o fato de que, na relação cidadão/cidadão, ambos os lados são titulares de direitos fundamentais. Todas elas aceitam uma modulação da força de seus efeitos. Para todas elas a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de sopesamento. [...] Para as três teorias o sopesamento pode levar a regras relativamente genéricas, de acordo com as quais, em determinados âmbitos do direito privado, determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida.⁴⁴⁶

Ademais, para Alexy,⁴⁴⁷ o efeito dos direitos fundamentais nas normas de Direito Civil precisa ser esclarecido, uma vez que sem uma construção correta não é possível um quadro preciso do efeito dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Alexy propõe um modelo de três níveis, sem uma relação de grau, mas de mútua implicação, como integração das teorias da eficácia mediata (dos deveres do Estado), eficácia imediata (relações jurídicas entre particulares) e imputação de Schwabe (os direitos ante o Estado). Neste último, o particular, no caso de conflito com outro particular, teria o direito a que o juiz levasse em consideração os princípios jusfundamentais (objetivos). Assim, essas teorias não se excluem, sendo necessário um modelo que integre os pontos corretos de cada uma.⁴⁴⁸

Nesse sentido conclui Wilson Steinmetz:

Em suma, conforme o modelo de Alexy, há três níveis. Cada um deles se refere ao aspecto da mesma coisa. Qual deles deve ser eleito em cada caso na respectiva fundamentação jurídica é uma questão de funcionalidade. Porém, nenhum deles pode pretender a primazia sobre os demais. Afinal conduzem a um mesmo resultado: a eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 532.

⁴⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 533.

⁴⁴⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 181-182.

⁴⁴⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 184.

Conforme preconiza Alexy, a teoria dos efeitos indiretos ou da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados situa-se no nível do dever estatal. Aqui o Estado tem o dever de levar as normas de direito fundamental em consideração também na legislação e na jurisprudência cíveis, pois as normas de direitos fundamentais valem como princípios objetivos (ordem objetiva de valores) para todos os ramos do direito.⁴⁵⁰ Nessa linha, os juízes, como órgãos estatais, devem levar em consideração os direitos fundamentais, “como valores objetivos, na interpretação e aplicação das normas de Direito Privado. Trata-se, portanto, de um dever do Estado.”⁴⁵¹

No segundo nível, para Alexy, situam-se os direitos em face do Estado, defendidos na teoria de Schwabe. Segundo esta concepção, um direito só pode ser violado por aquele mediante o qual ele exista. Se um tribunal cível viola um direito fundamental do cidadão através de sua decisão, então os direitos violados são direitos dos cidadãos oponíveis em face do Judiciário, ou seja, contra o Estado. Na concepção de Alexy, no caso *Lüth*, o Tribunal Estadual de Hamburgo, ao proibir *Lüth* de proferir determinadas declarações, violou seu direito à liberdade de opinião. Então, neste caso, a teoria correta a ser aplicada é aquela cuja construção se baseia nos direitos de defesa. Todavia, Alexy aponta para a deficiência dessa construção, pois ela só é aplicável quando se tratar de deveres ou proibições e não nos casos de permissões explícitas ou implícitas direcionadas a outros titulares de direitos fundamentais.⁴⁵²

Já o terceiro nível do modelo de Alexy refere-se aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos privados, ou seja, à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Nessa seara, os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações *inter privatos*, necessários em razão da existência desses princípios, mas que não o seriam na sua ausência (por razões jusfundamentais, na relação cidadão/cidadão há determinados

⁴⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 533.

⁴⁵¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 243.

⁴⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 534-536.

direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências que, sem estas razões, não existiriam); o que configura, para Alexy, um efeito direito dos direitos fundamentais perante terceiros.⁴⁵³

Nessa ordem de ideias, no entendimento de Alexy, “o efeito perante terceiros será, no final das contas, sempre um efeito direto.”⁴⁵⁴ Entretanto, não se deve compreender apenas a existência do nível dos efeitos diretos. Subsistem os três níveis e nenhum deles deve ter primazia sobre os outros. Nenhuma das três construções deve ser vista como a correta. Em cada uma delas acentuam-se corretamente alguns aspectos das complicadas relações jurídicas que caracterizam os casos de efeitos perante terceiros, e o ponto fraco de cada uma das teorias é considerar que seus argumentos constituem a solução completa. Para Alexy, somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e adequada. Logo, decidir qual será utilizado na fundamentação jurídica é uma questão de conveniência.⁴⁵⁵

De toda sorte, na visão de Bilbao Ubillos, nenhuma construção é plenamente convincente e está isenta de problemas. Em todas elas podem ser encontrados pontos vulneráveis. Uma eficácia pode ser direta, mas sempre matizada e condicionada, com um alcance que deverá ser modulado em cada caso, atendido o peso relativo dos direitos e dos interesses em colisão.⁴⁵⁶

Em suma, para Alexy, a forma pela qual se fixam as restrições às competências de direito privado é uma questão substancial, ou melhor, uma questão de sopesamento. Abrindo-se à ponderação, torna evidente que a teoria da eficácia imediata não pretende tornar absoluta a incidência dos direitos fundamentais na esfera cível.⁴⁵⁷ Segundo o

⁴⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 539.

⁴⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 540.

⁴⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 540.

⁴⁵⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿ Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 279.

⁴⁵⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 243.

jurista alemão, os princípios de direitos fundamentais não importam em uma única solução para cada caso concreto. “Há inúmeros casos no âmbito do Direito Civil para os quais há mais de uma solução compatível com os direitos fundamentais. Nesses casos as normas de Direito Civil têm uma importância basilar.”⁴⁵⁸

Faz-se oportuno lembrar o igual posicionamento de Daniel Sarmento⁴⁵⁹ e de Wilson Steinmetz⁴⁶⁰, segundo o qual, no caso concreto, é delicada a solução de que tudo se resolve por meio de sopesamentos. Neste caso, deve-se aumentar a possibilidade de controle do procedimento e evitar o excesso de subjetividade dos juízes na solução dos casos concretos.⁴⁶¹ Sob esse *prima*, o juiz cível está *prima facie* vinculado ao Direito Civil vigente (às leis, precedentes e à dogmática comumente aceita). Se o juiz quiser se afastar disso, em razão de princípios de direitos fundamentais, ele deve assumir o ônus argumentativo.⁴⁶²

Por derradeiro, assevera Ingo Sarlet que a hipótese de um conflito entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõe uma análise tópico-sistemática, calcada nas especificidades do caso concreto e norteadas pela ponderação dos valores em discussão, buscando-se, na medida do possível, o não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais.⁴⁶³

⁴⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 541.

⁴⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*.

⁴⁶⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*.

⁴⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares*. p. 173-180.

⁴⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 541.

⁴⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 383.

6 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

6.1 A CRFB/88 e prática jurisprudencial no STF

A Constituição do Brasil de 1988, sem sombras de dúvida, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade, com o seu amplo elenco de direitos sociais e econômicos, o que projeta reflexos sobre a presente temática.

No entendimento de Daniel Sarmento, não há dúvidas de que a Carta de 1988 é intervencionista e social, como revelado pelo seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º, 7º, 170, 196, 205, entre outros, da CRFB/88). “Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, construir uma sociedade livre, justa e igualitária (art. 3º, I, da CRFB/88).”⁴⁶⁴ Ademais, a Constituição do Brasil não se ilude com a visão liberal-burguesa de que o Estado é o único adversário dos direitos humanos. Daniel Sarmento ainda pondera que a Constituição consagra um modelo de Estado Social, dirigido à promoção da igualdade, não se valendo dos mesmos pressupostos teóricos que embasaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil.⁴⁶⁵

Sob esse *prima*, a Constituição brasileira é incompatível com o modelo radical adotado nos EUA, que exclui a aplicação dos direitos fundamentais na relação *inter privatos*. Por outro lado, também se mostra inconciliável com a teoria da eficácia mediata, predominante na Alemanha, que subordina a incidência dos direitos fundamentais à vontade do legislador ordinário ou aos vetores interpretativos das cláusulas gerais do direito privado. Saliente-se que o cenário da Alemanha é deveras diferenciado do cenário brasileiro. A Lei Fundamental de Bonn foi erigida em 1949, quando a maior

⁴⁶⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 158.

⁴⁶⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 158-159.

preocupação do constituinte era com o arbítrio estatal. Destarte, a Lei Fundamental alemã vincula diretamente os Poderes Públicos e se silencia quanto aos particulares, não consagrando direitos fundamentais direcionados aos atores privados.⁴⁶⁶ Ademais, não há no texto constitucional brasileiro a ideia de vinculação aos direitos fundamentais meramente pelo Poder Público. É evidente que há direitos fundamentais dirigidos tão somente ao Estado. Lado outro, a maioria das liberdades fundamentais estatuídas no art. 5º da CRFB/88 induz ao pensamento de uma vinculação passiva universal. Sarmiento ainda lembra um dado importante: a sociedade brasileira é muito mais injusta e desigual que a sociedade alemã ou de qualquer outro país de primeiro mundo.⁴⁶⁷

Nessa perspectiva, a jurisprudência no Brasil tem se orientado no sentido de admitir a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, independentemente da atuação do legislador ordinário ou do recurso à interpretação das cláusulas gerais do direito privado. “Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça.”⁴⁶⁸

Carlos Roberto Siqueira Castro acredita que, no Brasil, o debate acerca das normas protetoras dos direitos fundamentais às relações privadas tem sido pouco estudado em função do conservadorismo e das “intermitentes crises político-institucionais que por certo prejudicaram a formação de um robusto sentimento constitucional no seio de nosso povo.”⁴⁶⁹

Na doutrina brasileira, poucos foram os autores que se dedicaram ao tema. Pode-se arrolar que Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Roberto Siqueira Castro e Gustavo Tepedino

⁴⁶⁶ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 159.

⁴⁶⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 245-247.

⁴⁶⁸ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 248.

⁴⁶⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 253.

manifestaram-se em prol da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por sua vez, Gilmar Ferreira Mendes simpatizou-se pela tese da eficácia indireta e mediata. Há também aqueles que abordaram o tema, mas se quedaram silentes pela opção a uma das teorias: Paulo Gustavo Gonet Branco, Marcos Augusto Maliska e André Ramos Tavares.⁴⁷⁰

Daniel Sarmento esclarece que antes da Constituição de 1988, o STF não tinha uma posição clara acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, todavia era possível deduzir de seus julgados o alinhamento à premissa tradicional de limitação dos direitos à esfera das relações públicas. Após o advento da Constituição de 1988, mormente no ano de 1995, ressurgiu a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na relação jurídica privada.⁴⁷¹

Nos termos da jurisprudência colacionada, existem algumas decisões, mormente do STF, que merecem destaque.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 160222/RJ, no ano de 1995, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, discutiu-se a conduta da empresa De Millus S.A., fabricante de roupas íntimas, que submetia as suas empregadas à prática de revista íntima, com o intuito de impedir o furto de suas mercadorias. O gerente da empresa, denunciado e condenado em primeira instância pelo crime de constrangimento ilegal, foi posteriormente absolvido pelo Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro em razão da prescrição. O STF acabou não analisando a causa a fundo, no entanto, infere-se da manifestação do relator sua posição contrária ao acórdão recorrido:

Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso

⁴⁷⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 257-260.

⁴⁷¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 147-149.

suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante.⁴⁷²

Segue a ementa do acórdão do RE n. 160222/RJ julgado em 1995 pelo STF:

E M E N T A – I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha –, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao termino do prazo do Ministério Público, (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então.

No RE n. 158215/RS, de 1996, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, discutiu-se o fato de uma cooperativa ter excluído seus associados, sem oportunidade do exercício do direito de defesa, como forma de punição. No caso, não se tratou especificamente sobre a aplicabilidade das garantias constitucionais às relações privadas, contudo, acolheu-se a pretensão dos excluídos por força da aplicação direta do direito fundamental à ampla defesa, ao caso.

A ementa do RE n. 158215/RS julgado pelo STF em 1996 prescreve:

DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e

⁴⁷² Voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence, no RE n. 160222/RJ.

do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

O STF, no RE n. 161243/DF, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, também no ano de 1996, apreciou outro caso de incidência dos direitos fundamentais diretamente nas relações privadas. Cuidava-se de um trabalhador brasileiro, empregado da empresa francesa *Air France*, que pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto da empresa, que, até então, só beneficiava os empregados franceses. O STF acolheu o pedido, aplicando diretamente o preceito isonômico ao caso.

Veja-se a ementa do RE n. 161243/DF julgado no ano de 1996 pelo STF:

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

No ano de 1999, através do Agravo de Instrumento n. 220959/SP, a questão da validade da revista íntima das empregadas da empresa De Millus S.A. voltou a ser apreciada pelo STF. No acórdão, lavrado pelo Ministro Moreira Alves, entendeu-se que a revista íntima, previamente divulgada e aceita pelos empregados, não ofendia a dignidade da pessoa humana, nem outros direitos fundamentais, desde que processada

segundo padrões éticos, preservando-se a essência dos valores morais do ser humano. Apesar de a Corte ter entendido não haver ofensa aos direitos fundamentais, a argumentação partiu da premissa de que os referidos direitos vinculam a entidade privada, independentemente de qualquer mediação legislativa.⁴⁷³

Já no ano de 2000, O STF, no RE n. 251445/GO, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, decidiu que a proibição constitucional da prova ilícita – art. 5º, LVI, da CRFB/88⁴⁷⁴ – alcança, no processo penal, as provas resultantes de ato ilícito perpetrado por particular, em que o Estado não tenha participação.

Segue parte da decisão do julgado no RE n. 251445/GO proferido pelo STF em 2000:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). – A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. – A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.

No ano de 2003, chegou ao STF um requerimento de suspensão dos efeitos de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, liminarmente, impediu dois jornais fluminenses de divulgar o conteúdo de uma gravação clandestina envolvendo o Governador do Rio de Janeiro e pré-candidato à Presidência da República, Anthony Garotinho, por suposto envolvimento em caso de corrupção. Em acórdão relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte registrou que a hipótese não era propriamente de colisão entre a liberdade de imprensa e direitos de personalidade de Anthony

⁴⁷³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 150-151.

⁴⁷⁴ “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

Garotinho (que tenderia a ser resolvido em favor da primeira em razão do interesse público no conhecimento das mensagens em discussão), mas de garantia do sigilo das comunicações, sujeito a regime diferenciado. Pode-se inferir, do julgamento, que o STF considerou os particulares diretamente vinculados ao direito fundamental que protege a inviolabilidade do sigilo das comunicações.⁴⁷⁵

Também merece ser citado o julgamento proferido no *Habeas Corpus* n. 82424/RS, em 2003, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, em que se discutiu a questão da condenação, por crime de racismo, de um editor gaúcho especializado na publicação de obras de conteúdo antissemita. Primeiramente a Corte analisou a questão do racismo e entendeu pelo enquadramento, com fulcro na ideia de que o conceito de raça é cultural, de modo a abarcar os atos discriminatórios antissemitas. Em seguida o STF também examinou a questão do *hate speech*, isto é, os limites da liberdade de expressão diante de manifestações de ódio e preconceito. A Corte ponderou entre a dignidade humana e o direito à igualdade de um lado e à liberdade de expressão, do outro. De fato, a questão não analisou diretamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Contudo, da argumentação dos ministros, infere-se que a conduta do paciente violava direitos fundamentais do povo judeu, tornando implícito o reconhecimento da vinculação dos entes privados a estes direitos.⁴⁷⁶

Abaixo a ementa do acórdão do HC n. 82424/RS julgado no ano de 2003 pelo STF:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da

⁴⁷⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 151-152.

⁴⁷⁶ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 152-153.

prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um

segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

Ao ensejo, merece destaque o julgamento do RE n. 201819/RJ, proferido pelo STF no ano de 2005, em que a Corte analisou, explicitamente, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Destaque-se, que até o momento, as decisões do STF eram tão somente presumidas, uma vez que a Corte ainda não havia se dedicado a qualquer análise teórica sobre o tema.

O caso do RE n. 201819/RJ tratava da exclusão de um associado, na União Brasileira de Compositores, em virtude de punição, sem lhe assegurar a prévia oportunidade de defesa. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro invalidou a exclusão em razão de ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa. Contra essa decisão foi interposto recurso extraordinário.

A relatora originária do referido RE, Ministra Ellen Gracie, manifestou-se em favor do provimento do recurso, por entender descabida a invocação do princípio da ampla

defesa no caso, uma vez que, a exclusão de sócio de entidade privada resolve-se pelas regras do estatuto social e da legislação cível em vigor.

Após o voto da Ministra-Relatora, conhecendo e dando provimento ao RE, o julgamento foi suspenso, em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes que, logo após, apresentou extenso e erudito voto, expondo as principais teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, com invocação de doutrina e jurisprudência estrangeiras. Em seu voto, o Ministro entendeu pela aplicabilidade direta do direito à ampla defesa na hipótese. O voto do Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pelo Ministro Joaquim Barbosa que também entendeu pela incidência direta do direito à ampla defesa ao caso. Já o Ministro Carlos Velloso alinhou-se à posição da Ministra Ellen Gracie, sob o argumento de que seria impossível discutir em sede de RE, suposta violação ao devido processo legal. O Ministro Celso Mello desempatou o julgamento, acompanhando os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, endossando de forma explícita a tese da eficácia horizontal direta no sistema constitucional brasileiro.

Segue a ementa do acórdão do RE n. 201819/RJ proferido pelo STF em 2005:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. **II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.** A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. **O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com**

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

A controvérsia sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi reanalisada pela Suprema Corte, no julgamento do RE n. 449657/SP, também no ano de 2005, tendo como relator o Ministro Carlos Velloso. Na ocasião, assentou-se pela impenhorabilidade do bem de família em virtude do direito fundamental à moradia, inserido no texto constitucional a partir da Emenda Constitucional n. 26/2000. Frise-se, contudo, que o acórdão não se ateve ao exame da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Veja-se a ementa da decisão no RE n. 449657/SP proferido no ano de 2005 pelo STF:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora 'por obrigação

decorrente de fiança concedida em contrato de locação': sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. – Vistos. O acórdão recorrido, em embargos à execução, proferido pela Oitava Câmara do Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, entendeu ser penhorável, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação dada pelo art. 82 da Lei 8.245/91, o bem de família do fiador de contrato de locação. Daí o RE, interposto por ANTONIO ELPÍDIO MOREIRA E OUTROS, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, dado que o art. 6º da Constituição Federal, que se configura como auto-aplicável, assegura o direito à moradia, o que elidiria a aplicação do disposto no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação da Lei 8.245/91. Admitido o recurso, subiram os autos. Autos conclusos em 20.4.2005. Decido. Ao julgar o RE 352.940/SP, em 26.4.2005, escrevi: 'EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação': sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (...) A Lei 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.' É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: 'Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.' Em trabalho doutrinário que escrevi – 'Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil', texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003 – registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração – direito social – que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, – inciso VII do art. 3º – feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o

citado dispositivo – inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família – Lei 8.009/90, art. 1º – encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CE, art. 6º, redação da EC 26/2000. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência.' Reportando-me à decisão acima transcrita, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência. Publique-se. Brasília, 27 de abril de 2005. Ministro CARLOS VELLOSO – Relator .

Importa ressaltar, que no ano de 2006, sob a análise do RE n. 407688/SP, relatado pelo Ministro Cezar Peluzo, o STF reviu a posição originária emitida por ocasião do RE n. 449657/SP e assentou, por maioria, a constitucionalidade da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação. As divergências no julgamento não gravitaram em torno da possibilidade ou da forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, razão pela qual não se atentará aqui ao exame do acórdão.

Já no ano de 2007, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, no acórdão proferido no processo de extradição n. 986/BO, o STF, através de sua ementa, consagrou a vinculação direta dos órgãos estatais aos direitos fundamentais, invocando o disposto no § 1º, do art. 5º, da CRFB/88. Todavia, nos votos do relator e dos Ministros da Corte não houve alusão, nem discussão acerca do significado do preceito.⁴⁷⁷

Note-se a ementa do acórdão proferido pelo STF, no ano de 2010, no processo de extradição n. 986/BO:

EMENTA: EXTRADIÇÃO E NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO ESTADO DE DIREITO E DO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS. CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ARTS. 5º, § 1º E 60, § 4º. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO DELITUOSA E CONFABULAÇÃO. TIPIFICAÇÕES CORRESPONDENTES NO DIREITO BRASILEIRO.

⁴⁷⁷ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 114.

NEGATIVA DE AUTORIA. COMPETÊNCIA DO PAÍS REQUERENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA PARA O JULGAMENTO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO DELITUOSA. IMPROCEDÊNCIA: DELITO PRATICADO NO PAÍS REQUERENTE. FALTA DE AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS. IRRELEVÂNCIA: DOCUMENTOS ENCAMINHADOS POR VIA DIPLOMÁTICA. PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEVIDAMENTE INSTRUÍDO. Obrigação do Supremo Tribunal Federal de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. 2. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele País. **3. Necessidade de se assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. 4. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o estado a guardar-lhes estrita observância. 5. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da constituição (art. 60, § 4º).** 6. Direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno estado democrático de direito. 7. A proteção judicial efetiva permite distinguir o estado de direito do estado policial e a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. 8. Necessidade de que seja assegurada, nos pleitos extradicionais, a aplicação do princípio do devido processo legal, que exige o *fair trial* não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual, mas de todo o aparato jurisdicional. 8. Tema do juiz natural assume relevo inegável no contexto da extradição, uma vez que o pleito somente poderá ser deferido se o estado requerente dispuser de condições para assegurar julgamento com base nos princípios básicos do estado de direito, garantindo que o extraditando não será submetido a qualquer jurisdição excepcional. 9. Precedentes (Ext. No 232/Cuba-segunda, relator min. Victor Nunes Leal, DJ 14.12.1962; Ext. 347/Itália, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 9.6.1978; Ext. 524/Paraguai, rel. Min. Celso de Mello, DJ 8.3.1991; Ext. 633/República Popular da China, rel. Min. Celso de Mello, DJ 6.4.2001; Ext. 811/Peru, rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.2.2003; Ext. 897/República Tcheca, rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.09.2004; Ext. 953/Alemanha, rel. Min. Celso de Mello, DJ 11.11.2005; Ext. 977/Portugal, rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.11.2005; Ext. 1008/Colômbia, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 11.05.2006; Ext. 1067/Alemanha, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.06.2007). 10. Em juízo tópico, o Plenário entendeu que os requisitos do devido processo legal estavam presentes, tendo em vista a notícia superveniente de nomeação de novos ministros para a Corte Suprema de Justiça da Bolívia e que deveriam ser reconhecidos os esforços de consolidação do estado democrático de direito naquele país. Tráfico de entorpecentes e associação delituosa e confabulação. Crimes tipificados nos artigos 48 e 53 da Lei n. 1.008, do Regime de Coca e Substâncias Controladas. Correspondência com os delitos tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei brasileira n. 11.343/2006. Negativa de autoria. Matéria insuscetível de exame no processo de extradição, sob pena de indevida incursão em matéria da competência do País requerente. Competência da Justiça brasileira para o julgamento do crime de associação. Improcedência, face à circunstância de o crime ter sido praticado no País requerente. Falta de autenticação de documentos que instruem o pedido de extradição. A apresentação do pedido por via diplomática constitui prova suficiente da autenticidade. Pedido de extradição devidamente instruído com: (i) a ordem de prisão emanada do País requerente, (ii) a exposição dos

fatos delituosos, (iii) a data e o lugar em que praticados (iv) a comprovação da identidade do extraditando e (v) os textos legais relativos aos crimes e aos prazos prescricionais. Extradicação deferida. (grifos nossos)

Também no ano de 2007, no julgamento do Mandado de Injunção n. 712/PA, em que se discutia sobre o direito de greve dos servidores públicos, de relatoria do Ministro Eros Grau, o Ministro Carlos Brito, na abertura de seu voto, fez expressa referência ao § 1º, do art. 5º, da CRFB/88. O referido Ministro fundamentou o seu voto no princípio da máxima eficácia das normas de direitos e liberdades constitucionais, aduzindo, ainda, que ou a Constituição é plenamente eficaz ou, na ausência de norma regulamentadora, faz-se uso de Mandado de Injunção. “Aqui o Ministro Carlos Brito limitou-se a apontar o significado mais imediato e óbvio do preceito.”⁴⁷⁸

Abaixo a ementa do acórdão no Mandado de Injunção n. 712/PA julgado em 2008 pelo STF:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo

⁴⁷⁸ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 114.

menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve – artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. **6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental.** 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital – indivíduo ou empresa – que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar – o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] – é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder

Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (grifos nossos).

Outro relevante caso chegado à Corte foi decidido na Medida Cautelar em Ação Cautelar n. 2695-MC/RS, no ano de 2010, cujo relator foi o Ministro Celso de Melo, em que o STF analisou, expressamente, e aplicou imediatamente os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados. Discutiu-se, na ocasião, o exercício constitucional do direito de resposta, independentemente de regulação legislativa, com a consequente necessária submissão das relações privadas ao estatuto jurídico dos direitos e garantias constitucionais.

Segue a ementa do acórdão proferido na Ação Cautelar n. 2695-MC/RS, no ano de 2010, pelo STF:

Ementa: **Lei de Imprensa (lei nº 5.250/67). Formulação**, pelo Supremo Tribunal Federal, de juízo **negativo** de recepção desse diploma legislativo **pela vigente** Constituição da República (ADPF 130/df). **Autonomia constitucional do direito de resposta (cf, art. 5º, v). Consequente possibilidade de seu exercício, independentemente de regulação legislativa.** **Essencialidade dessa prerrogativa fundamental, especialmente se analisada na perspectiva de uma sociedade que valoriza o conceito de “livre mercado de idéias”.o sentido da existência do “mercado de idéias”: uma metáfora da liberdade? O debate em torno da questão do oligopólio dos meios de comunicação social e a proposta de revisão conceitual da antiga noção do “free marketplace of ideas”: de Oliver Wendell Holmes, Jr. a Jerome A. Barron. Uma nova visão do direito de resposta (sua identificação como direito impregnado de transindividualidade): meio de realização, em casos de indeterminação subjetiva dos interessados (mesmo das pessoas não diretamente afetadas pela publicação), do direito à informação correta, precisa e exata. Prerrogativa fundamental que traduz, em contexto metaindividual, verdadeira garantia institucional do contraditório público. A questão do direito difuso à informação honesta, leal e verdadeira: a posição de I. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, de Gustavo Binbenbujm e de Fábio Konder Comparato. “a plurifuncionalidade do direito de resposta” (Vital Moreira, “o direito de resposta na comunicação social”) ou as diversas abordagens possíveis quanto à definição da natureza jurídica dessa prerrogativa fundamental: (a) *garantia de defesa dos direitos de personalidade*, (b) *direito individual de expressão e de opinião*, (c)**

instrumento de pluralismo informativo e de acesso de seu titular aos órgãos de comunicação social, inconfundível, no entanto, com o direito de antena, (d) garantia do “dever de verdade” e (e) forma de sanção ou de indenização em espécie. A função instrumental do direito de resposta (direito-garantia?): (1) neutralização de excessos decorrentes da prática abusiva da liberdade de comunicação jornalística, (2) proteção da autodeterminação das pessoas em geral e (3) preservação/restauração da verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social. O direito de resposta/retificação como tópico sensível e delicado da agenda do sistema interamericano: a convenção americana de direitos humanos (artigo 14) e a opinião consultiva nº 7/86 da Corte Interamericana de direitos humanos. A oponibilidade do direito de resposta a particulares: a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Necessária submissão das relações privadas ao estatuto jurídico dos direitos e garantias constitucionais. Doutrina. Precedentes do STF. Liberdade de informação e direitos da personalidade: espaço de potencial conflituosidade. Tensão dialética entre pólos constitucionais contrastantes. Superação desse antagonismo mediante ponderação concreta dos valores em colisão. Responsabilização (sempre) “a posteriori” pelos abusos cometidos no exercício da liberdade de informação. Liberdade de expressão e direito à integridade moral (honra, intimidade, privacidade e imagem). Incidência do art. 220, § 1º, da constituição da república. Cláusula que consagra hipótese de “reserva legal qualificada”. O papel do direito de resposta em um contexto de liberdades em conflito. Pretendida suspensão cautelar da eficácia do acórdão que condenou o requerente a executar obrigação de fazer consistente na publicação de sentença, sob pena de multa diária (“astreinte”). A função da multa cominatória como instrumento de coerção processual no cumprimento de obrigação de fazer (cpc, art. 461, § 4º). Ausência de plausibilidade jurídica da postulação cautelar em exame. “ação cautelar incidental” a que se nega seguimento.

Veja-se parte do voto do relator, o Ministro Celso de Melo, tratando expressamente acerca da problemática da vinculação dos particulares aos direitos e garantias fundamentais na mencionada Ação Cautelar n. 2695-MC/RS, no ano de 2010:

O direito de resposta, *como se sabe*, foi elevado à dignidade constitucional, no sistema normativo brasileiro, a partir da Constituição de 1934, não obstante a liberdade de imprensa já constasse da Carta Política do Império do Brasil de 1824.

O art. 5º, inciso V, da Constituição brasileira, ao prever o direito de resposta, qualifica-se como regra impregnada de suficiente densidade normativa, revestida, por isso mesmo, de aplicabilidade imediata, a tornar desnecessária, para efeito de sua pronta incidência, a “interpositio legislatoris”, o que dispensa, por tal razão, ainda que não se lhe vede, a intervenção concretizadora do legislador comum.

Isso significa que a ausência de regulação legislativa, motivada por transitória situação de vácuo normativo, não se revela obstáculo ao exercício da prerrogativa fundada em referido preceito constitucional, que possui

densidade normativa suficiente para atribuir, *a quem se sentir prejudicado* por publicação inverídica ou incorreta, direito, pretensão e ação cuja titularidade bastará para viabilizar, em cada situação ocorrente, a prática concreta da resposta e/ou da retificação.

É interessante assinalar, por oportuno, que o direito de resposta somente constituiu objeto de regulação legislativa, no Brasil, com o advento da *Lei Adolpho Gordo* (Decreto nº 4.743, de 31/10/1923, arts. 16 a 19), eis que – consoante observa SOLIDONIO LEITE FILHO (“Comentários à Lei de Imprensa”, p. 188, item n. 268, 1925, J. Leite Editores) – “*Não havia na legislação anterior à lei de imprensa nenhum dispositivo regulando o direito de resposta*”.

O que me parece relevante acentuar, neste ponto, é que a ausência de qualquer disciplina ritual regedora do exercício concreto do direito de resposta não impede que o Poder Judiciário, quando formalmente provocado, profira decisões em amparo e proteção àquele atingido por publicações inverídicas ou inexatas.

É que esse direito de resposta/retificação não depende, para ser exercido, da existência de lei, ainda que a edição de diploma legislativo sobre esse tema específico possa revelar-se útil e, *até mesmo*, conveniente.

Vale insistir na asserção de que o direito de resposta/retificação tem por base normativa a própria Constituição da República, cujo art. 5º, inciso V, estabelece os parâmetros necessários à invocação dessa prerrogativa de ordem jurídica, tal como o decidiu, na espécie, o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao enfatizar “*que o direito de resposta possui status constitucional*”, razão pela qual, *presente o contexto em exame*, mostrava-se desnecessária a “*interpositio legislatoris*”.

Correto esse julgamento, pois *sempre caberá* ao Poder Judiciário, observados os parâmetros em questão, garantir, à pessoa lesada (ainda que se cuide do próprio jornalista), o exercício do direito de resposta.

A ausência, *momentânea* ou *não*, de regramento legislativo não autoriza nem exonera o Juiz, **sob pena de transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, do dever de julgar o pedido de resposta, quando formulado por quem se sentir ofendido ou, então, prejudicado por publicação ofensiva ou inverídica.**

[...]

Se é certo que o ordenamento constitucional brasileiro ampara a liberdade de expressão, protegendo-a contra *indevidas* interferências do Estado ou contra injustas agressões emanadas de particulares, não é menos exato que essa modalidade de direito fundamental – **que vincula não só o Poder Público como, também, os próprios particulares** – encontra, **no direito de resposta** (e na relevante função instrumental que ele desempenha), um poderoso fator de neutralização de excessos lesivos decorrentes da liberdade de comunicação, além de representar um significativo poder jurídico deferido a qualquer interessado “*para se defender de qualquer notícia ou opinião inverídica, ofensiva ou prejudicial (...)*” (SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG, “Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio”, p. 86, item n. 3.2, 2009, RT).

Cabe lembrar, neste ponto, que a oponibilidade do direito de resposta a particulares sugere reflexão em torno da inteira submissão das relações privadas aos direitos fundamentais, o que permite estender, com força vinculante, ao plano das relações de direito privado, a cláusula de

proteção das liberdades e garantias constitucionais, pondo em destaque o tema da *eficácia horizontal* dos direitos básicos e essenciais assegurados pela Constituição da República, tal como tem acentuado o magistério da doutrina.

É certo que a Corte tem aplicado diretamente os direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, sobretudo pela análise da jurisprudência acima coletada. No entanto, verifica-se na jurisprudência do STF que, em raríssimas vezes, foi invocado expressamente o disposto no § 1º, do art. 5º, da CRFB/88 para fundamentar a aplicação imediata de direito ou garantia fundamental.⁴⁷⁹ Mostra-se necessária a manifestação explícita do STF acerca da teoria adotada, como forma de pacificação da jurisprudência e a fim de se evitar a insegurança jurídica. Cumpre consignar o entendimento de Daniel Sarmento sobre o tema:

A jurisprudência brasileira encantou-se, nos últimos tempos, com a possibilidade de invocação de princípios constitucionais abertos na resolução direta de casos concretos. O fenômeno é positivo, e deve ser louvado, mas, sem a fixação mínima de parâmetros, as boas intenções podem converter-se num voluntarismo judicial perigoso. No que concerne à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal pode contribuir para a solução deste problema, definindo, de forma coerente e fundamentada, parâmetros para a aplicação de tais direitos às relações privadas, nas hipóteses em que não exista lei concretizando a Constituição, ou que esta se revele inconstitucional. Dessa forma, sem comprometer as promessas emancipatórias da Carta de 88, promove-se a segurança jurídica e limita-se o arbítrio judicial.⁴⁸⁰

Na linha do pensamento de Wilson Steinmetz, o STF não tem considerado necessário ou indispensável a invocação expressa do disposto no § 1º, do art. 5º, da CRFB/88, para fundamentar a aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais, sendo que, nos poucos casos em que recorreu ao dispositivo, não lhe atribuiu a complexidade ou dificuldade interpretativa arrolada pela doutrina, não sistematizando, então, uma

⁴⁷⁹ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 113.

⁴⁸⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 165.

teoria delineada sobre o significado e alcance do mencionado preceito constitucional.⁴⁸¹

Ao ensejo, expõe Steinmetz:

Portanto, o STF tem reconhecido um dever de aplicação imediata por força de cada dispositivo enunciativo de direito ou garantia fundamental. Dizendo em outras palavras, à luz da jurisprudência do STF, a força normativa plena de cada direito ou garantia fundamental decorre da própria institucionalização constitucional do direito ou garantia em questão, ou seja, de sua positividade constitucional, de seu caráter de norma jurídica e, em especial, de norma jurídico-constitucional. Essa é uma boa hipótese explicativa para o fato de o STF, decorridas duas décadas de vigência da Constituição, fazer raras alusões ao § 1º do art. 5º e não ter sobre ele uma teoria interpretativa explicitamente delineada ou sistematizada, mas conferir às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – não apenas os direitos e garantias do art. 5º, mas também aos demais direitos e garantias do Título II – aplicação imediata.⁴⁸²

⁴⁸¹ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 115.

⁴⁸² STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, p. 116.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição política de um povo é o lugar onde os direitos dos componentes de uma sociedade são reconhecidos⁴⁸³. Ao se declarar tais direitos eles são universalizados e a interpretação das normas propicia a realização dos direitos nela reconhecidos. A declaração dos direitos fundamentais é a parte central de uma Constituição democrática, pois é através da efetivação dos direitos subjetivos fundamentais que o Direito realiza a liberdade e outros valores por ele reconhecidos.

As Constituições modernas têm o objetivo de estabelecer e efetivar certos parâmetros de justiça. Assim, surgem os direitos fundamentais como o instrumento de implementação dos valores constitucionais.⁴⁸⁴ A unidade orgânico-social da Constituição deve propiciar o entrelaçamento das suas normas com o espaço público e privado. Ressalte-se que é o contágio benéfico das relações sociais, econômicas e culturais privadas, pelos valores humanitários dos direitos fundamentais, que enriquece a coexistência e o convívio entre todos os estamentos da sociedade.⁴⁸⁵

Nessa quadra, assume relevo a superação de uma perspectiva estritamente liberal. E os direitos fundamentais, antes tão somente direitos subjetivos públicos que visavam defender o indivíduo perante o Estado, ganham uma nova concepção com a missão de proteger também a pessoa contra poderes existentes no âmbito da sociedade.⁴⁸⁶

Nessa ordem de ideias, expõe José Carlos Vieira de Andrade⁴⁸⁷ que a regra formal da liberdade não garante suficientemente a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das

⁴⁸³ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*, p. 255-256.

⁴⁸⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*.

⁴⁸⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 254.

⁴⁸⁶ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 150.

⁴⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 243.

nações, tendo servido, às vezes, para aumentar a agressividade, acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas. A paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade não se realizam espontaneamente numa sociedade economicamente desenvolvida, complexa, dividida, dissimétrica e conflitual. É fundamental que o Estado regule os mecanismos econômicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias a fim de que a sociedade alcance o progresso, a justiça e o bem-estar social.

Então, vivendo-se em um país repleto de desigualdades, cuja opressão não advém só do Estado, mas também de particulares, o reconhecimento da vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais constitui-se um verdadeiro instrumento para a justiça, nas relações assimétricas travadas pela sociedade.

A discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares permite concluir que as restrições de direitos desenvolvidas em nível constitucional e em nível de Direito Civil, não podem ser muito diferentes dentro da mesma ordem jurídica. Destaque-se, todavia, que no que diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, em razão da dupla titularidade dos direitos fundamentais, as normas assumem uma intensidade de efeitos na relação cidadão/cidadão diversa da relação cidadão/Estado.⁴⁸⁸ Se nos dois polos da relação se encontram pessoas titulares de direitos fundamentais, pode-se falar em uma colisão de direitos, insusceptível de se verificar nas relações entre cidadão e Estado.⁴⁸⁹ É evidente que a eficácia dos direitos fundamentais *inter privatos* encontra naturalmente limites – limites específicos derivados dos princípios estruturais e do próprio direito privado.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 538-539.

⁴⁸⁹ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 152.

⁴⁹⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 207.

Conforme aduz Daniel Sarmiento⁴⁹¹, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais revela-se como um instrumento valioso na edificação de um Direito que se pretenda ser justo e emancipador.

Importa consignar que, na verdade, os direitos fundamentais influenciam as prescrições jurídico-privadas, mormente quando se está diante de uma proteção da liberdade pessoal contra o exercício do poder econômico ou social. Se a liberdade mínima está em perigo, com possibilidades de afronta à dignidade da pessoa humana, e o legislador não traz a efeito os direitos fundamentais ou até faltam regulações legais, então cabe aos tribunais a garantia desses direitos, no exercício do seu dever de proteção estatal.⁴⁹²

Certo é que os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado.⁴⁹³ Se por um lado a teoria da convergência estatista se mostra inaceitável, por conduzir-se contrária ao princípio da liberdade, levando, inclusive, a uma irresponsabilidade dos particulares (o Estado não pode ser responsável por toda atuação do cidadão, nem tampouco pode regulamentar todas as ações do particular), por outro lado a aplicação dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada não pode ficar condicionada à mediação do legislador a fim de que ele estabeleça os suportes fáticos de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; e à atuação do juiz, num segundo plano, de forma a interpretar o conteúdo das cláusulas gerais e preencher os conceitos indeterminados à luz dos direitos fundamentais. Observe-se que a “irradiação” dos direitos fundamentais no direito privado, por meio das cláusulas gerais se torna insuficiente na medida em que, conforme expõe Canaris,⁴⁹⁴ a norma de direito privado não deixa de ser uma norma de direito ordinário, faltando-lhe o nível de superioridade para o controle, uma vez que

⁴⁹¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*.

⁴⁹² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 286.

⁴⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 36.

⁴⁹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 30.

esta norma de direito privado é norma de direito ordinário e não pode, de repente, adquirir um nível constitucional.

Cumprе ressaltar que uma das principais críticas à teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais – restrição excessiva à autonomia privada – perde relevo na medida em que ela é pensada não como um valor absoluto, mas devendo ser ponderada com outros direitos e interesses constitucionais, diante das especificidades do caso concreto. Veja-se que só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfruta de condições mínimas materiais de liberdade.⁴⁹⁵ Ademais, a autonomia privada, como princípio de valor, recebe proteção constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa econômica, a liberdade negocial, a propriedade privada, a família e ao direito sucessório.⁴⁹⁶ Note-se que a desigualdade entre as partes pode obstar, de fato, o exercício da autonomia. Não se pode olvidar que o que está em jogo é o frágil equilíbrio entre os direitos fundamentais e as garantias e o princípio da autonomia negocial, que permeia todo o direito privado.⁴⁹⁷ Certamente existe o risco de se prejudicar a liberdade negocial se se procede a uma aplicação indiscriminada dos direitos nesta esfera. Não se questiona o fato de que existe um espaço legítimo para que o legislador pondere a autonomia privada com os direitos fundamentais; logo, o caráter antidemocrático da teoria da eficácia direta deve ser refutado. Para Bilbao Ubillos⁴⁹⁸, a liberdade individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio. Assim, existe uma esfera de atuação puramente privada que mantem-se fora do alcance das normas constitucionais em que os indivíduos são livres

⁴⁹⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 249.

⁴⁹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 249.

⁴⁹⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordinamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörgе, SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 207-208.

⁴⁹⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordinamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörgе, SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 208.

para regular suas relações. Conforme aduz Canaris⁴⁹⁹, o direito privado, via de regra, dispõe de soluções muito mais diferenciadas para conflitos entre os indivíduos do que a Constituição poderia fazer.

Como bem discorreu Daniel Sarmento⁵⁰⁰, se se toma a autonomia privada, num sentido pleno, deve-se pensar também nos constrangimentos impostos a ela por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente. Em regra, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares toma relevo contra estes constrangimentos privados à liberdade humana. Portanto, aplicar os direitos fundamentais direta e imediatamente nas relações *inter privatos* não atenta contra a autonomia privada, mas visa, ao inverso, promovê-la no seu sentido mais pleno.

Cumprir referir o pensamento de Alexy⁵⁰¹: ao mesmo tempo em que o tribunal cível tem que levar em consideração os princípios de direitos fundamentais alegados pelas partes; de outro, também deve aplicar o direito privado vigente, a não ser que ele se evidencie incompatível com as possíveis interpretações dos princípios constitucionais. Fato é que os princípios constitucionais devem ser levados em consideração pela jurisdição civil, na medida do exigível. Na esteira dessa argumentação, sempre que um tribunal cível viola o direito do cidadão, desconsiderando, na medida do exigível, um princípio de direito fundamental favorável ao cidadão, ele também viola, dependendo do caso, um direito de defesa ou um direito à proteção.⁵⁰²

⁴⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 206-207.

⁵⁰⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 249-250.

⁵⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 537.

⁵⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 538.

Ainda para Alexy⁵⁰³, é fácil refutar a objeção de que todo efeito direto culminaria na eliminação ou na restrição da autonomia privada, haja vista que a própria autonomia privada é objeto de garantias constitucionais e, com isso, de efeitos perante terceiros.

Também não pode ser olvidado que uma proteção absolutamente abrangente dos particulares não é factível, pois, além de colocar os cidadãos submetidos a uma insustentável tutela estatal, levaria a intervenções igualmente insustentáveis em direitos fundamentais de terceiros.⁵⁰⁴

Assim, cabe a indagação: haveria um modelo correto a ser utilizado para a aplicação dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada?

Note-se que o modelo idealizado por Alexy⁵⁰⁵ parte da premissa que somente um modelo que abranja todos os aspectos das três teorias (da eficácia imediata ou das relações jurídicas entre particulares, da eficácia mediata ou do dever estatal, da teoria de Schwabe ou dos direitos em face do Estado) pode ser aplicado, dependendo das especificidades de cada caso, de forma que as teorias se complementam.

No presente trabalho já se vislumbrou críticas, pontos fracos e fortes de cada teoria. É fato que em determinadas relações entre privados, mormente quando se verifica a desigualdade fática de uma das partes e a ameaça aos direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana, vincular a eficácia destes direitos ao alvedrio do legislador e do juiz, poderia culminar numa grave lesão e situação de injustiça social.

Lado outro, admitir uma generalizada eficácia horizontal imediata com a transformação da Constituição no estatuto imediato das relações entre particulares, significa a substituição de diplomas jurídico-privados (como o Código Civil) e até a nulidade de atos e negócios jurídicos privados celebrados contra direitos, liberdades e

⁵⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 540.

⁵⁰⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 66.

⁵⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 533-542.

garantias, com o risco, ainda, de se conduzir a regulamentação da vida jurídico-privada a uma excessiva rigidez e irrealismo com a aplicação direta de preceitos com um grau de generalidade e abstração muito maior que os instrumentos do direito privado.⁵⁰⁶

Dito isto, conclui-se pela necessidade de um modelo que aplique os direitos fundamentais nas relações entre particulares, de forma a se evitar a lesão para qualquer uma das partes, em especial no tocante ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e que ainda preserve o acordo entre os particulares, sem afetar a autonomia do direito privado. Assim, busca-se por soluções diferenciadas em cada caso concreto.

Nessa perspectiva, sugere Paulo Mota Pinto⁵⁰⁷ que os direitos fundamentais sejam aplicados diretamente nas relações de direito privado quando as partes não se encontrarem numa posição de igualdade, de tal sorte que nas relações desigualitárias presentes entre “categorias do poder privado” ou do “poder social de fato” e sujeitos particulares, aplicar-se-ia diretamente os direitos fundamentais. Nessa quadra, a intensidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos* seria tanto mais intensa quanto maior fosse o poder social em causa.

Cumprе anotar a posição daqueles que defendem que os direitos fundamentais, nas relações entre particulares, devem primariamente ser aplicados através das normas de direito privado presentes nas cláusulas gerais e nos conceitos indeterminados, a fim de que sejam interpretados em conformidade com os direitos fundamentais. De acordo com esta corrente, uma aplicação direta dos direitos fundamentais estaria reservada ao núcleo irrenunciável da dignidade da pessoa humana.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörgе, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 151-152.

⁵⁰⁷ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörgе, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 154.

⁵⁰⁸ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörgе, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 154-155.

José Carlos Vieira de Andrade⁵⁰⁹ também defende que na relação entre particulares opera-se a eficácia imediata dos direitos fundamentais se for manifesta a desigualdade de poder entre as partes. Neste caso, ambas as partes serão titulares de direitos fundamentais e pode ser preciso uma ponderação entre os interesses das partes. Já nas relações típicas privadas em que não está presente a assimetria de poder, a eficácia dos direitos fundamentais será apenas indireta, de tal sorte que estes não valeriam como direitos subjetivos, mas como valores que devem ser concretizados pelo legislador e utilizados pelo juiz, no momento da interpretação das normas de direito privado, em especial, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados.

Ainda, para José Carlos Vieira de Andrade⁵¹⁰, na ponderação entre o direito fundamental e a autonomia privada, deve prevalecer, em princípio, esta última, desde que não prejudicada a dignidade da pessoa humana. Ele propõe que a Constituição seja interpretada no sentido de se consagrar o princípio da liberdade como regra das relações entre indivíduos iguais, lembrando-se, contudo, que as pessoas não podem ser tratadas como se não fossem seres humanos. Note-se que a dignidade humana, enquanto conteúdo essencial e absoluto do direito, nunca poderá ser afetada e esta é a garantia mínima que se pode retirar da Constituição. Como solução para o problema, a liberdade de atuação individual deve ser aceita, na medida em que não prejudique intoleravelmente a ideia de dignidade da pessoa humana.

É certo que, os direitos fundamentais, como princípios de valor objetivos, devem valer nas relações privadas, tanto mais íntima for a sua ligação ao valor da dignidade da pessoa humana. A autonomia do direito privado não significa independência em relação à Constituição que prima pela garantia da unidade do ordenamento jurídico. Assim, os preceitos relativos aos direitos fundamentais fornecem argumentos que influenciam, por vezes decisivamente, a interpretação e aplicação das normas jurídicas ordinárias que regulam as relações de direito privado. Ademais, tais preceitos ainda

⁵⁰⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 255-268.

⁵¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 258.

prescrevem a invalidade, por inconstitucionalidade, das normas legais de direito privado que infrinjam ou contrariem as normas constitucionais. Esta eficácia objetiva não pode ser negada às normas de direitos fundamentais, presente em todas as relações entre normas constitucionais e preceitos legislativos.⁵¹¹

Paulo Pinto Mota ainda adverte para a existência de casos excepcionais em que o julgador não encontra norma aplicável adequada ou cláusula geral ou conceito indeterminado a recorrer, ou, além disso, o julgador deve afastar uma determinada norma ou interpretação por ser contrária aos direitos fundamentais. Neste caso, incumbe ao julgador o ônus da argumentação, isto é, o ônus de argumentar a recusa de aplicação de normas que repute inconstitucionais ou de recorrer diretamente às normas constitucionais, aplicando-as, às relações de direito privado.

Na mesma linha de pensamento do autor português, Bilbao Ubillos⁵¹² considera a diversidade estrutural dos direitos fundamentais. Na Constituição se encontram direitos, de cunho fundamental, que se dirigem normalmente às relações privadas. Em outro extremo há aqueles direitos, que por sua natureza, são oponíveis apenas em face do Estado. De qualquer modo, o juízo definitivo ocorrerá mediante o caso concreto, dentro das circunstâncias de cada caso.

Parece não haver uma fórmula correta que designe o modelo ideal de eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Pode-se concluir que as especificidades de cada sociedade devem pautar a decisão em prol de um determinado modelo, não se furtando que o juiz, no momento da decisão do caso concreto, deve aplicar as normas envolvendo direitos fundamentais, só podendo se afastar delas em caso de evidente inconstitucionalidade.

⁵¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 255.

⁵¹² UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Organizadores). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*, p. 180-189.

A rigor, o ordenamento jurídico não pode ser visto como um sistema fechado de regras prontas a uma subsunção mecânica. Há sim conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais que apresentam reduzido grau de determinação semântica e que demandam o preenchimento pelo intérprete. Além disso, coloca-se em evidência a existência de conflitos entre princípios constitucionais que reclamam por ponderações nas relações privadas. Na verdade, muitas vezes a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado requer uma ponderação entre o direito em questão e a autonomia privada do particular, clamando, a questão, pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, a rigor, inexistindo regra ordinária específica tratando da matéria objeto do litígio ou a norma, *in casu*, revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais, nada obsta a aplicação direta da Constituição.

Por fim, em se tratando da realidade brasileira, notadamente injusta e desigual, cuja concentração de renda recai nas mãos de poucos, e do modelo de Estado Social, consagrado na Constituição de 1988, voltado para a promoção da igualdade substantiva, evidencia-se clara e oportuna a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Brada, a referida questão, por um imediato, expresso e fundamentado posicionamento do STF (a teoria imediata dos direitos fundamentais vem sendo aplicada pela Corte Suprema e defendida pela doutrina majoritária no Brasil), de forma a pacificar a jurisprudência brasileira, evitando, assim, a insegurança jurídica e o arbítrio judicial, com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

AFRICA. *South African Constitution*. Disponível em: <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#8>. Acesso em: 31 maio 2012.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Deutscher Bundestag)*. Trad. Aachen Assis Mendonça. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf. Acesso em: 31 maio 2012.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luiz Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008.

_____. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. México: Fontamara, 1998.

_____. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Trad. Menelick de Carvalho Neto. *Ratio Juris*. Oxford, v. 16, n. 2, jun. 2003.

_____. *El Concepto y La Validez Del Derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Mandamentos, 2001.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *The Especial Cases Thesis*. *Ratio Juris*. Oxford, v. 12, n. 4, dec. 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

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

AUER, Marietta. A interpretação em conformidade com o direito privado. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörge, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. -1 Aufl.- Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466343/SP. Relator: Ministro Cesar Peluzo. Diário da Justiça da União, Brasília, 06 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407688/SP. Relator: Ministro Cesar Peluzo. Diário da Justiça da União, Brasília, 06 out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 449657/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça da União, Brasília, 09 maio 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Diário da Justiça da União, Brasília, 11 out. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 251445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, 03 ago. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 161243/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Diário da Justiça da União, Brasília, 29 out. 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 158215/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça da União, Brasília, 30 abr. 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 160222/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça da União, Brasília, 11 abr. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 2695-MC/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, 25 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno no Agravo de Instrumento n. 220959/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça da União, Brasília, 29 out. 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 986/BO. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça da União, Brasília, 05 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 70814-5/SP. Relator: Ministro Celso de Melo. Diário da Justiça da União, Brasília, 01 mar. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 90751/SC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça da União, Brasília, 08 mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça da União, Brasília, 19 mar. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2040/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Diário da Justiça da União, Brasília, 27 jun. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça da União, Brasília, 31 out. 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. 3. tir. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHIUSI, Tiziana. A dimensão abrangente do Direito Privado romano – Observações sistemático-teóricas sobre uma ordem jurídica que não conhecia “Direitos Fundamentais”. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörge, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos*

Fundamentais e Direito Privado. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPAÑA. *Constitución española*. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em: 31 maio 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ JÚNOR, Tércio Sampaio. *Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 29, p. 35-45, jun. 1988.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 2. ed. ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HERRESTHAL, Carsten. A “eficácia jurídico-privada das liberdades fundamentais” no direito comunitário – para a dissolução de uma figura jurídica unitária. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörge, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Dr. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Consitucionales, 1992.

_____. *Derecho Constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

ITÁLIA. *Constituição da República Italiana (Costituzione della Repubblica Italiana)*.

Disponível

em:

[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20Di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20Di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf). Acesso em: 31 maio 2012.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*. México, 1959.

LOPES, Ana Maria D'Avila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais como limite ao poder de legislar*. 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1999.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. A nova democracia e os direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 36, n. 36, maio 1999.

MARIANO JUNIOR, Alberto Ribeiro. *Bloco de Constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro*. Disponível em:

http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/04_04_11_Bloco_de_Constitucionalidade_Alberto_Ribeiro_Mariano_Junior.pdf. Acesso em: 31 maio 2012.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: Conceito Lacônico, Consequências Duvidosas. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

_____. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917*. *Jus navegandi*, São Paulo, out. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9014/a-constituicao-de-weimar-e-os-direitos-fundamentais-sociais>. Acesso em: 31 maio 2012.

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

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

Acesso em: 31 maio 2012.

PROBST, Elisiana Renata. *A evolução da mulher no mercado de trabalho*. Disponível em: http://www.rhportal.com.br/artigos/wmview.php?idc_cad=xg7w7vuh9. Acesso em: 25 jun. 2012.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A segurança jurídica na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIVERO, Jean. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madris: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984.

SALDANHA, Nelson. O Poder Judiciário e a interpretação do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 31, n. 30-1, maio 1987.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 82, jan. 1996.

_____. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 39, jan. 2001.

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

_____. A influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörge, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2000.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição* (Der Hüter der Verfassung). Trad. Geraldo Luiz de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SERPA, José Hemílio Ribeiro. *A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais*. Um reexame Fenomenológico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Luiz Fernando Martins. A incidência e eficácia dos direitos fundamentais nas relações com particulares. *Jus navegandi*, Teresina, a. 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3460>. Acesso em: 7 maio 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares. *Revista Direito GV I*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 173-180, 2005.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados: Aproximações ou Convergências*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/didh.html>. Acesso em: 31 maio 2012.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿ Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörge, SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

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