

A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Micheli Polippo²

SUMÁRIO

Introdução; 1 A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais; 1.1 Teorias; 2 A Necessidade de Soluções Diferenciadas; 2.1 Princípio da Proporcionalidade; 2.2 A Posição da Jursiprudência Brasileira; 2.3 A Vinculação dos Particulares A Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

RESUMO

Cuida-se de um ensaio acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, temática em debate na doutrina e na jurisprudência desde meados do século XX. Trata-se, em síntese, de uma análise acerca da origem do assunto, da nomenclatura, das teorias, da existência e medida dessa vinculação no ordenamento jurídico brasileiro, mediante a exposição da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Fixada a premissa da existência de dita vinculação, adota-se a teoria da eficácia direta ou imediata, com fundamento na Constituição Federal, na esteira da doutrina dominante, extraíndo-se do princípio da dignidade da pessoa humana a medida da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares. Em face da colisão entre direitos fundamentais e a autonomia privada, igualmente direito fundamental, impõe-se a ponderação dos princípios constitucionais em conflito, sopesando, no caso concreto, a possibilidade de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, consoante o princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Relações Privadas; Teoria da Eficácia Direta ou Imediata; Colisão de Princípios Constitucionais

¹ Artigo produzido sob orientação e revisão do Prof. Dr. Wilson Steinmetz, no Curso de especialização em Direito Previdenciário na Escola Superior da Magistratura Federal de Porto Alegre, em 2005.

² Juíza Federal Substituta da Vara Federal de Brusque e aluna do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, na linha de pesquisa Produção e Aplicação do Direito. Endereço eletrônico: mpolippo@yahoo.com.br.

ABSTRACT

Watch is a test of the commitment of individuals to fundamental rights, issues under discussion in doctrine and in jurisprudence since the mid-twentieth century. It is, in short, an analysis about the origin of matter, nomenclature, the theories of the existence and extent of this linkage in Brazilian law, through the exposure of the doctrine and the jurisprudence of the Supreme Court and Superior Court of Justice. Set the premise of the existence of such ties, takes up the theory of direct or immediate effectiveness, based on the Federal Constitution, according to the dominant doctrine, drawing from the principle of human dignity to measure the effectiveness of fundamental rights in for individuals. In the face of the collision between fundamental rights and the private, equally fundamental right, it is a balancing of constitutional principles in conflict, balancing, in this case, the possibility of direct and immediate application of fundamental rights in private relationships, according to the principle of proportionality.

KEY WORDS: Fundamental Rights; Private Relations; Theory of Effective Direct or Immediate; Collision of Constitutional Principles.

INTRODUÇÃO

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais vem sendo debatida na doutrina e jurisprudência desde meados do século XX, tendo surgido na Alemanha.

A temática tomou relevo a partir do caso *Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em que foi reconhecida a vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

No caso, discute-se acerca da existência da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, seus fundamentos e em que medida se opera dita vinculação.

Nesse diapasão, aborda-se a nomenclatura, as teorias da eficácia indireta ou mediata, teoria da eficácia direta ou mediata, a teoria dos deveres de proteção, a teoria da convergência estatista e a doutrina norte-americana da *state action*.

No que pertine à forma e ao alcance da vinculação, aborda-se a aplicação do princípio ou postulado da proporcionalidade diante da colisão de princípios fundamentais, reforçando a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Incursiona-se, ainda, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, citando e comentando alguns precedentes em que foi reconhecida a vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

Por fim, examina-se a questão no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil.

1 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão da vinculação dos particulares a direitos fundamentais vem sendo debatida na doutrina e na jurisprudência desde meados do século XX.

Em que pese a dificuldade de determinar o pioneiro no assunto, é consenso dos autores de que o tema assumiu maior relevância na Alemanha, a partir da Lei Fundamental de 1949.

Discute-se não somente a existência e a medida dessa vinculação, mas também a terminologia empregada, havendo várias designações, tais como “eficácia privada”, “eficácia em relação a terceiros”, “eficácia externa” e “eficácia horizontal”, as quais têm sido criticadas por diversos autores³.

Canotilho⁴ consigna que atualmente prefere-se a fórmula “efeitos horizontais” ou a expressão “eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada”.

³ Acerca das críticas à nomenclatura, consultar Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pp. 53-58, bem como Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 112-117.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1286.

Nesse ponto, calha mencionar que se adota, por ora, a designação de “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou “vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais”, na esteira de Steinmetz e Sarlet⁵.

Convém enfatizar a distinção entre a vinculação do legislador privado e dos órgãos judiciais encarregados da solução de litígios entre particulares e, também, entre dois sujeitos privados em situação de manifesta desigualdade (exercício do poder econômico social) – eficácia vertical – e a vinculação dos particulares nas suas relações entre si – eficácia horizontal, privada ou em relação a terceiros, consoante explana Sarlet⁶.

Superada essa questão, discute-se acerca da existência da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, seus fundamentos e em que medida se opera dita vinculação.

Inicialmente, salienta-se que a Constituição Federal de 1988 limitou-se a determinar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais, não dispondo expressamente acerca da vinculação das entidades privadas, a exemplo da maioria dos textos constitucionais, salvo a Constituição da República Portuguesa (1976), da Constituição da Federação Russa (1993) e da Constituição Suíça (1998)⁷.

Apesar da inexistência de previsão explícita, impõe-se a análise dos fundamentos constitucionais para a vinculação.

Nesse ponto, frisa-se que não há norma que a exclua de forma expressa. Ademais, o princípio da máxima eficácia e efetividade, consagrado no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, os quais se aplicam a toda a ordem jurídica, inclusive privada.

⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 58, e SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 114, respectivamente.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 155.

⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 34.

Segundo Steinmetz⁸, trata-se de um feixe ou constelação de fundamentos constitucionais, havendo fundamentos principais, tais como o princípio da supremacia da Constituição, o postulado da unidade material do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais como princípios objetivos e o princípio constitucional da dignidade da pessoa. Além disso, o princípio constitucional da solidariedade e o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, já referido, atuam como fundamentos adicionais para corroborar a tese de que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais decorre impositivamente da Constituição Federal.

Fixada essa premissa – existência da vinculação dos particulares a direitos fundamentais -, exsurge o problema do “como”: eficácia direta ou indireta, na linguagem de Sarlet⁹, impondo-se o exame, ainda que sucinto, acerca da teoria da eficácia imediata, teoria da eficácia mediata, teoria dos deveres de proteção, teoria da convergência estatista e teoria da *state action*.

1.1 TEORIAS

Para a teoria da **eficácia indireta**, os direitos, liberdades e garantias vinculariam *prima facie* o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados. Diferentemente, consoante explana Canotilho¹⁰, para a teoria da **eficácia direta**, os direitos, liberdades e garantias aplicam-se obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou coletivas), tendo uma eficácia absoluta.

A teoria da **eficácia mediata**, também designada de **indireta**, formulada por Günther Dürig, foi adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso *Lüth*, em 1958.

⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 102.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 120.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1286-1287.

Conforme descreve Mendes¹¹, em 1950, o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Enrich Lüth, defendeu um boicote contra o filme *Unsterbliche Geliebte*, de Veit Harlan, diretor do filme *Jud Süß*, produzido durante o 3º Reich, tendo o Tribunal estadual determinado que Lüth se abstinhasse de conchamar o boicote com base no §826 do Código Civil (BGB). Dessa decisão, Lüth interpôs recurso constitucional, o qual restou provido sob o fundamento de que houve lesão ao direito de livre manifestação de opinião, consagrado na Lei Fundamental, e que os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais, mediante um juízo de ponderação.

Acerca do caso, salienta Sarlet¹² que a Corte Constitucional, embora não tenha aderido expressamente às teorias mediata ou imediata, reconheceu que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, centrada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana, influenciando todos os âmbitos do direito, inclusive o Direito Civil. Para a concretização dessa influência se oferecem principalmente as cláusulas gerais do direito privado, que atuam como pontos de ingresso dos direitos fundamentais no Direito Civil.

Nesse sentido, leciona Mendes¹³ que um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas são as cláusulas gerais – porta de entrada dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Mendes¹⁴ critica a teoria, pregando que a ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta ou impossibilita uma decisão clara sobre os valores prevalentes nas situações de conflitos.

Os adeptos desta teoria sustentam que incumbe ao legislador e, de forma supletiva, ao Juiz, a função de “intermediar” a aplicação das normas de

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 224-225.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 124-125.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 224.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 228.

direitos fundamentais às relações particulares. Sarlet¹⁵ rechaça este entendimento pelo fato de confundir o problema da vinculação dos sujeitos particulares com a vinculação do poder público.

Por fim, o autor menciona as críticas acerca da tendência de limitar o efeito irradiante dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado aos conceitos indeterminados e cláusulas gerais.

Por seu turno, a teoria da **eficácia imediata ou direta**, elaborada por Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, adotada por Walter Leisner, prega que a vinculação é direta, uma vez que os direitos fundamentais são aplicáveis para toda a ordem jurídica, em decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como do postulado da força normativa da Constituição. Destarte, não poderia o Direito Privado formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, conforme relata Sarlet¹⁶.

Nesse ponto, Canotilho¹⁷ faz duas observações prévias: a) o problema não se põe para os direitos fundamentais que só podem ter como sujeito passivo o Estado; b) o problema está resolvido quando a própria Constituição reconhecer expressamente aos direitos fundamentais efeitos em relação a terceiros. Assim, refere que o problema só adquire autonomia quando se admite terem os direitos fundamentais eficácia imediata em relação a terceiros.

Contudo, relata Sarlet¹⁸, a concepção de vinculação direta em decorrência natural da expressa previsão de vinculação do poder público foi, posteriormente, abandonada pelos próprios defensores da vinculação imediata, que reconheceram a existência de uma diferença estrutural entre as relações particular/Estado e dos particulares entre si, os quais são, em regra, igualmente titulares de direitos fundamentais.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 142.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 121.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1288.

Por fim, segundo Sarlet¹⁹, prevaleceu o entendimento de que os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, acarretando a proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares.

Hesse, na esteira de Dürig e outros, adverte que um recurso direto aos direitos fundamentais representa uma ameaça da perda de identidade e autonomia do Direito Privado e coloca em risco o princípio fundamental da autonomia privada. Sarlet²⁰ rechaça este argumento, asseverando que a tensão inevitável entre o princípio da autonomia privada e a liberdade contratual e outros direitos fundamentais é semelhante aos conflitos entre quaisquer direitos fundamentais.

Nesse diapasão, Sarmiento²¹, após elencar diversas objeções lançadas contra a teoria direta ou imediata, sustenta que nenhuma das citadas objeções encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Em relação à restrição à autonomia privada, refere que esta não traduz um valor absoluto, dependendo de ponderação, no caso concreto, promovendo a autonomia privada no sentido mais pleno. Além disso, refuta os argumentos do caráter antidemocrático, da insegurança jurídica e da perda da autonomia do Direito Privado.

Para a **teoria dos deveres de proteção**, defendida por Konrad Hesse, Albert Bleckmann, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais um dever de proteção dos particulares contra agressões aos bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando oriundas de outros particulares. Nesta senda, continua sendo o Estado

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 121.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 122.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 144-145.

²¹ SARMENTO, Daniel. *Direito Fundamentais e Relações Privadas*, p. 281-287.

o destinatário precípua dos direitos fundamentais, cuidando-se de uma proteção de forma mediata, levada a efeito pelo legislador e, subsidiariamente, pelos órgãos do Poder Judiciário, consoante anota Sarlet²².

Segundo os defensores desta teoria, trata-se de um tratamento diferenciado dos direitos fundamentais no Direito Privado, admitindo o dever de intervenção estatal no âmbito das relações jurídico-privadas apenas em casos excepcionais e devidamente justificados, na análise do caso concreto, conforme salienta Sarlet²³.

De outra banda, a teoria da **convergência estatista**, desenvolvida por Jürgen Schwabe, na Alemanha, além de negar a relevância da discussão em torno de uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sustenta que as ofensas aos direitos fundamentais são sempre oriundas do Estado, incumbido do dever de proteger os direitos fundamentais em geral, conforme o mesmo autor.

Neste ponto, acerca das teorias da imputação ao Estado, frisa Steinmetz²⁴ que, para Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal. Em seguida, o autor refuta a tese de Schwabe, referindo que é uma ficção atribuir ao Estado a participação e a responsabilidade por todas as intervenções de particulares em direitos fundamentais, bem como conduz à irresponsabilidade privada ante os direitos fundamentais. Por fim, menciona que a teoria de Schwabe, sendo dirigida, de modo principal, ao legislador, exige atuação legislativa para que os direitos fundamentais sejam respeitados entre particulares.

Tal teoria, segundo Sarlet²⁵, partiu da mesma concepção que sustenta a **doutrina norte-americana da *state action***, na qual prevalece a tese liberal

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 126.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 127.

²⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 175-177.

de que os direitos fundamentais apenas vinculam o Estado e que as condutas eminentemente privadas estão imunes a esse tipo de controle e não são aferidas em face da Constituição. Porém, o Poder Judiciário norte-americano, relativizando tal concepção, passou a ampliar excepcionalmente o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da Constituição, dilatando os conceitos de poder público e ação estatal. Assim, tanto a teoria da convergência estatista quanto esta última acabam por equiparar as agressões aos direitos fundamentais à ação ou omissão estatal ou imputam ao Estado este comportamento que, efetivamente, provém da esfera privada, razão por que constituem alvo de críticas doutrinárias.

Outrossim, calha mencionar a **teoria integradora**, criada por Alexy, que propõe um modelo que integra as três teorias básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação de Schwabe. Segundo essa tese, exposta por Steinmetz²⁶, na relação entre particulares ambas as partes são titulares de direitos fundamentais e que a eficácia deve ser matizada, definida em última instância, pela ponderação. Alexy propõe um modelo de três níveis – deveres do Estado, direitos ante o estado e relações jurídicas entre particulares –, que ao cabo resultam em uma eficácia imediata.

Convém trazer à baila, por oportuna, a menção de Steinmetz²⁷ acerca da “perspectiva civil-constitucional” e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Segundo esse movimento do direito civil constitucional, as disposições infraconstitucionais de direito civil devem ser interpretadas conforme a Constituição, sendo dever do juiz, nas relações entre particulares, aplicar diretamente a cláusula constitucional da tutela da personalidade (art. 1º, inc. III: princípio da dignidade da pessoa humana), os direitos da personalidade (art. 5º, inc. X) e os princípios constitucionais relevantes para o direito privado e para as relações interprivadas, tais como os princípios da solidariedade, da igualdade substancial e da função social da propriedade. Destarte, o autor conclui que, se houvesse posição expressa sobre o tema, os

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 134-135.

²⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 181.

²⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 184-185.

teóricos brasileiros da “perspectiva civil-constitucional” defenderiam a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Tepedino²⁸, um dos precursores da Constitucionalização do Direito Civil, sustenta que a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo, pretendendo o constituinte definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas.

Destarte, procedendo a um exame acurado das teorias esposadas, constata-se que nem sempre é possível estabelecer com precisão como se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mormente quando se trata de averiguar se a eficácia é direta ou indireta, consoante assevera Sarlet²⁹.

Analisando as teorias da eficácia direta e indireta, o mesmo autor³⁰ conclui que ambas retratam a superação da concepção liberal-burguesa de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado e partem do pressuposto de que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva, cujos efeitos normativos alcançam todo o ordenamento jurídico (eficácia irradiante). Além disso, ambas reconhecem uma vinculação direta no caso de entidades particulares dotadas de poder social – relação caracterizada por um desnível de poder significativo, afetando a paridade entre os pólos da relação jurídico-privada.

Adota-se a teoria da eficácia direta, na esteira do ilustre Sarlet³¹, sustentando que, em princípio, os direitos fundamentais, exceto aqueles que vinculam exclusivamente o poder público, vinculam, de alguma forma, diretamente os particulares. Isso em prol de um constitucionalismo da igualdade, visando à efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no Estado Social

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas*. In: *Temas de Direito Civil*, p. 74.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 139.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 140.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 147.

de Direito, enquanto a corrente defensora da eficácia indireta está atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa.

Nessa esteira, assevera Sarmiento³² que, no caso brasileiro, a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, ou seja, não depende de atuação do legislador ordinário, tampouco se exaure na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado. Tal conclusão decorre da moldura axiológica e do sistema de direitos fundamentais albergado pela Constituição de 1988 – intervencionista e social – com vasto rol de direitos sociais e econômicos (artigos 6º e 7º, CF), cujo primeiro objetivo é “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inciso I, CF).

Segundo o autor³³, a Constituição de 1988 consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que reflete, sobremaneira, na abordagem da presente temática. Assim, denota-se incompatível com a tese radical, adotada pelos Estados Unidos, de exclusão da aplicação dos direitos individuais no âmbito das relações privadas, bem como inconciliável com a tese alemã, ainda predominante, da eficácia horizontal indireta e mediata, em que a incidência depende da atuação do legislador ordinário ou se tratam de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais de Direito Privado. Ademais, o artigo 5º, que prevê a maioria das liberdades fundamentais, traduz a idéia de uma vinculação passiva universal, vinculando não somente o Estado, mas também os particulares.

Outrossim, Sarmiento³⁴ frisa que a tal eficácia é direta e imediata, não somente por uma questão de direito, mas também de ética e justiça, tendo em vista as características da sociedade brasileira, marcada pela desigualdade social, em que reina a opressão e a violência. No mesmo sentido, Sarlet³⁵.

³² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 279.

³³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 279.

³⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 281.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 152-153.

Sarlet³⁶ leciona que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados constituem concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as normas de direitos fundamentais, ao menos no que se refere ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, vinculam diretamente Estado e particulares.

Acerca do conteúdo da dignidade da pessoa humana, colaciona-se o conceito de Sarlet:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³⁷.

Nesse diapasão, salienta o autor que o princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos como fundamento e medida para uma vinculação direta dos particulares, poderá assumir relevância autônoma quando não se tratar de vinculação expressamente prevista na Constituição. Acrescenta que existe um dever geral de respeito pelo Estado e pelos particulares.

Nessa esteira, Sarmento³⁸ apregoa que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impondo a adoção da tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Salienta que, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações do princípio da dignidade da pessoa humana, incidem em todas as esferas da vida humana, havendo sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 150.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 62.

³⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 288-289.

fundamentais, independente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas.

2 A NECESSIDADE DE SOLUÇÕES DIFERENCIADAS

A tendência atual em relação à eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações privadas, consoante preconiza Canotilho³⁹, é a superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas.

Para Canotilho⁴⁰, a problemática da eficácia horizontal se insere no âmbito da função de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam princípios de ordenação objetiva, especialmente deveres de garantia e proteção do Estado, que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse). Esta eficácia deve considerar a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, possibilitando soluções diferenciadas e adequadas, conforme o direito fundamental posto em causa, no caso concreto. Nesta senda, a procura de soluções diferenciadas deve observar a especificidade do direito privado e, por outro lado, o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global.

Por fim, anota Canotilho⁴¹ que a eficácia horizontal dos direitos não se limita, atualmente, à ordem estatal, referindo que o tema vem sendo debatido nas convenções internacionais de direitos do homem e que a *Drittwirkung* da Convenção Européia dos Direitos do Homem aponta para a necessidade de proteção dos direitos do homem diante da sua violação por entidades particulares.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1289.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1289.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1290.

Nessa esteira, Sarlet⁴² entende ser inviável sustentar a adoção de soluções uniformes, pois o adequado manejo da eficácia direta e a intensidade da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares devem ser pautados de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

A inviabilidade de uma eficácia direta absoluta e a necessidade de soluções diferenciadas decorre também da estrutura normativa e da natureza eminentemente principiológica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Tratando-se de relações entre titulares de direitos fundamentais, haverá, conforme Alexy, conflitos ou situações de tensão, que reclamam soluções distintas, de acordo com o caso concreto e os direitos fundamentais em conflito ou tensão, mediante a ponderação, consoante leciona Sarlet⁴³.

Nesse diapasão, continua o autor, diante do conflito entre a autonomia privada (liberdade contratual) e outros direitos fundamentais, impõe-se uma análise tópico-sistemática⁴⁴ calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto.

Em suma, conforme Sarlet⁴⁵, busca-se uma solução fundada na ponderação dos valores em pauta, norteadas pela busca do equilíbrio e da concordância prática (Hesse), caracterizada pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais em questão, assim como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 157.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 157.

⁴⁴ Acerca das diretrizes da interpretação tópico-sistemática, consultar Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do Direito*, p. 176 e ss.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 159.

2.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Acerca das estruturas de ponderação – princípio da proporcionalidade e seus elementos – Steinmetz⁴⁶ leciona que, ante uma colisão de princípios, a relação de precedência condicionada (lei de colisão), formalizável ou estruturável em uma regra de precedência à qual se subsume ao caso concreto, é o resultado de uma ponderação. Steinmetz refere que:

Segundo Alexy, entre a teoria dos princípios – para a qual os princípios são mandamentos de otimização e a colisão de princípios se resolve mediante ponderação – e a máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais existe uma conexão. Os princípios, como mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas são determinadas pelas máximas da adequação e da necessidade e as possibilidades jurídicas, pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito – esta última é o mandamento de ponderação propriamente dito. Há uma co-implicação entre princípios e máxima da proporcionalidade – de modo especial a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação) – para que se solucione as colisões de princípios in concreto e a máxima da proporcionalidade determina as possibilidades fáticas e jurídicas dos princípios, isto é, determina o grau de otimização (realizabilidade ou satisfação) dos princípios in concreto⁴⁷.

Segundo Ávila⁴⁸, o postulado da proporcionalidade, que exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável, não se identifica com o postulado da ponderação de bens, o qual requer a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo de ponderação, enquanto o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada.

⁴⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 209.

⁴⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 210.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 116.

Nesta senda, impõe-se a abordagem, ainda que sucinta, dos elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse ponto, Ávila⁴⁹ leciona que a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim, ou seja, o meio deve levar à realização do fim, enquanto o exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

Assim, Ávila conclui que um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. Por último, o meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais⁵⁰.

De outra banda, não se pode olvidar a vinculação dos particulares ao princípio constitucional da igualdade, mormente nos casos de colisão entre o princípio da autonomia privada, concretizada na liberdade negativa de contratar, e o direito fundamental ao tratamento isonômico⁵¹.

2.2 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Em que pese existam decisões aplicando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado, na maioria dos julgamentos não há

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 116-125.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 131.

⁵¹ Acerca da vinculação dos particulares ao princípio constitucional da igualdade, consultar Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pp. 229-263.

fundamentação teórica suficiente acerca da aplicação direta desses direitos na esfera privada, bem como seus condicionamentos e limites, consoante relata Sarmiento⁵².

O Supremo Tribunal Federal, no RE nº 158.215-4/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.06.1996, acolheu a pretensão dos associados excluídos de uma cooperativa, como punição, sem oportunidade de exercício de defesa, mediante a aplicação direta do direito fundamental da ampla defesa, determinando a observância do devido processo legal, viabilizado o exercício da ampla defesa.

No mesmo sentido, o STF, reconhecendo a discriminação decorrente do tratamento diferenciado e a ofensa ao princípio da isonomia, acolheu o pedido, aplicando os direitos fundamentais nas relações privadas, no RE nº 161.243-6/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997, em que um trabalhador brasileiro, empregado de empresa aérea francesa, postulava o reconhecimento de direitos trabalhistas, assegurado no Estatuto do Pessoal da Empresa apenas aos empregados de nacionalidade francesa.

No RE nº 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello, o STF decidiu que a proibição constitucional da prova ilícita também alcança, no processo penal, as provas resultantes de ato ilícito perpetrado por particular.

Por fim, recentemente, no RE 201.819/RJ, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, em que a União Brasileira de Compositores, sociedade civil de direito privado, excluiu um membro de seu quadro de sócios, sem a possibilidade de defesa, o STF reconheceu a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa ao processo de exclusão de sócio de entidade. No caso, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que se tratava de um caso típico de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas e que o caráter público ou geral da atividade é decisivo para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

⁵² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 292-293.

Outrossim, ressaltou que o STF possui histórico de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas⁵³.

Com efeito, analisando os acórdãos supracitados, infere-se que o STF aceita a aplicação direta dos direitos fundamentais para dirimir conflitos nas relações privadas, independente da mediação do legislador, e, em que pese não tenha examinado as diversas teorias, constata-se a sua adesão à tese da eficácia direta e imediata, consoante conclui Sarmento⁵⁴.

Por seu turno, manifestou-se sobre a temática o Superior Tribunal de Justiça no HC nº 12.547/DF, acerca da prisão civil por dívida de um motorista de táxi, decorrente de contrato de alienação fiduciária de veículo, cujo débito fora quase multiplicado por cinco, no período de 24 meses, em razão da incidência de juros.

No caso, o Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, após expor as teses da eficácia direta e indireta, manifestou-se pela adoção da tese da vinculação direta. Contudo, no caso concreto, reconheceu que a vinculação decorreria tanto da aplicação de uma tese quanto da outra, sendo irrelevante, no caso dos autos, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros. Concluiu que seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como a cláusula geral do artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes.

Ademais, refere Sarmento⁵⁵ os inúmeros casos de aplicação direta da Constituição em ações de responsabilidade civil por dano moral e material, resultante de abusos no exercício da liberdade de expressão.

Destarte, verifica-se que a jurisprudência brasileira, ainda que sem o exame acurado das teorias, vem aplicando diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas.

⁵³ Informativo nº 405, de 19.10.2005.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 294.

⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 296.

2.3 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Sustenta-se, na esteira de Steinmetz e Sarlet, que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais opera-se de forma direta e imediata.

Para Steinmetz⁵⁶, trata-se de uma eficácia imediata “matizada” ou “modulada”, a qual não afronta os princípios democrático, da separação dos poderes, da segurança jurídica e da autonomia privada, sendo adequada ao alcance da máxima efetividade possível dos direitos fundamentais, bem como decorre do conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica do Estado e da sociedade e com a posição preferencial dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Por fim, assevera que a eficácia imediata “matizada” é compatível com o projeto de superação da contraposição “eficácia mediata *versus* eficácia imediata” em direção às “soluções diferenciadas”, pregadas por Canotilho e abordadas linhas acima.

Portanto, não apenas o Estado, mas também as pessoas e entidades privadas encontram-se diretamente vinculadas à Constituição, independentemente da edição de normas ordinárias pelo legislador, consoante assevera Sarmento⁵⁷.

Em suma, conclui-se, na esteira de Steinmetz⁵⁸, que os direitos fundamentais, salvo aqueles cujos destinatários sejam exclusivamente os poderes públicos, vinculam os particulares. Tal vinculação decorre do princípio da supremacia da Constituição, do postulado da unidade material do ordenamento jurídico, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, inc. I, da CF) e do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da CF).

⁵⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 274.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 297.

⁵⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 295.

No que pertine à forma e ao alcance da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, adota-se a lição de Steinmetz⁵⁹, que sustenta a eficácia imediata “matizada” (“modulada” ou “graduada”) por estruturas de ponderação – ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos – que, no caso concreto, permitem sopesar os direitos fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes. Por fim, o autor frisa que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais deve ser pautada pela Constituição, diante do princípio da supremacia da Constituição e da posição preferencial dos direitos fundamentais no sistema constitucional.

CONCLUSÃO

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais vem sendo objeto de debate doutrinário e jurisprudencial.

Diante das diversas designações atribuídas ao tema, adota-se a expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou “vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais”, na esteira de abalizada doutrina.

Analisando as teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, constata-se que merece acolhida a teoria da vinculação direta ou imediata. Na esteira da doutrina de Sarlet, sustenta-se que, salvo os direitos cujo destinatário seja apenas o Estado, as demais normas fundamentais vinculam, de alguma forma, diretamente os sujeitos privados, sendo eficazes nas relações entre particulares.

Fixada a premissa de que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais decorre da Constituição, em que pese não haja dispositivo expresso a respeito, verifica-se que a medida dessa vinculação ainda constitui questão tormentosa. De qualquer sorte, é assente na doutrina abalizada que o

⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 295.

ponto de partida consiste no postulado da dignidade da pessoa humana, consagrado como um dos fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Extraí-se dos julgados colacionados que os Tribunais Superiores têm reconhecido efetivamente a existência dessa vinculação, ainda que não tenham adentrado na dogmática das teorias acerca da eficácia.

Por fim, consigna-se que, no caso concreto, exsurge a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em conflito, a fim de aferir a prevalência, sem olvidar de que o princípio da autonomia privada também constitui direito fundamental consagrado na Magna Carta.

No que tange à forma e ao alcance da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, aplica-se o princípio ou postulado da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, a fim de dirimir a colisão de direitos fundamentais, no caso concreto, estabelecendo a medida dessa vinculação.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um Direito Constitucional "Comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 5.ed. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

POLIPPO, Micheli. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

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

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas.** In: *Temas de Direito Civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.