

A INCIDÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES¹

THE INCIDENCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN RELATIONS BETWEEN INDIVIDUALS

Derlayne Detroz²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo verificar a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares. É inegável que atualmente o Estado intervém na esfera privada visando a proteção dos direitos fundamentais de uns frente à tentativa de infração por outros particulares. A Constituição passa a impor normas de comportamento e de convivência entre os indivíduos alcançando a relação indivíduo-indivíduo, ou seja, passa a ser uma ordem objetiva de valores incidente sobre todo o ordenamento jurídico não se limitando apenas proteger o cidadão nas relações com o Estado. Não podemos negar que o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é a colisão de direitos fundamentais dos particulares uma vez que o exercício de um direito fundamental por um particular pode restringir ou até impedir o exercício de um direito fundamental por outro particular. Tendo em vista tal colisão, a eficácia precisa levar em consideração a pluralidade de funções dos direitos fundamentais de forma a possibilitar soluções diferenciadas levando em consideração o bem tutelado ou o direito constitucionalmente protegido que estiver sob análise no caso concreto.

PALAVRAS CHAVE: direitos fundamentais, relações entre particulares, incidência, eficácia.

¹ Artigo recebido em 14 de abril de 2010 e aceito em 10 de maio de 2010.

² Especialista em Direito Societário pela FIC, Pós Graduada em Direito e Gestão Empresarial pela FCJ e Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia - Faculdades Integradas do Brasil -Unibrasil. Advogada. derlayne@furtadoneto.adv.br

ABSTRACT

This article aims to assess the impact of fundamental rights in relations between individuals. It is currently undeniable that the State intervenes in the private sphere in order to protect fundamental rights of some against the attempt of violation by other individuals. The Constitution is to impose standards of behavior and interaction among individuals reaching the relation individual-individual, in other words, becomes an objective order of values incident on the whole legal system, not limited solely to protect the citizen in relations with the State.

We cannot deny that the problem of the effectiveness of fundamental rights in private relations is the collision of fundamental rights of private individuals since the exercise of a fundamental right for one individual may restrict or even prevent the exercise of a fundamental right by another individual. In view of such a collision, the effectiveness needs to take into account the plurality of functions of fundamental rights in order to enable differentiated solutions taking into account the value in question or the right that is constitutionally protected under review in this case

KEY WORDS: *Fundamental law, relations between individuals, incidence, effectiveness.*

SUMÁRIO: Introdução. I. Dimensão subjetiva dos Direitos Fundamentais. II. Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais. III. Os direitos fundamentais nas relações privadas. IV. Teorias de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. 4.1. Teoria da não aplicação dos direitos fundamentais. 4.2. Teoria do state action. 4.3. Teoria da eficácia indireta ou mediata. 4.4. Teoria da eficácia direta ou imediata . Considerações Finais. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é fruto da transformação destes direitos ao longo da história, principalmente a partir do rompimento com a teoria liberal clássica levada a efeito pelo Estado Liberal, o qual a partir de uma relativização dos direitos individuais e da proclamação dos direitos sociais passou a intervir de forma mais intensa nas relações privadas.

Somado a isso o reconhecimento da supremacia da constituição acabou por contribuir para a consagração dos direitos fundamentais, o que acabou por significar que todos os ramos do direito devem estar a ela vinculados seja em aspectos materiais ou formais.

O reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais destacou seu papel exercido no ordenamento jurídico, devendo ser considerados valores que devem nortear a ordem jurídica, incluindo a privada.

Diante desta realidade foi estabelecido um certo consenso no sentido de admitir que as relações interprivadas também deveriam respeitar os valores ditados pelos direitos fundamentais.

I. Dimensão subjetiva dos Direitos Fundamentais

Historicamente os direitos fundamentais surgiram visando proteger o indivíduo do poder do Estado. O poder estatal aniquilava o homem, especialmente os interesses da burguesia que buscava acima de tudo a liberdade e a proteção à propriedade. Desta necessidade surgiram os direitos do homem contra a opressão e abusos do Estado.

Nas palavras de Comparato³ o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e seus direitos, segundo a trajetória histórica, é resultado da dor e do sofrimento, e, continua indicando que com cada surto de violência os homens recuam em sua evolução. Mas, além disso, outro fato que chama a atenção do autor é que as grandes declarações ocorreram na mesma época em que ocorreram grandes descobertas científicas ou invenções técnicas.

Não podemos negar que as invenções e grandes descobertas transformam os modos de vida, a convivência entre as pessoas, padronizam-se os costumes, etc. e, caso isso não ocorra com harmonização ética, com base em direitos humanos acaba por gerar a desagregação social em decorrência da sobreposição dos mais fortes⁴.

Neste contexto, importante destacar que os direitos fundamentais foram embasados em liberdades públicas e buscavam proteger o homem contra o Estado. Já a separação dos poderes buscava fragmentar o poder no intuito de enfraquecer o absolutismo estatal e coibir o abuso nas relações havidas entre o indivíduo e o Estado.

Diante desta realidade, visando tutelar o indivíduo, se construiu os direitos fundamentais colocando freios na interferência do Estado nas relações privadas, passando a se exigir omissão e abstenção estatal. Assim, nesta etapa do

³ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37

⁴ COMPARATO, Fabio Konder. ob cit., p. 38

constitucionalismo moderno surgiram os direitos fundamentais intitulados de primeira geração ou dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão constituíam liberdades negativas, que implicavam em deveres de omissão ao Estado. Garantir o seu exercício nessa primeira fase do movimento constitucionalista significava garantir o espaço privado como lugar jurídico do exercício de plena liberdade individual, sem intervenção do Estado, daonde decorre a separação entre esferas pública e privada. A concretização dos direitos fundamentais era vista como possível pelo livre estabelecimento de relações jurídicas interprivadas⁵.

Comum afirmar que nesta época tratava-se de direitos fundamentais concebidos como direitos unicamente do indivíduo contra o Estado. Estava em causa a exigência teórica e prática de que os direitos fundamentais tinham a finalidade de proteger a sociedade contra as intromissões do estado⁶.

Para Jesús Alfaro Aguila-Real⁷, os direitos fundamentais que vinculam os poderes públicos consistem em ordens para que respeitem a liberdade reconhecida aos cidadãos (proibição e intervenção) e, ao mesmo tempo, estabelecem meios de proteção eficazes frente à tentativa de infração por outros particulares.

Com a garantia do espaço privado começa a crescer o direito privado, e, conseqüentemente, o direito civil, o que acabou por estimular a proliferação de relações jurídicas entre os indivíduos sem interferência estatal. Neste contexto a Constituição que contém os direitos fundamentais de primeira dimensão passa a ser o centro do direito público e o código civil passa a ser o centro do direito privado.

O código civil ganha o status de “Constituição do Homem Privado”, e como conseqüência o dever de respeito aos direitos fundamentais apenas se postavam na perspectiva do Estado, mais precisamente na disciplina das relações entre Estado e indivíduos⁸.

Esta perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, com o passar do tempo não conseguiu explicar como era possível existir proteção a bens e valores ligados à pessoa

⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil e dignidade da pessoa humana: Um diálogo constitucional contemporâneo**. Revista Forense. Ano 102. Nº 385. Maio/Junho de 2006. p 113/125

⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p 247/248

⁷ AGUILA-REAL, Jesús Alfaro. **Autonomía privada y derechos fundamentales**. Anuario de Derecho Civil. Vol 46. Nº 1. Madrid: Ministerio da Justicia, 1993, p. 57/122

⁸ FACHIN, Luiz Edson. Ob cit. p 113/125

humana quando houvesse violações praticadas pelo Estado, e, ao mesmo tempo negá-la quando o agente ofensor era outro indivíduo. Isso fez com que surgisse uma nova visão dos direitos fundamentais para que se tornassem aplicáveis às relações jurídicas entre particulares.

II. Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais

A superação da idéia de que a proclamação dos direitos fundamentais significava apenas meras declarações de princípios sem força normativa é um dos maiores avanços do constitucionalismo do século XX. Isso porque consolida a idéia de que as normas conferem direitos subjetivos ao cidadão⁹.

De toda forma, a mudança mais significativa do século XX foi a superação de que os direitos fundamentais existiam apenas para apresentar oposição ao Estado. Os direitos fundamentais passam a desempenhar função adicional no sentido de expressar um sistema de valores válido a todo o ordenamento jurídico. Este foi nada mais do que o ponto de partida para uma constitucionalização do direito e uma ampliação da força normativa da constituição¹⁰ que passa a ser uma ordem objetiva de valores.

Como ordem objetiva a constituição deixa de impor restrições apenas ao Estado-indivíduo e passa a impor normas de comportamento e de convivência entre os indivíduos alcançando assim a relação indivíduo-indivíduo.

Konrad Hesse¹¹ indica que a compreensão dos direitos fundamentais como elementos da ordem objetiva e alicerces da ordem jurídica da coletividade vem ganhando significado em vista da tarefa do Estado social atual de produzir ou garantir os pressupostos da liberdade jurídico fundamental.

Sempre que surgir uma nova forma de poder ou um novo tipo de perigo para a dignidade humana aparecerá um novo direito. Por isso, sempre que se afirmar um outro entendimento das necessidades correlatas a dignidade humana descobrir-se-ão novas

⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A constituição do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76

¹⁰ AFONSO DA SILVA, ob cit., p. 77/78

¹¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p 242

dimensões dos direitos fundamentais¹². Isso porque a proteção da dignidade humana é sempre resposta a determinada estrutura de poder como dito linhas acima.

Não há dúvidas de que o que sedimentou as bases para a construção da dogmática geral dos direitos fundamentais e, mais especificamente, na sua dimensão objetiva tal como se entende hoje foi o caso Lüth julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958.

No caso sob comento, um cidadão alemão chamado Erich Lüth crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, na Alemanha, incitou, no início da década de 50, todos os distribuidores de filmes cinematográficos e ao público em geral, a boicotar o filme lançado por Veit Harlan. Harlan era um cineasta conhecido do regime nazista e acusado de ser um dos principais responsáveis pela alienação ideológica a que foi submetido o povo alemão no III Reich. Harlan e seus parceiros comerciais ingressaram com ação cominatória, com base no art. 826 do Código Civil Alemão (BGB), na Justiça Estadual de Hamburgo, postulando que Lüth fosse impedido de continuar com o boicote. Isso porque o boicote estava causando dano a outrem por ação imoral. As instancias ordinárias acataram o pedido de Harlan, o que motivou Lüth a propor reclamação constitucional, no Tribunal Constitucional Federal, alegando ofensa ao direito fundamental à liberdade de expressão garantido na Lei Fundamental de Bonn de 1949. O Tribunal julgou o pedido da reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal estadual de Hamburgo¹³. A decisão teve por base a prevalência do direito de liberdade de expressão em detrimento da liberdade de exercício da atividade empresarial de promover e divulgar filmes.

Com a decisão acima comentada o Tribunal não apenas resolveu a questão individual como também assentou novos contornos à Constituição e aos direitos fundamentais. A partir da decisão pode-se afirmar que Constituição é uma ordem objetiva de valores a incidir sobre todo o ordenamento jurídico, não se limitando apenas

¹² VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., 68/69

¹³ Trecho da decisão obtido na obra "Os cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Org. Leonardo Martins. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005" ... os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da Grundgesetz também têm esses sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente [dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos], a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal....

a proteger o cidadão nas relações com o Estado. Os direitos fundamentais, por sua vez, incidiram nas relações jurídicas privadas e não apenas nos vínculos de direito público.

Assim, a constitucionalização do direito civil representou a possibilidade de os direitos fundamentais operarem eficácia nas relações particulares e conseqüentemente consolidação na seara privada de dimensão objetiva.

A Constituição deixou de ser simplesmente uma carta política que regulava somente as relações entre Estado-indivíduo para assumir uma feição de integração de todo o ordenamento jurídico, aí estando obviamente incluído o direito privado.

Diante desta nova realidade os direitos fundamentais são oponíveis não apenas contra o Estado, mas também contra o indivíduo. A Constituição passa a ter que ser observada por todos aqueles que estão submetidos à ordem jurídica¹⁴.

III. Os direitos fundamentais nas relações privadas

Segundo a dimensão objetiva que acabamos de estudar não podemos negar a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas. De toda forma não podemos esquecer que é necessário verificar a medida, intensidade e extensão da vinculação, isso porque as duas partes são detentoras dos mesmos direitos fundamentais.

O fato da perspectiva objetiva indicar que as normas constitucionais contêm princípios morais, e, portanto, normas de valor aplicadas a toda a sociedade faz com que possuam eficácia irradiante extrapolando as fronteiras do Estado. Ou seja, alcançam as entidades privadas e conseqüentemente as relações entre particulares.

O autor Antonio Enrique Pérez Luño¹⁵ acredita que a aplicação dos direitos fundamentais deve se estender as relações entre particulares. Isso porque, segundo ele, além da ameaça dos poderes privados a aplicação propiciaria a manutenção de uma certa coerência no ordenamento jurídico interno, uma vez que impediria uma dupla ética na sociedade, uma entre Estado-indivíduo, outra indivíduo-indivíduo.

Ou seja, o autor defende a idéia de que não devemos ter uma ética aplicável nas relações havidas entre particulares, calcada na legislação infraconstitucional e outra, nas

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. Ob cit. p 113/125

¹⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho Y constitucion**. 8ª ed. Edición, Madri: Tecnos, 2003, p. 314.

relações havidas entre particular e o Estado, calcada na primazia dos direitos fundamentais contidos na Constituição.

Jorge Miranda¹⁶ afirma que não se compreenderia uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito aos direitos fundamentais do homem fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações dos indivíduos entre si. Não basta limitar o poder do Estado, também é preciso assegurar o respeito dos direitos fundamentais de cada particular em face dos demais particulares.

Como explicita Alexei Julio Estrada¹⁷, a diferença que ocorre nas relações existentes entre indivíduo e o Estado e a incidência dos direitos fundamentais entre particulares, consiste em que todos os sujeitos que integram a relação entre particulares são titulares de direitos fundamentais, e, muito provavelmente, de direitos subjetivos em relação ao outro. A concessão de um direito a um deles implica, muito provavelmente, na denegação do direito do outro, que também é um direito fundamental. Assim, os direitos fundamentais, neste plano atuam como direitos e deveres para quem intervém na relação jurídica de direito privado, estando, em última análise frente a um conflito de direitos fundamentais.

Diante do questionamento acima Jorge Miranda¹⁸ indica que a aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas não é um problema assim tão simples. Isso porque é inevitável a diferença de posições e modos de agir das entidades públicas e das entidades privadas. Não há como simplesmente recortar os direitos fundamentais como direitos essencialmente colocados frente ao Estado e aplicá-lo sem adaptações às relações entre particulares. Somado a isso a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares exige análise interdisciplinar. E, por fim, muito embora entendamos que o indivíduo está sujeito a limitação, o princípio da autonomia privada vai condicionar a medida de aplicação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais nas relações privadas.

Wilson Steinmetz¹⁹ afirma que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, além de ser imposição da Constituição é um instrumento socialmente necessário para a preservação e promoção dos direitos fundamentais ante as

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª Ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora 1998, p. 288

¹⁷ ESTRADA, Alexei Julio. **La eficacia de dos derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá/CO: Universidad Externado da Colombia, 2000, p. 88/89

¹⁸ MIRANDA, Jorge. Ob cit., p. 287

¹⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 83

transformações, sobretudo nas relações de poder da sociedade capitalista contemporânea.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁰ excluiu da discussão o respeito da aplicação dos direitos fundamentais na relações entre particulares várias normas previstas na Constituição de 1988, ele excluiu aquelas que se mostram inoponíveis aos particulares notadamente quanto tem por destinatário exclusivamente os órgãos estatais, como os direitos a nacionalidade, direitos políticos, direito a asilo, etc.

Relativamente a relações de consumo Cláudia Lima Marques²¹ é adepta da condição de que é impossível negar força normativa da Constituição de 1988 no direito privado, quando não apenas elevou os consumidores à condição de sujeitos de direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, da CF/88), como também no momento em que assegurou sua proteção, apesar da livre iniciativa de mercado (art. 170, V, da CF/88) e concomitantemente com a possibilidade de privatização, concessão e outras formas de transferir para as entidades privadas atividades antes exercidas exclusivamente pelo Estado (v.g. educação, saúde, habitação, etc).

De toda forma, para que ocorra a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares é imprescindível a realização de ponderação de bens, valores e princípios inseridos na Constituição eventualmente colidentes.

IV. Teorias de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

A Constituição de 1988 não faz referencia expressa a possibilidade de eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, apenas prevendo no parágrafo segundo do art. 5º, que *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.*

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 115/116

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 211/212

Diante do acima exposto apresentaremos as cinco principais teorias que procuram explicar o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

4.1. Teoria da não aplicação dos direitos fundamentais

Pela dimensão subjetiva dos direitos fundamentais existe uma parcela da doutrina que não concebe a incidência de princípios e valores constitucionais no direito privado.

Os doutrinadores que defendem esta teoria não aceitam qualquer influência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares por entenderem que desnatura a tradicional concepção liberal do constitucionalismo construído para proteger o indivíduo do Estado.

Segundo Bilbao Ubillos²², o ponto semelhante entre as teorias que negam a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é a afirmação de que representa risco à liberdade contratual e à segurança jurídica. Aqueles que comungam desta opinião consideram a teoria um “cavalo de Tróia” capaz de destruir o sistema privado cujo eixo gira em torno da autonomia privada.

Forsthoff²³ não aceitava a interpretação dos direitos fundamentais como sistema de valores e dizia ainda que propostas inovadoras neste sentido provocariam a insegurança e provável dissolução da Constituição. Isso porque o próprio direito privado é apto para solucionar os conflitos instaurados em sua seara.

Apesar do esforço dos estudiosos esta teoria acabou não predominando, especialmente após a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso Lüth que praticamente colocou uma pá de cal sobre a discussão de aplicabilidade ou não de direitos fundamentais em relações entre particulares. Isso porque, como dito linhas acima, segundo o entendimento da Corte a Constituição apresenta ordem objetiva de valores tendente a alcançar toda a sociedade.

²² UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de La jurisprudencia del tribunal constitucional. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 119

²³ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Ob cit., p. 278/279

4.2. Teoria do *state action*

Outra teoria que nega a aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação entre os particulares é a teoria Americana do *state action* que defende a tese de que de os direitos fundamentais vinculam apenas o Estado, motivo pelo qual seriam invocáveis tão somente em face de uma ação estatal presumidamente lícita, de tal sorte que as condutas eminentemente privadas encontram-se imunes a este tipo de controle e não são aferidas em face da Constituição²⁴.

Esta doutrina ao invés de negar a aplicabilidade da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas tem como objetivo definir em que situações uma conduta privada está vinculada aos direitos fundamentais. Para isso eles elegeem situações em que o ente privado possui ação equiparável a ação estatal.

Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho²⁵, a doutrina do *state action* conduz a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada a uma questão de imputação. Verifica-se se o ato de um particular, direta ou indiretamente agressor de direitos ou princípios constitucionais pode ser imputado ao Estado.

O campo de abrangência do *state action* opera eficácia de direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda contra outro particular alegando violação de direito fundamental individual. Caso esta demanda seja levada ao judiciário, na análise do juiz ou do tribunal, de situação exclusiva entre particulares, e, assim, sem a participação do Estado, haverá a verificação se a responsabilidade pode ser imputada ao Estado, e, portanto, subsumidas ao conceito do *state action*²⁶.

A diferença existente entre o *state action* e a teoria que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é no que se refere aos seus efeitos. Enquanto o *state action*, mesmo não admitindo eficácia direta, faz incidir os direitos fundamentais em relações entre particulares, utilizando-se o artifício de equiparação da

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob cit., p. 115/116

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós moderno.** In GRAU, Eros, GUERRA FILHO, Willis (Orgs). Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 109

²⁶ STEINMETZ, Wilson. Ob cit., p. 179

ação privada ao Estado, a segunda teoria simplesmente não permite, em situação alguma a incidência de qualquer eficácia interpretativa.

4.3. Teoria da eficácia indireta ou mediata

Esta teoria defende que é permitida a incidência de direitos fundamentais no âmbito privado, porém a incidência aceita acontece apenas de forma indireta, mediante a utilização de cláusulas gerais do direito civil que atuam como pontos de conexão dos direitos e relações jurídicas havidas entre os particulares.

Os defensores desta teoria acreditam que somente mediante a transformação em normas de direito civil é que os direitos fundamentais podem obrigar as pessoas nas relações privadas, e, somente através da irradiação sobre os conceitos indeterminados ou cláusulas gerais poderiam os correspondentes conceitos se tornarem eficazes²⁷.

Na Alemanha um dos principais defensores da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais foi Günther Düring, que, na obra escrita em 1956, chamada *Grundrechte und Privatrechtsprechung* (traduzido como Direitos Fundamentais e Relações Jurídicas Privadas), indica que os direitos fundamentais operariam no âmbito privado através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos preenchidos valorativamente.

Segundo o entendimento de Düring²⁸ o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º da Lei Fundamental de Bonn, não estabelece apenas uma obrigação negativa ao Estado, mas também impõe um dever de proteção e de tutela frente aos valores que os direitos fundamentais sedimentam na base da ordem jurídica.

De toda forma, Düring verificou que esta realidade ocorria de forma diversa quando dirigida contra o Estado e contra terceiros. Isso porque, ele percebeu que contra terceiros, o direito privado encontra limitação da autonomia da vontade privada o que justificaria a inserção dos direitos fundamentais nas cláusulas gerais do direito privado para que tivesse eficácia.

Düring indicou que submeter a atividade dos indivíduos aos mesmos direitos fundamentais que limitam a ação do Estado, significaria transformar direitos em deveres, invertendo o seu sentido. Ou seja, os princípios constitucionais apenas

²⁷ MIRANDA, Jorge. Ob cit., p. 288

²⁸ DÜRIG, Günther. **Grundrechte und Privatrechtsprechung**. München: Beck, 1956. Apud ESTRADA, Alexei Julio. Op. Cit. p. 110/111

serviriam como norte interpretativo das cláusulas gerais suscetíveis de concretização, seja para clarificar o conteúdo, acentuar ou desacentuar seus elementos, ou, ainda para em casos extremos completar lacunas. De toda forma, não significa que são diretamente utilizados, pois deve, obrigatoriamente, ser mantido o espírito do direito privado.

Retornando ao assunto antes trazido a baila no caso Lüth, o Tribunal Constitucional Federal Alemão sufragou a teoria da eficácia mediata quando afirmou que as cláusulas gerais devem funcionar como pontos de entrada dos direitos fundamentais no direito civil²⁹, e, que a ordem de valores por eles gerada seria fortemente considerada na interpretação das relações privadas. Assim, afirmaram que os direitos fundamentais não se destinariam a resolver os conflitos entre particulares de forma direta³⁰.

Konrad Hesse³¹ é adepto da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas por acreditar que cabe ao legislador a tarefa constitucional de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em direito vinculante aos indivíduos. Ou seja, caberia ao legislador infraconstitucional dar corpo as múltiplas introduções indicadas pela influencia dos direitos fundamentais, não podendo, todavia, mutilar a autodeterminação e a responsabilidade individual sob pena de se esvaziar a autonomia privada.

O jurista Jorge Reis Novais³² também rejeita a tentativa de conferir-se autonomia ao juiz em detrimento do legislador. Segundo ele, a realização dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares deve continuar a ser de competência do legislador.

Segundo os defensores da teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais na versão subjetiva continuam sendo oponíveis apenas ao Estado, como direitos de defesa. Já na perspectiva jurídico objetiva os defensores da teoria da eficácia mediata, permitem

²⁹ SCHWABE, Jürgen. **Os cinquenta anos de jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha**, Org. Leonardo Martins. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 388

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125

³¹ HESSE, Konrad. Ob cit., p 149/150

³² NOVAIS, Jorge Reis. **Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). **Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 381

a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sem que haja ofensa a autonomia privada.

Em síntese, de acordo com a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais vinculam os indivíduos, mas não diretamente, e sim mediante uma espécie de filtro da legislação privada mantendo-se sempre a autonomia dos indivíduos que também é constitucionalmente tutelada³³.

4.4. Teoria da eficácia direta ou imediata

A teoria da eficácia imediata afirma a vinculação direta dos atos praticados pelos particulares aos Direitos Fundamentais³⁴.

Esta teoria não indica a necessidade de interpretação das normas de direito privado conforme os direitos fundamentais como prevê a eficácia mediata. O que esta teoria indica é a possibilidade dos direitos fundamentais exercerem influência nos atos dos particulares, ou seja, os indivíduos devem respeitar estes direitos quando se relacionam entre si³⁵.

Outro ponto de destaque é que não se trata de dispensar o princípio da supremacia do legislador na concretização dos valores constitucionais. O que se tem em mente é que o indivíduo não fique privado da defesa de seus direitos fundamentais no caso de violação por outro particular apenas pelo fato de que o legislador infraconstitucional não previu a concretização de tais direitos em norma específica.

A doutrina da eficácia direta foi desenvolvida pelo jurista alemão chamado Hans Carl Nipperdey³⁶, e posteriormente ela foi adotada e aprimorada pelo também alemão Walter Leisner³⁷.

³³ VENEGAS GRAU, Maria. **Derechos fundamentales y derecho privado**: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 141

³⁴ “Defender a teses da eficácia imediata frente a terceiros é afirmar a vinculação direta, sem mediações concretizadoras, dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos reforçados pela garantia constitucional, frente a violações procedentes de sujeitos privados.” BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. analisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 238

³⁵ VENEGAS GRAU, Maria. **Derechos fundamentales y derecho privado**: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 179

³⁶ Hans Carl Nipperdey iniciou seus estudos e publicou “Die Würde des Menschen” em 1954 e “Grundrechte und Privatrecht” em 1962. Na primeira obra o autor defende que algumas normas de direitos fundamentais não se aplicam somente as relações entre particulares, aonde

Segundo Nipperdey a defesa da liberdade individual não pode ser a única função dos direitos fundamentais, isso porque não estaria sendo levado a efeito o real significado e a finalidade das constituições democráticas modernas. Continua o autor indicando que o fenômeno do poder privado não pode ser ignorado, pois se assim o fosse estaria sendo admitido violações dos direitos fundamentais entre particulares³⁸.

O entendimento de Sarlet³⁹ sobre o estudo de Leisner é que o fato dos direitos fundamentais representarem valores que norteiam todo o ordenamento jurídico faz com que não seja permitido que o direito privado se mantenha a margem desta realidade. Assim, defende que os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações entre particulares.

Apesar do acima indicado, convém salientar que próprio Nipperdey defendia que nem todos os direitos fundamentais vinculam os particulares, há necessidade de verificar cada situação, diante do caso concreto, para analisar-se a pertinência ou não da vinculação. Isso porque existem alguns direitos que são exclusivamente oponíveis ao Estado (v.g. direitos políticos, sociais, de asilo etc.)⁴⁰.

É claro que a afirmação acima não esvazia a afirmação de que existem direitos fundamentais que devem ser aplicadas nas relações entre particulares. Exemplificando temos o direito a honra, intimidade, expressão, etc.

Jorge Miranda⁴¹ indica que a incidência direta de direitos fundamentais deve ser reconduzir a dialética, e, caso tratássemos de poder de um grupo ou de uma entidade privada dominante, os direitos fundamentais deveriam valer de modo direto e imediato, enquanto que nos demais casos haveriam graus de vinculatividade a serem observados.

No mesmo sentido Jorge Reis Novais indica que se os direitos fundamentais se desenvolveram e demonstraram a sua aptidão enquanto garantias jurídico constitucionais nas relações entre os indivíduos com o Estado. Assim, quando presente

nascem posições jurídicas de particulares frente a particulares. Já na segunda obra Nipperdey rebate Düring indicando que os direitos fundamentais modificam normas de direito privado existentes.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob cit., p. 121

³⁸ GRAU, Maria. **Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada.** Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 180

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob cit., p. 122

⁴⁰ GRAU, Maria. Ob cit., p. 180

⁴¹ MIRANDA, Jorge. Ob cit., p. 287/288

uma certa verticalidade também estarão estruturalmente aptos a desempenhar as mesmas funções que tais relações de poder⁴².

De toda sorte, nas palavras de Nipperdey se negássemos a vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas estaríamos atribuindo as normas de direitos fundamentais cunho meramente declaratório e não constitutivo⁴³.

O jurista Bilbao Ubillos⁴⁴ defende a tese de Nipperdey afirmando que com ou sem desenvolvimento de lei específica é a norma constitucional que se aplica como razão primária e justificadora. Diante desta realidade, a existência de norma regulamentadora não é empecilho para aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Continua o autor indicando que o papel do legislador é que é meramente declaratório uma vez que os direitos fundamentais já estão positivados na Constituição.

Citando o italiano Lombardi, Ubillos⁴⁵, afirma que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas pode ser entendida como uma espécie do fechamento do sistema de proteção dos direitos fundamentais, pois derivando da constituição serviria para suprir falhas existentes no ordenamento privado e resolveria os casos eventualmente não previstos pelo legislador.

4.4. Teoria dos deveres de proteção

A teoria dos deveres de proteção é calcada na afirmação de que cabe ao Estado, mediante a atuação do legislador e dos magistrados o dever de tutelar, por imposição dos direitos fundamentais, o particular contra as ofensas praticados por outro particular. Noutras palavras, cabe ao Estado proteger o indivíduo contra quaisquer ameaças.

Segundo esta teoria, muito embora tenha inspiração contida na aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, dispensa a tradicional técnica de utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado obrigando os poderes públicos, em especial o legislativo e o judiciário a velarem os direitos fundamentais nas relações interprivadas⁴⁶.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. Ob cit.. p. 368/369

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob cit., p. 122

⁴⁴ BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Ob cit., p. 327

⁴⁵ BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Ob cit., p. 327

⁴⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p 256/257

Muito embora a teoria da eficácia mediata e a dos deveres de proteção tenham a mesma raiz, elas divergem em termos de construção e resultado. Isso porque enquanto a teoria da eficácia mediata só permite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais mediante intervenção concretizadora de cláusulas gerais, a teoria dos deveres de proteção obriga a todos os órgãos do Estado a protegerem os direitos fundamentais, sem que se exija intermediação do legislador⁴⁷.

Segundo esta teoria a responsabilidade primária do legislador no cumprimento dos deveres de proteção os direitos fundamentais é preservada, mas ela não descarta a atuação do poder judiciário quando há ausência de lei ou de cláusula geral.

Defendem que mesmo diante de situações extremas e até contrárias a lei, poderia o juiz, nos deveres de proteção, intervir visando conferir eficácia aos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁴⁸.

Frise-se, porém, que somente em casos extremos de absoluta e total ausência de regulação sobre o tema, e ainda, que referida ausência resulte em ausência de proteção de direito fundamental é que o magistrado poderá assumir o dever de proteção⁴⁹.

A vantagem desta teoria estaria existente no fato de tentar compatibilizar as teorias de eficácia medita e eficácia imediata, e, ao mesmo tempo, valoriza o papel do legislador na concretização dos direitos fundamentais, sem ainda descartar eventual necessidade de intervenção do magistrado em situações de ofensas a constituição.

Outro aspecto relevante desta teoria é que ela viabiliza tratamento suficientemente diferenciado dos direitos fundamentais no direito privado, pois admite o dever de intervenção do Estado nas relações interprivadas, muito embora seja apenas em casos excepcionais e justificados⁵⁰.

Aqueles que negam este teoria indicam que o Estado desempenha função protetora relativamente as liberdades e aos bens jurídicos pessoais, garantindo a segurança pública, combatendo a criminalidade, a integridade física, porém estas são atividades ligadas ao Estado liberal no que diz respeito a função de interesse geral e não enquanto meio de proteção dos direitos individuais⁵¹.

⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Ob cit. p. 357/360

⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Ob cit. p. 357/360

⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Ob cit. p. 383/384

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob cit., p. 140

⁵¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Ob cit., p 149

Na contramão da afirmação acima não se pode ter posições extremadas que, de um lado eliminem a liberdade constitutiva do legislador, e de outro lado estabeleçam limites a ele. Afinal, uma das limitações substanciais à proteção do Estado no que diz respeito aos direitos fundamentais é justamente imposta pelos direitos dos particulares. Segundo esta linha de raciocínio, quando a proteção dos direitos de uma pessoa põe em cheque a esfera jurídica de terceiros, a proteção do Estado será medida por uma espécie de ponderação dos bens e valores em colisão, e aí, dever-se-á, observar o princípio da proporcionalidade⁵².

Considerações Finais

O grande problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tende hoje para uma superação das teorias de eficácia mediata/imediata a favor de soluções diferenciadas, sobretudo na necessidade de fazer valer os direitos fundamentais. Esta eficácia precisa levar em consideração a pluralidade de funções dos direitos fundamentais de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas de acordo com o bem tutelado ou o direito constitucionalmente protegido que estiver sob análise no caso concreto⁵³.

Segundo a dimensão objetiva a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares serve de proteção contra os poderes econômicos, acaba por propiciar a manutenção da coerência da unidade interna ao ordenamento jurídico, evita a situação de dupla ética na sociedade, uma fundada na legislação constitucional e outra na infraconstitucional.

A possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais decorre do princípio da supremacia da constituição, do postulados da unidade material dos sistema jurídico, da consideração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da estrutura axiológica da Constituição brasileira que consagra um amplo catálogo de direitos fundamentais.

Em última análise o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas seria a colisão de direitos fundamentais dos particulares, uma vez que o

⁵² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Ob cit., p 149

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob cit., p. 1289

exercício de um direito fundamental por um particular pode impedir o exercício de um direito fundamental por outro particular.

Assim, para que os direitos fundamentais se efetivem nas relações interprivadas é imprescindível a ponderação dos bens, valores e princípios consagrados na constituição que eventualmente estejam colidindo.

Bibliografia

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A constituição do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

AGUILA-REAL, Jesús Alfaro. **Autonomía privada y derechos fundamentales**. *Anuario de Derecho Civil*. Vol 46. Nº 1. Madrid: Ministerio da Justicia, 1993.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?** A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós moderno. In GRAU, Eros, GUERRA FILHO, Willis (Orgs). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESTRADA, Alexei Julio. **La eficacia de dos derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá/CO: Universidad Externado da Colombia, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil e dignidade da pessoa humana: Um diálogo constitucional contemporâneo**. *Revista Forense*. Ano 102. Nº 385. Maio/Junho de 2006.

VENEGAS GRAU, Maria. **Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada.** Madrid: Marcial Pons, 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho Y constitucion.** 8ª ed. Edición, Madri: Tecnos, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estados de Direito Constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 2ª Ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.** In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). **Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

SCHWABE, Jürgen. **Os cinquenta anos de jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha**, Org. Leonardo Martins. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

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

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de La jurisprudencia del tribunal constitucional**. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

VENEGAS GRAU, Maria. **Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomia privada**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004,p 247/248