

**ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS**
*THEORETICAL ASPECTS ON THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS
WITHIN PRIVATE RELATIONS*

Tais Hemann da Rosa*

RESUMO: Este artigo propõe-se a discutir a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Inicialmente, aborda-se a definição de direitos fundamentais, formulando-se uma delimitação terminológica sobre o tema. Em um momento seguinte, discorre-se sobre os fenômenos da publicização, constitucionalização e fragmentação do direito civil. Após, destinou-se um espaço para a abordagem das principais teorias sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Posteriormente, adentra-se no debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. O momento final é designado para formulações de algumas considerações sobre o exposto.

Palavras-chave: Constitucionalismo contemporâneo; direitos fundamentais; eficácia e efetividade; direito privado.

ABSTRACT: This article aims to discuss the effectiveness of fundamental rights in private relations. Initially, the definition of fundamental rights is addressed, and a terminological definition is formulated on the subject. In a next moment, we discuss the phenomena of publicisation, constitutionalisation and fragmentation of civil law. Afterwards, a space was devoted to the main theories on the linking of individuals with fundamental rights. Subsequently, it delves into the debate on the linking of individuals to fundamental rights. The final moment is designated for formulations of some considerations on the above.

Keywords: Contemporary constitutionalism; fundamental rights; efficacy and effectiveness; private right.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) desde 2013. Mestre em Direito (2016), Área de concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, Linha de Pesquisa: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Público (2018) pelo Grupo Verbo Educacional.

1. INTRODUÇÃO

O debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve diversos aspectos, dentre eles os direitos fundamentais e sua caracterização enquanto tal, o estágio constitucional contemporâneo e seus reflexos, bem como os fundamentos a serem considerados para a existência dessa vinculação. Desse modo, para viabilizar a discussão proposta, indispensável que se façam algumas delimitações terminológicas e metodológicas, pois, não é de se desconsiderar o exaustivo debate que a temática pode proporcionar.

Assim, como definição terminológica, para fins deste estudo, compreende-se como “direitos fundamentais” aqueles direitos, sejam eles Direitos Humanos ou não, que estão incorporados pela ordem constitucional brasileira, seja de forma expressa na Constituição Federal de 1988, ou alçados a condição de direitos fundamentais em razão de seu conteúdo material de direito fundamental (direitos materialmente constitucionais), observada a abertura constitucional do artigo 5º, parágrafo 2º, CF/88. Outra delimitação terminológica alcançada neste estudo diz respeito à expressão “eficácia dos direitos fundamentais”, que aqui é compreendida como sinonímia de “vinculação dos particulares a direitos fundamentais”, “eficácia de direitos fundamentais nas relações (jurídicas) entre particulares” e “eficácia horizontal”.

Estabelecidas estas disposições preliminares, importante tecer breves linhas sobre qual a metodologia adotada para a elaboração do presente *paper*. O método de abordagem eleito para a pesquisa é o dedutivo. A escolha do método dedutivo decorre da necessidade de se buscar diante das Codificações brasileiras (especialmente na Constituição) e Doutrina as premissas básicas para se chegar à conclusão aplicável ao caso específico. Como técnica de pesquisa foi utilizada a pesquisa bibliográfica (doutrina e legislação).

Assim, no capítulo inicial, intitulado *Apontamentos sobre Direitos Fundamentais*, realizou-se a delimitação terminológica já mencionada, bem como uma abordagem sobre a concepção de direitos fundamentais, diferenciando esses dos direitos humanos (internacionalmente assim reconhecidos). O segundo capítulo, por sua vez, destinou-se a exposição de alguns aspectos *Sobre o Constitucionalismo Contemporâneo*. Discorreu-se, portanto, sobre os fenômenos que afetam o direito privado, fazendo com que o mesmo apresente

mudança substancial após a ruptura com o Estado liberal clássico. Tais fenômenos são a publicização, constitucionalização e fragmentação do direito civil. O terceiro capítulo destinou-se a abordar as principais *Teorias Sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Transcorreu-se neste capítulo sobre as Teorias da eficácia mediata (indireta), imediata (direta) e dos deveres de proteção. O próximo, e talvez o mais relevante tópico para a discussão do tema, debruçou-se diretamente *Sobre a Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais* (ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares), constatou-se de forma indireta que essa vinculação é decorrência tanto das características dos direitos fundamentais, quanto do próprio estágio do constitucionalismo contemporâneo. Este último capítulo aborda ainda os principais fundamentos dogmáticos a serem considerados para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

2. APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: CORTE EPISTEMOLÓGICO

Para dar início ao debate, imprescindível que se façam algumas breves delimitações teóricas sobre o tema. Nessa perspectiva, é necessário aqui que se discorra sobre o que se entende por “Direitos Fundamentais”, bem como, a distinção entre esses e outros direitos (terminologicamente distintos) que, data vênua, são com frequência utilizados equivocadamente, ou despreocupada, como sinônimos pela doutrina.

A esse passo, cabe trazer à baila as nomenclaturas mais utilizadas pela doutrina como sinônimos a direitos fundamentais, quais sejam: “*direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos políticos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem*” (SILVA, 2012, p. 175) [grifos do autor]. Ingo Sarlet ao abordar a utilização de terminologias diversas para referir os “direitos fundamentais”, discorre que:

[...] **tanto na doutrina, quanto no direito positivo** (constitucional ou internacional), **são largamente utilizadas** (e até com maior intensidade), **outras expressões**, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, apenas para referir algumas das mais importantes. **Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem**

alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado, o que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador. [...]. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV) (SARLET, 2010, p. 27) [grifos meus].

Diante da diversidade de nomenclaturas utilizadas como sinônimas delimitam-se, na esteira de Ingo Sarlet (2010), direitos fundamentais como sendo os direitos, abrigados internacionalmente como direitos humanos ou não, reconhecidos e tipificados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. De outro modo, os direitos humanos propriamente ditos, são aquelas posições jurídicas reconhecidas ao ser humano enquanto tal, independente de vinculação a uma ordem constitucional determinada. Desse modo, tanto os direitos humanos podem ser também direitos fundamentais em determinada ordem constitucional, pois positivados e elevados a tal condição. Quanto os direitos fundamentais de determinada ordem constitucional podem ser também direitos humanos em um plano internacional. Contudo, tal lógica não deve ser entendida como obrigatória, ao passo que nem todos os direitos fundamentais de uma determinada ordem constitucional devem de forma obrigatória resguardar relação com os direitos humanos (internacionais), podendo ser considerados como fundamentais apenas no contexto daquela ordem específica.

Nesse ínterim, para fins desse estudo, considera-se que os direitos fundamentais constituem-se como tais ao passo que são positivados na ordem vigente (observando a possibilidade de abertura constitucional a direitos fundamentais materiais)¹, ressaltando que “a positivação jurídico-constitucional não ‘dissolve’ nem ‘consume’ quer o momento de

¹ Sobre o assunto: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74-140. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. PES, João Hélio. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Unijuí, 2010. “Os direitos fundamentais não se resumem apenas àqueles tipificados na Constituição, uma vez que ela própria contém “cláusula aberta” ou adota o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, admitindo que outros direitos, além daqueles que prevê, possam existir, seja pelo fato de resultarem do regime democrático e dos princípios que adota, seja em razão de decorrerem dos tratados internacionais” (PES, 2010, p. 39-40).

‘jusnaturalização’ quer as raízes fundamentantes dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade)” (CANOTILHO, 2003, p. 378).

Entende-se ainda que a conceituação de direitos fundamentais deve ir além da sua compleição clássica, qual seja de um rol de garantias individuais ou coletivas perante a atuação do Estado. Devendo ser entendidos como direitos postos de forma positiva em uma determinada ordem constitucional, que apresentam uma estrutura “[...] cujo conteúdo consiste na **imposição ao Estado e às entidades públicas - também aqui**, já com alguma divergência, **aos próprios particulares e entidades privadas** – de obrigações e deveres que ensejam aos indivíduos, em maior ou menor medida, posições de vantagem juridicamente tuteladas, consideradas, pois como direitos fundamentais” (PAULA, 2010, p. 29) [grifos meus].

Nesse contexto, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como direitos a serem exercidos frente ao Estado, como limitadores da atuação estatal perante aos cidadãos (direitos de defesa), bem como direitos de prestação positiva por parte do estado frente ao cidadão, e ainda como direitos a serem tutelados nas relações entre particulares.

Indispensável o conceito de Ingo Sarlet (2010) sobre o que são direitos fundamentais:

[...] são, portanto, todas aquelas **posições jurídicas concernentes às pessoas**, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, **por seu conteúdo e importância** (fundamentalidade em sentido material), **integradas ao texto da Constituição** e, portanto, **retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes** constituídos (fundamentalidade em sentido formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal [...] (SARLET, 2010, p. 77) [grifos meus].

Desse modo, por “direitos fundamentais” serão entendidos aqueles direitos, sejam eles direitos humanos ou não, incorporados pela ordem constitucional brasileira, seja de forma expressa na Constituição Federal de 1988², seja aqueles alçados a condição de direitos fundamentais em razão de seu conteúdo material de direito fundamental (direitos materialmente

² Na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet (2010), nesse trabalho serão considerados abarcados na expressão “direitos fundamentais” os Direitos e Garantias Fundamentais (Título II da CF/88), “consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V)” (p. 28).

constitucionais), observada a abertura constitucional do artigo 5º, parágrafo 2º, CF/88. Por fim, arguidas breves premissas sobre o sentido em que a expressão “direitos fundamentais” será utilizada no presente *paper*, cabe agora análise dos motivos que levam os direitos fundamentais a ingressarem no universo do direito privado, impondo ao Estado a necessidade de uma atuação pró-ativa para a tutela dos mesmos também nas relações entre particulares.

3. SOBRE O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: FENÔMENOS DA PUBLICIZAÇÃO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO E FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Os três aspectos que não podem ser ignorados para tornar viável, posteriormente, adentrar no debate sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais são os fenômenos da publicização, constitucionalização e fragmentação do direito privado. Tais fenômenos são aspectos do constitucionalismo contemporâneo que teve origem no Estado intervencionista do *Welfare State*, constitucionalismo este experimentado pelo Brasil na Constituição Federal de 1988. Diferente do que ocorria na época do liberalismo clássico (século XIX), em que:

[...] concebiam-se as constituições liberais como verdadeiros *códigos do direito público* (ou seja, diplomas jurídicos que buscavam disciplinar a organização do Estado, a estrutura dos poderes, a competência de seus órgãos, bem como algumas relações entre Estado e seus súditos), ao passo que os códigos privados eram encarados como verdadeiras *constituições de direito privado* (isto é, estatutos que disciplinavam as relações jurídicas entre os cidadãos, com exclusão de qualquer intervenção estatal, especialmente na área econômica, regida que era pela autonomia da vontade e pela concepção individualista de propriedade privada) (FACCHINI NETO, 2006, p. 35) [*grifos do autor*].

No modelo de Estado social, o legislador passou a intervir em esferas do direito antes deixada a cargo apenas dos particulares, visando à justiça social e o estabelecimento de igualdade material entre as partes. Assim, de acordo com Daniel Sarmiento (2006) é com o surgimento de um Estado preocupado com o aspecto social que se multiplicaram as intervenções do legislador no campo privado, bem como a edição de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia da vontade dos sujeitos em prol de interesses coletivos. A esse passo, “a Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e

o mercado e consagrando valores solidarísticos, além de direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhistas” (SARMENTO, 2006, p. 49).

Nesse contexto, na esteira de Eugênio Facchini Neto (2006), o fenômeno da publicização do direito privado, é aquele que emerge como uma intervenção mais incisiva do legislador para estabelecer relações sociais justas, “[...] limitando a liberdade contratual e impondo uma orientação relativamente rígida ao programa contratual das partes” (FACCHINI NETO, 2006, p. 30). Dessa forma, o que antes era deixado a livre escolha e pactuação das partes, agora é delimitado pelo poder estatal. Por meio do legislador, algumas situações - que em geral envolvem partes em desigualdade contratual-, são reguladas por lei, de forma que a cogência (entenda-se capacidade de vinculação obrigatória a norma), antes característica apenas das normas de direito público, também alcançam normas de direito privado. Desse modo, de forma menos complexa do que ocorre com o fenômeno da constitucionalização do direito privado, que de acordo com Eugênio Facchini Neto deve ser compreendida em pelo menos dois enfoques, a publicização do direito privado significa “[...] que o Estado passa a intervir, de forma imperativa, em áreas que antes eram deixadas ao livre jogo das vontades privadas” (FACCHINI NETO, 2006, p. 31).

Já o fenômeno da constitucionalização do direito privado é aquele que decorre da projeção dos conceitos e princípios estabelecidos pela Constituição sobre toda a ordem jurídica, fazendo com que também nas relações entre particulares, na esfera do direito privado, as disposições constitucionais devam ser observadas, de modo a serem consideradas verdadeiros nortes para a interpretação e aplicação da lei também nessas relações. Nesse ínterim,

percebe-se, destarte, que os valores desta sociedade não são mais aqueles pregados pelo direito civil do Estado Liberal. Ao invés da autonomia da vontade e da igualdade formal, sobrepõem-se os interesses de proteção de uma população que aguarda providências e prestações estatais. Estes valores, que outrora estavam no direito civil, estão agora nas constituições. A Constituição, que no paradigma burguês era desinteressada quanto às relações sociais, passa a preocupar-se com elas, incorporando os valores que, ao mesmo tempo, vão sendo expressos no ordenamento. A Lei Fundamental então é que positiva os direitos concernentes à justiça, segurança, liberdade, igualdade, propriedade, herança etc., que antes estavam no Código Civil (FINGER, 2000, p. 93).

O que se depreende é uma busca do Estado em estabelecer uma validade material às normas de direito constitucional, tutelando de forma incisiva sua aplicação, abandonando a posição de mero “legislador formal” e passando a ser também “garantidor” de uma perspectiva material dos direitos e garantias constitucionais, com especial destaque no que concerne aos direitos fundamentais. Nessas tintas, FACCHINI NETO (2006), propõem que “em sentido mais moderno, pode-se encarar o fenômeno da constitucionalização do direito privado sob dois enfoques” (p. 37).

Assim, o autor aponta duas perspectivas que se analise o fenômeno da constitucionalização do direito civil. O primeiro deles diz respeito “ao fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.) passaram a serem disciplinados também nas constituições contemporâneas, além de outros institutos que costumavam ser confinados a diplomas penais ou processuais” (FACCHINI NETO, 2006, p. 37 - 38). Fenômeno que nesse trabalho representa extrema importância, pois revela a preocupação do legislador com as relações particulares, “chamado por alguns doutrinadores de relevância constitucional das relações privadas” (FACCHINI NETO, 2006, p. 38).

O segundo enfoque, proposto por Eugênio Facchini Neto (2006), diz respeito a própria expressão constitucionalização do direito civil, ou seja, o enfoque aqui está ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, “tais como a força normativa dos princípios, à distinção entre princípios e regras, à interpretação conforme a Constituição, etc.” (FACCHINI NETO, 2006, p. 38 - 39). Esse segundo enfoque também apresenta relevância na análise que se pretende neste *paper*, pois implica “analisar as conseqüências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais” (FACCHINI NETO, 2006, p. 39), análise que se fará no tópico sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Dessa forma, é possível aludir que

[...] o fato de o constituinte ter incluído na Carta Magna vários princípios (mas também algumas regras) tipicamente de direito privado, faz com que todo o direito privado, naquilo que é atingido potencialmente por tais princípios, deva ser interpretado em conformidade com a Constituição. Assim, não há como, por exemplo, continuar a estudar, interpretar e aplicar o direito das coisas, sem levar em consideração o princípio constitucional da função social da propriedade (independente de estar consagrado ou não no Código Civil). A propriedade codificada necessariamente

perde todos os seus contornos mais acentuadamente individualistas, despe-se totalmente de todo seu pretensão absolutismo (FACCHINI NETO, 2006, p. 39-40).

É diante do fenômeno da Constitucionalização do direito privado que os códigos, que antes eram vistos como uma “espécie de barreira ao Estado, concebidos como sendo a disciplina jurídica das relações intersubjetivas privadas, imunes à intervenção do Estado” (FACCHINI NETO, 2006, p. 35), passam a ser vistos como limitadores também das relações entre particulares. Diante dessa nova ordem constitucional, as normas constitucionais que antes “ocupavam-se das relações privadas apenas para tutelar a autonomia privada relativamente a possíveis interferências estatais, proclamando, por exemplo, a *inviolabilidade* da propriedade [...]” (FACCHINI NETO, 2006, p. 36), passam a disciplinar também a função social dessa propriedade, por exemplo.

Neste entrecho, entende-se demonstrada a íntima relação existente entre esse fenômeno (constitucionalização do direito civil) e a eficácia e vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tal conclusão é possível por considerar que o contexto constitucional contemporâneo, representado no Brasil pela Constituição Federal de 1988, aponta como norte, para todas as relações, sejam elas entre Estado e indivíduos ou entre particulares, as delimitações trazidas pelos direitos fundamentais.

Cabe agora análise do fenômeno da fragmentação do direito civil, fenômeno esse tem origem na própria superação do entendimento das normas constitucionais como meras limitadoras da atuação do Estado frente aos particulares. A superação desta visão somada ao reconhecimento da “força normativa” de toda a Constituição, especialmente no tocante aos princípios, possibilita conceber o ordenamento como uma unidade, em que a Constituição vai além do limite ao legislador, sendo compreendida como norte de sua atuação e como centro unificador também do direito infraconstitucional (SARMENTO, 2006). “Tal concepção vai acarretar em uma verdadeira “virada de Copérnico” no Direito Privado, reunificando, em torno dos seus valores existenciais, um sistema que fora fragmentado pelo advento de um sem-número de leis especiais” (SARMENTO, 2006, p. 49-50).

Ou seja,

[...] as normas principiológicas e programáticas concernentes ao direito privado, mas contidas na Constituição, necessariamente

impõem ao legislador o dever de editar uma legislação compatível com tais princípios e que lhe desenvolvam o programa. É aí está a razão do surgimento de leis especiais que acabam por reduzir o primado antes indiscutível do Código Civil. Tais leis especiais buscam disciplinar institutos de direito privado, com base em outros princípios que não aqueles clássicos, contidos nas codificações. Emergem, então, leis como o *Código de Defesa do Consumidor*, que disciplina as relações de consumo à luz de princípios totalmente diversos daqueles que presidem as relações negociais codificadas, o *Estatuto da Criança e do Adolescente*, que pretende conferir uma proteção integral, com caráter prioritário, à criança e ao adolescente, em todas as suas fases e em todos os aspectos (em cumprimento aos princípios enunciados no art. 227 da C.F.), dentre outras (FACCHINI NETO, 2006, p. 41) [*grifos do autor*].

Essa elaboração de diversos diplomas legais destinados a tutela dos direitos fundamentais sob os seus mais variados aspectos é a expressão do fenômeno da fragmentação do direito privado. De acordo com Eugênio Facchini Neto (2006) “o sistema unitário simbolizado pelo código civil, que tinha a pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida privada, vê-se esfacelado em uma miríade de leis e decretos que subtraem determinados institutos da monolítica disciplina codicista” (p. 42). A esse passo, “os estatutos [passaram] a disciplinar tais temas sob outros enfoques e princípios. Para tentar garantir um mínimo de unidade sistemática, busca-se subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da Constituição (FACCHINI NETO, 2006, p. 42)”.

Por fim, o que se pode concluir é que o fenômeno da fragmentação do direito civil representa mais um aspecto do constitucionalismo contemporâneo, no qual a intervenção estatal mescla-se a autonomia privada, de modo a delimitar o poder antes absoluto das partes. Dessa forma, tanto esse fenômeno, quanto os fenômenos da publicização e constitucionalização do direito privado, demonstram a penetração do direito constitucional na esfera do direito privado, o que por sua vez reflete-se na própria vinculação (efetivação) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

4. TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Três são as teorias que serão abordadas aqui, a teoria da eficácia mediata ou indireta, teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e teoria dos deveres de proteção.

Wilson Steinmetz (2004), esclarecendo sobre a existência de divergências iniciais sobre o tema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, discorre em nota sobre as críticas tecidas por Ernst Forsthoff (1959), apontando que:

para ele (“La trasformazione della legge costituzionale”, pp. 214), “a introdução da eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais no campo da interpretação, pela sua amplitude, é uma transformação constitucional, sem precedentes, porque na sua importância (...) supera em grande extensão a transformação do princípio de igualdade em vínculo para o legislador, ocorrida na metade dos anos vinte [do século XX]. Ela [a eficácia frente a terceiros] transforma um inteiro complexo de normas constitucionais de garantias da liberdade em normas jurídicas portadoras de deveres, enquanto a medida dos deveres resta incerta. Sob o aspecto político-constitucional, isso significa *a transformação dos direitos fundamentais em vínculos obrigatórios, determinados essencialmente em modo social, com uma notável eliminação de seu conteúdo liberal*”. Para o jurista alemão (“La trasformazione della legge costituzionale”, pp. 211-212”), a única determinação explícita da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) sobre a eficácia dos direitos fundamentais se refere à eficácia vinculante ante a legislação, a administração e a jurisdição (LF, art. 1.3). A eficácia frente a terceiros somente é possível com o abandono das regras clássicas de interpretação e com a adoção do método científico-espiritual de interpretação, método orientado pela concepção segundo a qual os direitos fundamentais são um sistema de valores. A eficácia frente a terceiros é mais uma manifestação da “dissolução da lei constitucional” [*da Grundgesetz*] (STEINMETZ, 2004, p. 33, em nota) [grifos do autor].

É justamente a perspectiva trazida em tom de crítica por Ernst Forsthoff em 1959 que aponta o norte para a interpretação da vinculação dos particulares aos direitos particulares. Qual seja, uma concepção segundo a qual os direitos fundamentais são um sistema de valores que orientam as relações privadas. Contudo, no entendimento que se adota aqui, que em nada dissolvem a lei constitucional, ao contrário, tornam-na mais efetiva e a dispõem como centro gravitacional do sistema jurídico. Arguida a premissa sobre a aceitação inicialmente controvertida do mecanismo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Na

esteira de Ingo Sarlet, entende-se que apesar de atualmente já existir amplo consenso na doutrina majoritária quanto à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, isto não significa que tal aspecto não mereça consideração. Ou seja, a aparente ausência de controvérsia não torna dispensável ao menos uma breve incursão nesta seara (SARLET, 2000).

Assim, aqui se discorrerá sobre duas das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A primeira teoria a ser abordada é da eficácia mediata, desenvolvida por originalmente pelo alemão Günter Dürig em 1956, tornando-se a teoria dominante no direito germânico. Tal teoria advoga que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, que se reflete em todo o ordenamento jurídico, no entanto, não apresentam eficácia imediata (aplicação subjetiva direta) nas relações entre particulares. Segundo esta teoria, “o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares acabaria por gerar uma estatização do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada” (SARLET, 2000, p. 123).

Dessa forma, “para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição” (SARMENTO, 2006, p. 198). Assim, “afirmam os seus defensores que a adoção da teoria rival, da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras desses direitos” (SARMENTO, 2006, p. 198).

Nesse contexto, o núcleo essencial desta teoria pode ser resumido da seguinte maneira: em primeiro lugar “(i) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito comercial) [...]” (STEINMETZ, 2004, p. 136-137), segundo, “(ii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano” (STEINMETZ, 2004, p. 137). O terceiro aspecto aponta que “(iii) ao legislador cabe o desenvolvimento “concretizante” dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares” (STEINMETZ, 2004, p. 137-138). Por fim, “(iv) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico,

compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado (interpretação conforme os direitos fundamentais) [...]” (STEINMETZ, 2004, p. 138).

Percebe-se, em última análise, que segundo esta concepção, os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis nas relações entre particulares (como direitos subjetivos), carecendo, portanto, de uma intermediação, uma transposição a ser efetuada pelo legislador, e, na ausência de normas legais, pelo judiciário, por meio de interpretação conforme aos direitos fundamentais (SARLET, 2000), “[...] e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado” (SARLET, 2000, p. 124).

A segunda teoria é denominada de eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Esta teoria foi defendida inicialmente por Hans Carls Nipperdey, na Alemanha, no início dos anos 50, e, posteriormente, adotada e reforçada por Walter Leisner. Daniel Sarmiento (2006) destaca que segundo Nipperdey

[...] embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*. Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que espreitem os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares (p. 204-205).

Ainda nesse contexto, Ingo Sarlet (2000) afirma que “[...] Nipperdey chegou a sustentar aquilo que denominou de eficácia absoluta (*absolute Wirkung*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado e das relações entre particulares” (p. 122). A esse passo, tem-se que para a corrente teórica da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, tal vinculação respalda-se no argumento segundo o qual, em razão de os direitos fundamentais constituírem-se em normas que expressam os valores aplicáveis para toda a ordem jurídica e em decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em

virtude do postulado da força normativa da Constituição, não seria aceitável que o Direito Privado se resguardasse em uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo, portanto, como se admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais (SARLET, 2000).

Assim, a diferença básica entre a teoria da eficácia imediata e a da eficácia mediata, é que a primeira propõem a aplicação direta das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ou seja, postula uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, portanto, “o conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica não dependem de regulações legislativas específicas nem de interpretação e de aplicação judiciais, conforme aos direitos fundamentais, conforme aos direitos fundamentais [...]” (STEINMETZ, 2004, p. 167). Desse modo, a teoria da eficácia imediata atribui as normas de direito fundamental uma dupla dimensão, uma subjetiva (de direitos que podem ser exercidos diretamente frente a terceiro particular) e uma objetiva (eficácia perante todo o ordenamento jurídico).

No âmbito da teoria da eficácia mediata, Ingo Sarlet destaca a nova perspectiva assumida por essa teoria, qual seja de uma teoria dos deveres de proteção. A concepção aqui é a de que

[...] os deveres de proteção decorrentes de normas definidoras de direitos fundamentais impõe aos órgãos estatais (e é o Estado o destinatário precípua desta obrigação) um dever de proteção dos particulares contra agressões aos seus bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando estas agressões forem oriundas de outros particulares, proteção esta que assume feições absolutas, já que abrange todos os bens fundamentais (SARLET, 2000, p. 126).

Tal teoria, conforme discorre Daniel Sarmento (2006), representa um importante segmento da doutrina alemã, figurando autores como Claus-Wilhelm Canaris, Joseph Isensee, Stefan Oeter e Klaus Stern, “[...] defendo a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos no âmbito das relações privadas” (p. 216). Assim, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na idéia de que cabe ao Estado proteger os direitos

fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares. Contudo, merece referência a crítica formulada por SARMENTO (2006):

[...] a premissa em que se lastreia – de que só o Estado estaria vinculado aos direitos fundamentais –, parece francamente inadequada à realidade da vida moderna, além de eticamente injustificável. Não bastasse, aceitar a existência dos deveres de proteção e negar a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais encerra uma evidente contradição, já que, do ponto de vista lógico, só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causada por particular, se se aceitar também que ao particular em questão não é lícito causar aquela lesão – vale dizer, que ele também está vinculado ao respeito do direito fundamental (p. 220).

Nesse ínterim, percebe-se que a teoria dos deveres de proteção possibilita uma abertura demasiado grande para a violação dos direitos fundamentais por parte dos particulares. Observa-se uma busca pela manutenção de um viés liberal no constitucionalismo, ao passo que atribui ao Estado uma posição de defesa, uma interferência diminuída nas relações entre particulares, interferência esta destinada apenas a reparação, pois prevê a intervenção do Estado apenas para tutelar um direito já violado, pois quando não prevê a vinculação direta do particular aos direitos fundamentais possibilita a violação dos mesmos. Dessa forma, o que se depreende é uma lógica pouco eficiente na tutela aos direitos fundamentais.

Por fim, cabe referenciar outras teorias que versam sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares que, porém, não serão abordadas nesse trabalho por considerar-se superadas e/ou de menor relevância para a perspectiva brasileira, são elas: negação da eficácia dos direitos fundamentais³, teoria da convergência estatista (ou teoria da

³ “[...] na Alemanha, logo após o surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, esboçou-se contra ela uma forte reação, que teve à frente autores como Mangoldt e Forsthoff, e que se baseava numa visão do liberalismo clássico, para afirmar que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos de defesa em face do Estado. [...]. Sem embargo, a corrente que negava a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Alemanha praticamente desapareceu, depois que esta foi reconhecida por reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal, proferidas a partir da década de 50” (SARMENTO, 2006, p. 188).

imputação de Schwabe)⁴ (ou negação da relevância da discussão em torno de uma eficácia mediata ou imediata), doutrina da *state action*⁵ e teoria integradora (modelo de Robert Alexy)⁶.

5. SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FUNDAMENTOS

Elencadas as perspectivas teóricas sobre a existência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, parte-se agora o desenvolvimento acerca do que se entender por eficácia (vinculação) e como esta se desenvolve na ordem brasileira. Inicialmente, cabe fazer referência as terminologias utilizadas para se designar o objeto de estudo deste trabalho, pois a doutrina adota diversas expressões, ora como sinonímia, ora fazendo distinções⁷ que aqui se julgam desnecessárias. Desse modo, adotam-se as mesmas expressões de Wilson Steinmetz (2004) em sua abordagem sobre o tema, quais sejam: “vinculação dos particulares a direitos fundamentais”, ‘eficácia de direitos fundamentais nas relações (jurídicas) entre particulares’ e ‘eficácia horizontal’” (p. 58). Assim, entenda-se “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais” como sinonímia de “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2010), ao abordar o tema, destaca que “excluem-se da discussão, notadamente no que diz com uma eficácia direta, todos os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm por destinatário única e exclusivamente os órgãos estatais. Como

⁴ “Originalmente desenvolvida por Jürgen Schwabe, na Alemanha, esta corrente, além de negar a relevância da discussão em torno de uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sustenta, em suma, que a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado, já que a este incumbe o dever precípua de proteger os direitos fundamentais em geral, de tal sorte que os problemas da eficácia em relação a terceiros (nas relações entre particulares) dos direitos fundamentais não passa de um ‘problema aparente’” (SARLET, 2000, p. 133).

⁵ Surgida nos Estados Unidos, com os *Civil Rights Cases*, julgados pela Suprema Corte norte-americana em 1833. “como revela o professor espanhol Bilbao Ubillos, em monografia sobre o tema, nos Estados Unidos continua prevalecendo a tese liberal de que os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos apenas vinculam o Estado e são invocáveis tão-somente em face de uma ação estatal (*state action*) presumidamente ilícita, de tal sorte que as condutas eminentemente privadas encontram-se imunes a este tipo de controle e não são aferidas em face da Constituição” (SARLET, 2000, p. 134).

⁶ “[...] propõe um modelo de três níveis que integra as três teorias básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação de Schwabe (direitos de defesa ante ao Estado). Essas teorias não se excluem. Em cada uma, há aspectos corretos incorporáveis em uma construção dogmática unitária” (STEINMETZ, 2004, p. 181).

⁷ Sobre o assunto: STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53-58.

exemplos, poderíamos citar os direitos políticos, algumas das garantias fundamentais na esfera processual (como o habeas corpus e o mandado de segurança)” (2010, p. 376). Por outro lado, tocante aos direitos fundamentais sociais SARLET (2010), cita como exemplo o direito subjetivo ao ensino fundamental (público) obrigatório e gratuito (art. 208, inciso I, da CF), apontando ser esse

[...] ilustrativo da circunstância de que o destinatário – sujeito passivo – direto e imediato deste direito é o poder público, e não um particular, o que não afasta a incidência de efeitos em relação a particulares e nem a existência de deveres fundamentais, no caso, em caráter ilustrativo, o dever da família (pais ou responsáveis) de zelar pela escolaridade mínima do filho (SARLET, 2010, p. 376).

O autor destaca ainda que

[de] qualquer modo, **a vinculação direta dos particulares aos direitos sociais tem sido objeto de polêmica também no direito brasileiro, aspecto que aqui não poderá ser mais desenvolvido**⁸. De outra banda, o problema poder-se-á considerar parcialmente resolvido no caso dos direitos fundamentais que, em virtude de sua formulação, se dirigem (ao menos também) diretamente aos particulares, tais como o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e V, da CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII, da CF). Tal ocorre também com diversos dos direitos sociais, de modo especial no que diz com os direitos dos trabalhadores que têm por destinatário os empregadores, em regra, particulares. Em todas as hipóteses referidas não há, na verdade, questionar uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 376-377) [grifos meus].

Elencadas as delimitações iniciais. Rumo ao debate sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, indispensável aqui a abordagem de Wilson Steinmetz (2004) sobre a “unidirecionalidade e bidirecionalidade” dos direitos fundamentais. Isso, pois, é partir dessa

⁸ Sobre a incidência dos direitos sociais, políticos e transindividuais nas relações privadas ver: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 287-322.

definição, de um direito uni ou bidirecional que se pode compreender a existência ou não da vinculação dos particulares aos mesmos. O autor esclarece que “de modo geral, não passa despercebido na literatura que o problema da eficácia entre os particulares não se põe a todos os direitos fundamentais” (p. 59). Destacando, ainda, que “há direitos fundamentais que são unidirecionais, porque vinculam somente os poderes públicos. Na CF, é o caso, e.g., dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos (Título II, Capítulo III e IV, respectivamente)” (p. 59). Assim, segundo STEINMETZ (2004) a existência de eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é efeito da bidirecionalidade desses direitos, ou seja, da capacidade de vincularem tanto os poderes públicos, quanto os particulares. Cabe advertir ainda, que os poderes públicos encontram-se vinculados a todos os direitos fundamentais, independente de figurarem de forma explícita como sujeitos nessas normas.

Vale trazer à discussão as questões levantadas por STEINMETZ (2004) no tocante aos aspectos que envolvem a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Segundo ele, deve-se observar tanto a “questão material”, quanto a “questão processual”. Dessa forma de acordo com Wilson Steinmetz (2004) no plano jurídico-material, “(i) pergunta-se pela possibilidade de fundamentação (justificação) constitucional da vinculação dos particulares a direitos fundamentais e, identificados ou estabelecidos os fundamentos, (ii) pergunta-se pela forma e pelo alcance dessa vinculação” (2004, p. 61). Já no plano jurídico-processual, segundo ele, “pergunta-se pelos instrumentos processuais adequados para a viabilização-efetivação da vinculação dos particulares a direitos fundamentais; é a questão da processualidade ou da justicialidade dessa vinculação” (STEINMETZ, 2004, p. 61).

Nesse contexto, sem desconsiderar a importância da questão processual sobre o tema, a título de delimitação metodológica para o debate neste trabalho sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, abordar-se-á apenas a primeira perspectiva, qual seja, alguns aspectos da questão material sobre o tema (plano jurídico-material). Tal delimitação objetiva definir as fundamentações (constitucionais) que levam a existência desta vinculação, bem como qual o seu alcance e limitação.

De logo, cabe destacar, que um dos grandes problemas para a efetivação da vinculação de particulares aos direitos fundamentais é a ausência de texto expreso na Constituição que indique de forma clara essa vinculação. Nesse contexto Wilson Steinmetz (2004) esclarece que “na CF, a exemplo de outros textos constitucionais contemporâneos, não há uma decisão

explícita e de caráter geral sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais [...]”. Desse modo “sem ‘solução constituinte’ textualmente expressa, a resposta ao problema não é uma ‘evidência constitucional’ imediatamente observável” (p. 97). Assim, segundo o autor, “argumentos textuais – remissíveis direta ou indiretamente a disposições constitucionais (texto de norma) – são insuficientes, porque a solução possível só pode resultar de construções dogmáticas relativamente complexas” (STEINMETZ, 2004, p. 97).

Mas não é só isso. Em razão da ausência de textos de normas evidenciadores da ‘vontade da Constituição’, jogam de forma decisiva as pré-compreensões do investigador ou do interprete. As respostas dogmaticamente construídas – as “interpretações” – estão em grande medida condicionadas pelas “antecipações”, “projetos prévios” ou “expectativas” do sentido, não só desta ou daquela disposição constitucional, mas também da Constituição e dos direitos fundamentais globalmente considerados. Em outros termos, as opiniões prévias, os pré-conceitos, os pré-juízos, as expectativas, as hipóteses preliminares, em suma, as pré-cognições em geral sobre o conteúdo e as funções da Constituição e dos direitos fundamentais condicionam, balizam e guiam a “descoberta” da solução constitucional para o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004, p. 97).

Esse panorama permite compreender a importância dos conceitos já destacados no item anterior, que revelam uma evolução gradual do significado e representação da constituição, bem como, destaca o novo papel assumido pela mesma no Estado subsequente ao *Welfare State*. Em outras, o que se pode perceber, em linhas gerais, é que a existência de uma legitimidade para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais decorre da transformação ocorrida na tutela constitucional, antes de defesa do indivíduo ante ao Estado, para uma constituição comprometida também com a proteção do cidadão nas relações entre particulares. Ademais, conforme propõem Daniel Sarmento (2006),

nada há no texto constitucional brasileiro que sugira a idéia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos. Afora, é certo, alguns direitos que têm como destinatários necessários o Estado (direitos do preso, por exemplo), na maioria dos outros casos o constituinte não estabeleceu de antemão nenhuma limitação no pólo passivo da liberdades públicas, que afastasse os particulares. Muito pelo contrário, a linguagem adotada pelo

constituente na estatuição da maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º do texto magno transmite a idéia de uma vinculação passiva universal (p. 238).

No âmbito da Constituição Federal brasileira, Wilson Steinmetz (2004) adverte que se poderia argumentar ser “[...] desnecessário um detalhado discurso de fundamentação constitucional da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, porque uma análise estrutural das normas do catálogo de direitos fundamentais evidencia que ao menos alguns desses direitos obrigam os particulares” (p. 101). Todavia, adverte o autor que referente à “[...] determinados direitos fundamentais, não é possível, de forma razoável e consistente – não só do ponto de vista estrutural das normas atributivas, mas também do ponto de vista das razões e finalidades sociais que justificam a positivação desses direitos – propor a exclusão dos particulares como sujeitos destinatários (sujeitos passivos)” (STEINMETZ, 2004, p. 101)⁹.

Logo, pode-se evidenciar que a problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não está circunscrita aos direitos fundamentais aos quais expressamente a Constituição aponta essa vinculação, mas na vinculação aqueles direitos que a Constituição não aponta uma vinculação de forma direta e/ou expressa.

A esse passo, STEINMETZ (2004) propõe o que chama de feixe ou constelação de fundamentos constitucionais para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, visto que, segundo o autor, não é possível que se estabeleça um único argumento para tal proposta, mas sim, diversos argumentos. Desse modo, segundo o autor a hipótese geral é de que há fundamentos que podem ser considerados principais, estes com maior “força dogmática”, caso do princípio da supremacia da Constituição, postulado da unidade material do ordenamento jurídico, direitos fundamentais como princípios objetivos e princípio constitucional da dignidade da pessoa. E, há, ainda, fundamentos considerados adicionais, estes com menor “força dogmática”, como o princípio constitucional da solidariedade e princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais. (STEINMETZ, 2004). Para STEINMETZ (2004), “esses

⁹ STEINMETZ cita como exemplos “o direito à vida (art. 5º, *caput*), o direito de liberdade (art. 5º, *caput*), os direitos da personalidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, *ninguém* nela podendo penetrar (...)” [*sem grifo no original*]), o direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas (art. 5º, XII), o direito de reunião (art. 5º, XVI: “(...) *desde que não frustrem outra reunião* anteriormente convocada para o mesmo local (...)” [*sem grifo no original*]), o direito de herança (art. 5º, XXX), direito de não-discriminação nas relações de trabalho (art. 7º, XXX-XXXIV), direito de liberdade de associação sindical (art. 8º, *caput*) e direito de greve (art. 9º, *caput*) (2004, p. 101) [*grifos do autor*].

fundamentos corroboram a tese de que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais não é mera ‘faculdade constitucional’, mas uma imposição (exigência) básica da CF” (p. 102).

Assim, se destaca, em um primeiro momento, os argumentos descritos pelo autor como de maior “força dogmática”. O primeiro deles é o princípio da supremacia da Constituição (ou princípio da constitucionalidade). Ou seja, traz a perspectiva de que em razão da consagração do princípio da constitucionalidade no segundo pós-guerra a constituição passa a ser a fonte direta e imediata dos direitos fundamentais. Direitos estes que passaram a vincular, além dos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), seja nas relações intra-estatais ou verticais entre Estado e indivíduo, também as relações interprivativas (STEINMETZ, 2004). Nesse contexto, “as normas constitucionais, sobretudo as normas de direitos fundamentais, em virtude de sua supremacia normativa, estão aptas a incidirem também sobre as relações jurídicas interprivativas, independentemente da vigência de regulações legislativas mediadoras” (STEINMETZ, 2004, p. 103).

Outro argumento é o chamado postulado da unidade material do ordenamento jurídico. Tal postulado é consequência da própria consagração da supremacia da constituição, ou seja, a Constituição, enquanto norma fundamental, deve servir de parâmetro para a unidade do ordenamento, tanto unidade formal, quanto material (STEINMETZ, 2004). Dessa forma, “os direitos fundamentais operam como elementos de unificação material do ordenamento jurídico” (STEINMETZ, 2004, p. 104). O terceiro argumento é o de que os direitos fundamentais devem ser tidos como princípios objetivos. Esse arrazoamento tem origem na chamada Teoria da Dupla Dimensão¹⁰ (subjéctiva e objectiva) dos Direitos Fundamentais. Tal teoria é, de acordo com Wilson Steinmetz (2004), “ao que parece, a construção teórico-dogmática mais fértil e útil do Tribunal Constitucional alemão em matéria de direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004, p.

¹⁰ Teoria formulada na sentença sobre o *Caso Lüth*, em janeiro de 1958. Sobre o assunto, cabe fazer breve referência a chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, considerada por Daniel Sarmento (2006) como uma das mais importantes consequências da dimensão objectiva¹⁰ dos direitos fundamentais. Para o autor “esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário” (SARMENTO, 2006, p. 124). Segue o autor que “a eficácia irradiante, neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento da aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional” (SARMENTO, 2006, p. 124). Também sobre o assunto ver: SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 141-155.

105). Pois, conforme propõem o ator, é a partir dela, que “[...] fundamenta-se o efeito irradiante dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais como direitos à proteção do indivíduo e deveres de proteção do estado (mandamentos de atuação estatal), a vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais” (STEINMETZ, 2004, p. 105).

A esse passo, observa-se a existência de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, sendo aquela na qual a norma vincula quando da ocorrência de uma situação fática de violação da norma. E, por outro lado, uma dimensão objetiva, que, nas palavras de Wilson Steinmetz (2004) “não raras vezes a atribuição de uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais mais parece uma “intuição jurídica” do que propriamente uma construção racional, analiticamente clara e precisa” (STEINMETZ, 2004, p. 109). Nesse trecho, o autor aponta a construção de Robert Alexy sobre o caráter objetivo dos direitos fundamentais, discorrendo que “as normas de direitos fundamentais, além de conferir ao indivíduo direitos subjetivos de defesa ante ao Estado, formam um sistema de valores, uma ordem objetiva de valores, com incidência em todos os âmbitos do direito” (ALEXY *apud* STEINMETZ, 2004, p. 110). Dessa forma, segundo Wilson Steinmetz (2004) “o uso da tese da dimensão objetiva é altamente funcional e útil e tem permitido, no âmbito de vigência dos mais diferentes ordenamentos jurídicos, resolver – se artificialmente ou não é outra questão – problemas de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais [...]” (p. 110).

Um último argumento, que de acordo com Wilson Steinmetz (2004) possui maior força dogmática na defesa da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, é o princípio constitucional da dignidade da pessoa. Tal aspecto tem assento na própria definição da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional¹¹. Contudo, é sabido que uma definição clara, precisa e estática do que deve ser concebido como conteúdo dessa dignidade é inviável, haja vista a amplitude que esse conceito poderá encontrar. Entretanto, para fins desse estudo, emprega-se a definição de Ingo W. Sarlet,

[...] dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

¹¹ Art. 1º, III, CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”;

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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (2010, p.70) [grifos do autor].

Diante desse conceito, Wilson Steinmetz (2004) aponta que a “otimização do respeito à e da promoção da dignidade da pessoa em todos os âmbitos da vida social exige a vinculação dos particulares a direitos fundamentais; direitos que, repita-se, são a expressão, em nível menos abstrato, da dignidade da pessoa” (p.117).

Dentre os argumentos com menor “força dogmática” tem-se o princípio constitucional da solidariedade e o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais. Os principais fundamentos para a solidariedade ser elencada como outro aspecto a ser considerado para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, se extrai, em primeiro lugar, de própria disposição constitucional. Assim, de acordo com o artigo 3º da CF/88, constitui-se em objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. Pode-se dizer então, de acordo com STEINMETZ, 2004, “que a solidariedade é uma norma-constitucional-objetivo no sentido de uma norma-constitucional-princípio. Em suma, é um princípio constitucional” (p. 118). Em um segundo momento, pode-se apontar o a noção de responsabilidade social. Ou seja, o autor aponta que “o dever de responsabilidade social, certamente, não é de exclusividade do Estado, embora sobre ele incida mais fortemente” (STEINMETZ, 2004, p. 121).

Sobre o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, como fundamento para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o autor aponta que tal inferência é derivada do artigo 5º, parágrafo 1º da CF, que determina que “as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata” (STEINMETZ, 2004). Segundo Wilson Steinmetz (2004), em uma visão descontextualizada com o atual estágio constitucional (de um Estado comprometido com o social, visão que supera o Estado liberal mínimo) poder-se-ia argumentar que tal dispositivo constitucional jamais poderia ser invocado para fundamentar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois serviriam apenas para vincular e

limitar a atuação estatal. Contudo, o próprio autor rebate essa análise, afirmando que diante da realidade do constitucionalismo contemporâneo, de regulador e garantidor da harmonia e bem estar também nas relações sociais, diga-se entre particulares, é inviável conceber uma desvinculação dos particulares aos direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004).

Dessa forma, se pode concluir que, apesar da inexistência de uma norma constitucional expressa que aponte a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, há uma diversidade de argumentos que permitem inferir tal vinculação. Tal inferência pode ser destacada como um “mandamento fundamental implícito” diante do constitucionalismo contemporâneo do estado brasileiro. A esse passo, passa-se agora a análise de casos em que direitos constitucionalmente fundamentais incidem nas relações entre particulares.

6. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, assim entendidos como aqueles direitos positivados pela Constituição Federal de 1988, bem como aqueles que em razão de seu conteúdo material são alçados à condição de direitos fundamentais, em consonância com a abertura constitucional do artigo 5º, parágrafo 2º da CF/88, irradiam efeitos por toda a ordem constitucional. Tais direitos comportam-se como verdadeiros limites objetivos à ordem infraconstitucional, que deve, por sua vez, refletir e garantir as escolhas constitucionais, seja frente a atuação do próprio Estado, seja nas relações entre particulares.

A forma de assegurar esta consonância da ordem infraconstitucional com as disposições constitucionais, nesses incluídos os direitos fundamentais, foi à efetiva projeção da Constituição na ordem civil/privada. Um dos aspectos dessa projeção é representado pelo fenômeno da publicização do direito privado, que emerge como uma intervenção mais incisiva do legislador para estabelecer relações sociais justas. Outro aspecto a ser considerado na projeção constitucional sobre o direito privado é o fenômeno da constitucionalização do mesmo. Ou seja, tal fenômeno decorre da projeção dos conceitos e princípios estabelecidos pela Constituição sobre toda a ordem jurídica, fazendo com que também nas relações entre particulares, as disposições constitucionais devam ser observadas. Há ainda um terceiro aspecto a ser observado nesse processo, qual seja o da fragmentação do direito civil, fenômeno esse tem origem na própria superação do entendimento das normas constitucionais como meras

limitadoras da atuação do Estado frente aos particulares. A superação desta visão somada ao reconhecimento da “força normativa” de toda a Constituição, especialmente no tocante aos princípios, possibilita conceber o ordenamento como uma unidade, no qual a intervenção estatal mescla-se a autonomia privada, de modo a delimitar o poder antes absoluto das partes. Dessa forma, esses três fenômenos somam-se para demonstrar a penetração do direito constitucional na esfera do direito privado, o que por sua vez reflete-se na própria vinculação (efetivação) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Em razão da existência de divergências iniciais sobre o tema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, foram desenvolvidas diversas teorias sobre tal possibilidade. Dentre elas destacam-se, teorias vão desde a negativa da possibilidade de vinculação de particulares, como é o caso da teoria da *state action*, que defendia que os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos vinculavam apenas o Estado e seriam invocáveis tão-somente em face de uma ação estatal. Passando pela teoria da aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que advoga no sentido de que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, que se reflete em todo o ordenamento jurídico, no entanto, não apresentam eficácia imediata (aplicação subjetiva direta) nas relações entre particulares. Bem, como pela teoria dos deveres de proteção que se baseia na idéia de que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares, tal teoria possibilita uma abertura demasiado grande para a violação dos direitos fundamentais por parte dos particulares, pois atribui ao Estado uma posição de defesa, uma interferência diminuída nas relações entre particulares, interferência esta destinada apenas a reparação, pois prevê a intervenção do Estado apenas para tutelar um direito já violado, pois quando não prevê a vinculação direta do particular aos direitos fundamentais possibilita a violação dos mesmos. Dessa forma, o que se depreende é uma lógica pouco eficiente na tutela aos direitos fundamentais. Até a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que, por sua vez, respalda a eficácia dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares, por entender que em razão de os direitos fundamentais constituírem-se em normas que expressam os valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, bem como em razão do princípio da unidade da ordem jurídica e do postulado da força normativa da Constituição, não seria aceitável o direito privado eximir-se da consonância com o texto constitucional, não havendo, portanto, como se admitir uma

vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais. Consta-se que tanto a teoria da eficácia mediata, quanto à teoria dos deveres de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares têm a contribuir na construção de uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, seja nas relações dos indivíduos com o Estado, seja nas relações dos indivíduos entre si. Em outras tintas, a teoria dos deveres de proteção contribui ao passo que aponta a responsabilidade do Estado na proteção dos direitos fundamentais contra violações de particulares, contudo, deixa a desejar por não permitir uma atuação positiva nessa proteção, apenas uma posição de defesa, o que torna a ação estatal pouco eficiente. Já a teoria da eficácia mediata, por sua vez, contribui prevendo uma posição de ordem de valores objetiva para os direitos fundamentais, o que se reflete em direitos que devem conduzir toda a ordem jurídica, incluindo, portanto, a ordem infraconstitucional privada, contudo, não contempla a necessária efetividade dos direitos fundamentais, pois não admite a possibilidade de reivindicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Assim, considera-se que ambas as teorias têm a somar à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, que prevê a eficácia dos direitos fundamentais aplicável diretamente nas relações entre particulares.

Do estudo realizado constatou-se ainda que alguns fundamentos mostram-se cruciais para a admissibilidade e justificativa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tais fundamentos são: o princípio da supremacia da Constituição, do postulado da unidade material do ordenamento jurídico, dos direitos fundamentais como princípios objetivos e o princípio constitucional da dignidade da pessoa, bem como o princípio constitucional da solidariedade e princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais. Esses princípios conduzem a justificação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais mesmo diante da ausência de texto constitucional expresso que indique tal possibilidade.

REFERÊNCIAS

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

FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-62.

FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição*

concretizada: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 85- 106.

PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PES, João Hélio. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Unijuí, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *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. 107-163.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A pesquisa científica na graduação em Direito*. *Universitas Jus*: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília. Brasília: ano. 06, n. 11, p. 25-43, dez. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Encaminhado em 16/11/18

Aprovado em 04/03/18