

# EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

MONITORA: Sylvia Ericson  
ORIENTADOR: Fernando Weiss

## I – DIREITOS FUNDAMENTAIS

### I.1 – NOÇÃO

Imperativo para o presente tema discorrer brevemente acerca do conceito de direitos humanos fundamentais, seu surgimento, escopo e âmbito de aplicação.

É certo que desde a Antigüidade se admitiu a existência de valores eternos e imutáveis, inerentes à natureza humana e não passíveis de subversão pelo poder temporal<sup>1</sup>.

De fato, não há um marco inicial da existência dos chamados “direitos humanos”, estando a noção deles atrelada à própria concepção de civilização, como bem denota Antônio Augusto Cançado Trindade: “A idéia dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio de legitimidade”.<sup>2</sup>

Poderíamos dizer, no entanto, que fervorosa militância e reivindicação desses direitos inerentes ao homem tomou lugar no século XVIII, quando surgiram reações polvorosas contra o poder despótico dos governantes da época, que atuavam sem leis nem regras.<sup>3</sup>

A vitória das revoluções que surgiram nesse contexto levou ao nascimento do Estado de Direito, que tinha como meta primordial o estabelecimento de um governo de leis e não de homens, em consonância com a lição aristotélica segundo a qual as leis, ao contrário dos homens, não têm paixões.<sup>4</sup>

Assim é que, com o passar do tempo e o advento do Estado de Direito, o discurso acerca de valores, de direitos naturais, teve que abandonar um pouco o caráter teológico e metafísico que o jusnaturalismo do século XVIII lhe atribuiu, abrindo espaço para um

---

<sup>1</sup> REIS, Márcio Monteiro Reis. Moral e Direito – A fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin. In Teoria dos Direitos Fundamentais – Organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 119/120.

<sup>2</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.17.

<sup>3</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1998, p. 1.

<sup>4</sup> LAFER, Celso. A Ruptura Totalitária e a Reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo, 1988, p. 67.

discurso científico e sistemático do Direito capaz de viabilizar a sua proteção e efetivação na prática, promovendo a segurança das relações travadas em sociedade.

Diversos países, portanto, buscaram a declaração de direitos que, inicialmente, conforme nos ensina José Afonso da Silva “assumiram a forma de proclamações solenes em que, em articulado orgânico especial, se enunciam os direitos. Depois, passaram a constituir o preâmbulo das constituições, na França especialmente”.<sup>5</sup>

Tais declarações tinham o fito, portanto, de buscar, ou melhor, positivar o reconhecimento pelo Estado de direitos que preexistem a ele, como sendo inerentes ao homem que, a partir do Estado de Direito, era visto como sujeito de direitos.

No entanto, é bastante recente a regulação internacional dos direitos humanos, com um reconhecimento, digamos, “globalizados” dos mesmos.

De fato, apenas em 1948, no contexto do pós-guerra e devido ao impacto negativo que o holocausto e outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo causaram no cenário internacional, é que os Direitos Humanos, além de ganharem panorama “universal”, desenvolveram nova e mais profunda extensão, com a Declaração Universal de Direitos Humanos.<sup>6</sup>

Assim, impende nesse momento assinalar a diferença terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Direitos humanos são aqueles direitos reconhecidos internacionalmente, com seu marco jurídico inicial na Declaração Universal de Direitos Humanos acima mencionada, composta pelo pacto internacional de direitos civis e políticos, bem como pelo pacto de direitos sociais, culturais e econômicos.<sup>7</sup>

Os direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos reconhecidos dentro de cada ordem jurídica interna, de acordo com os dogmas e peculiaridades atuais de cada Estado, sendo, portanto, nacionais, variando de tempos em tempos e de local para local.

Assim, direitos fundamentais é denominação, eminentemente, de direito interno, enquanto direitos humanos é denominação própria do direito internacional.

A doutrina dos direitos fundamentais sofreu ampliações e transformações significativas ao passar dos tempos, chegando a descrever os direitos fundamentais em gerações.

Sob o ponto de vista clássico, portanto, são três as gerações de direitos fundamentais: a 1ª geração prevê os direitos da liberdade, correspondentes aos direitos informados pelo valor liberdade (ex.: direitos civis e políticos); a 2ª geração os direitos de

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.175.

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, p. 31/33.

<sup>7</sup> Sobre a disposição topográfica da Declaração Universal de Direitos Humanos: vide José Afonso da Silva. cit. p. 163/164.

igualdade, informados pelo princípio da igualdade (ex.: direitos sociais, culturais e econômicos); a 3ª geração envolve os direitos de fraternidade ou solidariedade, que consistiriam nos direitos difusos, direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente, direito de comunicação e etc.<sup>8</sup>

Alguns autores ainda chamam a atenção para a existência de direitos de 4ª geração como o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, introduzidos pela globalização política.<sup>9</sup>

O qualificativo “fundamentais” dos direitos fundamentais indica, segundo José Afonso da Silva, “que tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.<sup>10</sup>, ou seja, em última análise, são direitos reconhecidos pelo Estado para propiciar uma vida mais digna ao homem.

Como direitos humanos reconhecidos pela ordem interna de cada Estado, os direitos fundamentais, quando instituídos pelo ordenamento jurídico de cada país, segundo entendimento de alguns doutrinadores, criam direitos subjetivos com aplicação nas relações das pessoas com o Estado e na sociedade.

Aduz José Afonso da Silva quanto aos direitos fundamentais: “Atualmente, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos nacionais integram as constituições, adquirindo o caráter concreto de normas jurídicas positivas constitucionais, por isso, subjetivando-se em direito particular de cada povo, como já vimos, configuram declarações constitucionais de direito”.<sup>11</sup>

Por sua vez, Gilmar Ferreira Mendes descreve os direitos fundamentais não só como direitos subjetivos, mas também como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, os direitos fundamentais conferem aos seus titulares a possibilidade de impor seus interesses em face do Estado e, como elemento fundamental da ordem constitucional, formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático<sup>12</sup>, com reflexos nas relações entre particulares, objeto do presente tema.

Cabe ressaltar aqui, no entanto, acerca da capacidade de os direitos fundamentais criarem direitos subjetivos para os particulares contra o Estado, a fim de que este realize ou se abstenha de determinada conduta, salientando que “a moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado”.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 516/525

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. cit. p. 524/525.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da Silva. Cit. p. 178.

<sup>11</sup> Idem. p. 175.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

<sup>13</sup> Idem. p. 6.

Assim, embora no constitucionalismo pátrio, bem como nos ordenamentos estrangeiros, exista uma alta receptividade quanto aos direitos a prestações por parte do Estado, muitas vezes a efetivação deles está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível, mormente quando se fala em direitos sociais<sup>14</sup>, argumento este que enfraquece a tese de que todo direito fundamental cria um direito subjetivo, sustentada por alguns doutrinadores.

Na sua concepção tradicional, liberal-clássica, os direitos fundamentais são *direitos de defesa*<sup>15</sup>, destinados a proteger o indivíduo contra a intervenção do Poder Público, criando uma área de ingerência estatal, ou seja, assegurando a esfera de liberdade daquele indivíduo contra interferências ilegítimas do Poder Público.<sup>16</sup>

Ingo Sarlet aponta que os direitos fundamentais vistos como direitos de defesa, não se limitam às liberdades e igualdades, “abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos (...)”.<sup>17</sup>

Assim, quanto ao âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, enfatizados e consolidados sob o espírito da teoria liberal-clássica e por isso concebidos como limites ao poder estatal, sempre se entendeu que os mesmos limitavam-se à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um de seus pólos, não se projetando no cenário das relações jurídicas privadas.<sup>18</sup>

De fato, como bem assinala Jane Reis Gonçalves Pereira ao especular sobre as razões históricas que conferiram destaque à proteção dos direitos humanos em face do Estado: “estes surgiram e afirmaram-se precisamente como reação ao poder das monarquias absolutistas. No limiar do constitucionalismo, do Estado provinham as ameaças mais graves à liberdade e à dignidade do homem. Assim, a emergência dos direitos humanos no contexto de superação do Absolutismo fez com que estes, em sua primeira expressão, fossem identificados com a idéia de limitação do poder estatal”.<sup>19</sup>

Convém ressaltar, no entanto, que é inegável a opressão e a violência contra a pessoa advinda não apenas do Estado, mas de uma variedade de “atores” privados, como denomina Daniel Sarmento, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. cit. p. 8.

<sup>15</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 548.

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. cit. p. 3.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 169.

<sup>18</sup> SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Organizador: Luís Roberto Barroso. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193; e MENDES, Gilmar Ferreira. cit. p. 121.

<sup>19</sup> In Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. A Nova Interpretação Constitucional. cit. p. 124.

<sup>20</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 193/194.

Reforçando tal afirmativa, recorde-se a lição de Konrad Hesse: “a liberdade humana pode resultar menoscabada ou ameaçada não só pelo Estado, mas também no âmbito de relações jurídicas privadas”.<sup>21</sup>

Ao prever o sujeito passivo dos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho enfatiza dizendo ser ele o Estado, em todos os casos: “de fato, é ele quem deve, principalmente, respeitar as liberdades, prestar os serviços correspondentes aos direitos sociais, igualmente prestar a proteção judicial, assim como zelar pelas situações objeto dos direitos de solidariedade”,<sup>22</sup> ressaltando, no entanto, o fato de que não deve o Estado figurar sozinho no pólo passivo, estando todos adstritos a respeitar os direitos fundamentais, especialmente quando se referem às liberdades e direitos de solidariedade e aponta, ainda, direitos sociais específicos que devem ser respeitados não só pelo Estado, mas pela “família”, no caso do direito à educação (art. 205, CRFB) e pela “sociedade”, no caso do direito à seguridade (art. 195, CRFB).

De fato, diante do inegável fato de que direitos fundamentais são potencialmente lesionados no âmbito da esfera privada, criando novas situações de perigo que demandam o desenvolvimento de instrumentos para combatê-los, a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ganhou grande complexidade no discurso jurídico atual, dando origem a uma variedade de teorias no direito constitucional que merecem destaque.

Cumprido mencionar que quando falamos em eficácia horizontal dos direitos fundamentais estamos nos referindo à incidência dos mesmos naquelas relações ditas “horizontais”, ou seja, relações jurídicas estabelecidas entre particulares, situados numa relação de hipotética igualdade, ao contrário das relações “verticais” entre particular e o Estado, onde reside clara a relação do binômio poder-sujeição.<sup>23</sup>

Ocorre que tal denominação – “eficácia horizontal” – sofre críticas por parte da doutrina, já que a palavra *horizontal* induz a idéia de igualdade entre as partes na relação, olvidando-se da existência dos poderes privados, que, em muitas vezes, se manifestam nas relações entre particulares, criando a situação de prevalência de uma parte sobre a outra.

Jane Reis Gonçalves Pereira sugere o emprego da expressão “aplicação/incidência ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas” e, ainda, “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais” que, segundo ela, expressariam, com maior precisão o problema ora discutido.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Organizador: Luís Roberto Barroso. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138.

<sup>22</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. cit. p. 103.

<sup>23</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. cit. p. 135.

<sup>24</sup> Idem. p. 137. Expressão igualmente empregada por SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. “Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias”, Revista de Direito Público, n. 82, 1987, pp. 41-52; e SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

O ponto central do presente estudo consiste em saber como e com que intensidade incidem os direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares, já que o indivíduo, diferentemente do Estado, é titular de direitos fundamentais e está investido, pela própria Constituição, em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados, não podendo, por esta razão, se sujeitar aos direitos fundamentais da mesma maneira que o Estado.<sup>25</sup>

Na busca da conciliação entre uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, de um lado e a proteção da autonomia privada do indivíduo de outro, surgem, portanto, diversas teorias, no Direito comparado e no Brasil que merecem comentário.

## II – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

### II.1 – DOCTRINA DO *STATE ACTION*

No direito norte-americano foi criada a doutrina do *State Action*, segundo a qual não há a vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Assim, os direitos fundamentais previstos na Constituição norte-americana (*Bill of Rights*) impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não dão aos particulares direitos frente a outros particulares (com exceção apenas da 13ª. Emenda que proibiu a escravidão).<sup>26</sup>

Para justificar esta posição, a doutrina usa como fundamento a literalidade do texto constitucional que se refere apenas aos Poderes Públicos como sujeito passivo da maioria das cláusulas que prevêm os direitos fundamentais<sup>27</sup>, invocando, também, outros argumentos teóricos, tendo como principal a preocupação com a autonomia privada, que seria, segundo os teóricos, fulminada caso fosse admitida a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.<sup>28</sup>

Outro argumento usado pelos defensores da doutrina do *state action* é o fato dos Estados-membros, e não a União, serem competentes para, em regra, legislar sobre Direito Privado, podendo acarretar violação de sua autonomia se as cortes federais, a pretexto de protegerem os direitos fundamentais esculpidos na Constituição, intervissem na disciplina das relações privadas.<sup>29</sup>

Ocorre que a partir dos anos 40, a Suprema Corte americana começou a demonstrar atenuações à doutrina do *State Action* em seus julgados e passou a adotar paulatinamente a

---

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. cit.; SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. A Constituição Concretizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 117.

<sup>26</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 198/199; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. cit. p. 169.

<sup>27</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. cit. p. 169.

<sup>28</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 199.

<sup>29</sup> IDEM. p. 199.

chamada *Public Function Theory* (teoria da função pública), segundo a qual os particulares que agissem no exercício de atividade de natureza estatal, estariam também sujeitos aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.<sup>30</sup>

O caso mais marcante da aplicação dessa teoria da função pública foi o julgamento do caso *MARSH v. ALABAMA*, julgado em 1946 pela Suprema Corte Americana.<sup>31</sup>

Outra hipótese de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais admitida no direito norte-americano ocorre nos casos em que é possível estabelecer uma conexão mais profunda entre a conduta do particular e alguma entidade governamental.<sup>32</sup>

Segundo essa linha de entendimento, a Suprema Corte americana decidiu que um restaurante, que ocupava espaço alugado do Poder Público, estava vinculado ao princípio da isonomia e não podia discriminar sua clientela com base em motivos raciais.<sup>33</sup>

Vale ressaltar que a Suprema Corte, em outros julgados, firmou entendimento no sentido de que o Estado não pode estimular de qualquer forma, direta ou indiretamente, o desrespeito aos direitos fundamentais pelos particulares e com base nisso, invalidou negócios jurídicos a até leis estaduais por entender que se fosse aceitas ou ratificadas por ele, estaria estimulando violações à certos direitos fundamentais.<sup>34</sup>

Entendeu a Corte Americana também, em outros casos, que as entidades privadas que recebem ajuda especial dos Poderes Públicos, sob a forma de benefícios fiscais, subsídios, etc., também se encontram vinculadas aos direitos fundamentais, impedindo, inclusive, o fornecimento gratuito pelo Estado de livros aos alunos de escolas particulares praticantes de políticas discriminatórias na seleção de alunos.<sup>35</sup>

A teoria do *state action*, profundamente associada, segundo Daniel Sarmiento, “ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral dos Estados Unidos”, apesar de ter sofrido atenuações através da jurisprudência daquele país, não conseguiu até os dias atuais dispensar um tratamento adequado aos direitos fundamentais, tendo em vista que os mesmos sofrem violações não só do Estado, mas de uma série de “grupos, pessoas e organizações privadas”.<sup>36</sup>

## II.2 – EFICÁCIA INDIRETA E MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A segunda teoria é o da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, desenvolvida pela doutrina alemã, tornando-se a teoria dominante no direito germânico, adotada pela maioria dos juristas da Alemanha e pela sua Corte Constitucional.

---

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 201; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, cit. op. p. 175/176.

<sup>31</sup> 326 U.S. 501 (1946).

<sup>32</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 203.

<sup>33</sup> In SARMENTO, Daniel. Cit. p. 203 – *Burton v. Wilmington Parking Authority* – 365 U.S. 715 (1961).

<sup>34</sup> *Idem.* p. 204.

<sup>35</sup> *Idem.* p. 204 – *Norwood v. Harrison* – 413 U.S. 455 (1971)

<sup>36</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 209.

Os defensores dessa teoria sustentam que os direitos fundamentais não ingressam nas relações jurídicas privadas como direitos subjetivos que possam ser invocados por um particular frente ao outro, ou seja, ela nega a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>37</sup>

Para eles, a incidência direta dos direitos fundamentais acabaria suprimindo a autonomia da vontade, desfigurando o Direito Privado como ramo autônomo ao convertê-lo em mera concretização do Direito Constitucional.<sup>38</sup>

Segundo eles, portanto, os direitos fundamentais consistiriam numa ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive sobre o Direito privado, cujas normas têm de ser interpretadas à sua luz, ou seja, os direitos fundamentais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, como os bons costumes, por exemplo.<sup>39</sup>

A incidência dos direitos fundamentais, portanto, seria mediata, porque caberia ao legislador ordinário proteger esses direitos na esfera privada, sem olvidar-se da proteção da autonomia privada.<sup>40</sup>

Atenta para o fato, no entanto, de eventual lacuna do ordenamento privado, e de falta de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados que possam ser interpretados em consonância com os valores constitucionais, caso em que, excepcionalmente, se torna admissível ao Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, sem a mediação do legislador ordinário.<sup>41</sup>

São inúmeras as críticas perpetradas contra essa teoria, dentre elas o fato dela não proporcionar uma tutela efetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas, já que a proteção de tais direitos dependeria muito da vontade do legislador ordinário, além de causar uma aplicação indeterminada e insegura de normas de direito privado, já que estariam elas sujeitas à impregnação pelos valores constitucionais.<sup>42</sup>

### II.3 – EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A terceira teoria é a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, dominante em vários países como Espanha, Portugal, Itália e Argentina.

Segundo essa teoria, embora se pregue a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, não se negam as especificidades desta incidência, já que é cediço que o indivíduo é dotado de uma poder de autodeterminação da sua vontade,

---

<sup>37</sup> Idem. cit. p. 210.

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. cit. p. 123.

<sup>39</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 212.

<sup>40</sup> Idem. cit. p. 213; e MENDES, Gilmar Ferreira. cit. p. 125.

<sup>41</sup> Idem. cit. op. p. 214. ; e MENDES, Gilmar Ferreira. cit. p. 128.

<sup>42</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 219.



chamando a atenção para a necessidade de ponderação entre o direito fundamental em jogo, de um lado, e a autonomia privada dos particulares envolvidos, do outro.<sup>43</sup>

Assim, embora os direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis às relações privadas porque independem da mediação do legislador, eles precisam ser analisados caso a caso para verificar a existência e a extensão da sua eficácia “horizontal”.

Ademais, asseveram os defensores dessa teoria que, para que a autonomia privada seja protegida através de uma ponderação de interesses, deverá ser levada em conta a existência ou não da desigualdade entre as partes da relação privada, de tal forma que, mesmo numa relação entre pessoas em suposta posição de igualdade, a autonomia privada poderá ser limitada em prol da proteção à um direito fundamental.<sup>44</sup>

#### II.4 - TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

A teoria dos deveres de proteção surge como fruto do pensamento de parte da doutrina alemã moderna, como forma mais exata para solucionar a questão dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

A referida teoria prega que o Estado teria a obrigação não só de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los de potenciais lesões e ameaças advindas de particulares no seio social.<sup>45</sup>

Os particulares não sofreriam, com a aplicação dessa teoria, restrições em sua autonomia privada, uma vez que não estariam sujeitos aos direitos fundamentais, cabendo ao legislador privado a proteção desses direitos, disciplinando o comportamento dos particulares a fim de evitar eventuais lesões a eles.

Daniel Sarmiento aponta para a similaridade dessa teoria, quanto aos seus efeitos, com a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, que também exige, para a proteção desses direitos, a mediação do legislador.<sup>46</sup>

Apesar de demandar a intervenção do legislador ordinário para que haja a efetiva proteção dos direitos fundamentais, a teoria dos deveres de proteção também garante a possibilidade de intervenção do Judiciário, quando necessário, através do controle de constitucionalidade das normas de direito privado.<sup>47</sup>

Apesar de já ter sido usada explicitamente em decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional alemão, a teoria dos deveres de proteção se sujeitou a diversas críticas, dentre elas, a mesma que se engendrou contra a teoria da eficácia indireta e mediata dos

---

<sup>43</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 221.

<sup>44</sup> ABRANTES, José João Nunes. “A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais”. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 94/113.

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 236.

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 238.

<sup>47</sup> Idem. cit. p. 239.

direitos fundamentais, por não conferir aos direitos fundamentais uma proteção adequada já que tal proteção dependeria, muitas vezes, da vontade incerta do legislador ordinário.<sup>48</sup>

## II.5 – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA NO BRASIL

No caso brasileiro, dentre os poucos autores que já se manifestaram sobre o presente tema, a maioria sustentou que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata.<sup>49</sup>

A assertiva decorre tanto da característica intervencionista e social da nossa Carta Magna, que contém um generoso elenco de direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º), bem como da previsão de inúmeros direitos voltados especialmente contra particulares, como os direitos trabalhistas do art. 7º.<sup>50</sup>

Além disso, trata-se de uma Constituição que indica como primeiro objetivo fundamental da nossa República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CRFB), indicando todos os esses fatores que o modelo constitucional brasileiro se afastou daquela visão liberal de que o Estado é o único violador dos direitos fundamentais.<sup>51</sup>

Outrossim, não há no texto constitucional brasileiro nada que indique a vinculação direta aos direitos fundamentais apenas por parte dos Poderes Públicos, com exceção, é claro, de alguns direitos que se destinam necessariamente ao Estado, como os direitos do preso, por exemplo.<sup>52</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet aponta, ainda, que as características da sociedade brasileira, considerada mais injusta e assimétrica do que a maioria dos países de primeiro mundo, demandam um reforço na tutela dos direitos fundamentais no campo privado, em que reinam a opressão e a violência.<sup>53</sup>

Não obstante essas afirmativas e, como já assinalado anteriormente, existem especificidades na incidência desses direitos fundamentais nas relações privadas, sendo necessária a ponderação entre os direitos em jogo e a autonomia privada da pessoa cujo comportamento se pretende restringir.<sup>54</sup>

Vale ressaltar que a existência de desigualdade entre as partes na relação privada é inerente à sociedade civil, ou seja, o campo das relações privadas também se verifica a

---

<sup>48</sup> Idem. cit. p. 239/240.

<sup>49</sup> Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In A Constituição concretizada. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição aberta e direitos fundamentais do homem. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>50</sup> SARMENTO, Daniel. Cit. p. 245/246.

<sup>51</sup> Idem. p. 245.

<sup>52</sup> Idem p. 247.

<sup>53</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado..., cit. pp. 152/153.

<sup>54</sup> Idem. p. 152.

existência do binômio poder-sujeição, justificando a proteção dos direitos fundamentais nessa esfera, já que tal assimetria de poder prejudica, em muitas das vezes, o exercício da autonomia privada pela parte mais “fraca”.<sup>55</sup>

Com isso em mente, a doutrina afirma a necessidade do estabelecimento de *standards* (parâmetros) para a aplicação de cada direito fundamental na relação privada para verificar, os casos em que sua incidência deve ou não prevalecer sobre a autonomia da vontade<sup>56</sup>.

Um desses parâmetros é a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos na relação privada. Assim, quanto maior for a desigualdade, deverá ser mais intensa a proteção ao direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. Já diante de uma situação mais igualitária entre as partes, a autonomia vai receber uma proteção maior, ficando o direito fundamental que com ela entra em conflito mais suscetível a restrições.<sup>57</sup>

Por outro lado também, deve-se levar em conta, na hora de realizar a ponderação de interesses entre o direito fundamental e a autonomia privada, a natureza da questão examinada, para que se veja se são enfrentadas questões existenciais ligadas à autonomia da vontade ou questões de caráter econômico-patrimonial.<sup>58</sup>

Diante de uma questão de autonomia existencial, ligada à dimensão afetiva, emocional da personalidade ou restrita à privacidade do indivíduo, deverá ser atribuído à autonomia privada um peso maior na ponderação de interesses.<sup>59</sup>

Já no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem em jogo é uma dos critérios para a aferição da intensidade de proteção dispensada à autonomia privada.

Assim, quanto mais o bem envolvido for essencial à vida humana, maior a proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Já se o bem for supérfluo, o raciocínio é justamente o inverso.<sup>60</sup>

Diante disso Daniel Sarmiento exemplifica a questão afirmando que a limitação à autonomia privada das escolas na admissão de alunos deve ser mais intensa do que para uma boate na aceitação de certos clientes, já que a educação é bem mais essencial do que o lazer.<sup>61</sup>

A jurisprudência brasileira vem aplicando os direitos fundamentais individuais consagrados na Constituição diretamente na resolução de litígios privados, embora não

---

<sup>55</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 240.

<sup>56</sup> Idem. p. 253.

<sup>57</sup> Idem. cit. p. 272.

<sup>58</sup> Idem. cit. p. 278/279

<sup>59</sup> Idem. p. 279.

<sup>60</sup> SARMENTO, Daniel. cit. p. 278/279.

<sup>61</sup> Idem. p. 278.

adentre, na maioria das vezes, na discussão acerca das teorias jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares à esses direitos.<sup>62</sup>

De fato, só em 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, é que o Supremo Tribunal Federal examinou o presente tema, abordando todas as teorias aqui discutidas.<sup>63</sup>

A questão versa sobre um associado do quadro da Sociedade Civil - União Brasileira de Compositores, excluído sem ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. O STF decidiu que, em face das peculiaridades do caso, era imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

### III - CONCLUSÃO

Para encerrar, e restringindo a conclusão ao contexto brasileiro, é importante lembrar que vivemos num país de grande desigualdade social, abalado em sua estrutura social, política e econômica por diversos fatores, onde os direitos fundamentais, descritos na Constituição Federal, infelizmente tendem para uma utopia, já que a opressão e a violação a eles, tanto pelo Estado como pelos particulares, ocorre de forma corriqueira.

Diante desse quadro, torna-se imperativo lógico o reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, para uma sociedade mais justa, digna e igualitária, sob pena de, pior do que um Estado absolutista, adentrarmos num Estado omissivo, que fecha os olhos para as arbitrariedades praticadas entre os indivíduos que nele residem.

---

<sup>62</sup>STF, 2ª T., RE nº 158215-4/RS, rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 07.06.1997; STF, 2ª T., RE nº. 161.243-6/DF, rel. Min. Carlos Mário Velloso. 1996; e informativo STF nº. 197 - RE nº. 251.445/GO.

<sup>63</sup> Publicado no informativo nº. 405 do STF, 10-14 de outubro de 2005.