

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Peças de direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. trad. de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROPO, Enzo. *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, in: *Revista de Direito Público* nº 82 (1987), p. 41 e ss.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(n) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito, org. por Carlos Alberto Meneses Direito, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed., trad. A. M. Botelho Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

## 5. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais<sup>1</sup>

INGO WOLFGANG SARLET

Juiz de Direito no RS. Doutor em Direito (Munique, Alemanha). Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura (AJURIS) e na PUC/RS, onde também ministra a disciplina Direitos Fundamentais no Mestrado em Direito.

**Sumário:** 5.1. Introdução e delimitação do tema; 5.2. Aspectos conceituais e terminológicos: destacando a peculiaridade do problema; 5.3. Premissas de um consenso: as razões em prol de uma eficácia (vinculatividade) dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares; 5.4. O problema do "como": eficácia direta ou indireta?; 5.4.1. Considerações genéricas; 5.4.2. Teoria da eficácia mediata (direta); 5.4.3. Teoria da eficácia mediata (indireta); 5.4.4. A teoria dos deveres de proteção: novas tendências no âmbito da assim denominada eficácia indireta; 5.4.5. A vinculação dos assim denominados "poderes privados"; 5.4.6. As teorias da "convergência estatista" (Alemanha) e da *state action* (EUA), assim como a negação da própria relevância da discussão em torno de uma eficácia mediata ou imediata; 5.5. Relevância do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: superação das teorias que negam uma vinculação das entidades privadas; 5.6. Por uma eficácia (vinculação) imediata *prima facie*; 5.6.1. Dialogando com os defensores da eficácia mediata; 5.6.2. Fundamentando uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais; 5.7. Algumas conclusões e indagações; 5.8. Referências bibliográficas.

### 5.1. Introdução e delimitação do tema

Inobstante a assim denominada constitucionalização do Direito Privado - significativamente qualificada como representando uma autêntica "virada de Copérnico", de acordo com a inspirada formu-

<sup>1</sup> O presente texto também integrará obra coletiva dos professores do Curso de Especialização em Direito Civil, edição de 1998/99, promovido pela Faculdade de Direito da UNISINOS, São Leopoldo, em fase de publicação pela Editora UNISINOS, curso no qual o autor ministrou a disciplina Direito Constitucional e Direito Privado.

lação de Luiz Edson Fachin<sup>2</sup> - constitua fenômeno que, em virtude de sua amplitude, não se restringe às relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, é, todavia, nesta dimensão específica da problemática que iremos centrar a nossa atenção neste breve ensaio. Assim, importa registrar, de início, as razões que ensejaram esta opção. Em primeiro lugar, tal escolha se justifica em face da necessidade científica e metodológica de se proceder a uma delimitação do tema, mormente considerando as limitações físicas deste estudo. Esta, contudo, não foi a principal motivação. Guiou-nos, prioritariamente, a convicção de que a relação entre os direitos fundamentais consagrados pela Constituição e o Direito Privado assume feições específicas e diferenciadas, no contexto genérico das relações entre a Constituição e o Direito Privado. Evidentemente, tal constatação não afasta a existência de uma série de elementos comuns, a começar pela circunstância elementar de que qualquer aspecto que diga com os direitos fundamentais e o Direito Privado, em última análise, envolve o problema da Constituição na qual aqueles são assegurados e as suas relações com a ordem jurídica privada. Todavia, mesmo sob esta ótica, não há como desconsiderar a especial relevância dos direitos fundamentais na ordem constitucional, decorrente justamente deste elemento qualificativo - a fundamentalidade - na sua dupla vertente formal e material.<sup>3</sup>

Nesta linha de raciocínio, verifica-se, desde logo, que, de acordo com a vontade expressa de nosso Constituinte, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988), o que, por si só, já bastaria para demonstrar o tratamento diferenciado (e privilegiado) que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado.<sup>4</sup> Se a influência sobre a ordem jurídico-privada não é, por certo, prerrogativa dos direitos fundamentais, também não há como negligenciar que existem fortes razões a sustentar uma natureza qualitativamente diferenciada.

Lançadas estas considerações, impõe-se, contudo, nova delimitação, desta feita, já no âmbito próprio (mas ainda demasiadamente

<sup>2</sup> L.E.Fachin (Coord.), *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, p. 317 e ss.

<sup>3</sup> Sobre a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira v. o meu *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 78 e ss.

<sup>4</sup> Assim também parece concluir P. C. Villalon, *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*, in: Academia Sevillana del Notariado, p. 103, consignando que o primeiro pressuposto para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, especialmente no âmbito das relações entre particulares, é a existência de uma garantia efetiva e específica dos direitos fundamentais.

amplo e genérico), das relações entre direitos fundamentais e o Direito Privado.

Com efeito, tomando-se como ponto de partida o critério dos destinatários das normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais, isto é, daqueles que se encontram vinculados (na condição de obrigados), percebe-se, desde logo, algo que curiosamente ainda não tem sido suficientemente enfrentado no seio da doutrina constitucional e privatística pátrias, qual seja, a distinção entre a assim chamada eficácia "vertical" e "horizontal" dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado. Cuida-se, como temos a intenção de demonstrar, de aspectos distintos - embora conexos - da problemática.

Assim, poder-se-á falar de uma eficácia de natureza "vertical" dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, sempre que estiver em questão a vinculação das entidades estatais (públicas) aos direitos fundamentais, em última análise, sempre que estivermos falando da vinculação do legislador privado, mas também dos órgãos do Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional no que diz com a aplicação das normas do Direito Privado e a solução dos conflitos entre particulares.

Muito embora também neste plano da "verticalidade" (das relações particular-Estado), naquilo que dizem com o Direito Privado, existam inúmeras questões passíveis de análise e ainda carentes de equacionamento, especialmente entre nós, é esta a dimensão menos controversa, já que virtualmente superada a concepção que chegou a negar até mesmo uma vinculação direta do legislador privado e, com maior ênfase, do "juiz civil" aos direitos fundamentais.<sup>5</sup> De modo geral, poder-se-á afirmar que, no que concerne à eficácia "vertical", colocam-se - respeitadas certas especificidades e a particular relevância dos direitos fundamentais na ordem constitucional - os problemas que têm sido enfrentados no âmbito das relações entre a Constituição e o Direito Privado em geral,<sup>6</sup> aspectos que, reitera-se, inobstante intimamente vinculados ao enfoque da nossa abordagem, com este não se confundem por inteiro e aqui não ocuparão lugar de destaque.

Em face do exposto, mas especialmente em virtude da peculiaridade da problemática e da profunda controvérsia e das perplexi-

<sup>5</sup> V. mais recentemente e por todos, C.W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 14 e ss.

<sup>6</sup> Assim, apenas para ilustrar esta assertiva, basta lembrar que, dentre os efeitos das normas constitucionais sobre a normativa infraconstitucional, inclusive privada (se é que ainda é possível sustentar tal distinção entre Direito Público e Privado) destaca-se a revogação das normas anteriores incompatíveis, a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos ofensivos à Constituição, assim como a necessidade de interpretação do Direito Privado à luz das normas constitucionais, no âmbito daquilo que alguns denominaram de eficácia "irradiante". Neste sentido, elencando os efeitos das normas constitucionais na ordem jurídico-privada, dentre outros, J. A. y Flórez Valdéz, *El Derecho Civil Constitucional*, especialmente p. 125 e ss.

dades que continua gerando, é com a assim denominada eficácia "horizontal" (termo que, como veremos, igualmente merece ser tomado com reserva) dos direitos fundamentais que pretendemos nos ocupar de forma mais detida. Em suma, cuida-se - e este o objetivo precípuo deste breve ensaio - de analisar a problemática da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, mais propriamente, da vinculação destes (pessoas físicas ou jurídicas) aos direitos fundamentais.

Também aqui não há como fugir da necessidade de se proceder à nova delimitação, já que não se poderá desconsiderar a existência de uma faceta material e processual do problema. Com efeito, verifica-se que a doutrina contemporânea, com inteira razão, tem apontado para esta dupla perspectiva, demonstrando que, embora também aqui não se possa fugir de uma conexão íntima, gerando um nexo de intensa interdependência, encontramos-nos em face de enfoques que suscitam aspectos distintos. Sob o prisma material, cuida-se de abordar a problemática da existência, ou não, de uma vinculação dos sujeitos particulares aos direitos fundamentais, bem como de verificar qual a amplitude e o modo desta vinculação, ao passo que, pelo prisma processual, se estará tratando, em princípio, dos meios processuais para tornar efetivos os direitos fundamentais nas relações interprivadas, assumindo destaque, neste contexto, o problema da possibilidade de o particular, via ação judicial, opor-se diretamente a eventual violação de direito fundamental seu por parte de outro particular.

A partir deste prisma processual, por exemplo, de há muito se discute na Espanha a respeito da impetração do recurso de amparo nestes casos,<sup>7</sup> ou mesmo o problema do acesso por parte dos particulares, em face de ofensas a direitos fundamentais oriundas de outros sujeitos privados, aos órgãos supremos encarregados da jurisdição Constitucional, discutindo-se amplamente, por este prisma, os riscos de transformar as Cortes Constitucionais em Tribunais de revisão de conflitos de natureza eminentemente privada,<sup>8</sup> tema que,

7 Neste sentido, v. G. Ferrás-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales*, p. 618-19, que vincula esta distinção à diferença entre validade e eficácia (dimensão processual) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A respeito deste aspecto, v. também, entre outros, L. Pietro Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, p. 210 e 215 e ss., destacando a distinção entre os problemas de ordem substancial e processual, assim como García-Torres/Jiménez-Blanco, *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, p. 15-16.

8 Esta a advertência, dentre tantos, de K. Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, p. 61-62. Sobre o tema, v. principalmente a recente e profunda contribuição de U. Diederichsen, *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht - ein Lehrstück der juristischen Methodentlehre*, in: *AcP* 198 (1998), p. 171 e ss., questionando a atuação do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha na revisão de decisões da jurisdição ordinária no âmbito de conflitos jurídico-pro-

por outro ângulo, encontra-se intimamente vinculado à problemática da sobrecarga de processos nos Tribunais Constitucionais, e que não afeta exclusivamente o nosso Supremo Tribunal Federal, muito embora talvez aqui o problema tenha assumido uma dimensão particularmente angustiante.

Desde logo, cumpre consignar que priorizaremos a análise por prisma assim denominado "material" da problemática. Da mesma forma, em se considerando que o problema da vinculação dos particulares se coloca, em princípio, para boa parte dos direitos fundamentais em espécie, suscitando questionamentos específicos (basta lembrar que tão-somente a liberdade contratual e o princípio da igualdade já ensejaram - e ainda poderiam fazê-lo - a elaboração de diversas monografias de fôlego), limitar-nos-emos a tecer algumas considerações de caráter geral e introdutório, com o modesto intento de contribuir para a discussão de tema que, ao menos entre nós e ressaltados alguns ensaios de inegável valor e pioneirismo,<sup>9</sup> ainda não atraíu o interesse merecido, ao menos não sob a perspectiva a que nos propomos. Esta também é a razão pela qual, inobstante

vados e indicando que, em verdade, a Corte Constitucional estaria exercendo funções de um Supremo Tribunal em matéria Civil. Desde logo, destacamos a nossa divergência em relação ao posicionamento do autor, que sustenta uma eficácia apenas indireta, no sentido de mediada pelo legislador, dos direitos fundamentais no Direito Privado.

<sup>9</sup> Destaque-se, aqui, as significativas contribuições de G. F. Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 207 e ss., e G. Tepecimo, *Temas de Direito Civil*, p. 55 e ss., com ensaios versando justamente sobre o tema específico da aplicação das normas definidoras de direitos fundamentais às relações entre particulares, sem prejuízo de outros trabalhos de relevância já publicados entre nós onde tal aspecto também obteve algum tipo de referência, muito embora não tenha assumido a condição de objeto precípuo da investigação. Mais recentemente, v. P. G. Gonet Branco, "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", in: G. F. Mendes, I. M. Coelho; P. G. Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 160 e ss. Dentre as recentes monografias, onde o problema da assim denominada constitucionalização do Direito Privado (no caso, do direito civil) também ocupa lugar de destaque, v., sem pretensão de esgotar o rol, já que não nos ocupamos, neste ensaio, com as diversas dimensões que pode assumir o fenômeno em cada ramo do Direito Privado, as contribuições de L.R. Ferreira da Silva, *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código de Consumidor*, São Paulo, 1998 (especificamente no que diz com a previsão constitucional da liberdade contratual e autonomia privada e sua relatividade), C. L. Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, 1999 (igualmente dissecando a função e sentido atual da autonomia privada pelo prisma constitucional), R. Aroune, *Propriedade e Domínio*, Rio de Janeiro, 1999 (sustentado a aplicação direta da função social da propriedade, entre outros pontos) L.E. Fachin, *Elementos Críticos do Direito de Família*, Rio de Janeiro, 1999 (procedendo a uma releitura crítica do direito de família sob o influxo da normativa constitucional). Neste ponto cumpre homenagear a pessoa do eminente jurista e Desembargador aposentado do TJRS, Sérgio Gischkow Pereira, um dos pioneiros na seara da constitucionalização do Direito Privado, especialmente (mas não exclusivamente) no âmbito do Direito de Família. Dentre as suas contribuições para a literatura jurídica - sem falar na aplicação concreta de suas teses na prática jurisdicional, v. por ex. "Tendências Modernas do Direito de Família", in: *Rev. Ajuis* n.º 42, 1988, p. 52 e ss. Assim também, do mesmo autor, "Algumas Reflexões sobre a Igualdade dos Conjuges", in: *Rev. Ajuis* n.º 58, 1993, p. 42 e ss.

tendo por meta um enfoque afinado com a ordem jurídica pátria, nos vemos forçados a lançar mão de aportes extraídos do direito comparado, especialmente oriundos da experiência lusitana, espanhola e alemã, opção que se justifica também pela proximidade entre os sistemas jurídicos (notadamente no campo do Direito Constitucional) e por ser nestes países que a temática parece ter encontrado maior ressonância, sendo objeto de larga discussão doutrinária e jurisprudencial, ressaltando-se também a importância da experiência norte-americana no âmbito da doutrina da *state action*. Cuida-se, sem dúvida, de um dos temas mais controversos e fascinantes da dogmática jurídico-constitucional contemporânea.

Por derradeiro, inobstante reconhecemos aqui que uma análise mais completa do tema reclama algum nível de concretização,<sup>10</sup> isto é, desafia o estudo de aplicações práticas, registramos que tal empreitada refoge aos limites deste estudo, no qual - reitera-se, pretendemos apenas lançar algumas considerações de cunho introdutório e geral, inclusive preparando o terreno para futuros desenvolvimentos. Esta a razão, em suma, pela qual o recurso a exemplos extraídos da jurisprudência estrangeira e nacional - em que pese o relativamente farto material disponível - foi aqui conscientemente relegado a um papel secundário.

## 5.2. Aspectos conceituais e terminológicos: destacando a peculiaridade do problema

Como já anunciado, ocupar-nos-emos, doravante, com a problemática da vinculação dos particulares (pessoas físicas ou jurídicas) aos direitos fundamentais. Em suma, cuida-se de saber até que ponto pode o particular (independentemente da dimensão processual do problema) recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares, isto é, se, quando, e de que modo poderá opor direito fundamental do qual é titular relativamente a outro particular, que, neste caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais? A natureza peculiar desta configuração decorre justamente da circunstância de que os particulares envolvidos na relação jurídica são, em princípio, ambos (ou todos) os titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõe a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se estabelecer restrições recíprocas, estabelecendo-se uma relação de cunho conflituoso, inexistente, em regra, no âmbito

<sup>10</sup> Cf. a advertência de C.A. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 75.

bita das relações entre particulares e as entidades estatais (poder público em geral), já que estas, ao menos em princípio, não podem opor direito fundamental aos primeiros.<sup>11</sup>

Este aspecto da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas acabou sendo versado, na doutrina e na jurisprudência constitucional, sob vários títulos, especialmente, "eficácia privada", "eficácia em relação a terceiros" ("*Drittwirkung*" ou "eficácia externa") e "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais. Estas duas últimas expressões, assim como o problema propriamente dito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, encontraram sua primeira formulação na doutrina constitucional alemã, já se tendo inclusive afirmado tratar-se de autêntico artigo de exportação jurídica *made in Germany*.<sup>12</sup>

Com efeito, apesar da dificuldade de se estabelecer com precisão até que ponto a reivindicação do propagado pioneirismo e originalidade é correta, não há como negar ter sido na Alemanha, especialmente a partir da Lei Fundamental de 1949, que o tema encontrou seu maior desenvolvimento, gerando acirrada controvérsia na doutrina e jurisprudência, acabando por atrair (e influenciar) as atenções da doutrina europeia em geral, até mesmo - embora ainda de forma tímida - a doutrina e a jurisprudência francesas.<sup>13</sup>

Ademais, observa-se que a discussão travada abrange a própria seara terminológica, impondo-se uma opção quanto a este aspecto. Desde logo e sem dar ao problema demasiado valor, cumpre afastar a expressão "eficácia privada", já que muito genérica, além de não colocar em destaque o ponto central da problemática ora examinada. Todavia, constata-se que até mesmo a denominação habitualmente mais utilizada na doutrina e jurisprudência alemã (eficácia em relação a terceiros - *Drittwirkung*) não escapa de uma análise crítica,

<sup>11</sup> V. dentre tantos, especialmente K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1513, entendimento que tem alcançado elevado grau de consenso no âmbito do Direito Comparado. Registre-se, contudo, que a inoponibilidade de direito fundamental por parte das entidades públicas em relação aos particulares encontra-se excepcionada nas hipóteses em que o poder público é também titular de direitos fundamentais, como ocorre com o direito de propriedade, liberdade de comunicação, etc.

<sup>12</sup> Esta, pelo menos, a posição abalizada do conhecido publicista germânico Ingo von Münch, *Die Drittwirkung der Grundrechte in Deutschland*, p. 10-11 (cuida-se de tradução para o alemão do texto em espanhol publicado na obra coordenada por Pablo Salvador Corderch, *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada*, Madrid, Civitas, 1997).

<sup>13</sup> Assim o reconhece L. Favoreau, no seu prefácio à obra de M. Frangi, *Constitution et Droit Privé*, Paris, 1992, referindo que até meados dos anos setenta, dificilmente haveria como falar de uma constitucionalização do Direito Privado (e até mesmo público) na França, destacando, ainda, a influência da doutrina e jurisprudência norte-americana, alemã e italiana no sentido de estimular no desenvolvimento do tema no âmbito da ciência jurídica francesa.

tendo encontrado um número considerável de opositores inclusive no seu país de origem.

Dentre os diversos argumentos citados, cumpre destacar que, de fato, não se trata propriamente de um terceiro nível eficaz (ou de uma terceira classe de destinatários), mas sim de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação dos particulares (relação horizontal) em contraposição à clássica e incontestada vinculação das entidades estatais, no âmbito das relações (verticais) entre particular e Estado.<sup>14</sup> Mas também este argumento e, portanto, a expressão "eficácia horizontal" têm sido rejeitados, principalmente em face da circunstância de que expressiva parcela da doutrina acabou aderindo à concepção segundo a qual, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor de poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia em face de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade.<sup>15</sup> Por derradeiro, verificase que sob a denominação genérica "eficácia privada" ou "eficácia em relação a terceiros" (*Drittwirkung*), até mesmo na doutrina alemã registram-se diversas análises que acabaram abordando, de forma nem sempre precisa e distinta, a vinculação do legislador privado e o problema da vinculação dos particulares.<sup>16</sup>

Estas, em suma, algumas das razões pelas quais optamos por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-nos aos que preferem tratar o tema sob o título "eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares"<sup>17</sup> ou mesmo "vinculação dos particulares - ou entidades privadas - aos direitos fundamentais",<sup>18</sup> por traduzir, de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema, já destacada.

A própria utilização do termo eficácia poderá conduzir a certos equívocos e imprecisões, que, aliás, chegam a ser comuns na esfera doutrinária e jurisprudencial. Assim, há quem distinga as expressões

<sup>14</sup> Cf. I. von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, p. 12-13.

<sup>15</sup> Esta a lição de J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 244.

<sup>16</sup> Cf. a constatação de C-W Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 33 e ss.

<sup>17</sup> Assim, por exemplo, J.M. Bilbao Ubillos, *La Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, 1997, bem como J. García-Torres e A. Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986. Também A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, p. 22, fala na "eficácia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares".

<sup>18</sup> Esta a opção, dentre outros, de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 270 e ss., e de J.J. Nunes Abrantes, *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, Lisboa, 1990.

*validade e eficácia*, sustentando que esta última diz especificamente com a já referida dimensão processual do problema.<sup>19</sup> Por sua vez, Canaris distingue igualmente os conceitos validade (*Geltung*) e eficácia (*Wirkung*), mas, de modo diverso, sustenta que o problema da eficácia diz com os destinatários das normas de direitos fundamentais, não se podendo confundir a vinculação direta do legislador privado com a vinculação dos particulares, na condição de destinatários dos direitos fundamentais.<sup>20</sup>

Para além disso - sem entrarmos aqui no mérito da correção destes posicionamentos - impõe-se, contudo, que, ao menos para efeitos deste estudo, partamos de um ponto comum. Objetivando a coerência com o nosso próprio discurso e, ao que nos parece, posicionando-nos de forma afinada com o pensamento pátrio dominante, preferimos distinguir as noções de validade e eficácia, considerando esta como sendo a possibilidade da norma (no caso, da norma definidora de direitos e garantias fundamentais) gerar os efeitos jurídicos que lhe são inerentes.<sup>21</sup> Assim, a eficácia (que aqui não se confunde com a dimensão processual, mais propriamente ligada ao problema da efetividade, ou mesmo da eficácia social, como ensina José Afonso da Silva) pressupõe a vinculação jurídica dos destinatários, já que toda e qualquer norma vigente, válida e eficaz (conceitos distintos, embora inter-relacionados) implica um certo grau de vincutividade, embora se possa discutir quem e como está vinculado. A partir do exposto, podemos partir da premissa de que ao versarmos sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, estamos, de qualquer sorte, situados no âmbito da problemática mais ampla da eficácia (no caso, eficácia vinculante) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais no âmbito das relações entre particulares.

Ainda em caráter preliminar, cumpre ressaltar a existência de uma série de normas de direitos fundamentais que restam, desde logo, excluídas da discussão, por serem, em princípio, inoponíveis aos particulares (pessoas físicas e/ou jurídicas), notadamente quando têm por destinatário exclusivamente os órgãos estatais, como ocorre, por exemplo, com os direitos políticos, assim como no caso do direito à nacionalidade, das garantias fundamentais processuais (especialmente na esfera penal), direitos de asilo e não-extradição,

<sup>19</sup> Assim o faz C. Pece-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, p. 618-19.

<sup>20</sup> Cf. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 35.

<sup>21</sup> V. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 207 e ss, embasando-nos, quanto a este aspecto, essencialmente nas lições de J.A. da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 48 e ss.

apenas para citar, alguns exemplos particularmente eloquentes e habitualmente referidos na doutrina.<sup>22</sup>

De outra banda, o problema poderá ser tido como superado - apenas, contudo, no que diz com o reconhecimento da existência (isto é, do "se") de uma vinculação dos particulares - quando se tratar de normas de direitos fundamentais que expressamente têm por destinatário (ao menos também) entidades privadas e os particulares em geral. Da nossa Constituição vigente, poderão ser referidos, entre outros, o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação do pensamento (artigo 5º, incisos IV e V), certamente não oponível apenas quando o Estado for o causador do dano, assim como o direito à inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI) e o sigilo da correspondência e das comunicações (artigo 5º, inciso XII). Tal ocorre, aliás, especialmente com os direitos dos trabalhadores (artigos 7º e seguintes da Constituição de 1988), cujos destinatários precípuos são os empregadores, em regra, particulares.

A pergunta da existência de uma vinculação dos particulares (isto é, do "se"), poderá assumir relevância, portanto, apenas para o grupo, dos direitos fundamentais que não têm por destinatário exclusivo os órgãos estatais. De outra parte, já terá sido respondida de modo afirmativo, sempre que se cuide de normas de direitos fundamentais que expressa e inequivocamente tiverem particulares (exclusivamente ou não) como destinatários, do que dão conta os exemplos referidos. Todavia, importa consignar que mesmo os direitos fundamentais direcionados, em princípio, "exclusivamente" ao poder público não deixam, em certa medida, de ter uma eficácia no âmbito das relações privadas, já que, consoante já assinalado, vinculam diretamente o legislador privado, da mesma forma como vinculam os Juizes e Tribunais ao aplicarem o Direito Privado à luz da Constituição e dos direitos fundamentais. Cuida-se de dimensão relevante da relação entre direitos fundamentais e Direito Privado, mas que, pelos motivos já expostos, não será abordada neste estudo.

Posto isto, verifica-se que uma análise do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ainda que de cunho introdutório, tal como ora nos propomos a efetuar, inevitavelmente não poderá desconsiderar a lição de Robert Alexy, para quem são dois os principais aspectos a serem enfrentados: como e em que

<sup>22</sup> A respeito da exclusão dos direitos fundamentais que têm por destinatário apenas os órgãos estatais (poder público) v. dentre tantos, J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 284, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1153, K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 257, I. von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, p. 15 e, mais recentemente, P. Mota Pinto, *O direito no livre desenvolvimento da personalidade*, p. 228.

medida (isto é, qual o alcance) se dá a vinculação dos particulares, o primeiro sendo um problema de construção, e o segundo, um problema de colisão, ambos resultando da característica peculiar de se tratar, em princípio e diversamente das relações particular/Estado, de uma relação na qual ambos os pólos são titulares de direitos fundamentais.<sup>23</sup> Antes, contudo, de nos dedicarmos a estes pontos nucleares da problemática, não poderíamos nos furtar de lançar um breve olhar sobre os pressupostos teóricos que têm servido como base de sustentação para uma eficácia dos direitos fundamentais - seja a que título for - nas relações entre particulares.

### 5.3. Premissas de um consenso: as razões em prol de uma eficácia (vinculatividade) dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares

Apesar de atualmente já se registrar amplo consenso no que diz com o reconhecimento, pela doutrina majoritária, de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em outras palavras, quanto ao "se" desta vinculação,<sup>24</sup> isto não significa que tal aspecto não mereça alguma consideração. Com efeito, a virtual ausência de controvérsia não torna indispensável ao menos uma breve incursão nesta seara, com o objetivo de expor alguns dos principais argumentos e pressupostos teóricos desta evolução, inclusive para viabilizar a melhor compreensão do fenômeno e até mesmo preparar o terreno para a discussão em torno da forma pela qual se dá esta vinculação, a ser enfrentada no próximo segmento.

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam - ou, pelo menos, eram concebidos deste modo - a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física, etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, como reflexo da então preconizada separação entre sociedade e Estado,

<sup>23</sup> Cf. R. Alexy, *Therrie der Grundrechte*, p. 480 (v. também a versão espanhola, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 511).

<sup>24</sup> Assim, v. a recente manifestação de T. Langier, *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privatien*, p. 29, na esteira do que já havia sustentado, entre outros, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 480 (*Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 510-11).



assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada.<sup>25</sup>

Com efeito, com a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares - assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional - não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada.<sup>26</sup> Na verdade, cumpre assinalar que, se o Estado chegou a ser considerado o destinatário exclusivo dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, não há como negar que as ameaças resultantes do exercício do poder social e da opressão socioeconômica já se faziam sentir de forma aguda no auge do constitucionalismo liberal-burguês, bastando aqui uma breve alusão às consequências da revolução industrial, cujo primeiro ciclo teve início justamente quando eram elaboradas as primeiras Constituições escritas e - ao menos no âmbito europeu - quando se vivenciava o apogeu desta primeira "onda" do constitucionalismo, no âmbito do qual, de resto, foram reconhecidos - ao menos pelo prisma formal - os primeiros direitos fundamentais.

O Estado passa a aparecer, assim, como devedor de postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais, deixando de ocupar - na feliz formulação de Vieira de Andrade - a posição de "inimigo público"<sup>27</sup> ou, pelo menos, não mais a de inimigo número um (ou único) da liberdade e dos direitos dos cidadãos, como poderíamos acrescentar. Neste contexto, cumpre referir que expressivo rol de doutrinadores tem reproduzido a tendência (por sua vez, não completamente imune a críticas)<sup>28</sup> de recon-

<sup>25</sup> Entre nós, cumpre registrar a lição de G. Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 55 e ss. Nesta mesma linha, situa-se o entendimento de C. Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 225 e ss. destacando também o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado e a necessidade de proteção de determinados segmentos sociais (no caso em particular, notadamente os consumidores) contra o exercício do poder social.

<sup>26</sup> Neste sentido, a lição de V.M.P.D. Pereira da Silva, *Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias*, in: *Revista de Direito Público* n.º 92 (1987), p. 43-4, ressaltando, ainda, a existência de uma tendência no sentido de uma crescente descentralização e distribuição do poder entre as forças sociais.

<sup>27</sup> Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 273-74.

<sup>28</sup> Desenvolvida originária e prioritariamente no direito constitucional alemão, mas recebida no âmbito do direito constitucional comparado, especialmente na Espanha, Portugal e Itália, a concepção de que os direitos fundamentais, por serem parte integrante e a expressão de uma ordem de valores objetiva, irradiam os seus efeitos em toda ordem jurídica, em que pese sua inegável importância para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, acabou sofrendo críticas das mais diversas, a começar pelo seu conteúdo vago, mas, de modo especial, pelas consequências que foram extraídas desta concepção.

duzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua dimensão jurídico-objetiva, de acordo com a qual os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve resguardar, mas também promover e proteger, valores estes que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico - público e privado<sup>29</sup> - razão pela qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, de direitos oponíveis pejos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado.<sup>30</sup>

Em face do exposto, há que acolher a lição de Vieira de Andrade, ao destacar os dois aspectos principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do postulado da unidade do ordenamento jurídico, aplicam-se relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada (o que diz preponderantemente com a dimensão "vertical", já referida), bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais, provenientes de outros indivíduos ou entidades particulares.<sup>31</sup> Assim, independentemente de qual a perspectiva adotada, a existência de uma vinculação dos particulares (seja qual for sua forma e seu alcance) parece ser, portanto, inquestionável, ressaltadas, à evidência, as hipóteses nas quais o Estado é o destinatário precípua das normas de direitos fundamentais. Se neste terreno (o da existência propriamente dita de uma vinculação), tal como assinalado, não se verifica maior controvérsia, o mesmo inócua com a forma e intensidade da vinculação, objeto dos próximos segmentos do nosso estudo, cuja atualidade tem sido reafirmada inclusive na Alemanha, onde houve até mesmo quem chegou a considerar esgotada a discussão.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Neste sentido, fala-se, em formulação já clássica, de uma "eficácia irradiante" ("Ausstrahlungswirkung") dos direitos fundamentais, reconhecida já nos primórdios de sua fecunda judicatura pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, na paradigmática, multiplicada e controversa decisão proferida no caso "Lüth" (BVerfGE 7, 198), que voltará a ser referida. Na doutrina, sobre o assim denominado efeito irradiante dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, v. por todos K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 135 e ss.

<sup>30</sup> Cumpre lembrar, neste particular, dentre outros, a lição de J. Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 158-9, bem como R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 476 e ss (*Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 506 e ss.).

<sup>31</sup> Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Op. cit.*, p. 274.

<sup>32</sup> Aqui já bastaria lembrar, dentre as monografias, os recentes e expressivos trabalhos de J. Neuner, *Priorität und Sozialstaat*, Munique, 1998, e de C.W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin, 1999, sem falar de um considerável número de artigos publicados ao longo dos últimos cinco anos e de algumas importantes decisões do Tribunal Federal Constitucional (Bundesverfassungsgericht).

## 5.4. O problema do "como": eficácia direta ou indireta?

### 5.4.1. Considerações genéricas

Ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu art. 18/1, consagrou expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a nossa Constituição de 1988 sequer previu, a despeito de consagrar o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º), a expressa vinculação do poder público, tal como ocorreu, por exemplo e paradigmaticamente, na Lei Fundamental da Alemanha (artigo 1º, inciso III), assim como nas vigentes Constituições da Grécia, Espanha e na própria Constituição de Portugal, já referida.

Tomando como ponto de partida justamente a experiência portuguesa, que nos é mais próxima, constata-se que, apesar de se ter por superada a questão da existência, ou não, de uma vinculação das entidades privadas, persiste um consenso quanto ao fato de que a norma contida no art. 18/1 não revela, contudo, a amplitude, a forma e a intensidade desta vinculação, isto é, nada resolve, de forma definitiva, no concernente ao *modus vinculandi*. Assim, questiona-se, por exemplo, se a vinculação das entidades privadas assume as mesmas feições da vinculação dos poderes públicos, ou mesmo se a expressão "entidades privadas" se refere a todos os particulares, pessoas físicas e/ou jurídicas, ou se apenas engloba determinadas pessoas privadas, notadamente, quando detentoras de certo grau de poder social.<sup>33</sup> Portanto, se até mesmo no direito lusitano, a despeito da expressa previsão de uma vinculação das entidades privadas, não se registra um consenso quanto à sua forma e intensidade, o que não dizer na ordem jurídica pátria, onde tal tema, para além da inexistência de dispositivo similar, sequer tem recebido - salvo algumas exceções - a merecida atenção pela doutrina e pela jurisprudência?

Se mesmo nos casos em que parece indiscutível uma vinculação dos particulares, notadamente quando expressamente prevista e, neste caso, inequivocamente direta, é possível questionar qual o alcance desta vinculação, quanto mais o problema ganha em relevância em se tratando de direitos fundamentais nos quais esta vinculação não transparece assim de forma tão inequívoca. Para além disso, não nos esqueçamos - como já tivemos oportunidade de anunciar - de que, mesmo no que diz com a vinculação das entidades públicas,

<sup>33</sup> Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 281. Mais recentemente, v. igual questionamento de P. Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, p. 229-30.

não há como negligenciar a existência de uma miríade de aspectos específicos, notadamente no âmbito das distinções que esta vinculação assume em relação ao Legislador, ao Poder Executivo e aos órgãos do Poder Judiciário, não sendo poucos os problemas que ainda aguardam por uma solução consensual na esfera doutrinária e jurisprudencial.<sup>34</sup>

Aliás, mesmo que se tenha por afirmada a existência, em princípio, de uma vinculação dos particulares, não são poucos os que continuam a sustentar, quanto à forma da vinculação (direta ou indireta), não ser evidente que os direitos fundamentais tenham aplicação imediata e vinculem diretamente na esfera das relações entre particulares.<sup>35</sup>

É neste contexto que entendemos indispensável uma apresentação preliminar e análise (ainda que sumária) das concepções doutrinárias elaboradas especialmente no âmbito da ciência jurídica constitucional germânica e que passaram a influenciar, de uma ou de outra forma, a evolução posterior, inclusive com a criação de novos modelos e alternativas, não faltando até mesmo quem tenha questionado seriamente a própria relevância da discussão em torno de uma vinculação direta ou indireta dos particulares aos direitos fundamentais, como ainda teremos oportunidade de constatar. Por sua relevância e em face de suas peculiaridades, mas também por suas semelhanças, igualmente não deixaremos de referir brevemente a experiência norte-americana nesta seara, notadamente, no que diz com a doutrina da *state action*.

### 5.4.2. Teoria da eficácia imediata (direta)

De acordo com a posição inicialmente desenvolvida e sustentada por Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, adotada e reforçada por Walter Leisner, este último autor de alentada tese de cátedra sobre o tema, a concepção de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que o Direito Privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo como

<sup>34</sup> V. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 334.

<sup>35</sup> Cf., dentre outros, mesmo recentemente, H.-U. Erichsen, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, in: *JURA* 1996, p. 527.



admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais. Assim, 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.<sup>36</sup>

Para Nipperdey, uma negativa da vinculação direta dos particulares acabaria atribuindo às normas de direitos fundamentais cunho meramente declaratório, concepção compartilhada por Hermann von Mangoldt, um dos principais autores da Lei Fundamental da Alemanha.<sup>37</sup> Apesar disto, o argumento de acordo com o qual uma vinculação dos particulares decorreria naturalmente da expressa previsão de uma vinculação do poder público acabou por ser abandonado pelos próprios defensores da vinculação imediata, na medida em que se reconheceu a existência de uma diferença estrutural entre as relações particular/Estado e dos particulares entre si, já que estes, em regra, são todos igualmente titulares de direitos fundamentais.<sup>38</sup>

Acabou prevalecendo o entendimento de que corresponderia à vontade da Lei Fundamental propiciar uma proteção ampla da liberdade,<sup>39</sup> já que, a despeito de os direitos fundamentais terem surgido, historicamente, como direitos de defesa, oponíveis ao Estado, verificou-se uma transformação no âmbito do significado e das funções dos direitos fundamentais, especialmente em virtude das ameaças oriundas dos poderes sociais, além de se estar levando a sério o princípio da máxima efetividade das normas de direitos fundamentais.<sup>40</sup>

Como consequência desta concepção, os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares, acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamen-

<sup>36</sup> Cf. H.-C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, in: FS Molitor, p. 24.

<sup>37</sup> Assim o lembra A. Bleckmann, *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, p. 226-27.

<sup>38</sup> Cf. H.-U. Erichsen, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, in: JURA 1996, p. 528.

<sup>39</sup> W. Leisner, cit. por K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1542, já falava de uma tendência multidirecional ("altseitige Tendenz") no âmbito dos direitos fundamentais, evolução esta que teria sido suprimida ao longo do século XIX, sob a égide do constitucionalismo de matriz liberal-burguesa, voltando a manifestar-se apenas com o advento da Constituição de Weimar e do constitucionalismo social.

<sup>40</sup> V. aqui também H.-U. Erichsen, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, in: JURA 1996, p. 528, sintetizando os principais argumentos de Nipperdey e dos demais defensores de uma eficácia direta.

tais contratualmente avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares.<sup>41</sup>

#### 5.4.3. Teoria da eficácia mediata (*indireta*)

A teoria da eficácia mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) desenvolveu-se a partir da paradigmática formulação de Günther Dürig, que, partindo de algumas premissas comuns, notadamente ao advogar que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, com reflexos em todo o ordenamento jurídico, no entanto contesta veementemente os defensores da eficácia imediata. Para Dürig, em objeção acolhida até hoje por expressiva parcela da doutrina e da jurisprudência constitucional, 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.<sup>42</sup>

Assim, de acordo com a proposta de Dürig, a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada, na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das "cláusulas gerais" e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais.<sup>43</sup> Em primeira linha, portanto, constitui - segundo os adeptos desta concepção - tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.

Em última análise, isto significa que os direitos fundamentais não são - segundo esta concepção - diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais pri-

<sup>41</sup> Neste sentido, a lição de C. W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 34, registrando as consequências sustentadas no âmbito da doutrina da eficácia direta, embora contestando - ele próprio - uma tal vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

<sup>42</sup> Cf. G. Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in: FS für H. Nawiasky, p. 183-184, registrando que com o propósito de sustentar uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares estar-se-ia, em verdade - apesar da boa-fé dos defensores da eficácia imediata - ensajando uma estatização (socialização) do Direito Privado.

<sup>43</sup> Cf. G. Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, p. 176 e ss. Posteriormente, mesmo repudiando, em princípio, uma vinculação direta dos particulares, autores de nomeada como C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in: AcP 184 (1984), p. 222K e, na esteira do primeiro, K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1557 e ss., reconheceram, de forma correta e já difundida, que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não se restringe às cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

vadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais 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.<sup>44</sup>

A teoria da eficácia mediata (indireta) acabou - de modo geral e consideradas especificidades e ajustes - por prevalecer no seio da doutrina e da jurisprudência alemã - muito embora não de forma unânime - passando a ser adotada - ainda que não expressamente - pelo Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) a partir do famoso e multicitado caso "Lüth", ainda no início de sua profícua e influente judicatura, que ora vai apresentado de forma sumária.<sup>45</sup>

Em 1950, Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, sustentou boicote público contra o filme "Unsterbliche Gelibte" (amada imortal), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que havia produzido filme de cunho notoriamente anti-semita, durante a ditadura nazista. Harlan obteve decisão do Tribunal de Justiça de Hamburgo no sentido de que Lüth se abstinisse de boicotar o filme, com base no parágrafo 826 do Código Civil (BGB).<sup>46</sup> Contra esta decisão, Lüth ingressou com reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante a Corte Constitucional, argumentando que a decisão do Tribunal de Hamburgo violou sua liberdade de expressão, que - segundo Lüth - protege também a possibilidade de influir sobre outros mediante o uso da palavra. O Tribunal Constitucional, por sua vez, acolheu o recurso, argumentando que os tribunais civis podem lesar o direito fundamental de livre manifestação de opinião, aplicando regras de Direito Privado. Entendeu a Corte que o Tribunal Estadual descon siderou o significado do direito fundamental de Lüth (liberdade de expressão e informação) também no âmbito das relações jurídico-privadas, quando ele se contrapõe a interesses de outros particulares.

Independentemente do resultado da decisão, cumpre sinalar que, na sua fundamentação, a Corte Constitucional, inobstante não tenha aderido expressamente às concepções da eficácia imediata ou mediata, reconheceu, inicialmente, que os direitos fundamentais in-

<sup>44</sup> Cf. a precisa observação de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 347.

<sup>45</sup> BverfGE (Coletânea das Decisões do Tribunal Federal Constitucional), vol. 7, p. 198 e ss.

<sup>46</sup> De acordo com o parágrafo 826 do BGB (Código Civil da Alemanha), "aquele que causa dano a outro, de maneira ofensiva aos bons costumes, está obrigado a repará-lo" (*Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet*).

tegram uma ordem de valores objetiva, centrada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana no seio da comunidade, cuidando-se de decisão constitucional básica para todos os âmbitos do direito, influenciando também sobre o Direito Civil, no sentido de que nenhum dispositivo jurídico-civil possa lhe ser contrário, além de impor uma interpretação conforme a Constituição. Para o Tribunal - em apertada síntese - o conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no Direito Privado por meio dos dispositivos que regem diretamente este âmbito jurídico, de tal sorte que a influência dos direitos fundamentais como critérios valorativos se realiza sobretudo por meio das disposições jurídico-privadas de cunho imperativo e que integram a ordem pública em sentido amplo. Para a concretização desta influência se oferecem principalmente as cláusulas gerais do direito privado (como é o caso do citado parágrafo 826 do Código Civil), que - neste particular seguindo a lição de Dürig - atuam como pontos de ingresso (*Einbruchstellen*) dos direitos fundamentais no Direito Civil.

Ainda segundo o Tribunal - na decisão Lüth - um litígio entre particulares envolvendo direitos e deveres decorrentes de normas jurídico-privadas, mesmo influenciadas pelos direitos fundamentais, segue sendo um conflito jurídico-civil, impondo-se ao juiz a tarefa de examinar se os dispositivos legais (privados) a serem aplicados encontram-se materialmente influenciados pelos direitos fundamentais na forma já referida, devendo considerar tais modificações na sua decisão, de tal sorte que também o juiz civil está vinculado aos direitos fundamentais, decisão esta passível de reclamação constitucional diretamente endereçada ao Tribunal Constitucional, que, no entanto, pena de converter-se em uma superinstância de revisão, limita-se a examinar se a decisão impugnada considerou o efeito irradiante dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, já que todos os atos dos poderes estatais devem ser apreciados segundo a medida dos direitos fundamentais.<sup>47</sup>

Tal orientação - objeto de larga controvérsia até mesmo fora da Alemanha - acabou prevalecendo, na sua essência, nas decisões seguintes, muito embora possam ser constatadas importantes variações e desenvolvimentos, que, ao menos por ora, não poderão ser apresentados e discutidos.

<sup>47</sup> Cf. BverfGE 7, 198 e ss. Para os que não tiverem acesso à decisão na versão original, em alemão, v. J. García Torres e A. Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, p. 26-32, onde foram transcritos - em espanhol - os principais trechos da decisão, isto sem que se vá adentrar aqui o mérito das considerações tecidas pelos autores a respeito do já tão citado e controverso Aresio da Corte Constitucional da Alemanha. Também G. F. Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 220-21 apresenta breve síntese desta decisão.

#### 5.4.4. A teoria dos deveres de proteção: novas tendências no âmbito da assim denominada eficácia indireta

Inobstante ainda sustentando uma eficácia, em princípio e em primeira linha indireta, houve, na própria Alemanha, uma revisão crítica das primeiras concepções sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, destacando-se, entre outros, autores como Konrad Hesse, Albert Bleckmann, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, apenas para citar alguns dos que lograram alcançar maior expressão, que, agregando novos fundamentos, acabaram formulando novas alternativas e soluções mais ou menos diferenciadas, inclusive admitindo um espaço significativamente maior para uma vinculação direta, tal como o fazem Robert Alexy, bem como - embora adotando uma posição mais intermediária - Jörg Neuner, da qual, por sua vez, se aproxima a proposta de Paulo Mota Pinto, recentemente sustentada no Direito Lusitano.

Partindo, ainda que parcialmente, dos pressupostos teóricos que já se faziam presentes na base das concepções anteriores, especialmente entre os defensores de uma vinculação indireta, tem sido sustentado que os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõe aos órgãos estatais (e é o Estado o destinatário precípuo desta obrigação) um dever de proteção dos particulares contra agressões aos 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.<sup>48</sup> Para os adeptos desta concepção, considerada a melhor forma de fundamentar e resolver o problema da eficácia (vertical e horizontal) dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada,<sup>49</sup> continua sendo, portanto, o Estado o destinatário precípuo dos direitos fundamentais, cuidando-se, à evidência, de uma proteção que - em regra - ocorre de forma mediata, notadamente levada a efeito pelo legislador e, subsidiariamente, pelos órgãos do Poder Judiciário.

Ao passo que, na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos

<sup>48</sup> Cf., entre outros, K. Stern, *Staatsrecht III/A*, p. 1573 e ss. Sobre os deveres de proteção e um correspondente direito (prestacional) à proteção v. especialmente R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 410 e ss. (*Theorie de los derechos fundamentales*), p. 435 e ss.).

<sup>49</sup> Neste contexto, chegou até mesmo a ser sugerida a substituição da doutrina da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas pela figura dos "deveres de proteção", tal como o fez S. Oeter, "*Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts*", in: AOR 119 (1994), p. 549.

fundamentais, ao imporem deveres de proteção, as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares, dever este que - para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais contendo normas justfundamentais, pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa) não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.<sup>50</sup>

A teoria dos deveres de proteção, assim o advogam seus defensores, apresenta a vantagem de viabilizar um tratamento suficientemente diferenciado dos direitos fundamentais no Direito Privado, partindo do reconhecimento de uma competência normativa (*Rechtsetzungskompetenz*) dos sujeitos privados, admitindo o dever de intervenção estatal no âmbito das relações jurídico-privadas apenas em casos excepcionais e devidamente justificados.<sup>51</sup> Para além disso, argumenta-se que a maior vantagem da teoria dos deveres de proteção reside justamente na circunstância de encontrar-se edificada sobre as estruturas do Direito Privado, de tal sorte que os deveres específicos de proteção não podem ser determinados previamente e em abstrato, de forma genérica, carecendo de concretização de acordo com seu respectivo conteúdo e apenas nesta medida gerando direitos subjetivos.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Sobre este fundamento da teoria dos deveres de proteção, v. I. von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, p. 26.

<sup>51</sup> Cf. J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, p. 160.

<sup>52</sup> Assim também a lição de J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, p. 161. Há que consignar, além do mais, que a doutrina dos deveres de proteção, inclusive na sua aplicação às relações jurídico-privadas foi igualmente acolhida e desenvolvida no âmbito da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, inobstante de forma ainda bastante tímida e isolada, tal como observou G. Hermes, *Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage*, in: NJW 1990, p. 1764 e ss., destacando e comentando decisão de 07.02.1990, na qual pela primeira vez foi declarada a inconstitucionalidade de uma norma jurídico-privada em virtude de conflitar com o dever de proteção da liberdade de profissão contra autolimitações contratuais. Eis, em apertada síntese, do que se tratava: com base na norma contida no § 90, a, II, do Código Comercial da Alemanha, um representante comercial poderia ser contratualmente impedido de exercer por até dois anos, no âmbito da República Federal da Alemanha, toda e qualquer atividade para a concorrência, sem qualquer tipo de indenização, em caso de rescisão de contrato de representação comercial por culpa do representante. O Tribunal Constitucional considerou que a decisão da jurisdição ordinária, que deu ganho de causa ao empreendedor na sua demanda promovida contra o representante que descumpriu a cláusula contratual limitativa, acabou também desconsiderando o direito fundamental à liberdade de profissão e o correspondente dever de proteção do Estado.

#### 5.4.5. A vinculação dos assim denominados "poderes privados"

Na esteira do que já havíamos sustentado em outra ocasião, verifica-se que no âmbito da literatura jurídica costumam ser destacadas duas constelações distintas no que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada: as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social (também sujeitos particulares) e as relações entre os particulares em geral, caracterizadas por uma pelo menos tendencial igualdade, já que situadas fora das relações de poder.<sup>53</sup>

Comum a boa parte dos defensores da eficácia direta e indireta, embora também aqui com especificidades a serem consideradas, é a constatação de que em se tratando de uma relação jurídico-privada entre um particular e outro particular caracterizada por um inequívoco e relevante grau de desigualdade, onde num dos extremos encontra-se atuando uma entidade privada ou mesmo uma pessoa física dotada de expressivo poder social, estaríamos, em verdade, diante de uma relação similar (ou, pelo menos, muito próxima) a que se estabelece entre indivíduo e Estado, razão pela qual - em se tratando de um particular "poderoso" e configurado o desequilíbrio de poder social na relação jurídico-privada em causa, ter-se-á sempre - ao menos de acordo com expressiva parte da doutrina - uma vinculação direta, aqui também presente uma eficácia do tipo vertical e não propriamente "horizontal", como já foi ressaltado.<sup>54</sup>

A teoria dos assim denominados "poderes privados" e o reconhecimento de sua vinculação pelos direitos fundamentais, apesar de já ter sido sustentado à época de Weimar, acabou sendo acolhida de forma mais ampla - ainda que não de forma generalizada - após a promulgação da Lei Fundamental da Alemanha, seja pela doutrina,

<sup>53</sup> Paralelamente a estas duas possibilidades, amplamente reconhecidas, J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 289, identificou um terceiro grupo de relações, quais sejam, as que se estabelecem dentro de grupos, associações e pessoas coletivas, bem como entre seus membros e os poderes públicos. Parece-nos, contudo, que esta terceira constelação se equipara virtualmente às relações entre particulares (pessoas físicas ou jurídicas) e os poderes estatais, similar à que caracteriza o tradicional esquema indivíduo-Estado e, neste sentido, e similar às relações entre particular e poder social.

<sup>54</sup> Cf., dentre outros, J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 285, ressaltando que se deverá tratar, pelo menos, de um poder de fato, inequívoco e objetivamente determinável, sendo insuficiente uma dependência subjetiva e momentânea, posição compartilhada por V.M. P.D. Pereira da Silva, *Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, in: RDP n.º 82 (1987), p. 47. Também J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 289, parece adotar este entendimento. Na Espanha, v. especialmente J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 241 e ss, analisando o fenómeno dos poderes privados (conceituando-os a partir das formulações de Lombardi, na Itália), inclusive com referências ao direito comparado.

seja pelo Tribunal Federal Constitucional, em diversos julgados, obtendo igualmente o reconhecimento na doutrina e prática jurisprudencial de Itália, Espanha e Portugal, apenas para citar os exemplos mais expressivos do direito comparado.

Na base desta concepção radica a constatação de que, para além dos órgãos estatais (o Estado é apenas uma das fontes de ameaças), os direitos fundamentais dos indivíduos carecem de proteção também em relação aos agentes privados (especialmente grupos empresariais, corporações, etc.) dotados de significativo poder social e/ou econômico.<sup>55</sup> Neste sentido, já houve quem sustentasse - com boa parcela de razão - que também aqui nos encontramos em face de apenas mais um aspecto do fenómeno geral que representa a ameaça dos mais fortes sobre os mais fracos.<sup>56</sup>

Todavia, há de se considerar que o indivíduo, na moderna sociedade industrial, é simultaneamente objeto destes atores sociais poderosos, mas também e, em regra, integra alguma destas organizações, objetivando a preservação de seus interesses, tais como igrejas, associações culturais ou esportivas, sindicatos e entidades de classe em geral, partidos políticos, etc., de tal sorte que os poderes privados podem ser ao mesmo tempo uma ameaça e fator de proteção para o indivíduo e os direitos fundamentais.<sup>57</sup>

Desde logo, cumpre assinalar que - a despeito do mérito de ampliar as possibilidades de uma vinculação direta dos particulares - também esta concepção não poderá ser aceita de forma ampla e irrestrita, pena de uma simplificação equívoca. Em primeiro lugar, há que levar a sério a objeção de que não é a existência de uma situação de "poder privado" ou de desigualdade na relação entre particulares que irá alterar o caráter jurídico-privado da relação jurídica em causa, nem afastar a circunstância de que, em última análise, estamos - também aqui - diante de uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais, já que, à evidência, também o particular ou entidade detentor de certo grau (por maior que seja) de poder social, não deixa de ser titular de direitos fundamentais.<sup>58</sup> Assim, também nas relações deste tipo não se poderá deixar de reconhecer a existência de um conflito de direitos fundamentais, tornando-se indispensável uma compatibilização (harmonização) à

<sup>55</sup> Cf. Klaus Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1587.

<sup>56</sup> Cf. J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 250.

<sup>57</sup> Esta a oportuna lição de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1590.

<sup>58</sup> Cf., mais recentemente, P. Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, p. 240, na esteira do que já haviam assinalado, na doutrina germânica, K. Stern e Canaris, dentre outros.

huz do caso concreto, impedindo um tratamento idêntico ao das relações particular-poder público.

De outra parte, importa referir as críticas assacadas contra os que advogam uma vinculação direta irrestrita dos agentes privados poderosos, sustentando o caráter demasiadamente genérico e até mesmo nebuloso desta fórmula gerando, para além de uma certa insegurança no seu maneio, o risco de uma ampliação demasiada do seu campo de aplicação, incluindo-se, até mesmo, toda e qualquer relação jurídico-privada onde as partes não disponham de idêntico poder negocial.<sup>59</sup> Da mesma forma, assim o lembra Klaus Stern, as constelações de poder não são destacáveis do Direito Privado, já que também o mais forte pode, em princípio, invocar a sua autonomia privada, na condição de titular de direitos fundamentais.<sup>60</sup>

Para importantes representantes da doutrina alemã, dentre os quais se destaca Canaris, a existência dos poderes privados não é suficiente para fundamentar uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, notadamente pelo fato de que a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não se restringe aos casos em que se está diante de algum poder privado, mas também em face da circunstância de que a simples presença de um poder social não basta para ensejar uma vinculação direta (uma eficácia direta) dos direitos fundamentais, na medida em que nem sempre, mesmo numa relação entre particular e poder privado, se estará em face de uma perturbação da liberdade substancial das partes em negociar as condições de determinado contrato.<sup>61</sup>

Ressalte-se, aqui, a advertência de Klaus Stern, no sentido de que o caminho percorrido pelos defensores da eficácia direta, especialmente no âmbito das relações trabalhistas, não se revela correto, nem sob o ponto de vista do Direito Privado, tampouco sob a ótica da dogmática dos direitos fundamentais, objeções que não são superadas até mesmo pela evidente necessidade de limitar a ação dos poderes sociais.<sup>62</sup> Na verdade - ainda de acordo com a crítica assa-

<sup>59</sup> Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/A*, p. 1591-2, sinalando, ainda, que "as expressões poderes sociais e poder privado não são juridicamente definitivos, dissolvendo-se na névoa do idelógico", bem como C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in: AcP 184 (1984), p. 207, e, mais recentemente, J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, p. 157, destacando o fato de que a teoria dos poderes privados, como fundamento de uma vinculação direta dos particulares, além de metodologicamente equivocada, acarreta o deslocamento da perspectiva para os direitos sociais e os deveres de proteção a estes vinculados. No direito lusitano, tal aspecto restou consignado por P. Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, p. 240-1.

<sup>60</sup> Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/A*, p. 1592.

<sup>61</sup> Estas as corretas ponderações de Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in: AcP 184 (1984), p. 206-7.

cada por Stern - houve um deslocamento de perspectiva, com a igualização do inigualável, já que a relação entre particular e poder social, em que pese marcada por um grau variável de assimetria, não é igual à relação particular-Estado, já que não resta afastado o caráter jurídico-privado da atuação, não havendo como recair na categoria da subordinação, peculiar ao direito público, sendo, pois, inequívoca a existência de diferenças estruturais entre ambos os tipos de relação (particular-Estado e particular-poder privado/social).<sup>63</sup> Também Canotilho, inobstante admitindo a relevância desta construção para a função protetiva dos direitos fundamentais e a necessidade de o legislador e órgãos judiciais zelarem pela sua efetivação nas relações entre particulares cunhadas por uma desigualdade entre as partes, reconhece que as categorias "poder privado" ou "poder social" não são assimiláveis a "poderes públicos" e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais no âmbito da problemática da "Drittwirkung".<sup>64</sup>

Reconhecendo que o fortalecimento da conscientização da necessidade de conter/limitar o exercício dos poderes sociais e, com isto, proteger os direitos de todos os particulares foi um dos méritos da teoria da eficácia direta, no sentido de que o Direito Privado deve reagir com uma intensificação da proteção dos mais fracos diante de desigualdades fáticas,<sup>65</sup> os opositores de uma eficácia (vinculação direta) contestam, contudo, aquilo que denominam de estatização (socialização) do Direito Privado. Sustentam, nesta linha de pensamento, que constitui uma perversão da própria idéia dos direitos fundamentais o fato de se utilizá-los para destruir o também jusfundamentalmente assegurado Direito Privado, apenas para controlar o abuso de poder social, razão pela qual advogam que é ao legislador que, em primeira linha, incumbe a tarefa precípua de exercer este controle sobre os poderes privados, ampliando os instrumentos disponíveis para tanto, como ocorre, por exemplo, com a previsão da obrigação de contratar em determinados casos, combatendo os cartéis e assegurando a livre concorrência, impedindo a imposição de

<sup>62</sup> Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/A*, p. 1591.

<sup>63</sup> Aqui novamente cf. a lição de K. Stern, *Staatsrecht III/A*, p. 1591.

<sup>64</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1158. Registre-se, neste contexto, que mesmo quem admite uma aplicação direta (vinculação) dos direitos fundamentais às relações desiguais entre particular e poder privado, não desconhece a existência de variações no que diz com a intensidade do exercício de poder, sustentando uma necessária diversificação quanto ao grau e medida desta aplicação direta, o que pode apenas ser devidamente aferido à luz do caso concreto. Neste sentido, v. o magistério de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 285-87.

<sup>65</sup> Esta a observação de C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in: AcP 184 (1984), p. 206.



cláusulas contratuais abusivas, etc.<sup>66</sup> Neste mesmo sentido, Canarias já havia ressaltado que a existência de poderes sociais não constitui problema autônomo, mas apenas um aspecto da problemática geral das perturbações da paridade contratual, para cuja solução o ordenamento jurídico dispõe de um amplo instrumental.<sup>67</sup>

Sustenta-se, ainda neste contexto, que também aqui estamos diante de uma manifestação da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, no âmbito dos deveres de proteção impostos ao Estado, impondo precipuamente ao legislador a tarefa de atuar na correção das relações entre particulares caracterizadas por uma desigualdade e na contenção das violações dos direitos fundamentais da parte mais frágil pela mais poderosa.<sup>68</sup> Aplicam-se, portanto, as mesmas diretrizes incidentes nos demais casos de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, dependendo o grau de proteção da maior ou menor intensidade da ameaça à liberdade por parte dos que exercem o poder social, viabilizada, em caso de manifesta insuficiência ou mesmo omissão do legislador, a realização do dever de proteção pelos órgãos jurisdicionais, inclusive colmatando eventuais lacunas com base nas próprias normas de direitos fundamentais.<sup>69</sup>

Também Konrad Hesse, embora afirmando a similitude das relações indivíduo-poder social com as relações indivíduo-Estado, adverte uma maior relevância da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, quanto maior for a necessidade de proteção da liberdade individual contra o exercício de poder social ou econômico. Assim, ainda conforme Hesse, evidencia-se a necessidade de uma atuação protetiva do legislador e, na ausência ou insuficiência desta, uma interpretação das normas jurídico-privadas incidentes à luz dos direitos fundamentais (eficácia mediata), admitindo, quando também isto não se afigurar suficiente, uma realização direta pelos órgãos judiciais com base no dever de proteção diretamente deduzido dos direitos fundamentais.<sup>70</sup>

A vista do exposto, restando virtualmente incontestes a importância dos assim denominados poderes privados para o problema da vinculação dos particulares e embora controverso - também aqui - o

<sup>66</sup> Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1593-94, referindo que apenas assim estar-se-á resguardando os princípios fundamentais do Direito Privado. Assim também C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in: AcP 184 (1984).

<sup>67</sup> Cf. C. W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in: AcP 184 (1984), p. 207.

<sup>68</sup> Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1595.

<sup>69</sup> Esta também a lição de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, 1595.

<sup>70</sup> Cf. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 160.

Ingo Wolfgang Sarlet

modo e intensidade da vinculação, importa que se deixe consignada a salutar tendência no sentido de se admitir, cada vez mais, que os direitos fundamentais atuam, em verdade, como forma de defesa contra toda e qualquer opressão, auxiliando, de tal sorte, na superação do fenômeno que oportunamente foi designado de "neofeudalismo social", característico da moderna sociedade industrial e tecnológica.<sup>71</sup>

#### 5.4.6. As teorias da "convergência estatista" (Alemanha) e da state action (EUA), assim como a negação da própria relevância da discussão em torno de uma eficácia mediata ou imediata

Em face de sua relativa projeção e da considerável relevância de parte de seus argumentos, impõe-se breve exposição da concepção doutrinária sugestivamente designada como "teoria da convergência estatista".<sup>72</sup> Originalmente desenvolvida por Jürgen Schwabe, em 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 precípuo de proteger os direitos fundamentais em geral, de tal sorte que o problema da eficácia em relação a terceiros (nas relações entre particulares) dos direitos fundamentais não passa de um "problema aparente".<sup>73</sup>

Para Schwabe, mesmo no tráfico jurídico-privado, cuida-se, em última análise, sempre de uma proteção (defesa) contra ingerências do Estado, ainda que provocadas por particulares, de tal sorte que, na verdade, se trata sempre de um problema envolvendo a vinculação direta do Legislador privado e da jurisdição civil aos direitos fundamentais, sendo, portanto, dispensável uma fundamentação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir da teoria da ordem objetiva de valores, comum às concepções da eficácia direta e indireta, já apresentadas.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Cf. J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 249 e 270, amparado especialmente nas lições do inglês Clapham.

<sup>72</sup> Esta a precisa tradução de P. Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, p. 230, da significativa denominação atribuída a esta concepção por Josef Isensee e recolhida, posteriormente, por C.W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 41.

<sup>73</sup> Assim a feliz síntese apresentada por P. Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, p. 230-31.

<sup>74</sup> Cf. H.-U. Erichsen, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, in: JURA 1996, p. 529.



Da mesma forma, Schwabe nega a importância dos deveres de (e direitos à) proteção, considerando-a superflua e geradora de equívocos, sob o argumento de que se o Estado não proíbe as intervenções de particulares em bens jurídicos fundamentais (como saúde, vida, etc.), na verdade, as está permitindo, participando, de tal sorte, de forma ativa nas lesões a estes direitos fundamentais, mesmo que praticadas por particulares, que, assim, lhe são imputáveis, de tal sorte que também aqui se estaria perante a função defensiva dos direitos fundamentais.<sup>75</sup>

A "teoria da convergência estatista" - importa assinalar - partiu, de certa forma, da mesma concepção que tem servido de esteio para a doutrina norte-americana da *state action*, cuja importância - inobstante a influência relativamente diminuta sobre a nossa doutrina e jurisprudência - não deveria, todavia, ser menosprezada. Assim, cumpre que se lhe dê ao menos uma breve referência, revelando que também no Direito Constitucional norte-americano a temática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e sua aplicação às relações jurídico-privadas tem ocupado certo destaque, especialmente no âmbito jurisprudencial.

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.<sup>76</sup> Todavia, em diversas hipóteses - especialmente em virtude da crescente imbricação entre a esfera pública e privada - os órgãos judiciais norte-americanos acabaram relativizando este verdadeiro dogma, ampliando excepcionalmente o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da Constituição, ao dilatarem os conceitos de poder público e ação estatal, destacando-se duas linhas de argumentação, em torno da qual gira a solução conferida à maioria dos casos enfrentados pelos Tribunais: a) quando um particular ou entidade privada exerce função estatal típica; b) quando existem pontos de contato e aspectos comuns suficientes para que se possa imputar ao Estado a responsabilidade pela conduta oriunda do particular.<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Cf. a sinopse de R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 416 e ss. (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 442).

<sup>76</sup> Cf. J.M. Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en las fronteras entre lo público y lo privado*, nota preliminar (XV) e p. 1 e ss.

<sup>77</sup> Cf. J.M. Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, p. 29 e ss., apresentando e discutindo uma série de decisões dos Tribunais norte-americanos, notadamente da Suprema Corte, relativizando a doutrina da *state action*.

É seguindo estas linhas argumentativas que, por exemplo - assim o mostra Gilmar Mendes - os Tribunais norte-americanos enfrentaram o problema de se a administração de uma "cidade privada" (*company town*) ou mesmo os proprietários e administradores de um *shopping center* poderiam, respectivamente, impedir que adeptos dos testemunhas de Jeová distribuíssem panfletos nas suas ruas e praças ou impedir a distribuição de informações sobre temas de interesse público, sob a alegação de que se cuida de espaço submetido ao regime da propriedade privada.<sup>78</sup>

O que se percebe, desde logo (e isto basta, por ora), são alguns inequívocos pontos de contato entre a doutrina da *state action* (ou, de certa forma, a corrente que advoga sua relativização) e a da "convergência estatista", muito embora não se possa cometer o equívoco de equiparar as duas concepções. Com efeito, as duas doutrinas não deixam de buscar (e penso que nem poderiam deixar de fazê-lo) uma solução para o problema das agressões aos direitos fundamentais oriundas de particulares ou entidades privadas, mas acabam por equiparar esta atuação à ação (ou omissão) estatal ou mesmo imputam ao Estado este comportamento que, na verdade, provém - ao menos no que diz com expressivo número de casos - da esfera privada.

Na mesma linha, embora não aderindo à tese da assim denominada "convergência estatista", houve autores que, inobstante admitindo a existência de uma eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares (e aí a diferença essencial), igualmente acabaram por negar completamente ou, pelo menos, por minimizar a relevância teórica e até mesmo prática da discussão em torno da eficácia direta ou indireta. Embora reconhecamos, na esteira de Paulo Mota Pinto, que "a relevância da contraposição de teorias no problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas não deva ser hipostasiada",<sup>79</sup> não nos parece que a doutrina da "convergência estatista" ou as alternativas desenvolvidas no âmbito da doutrina da *state action*, e até mesmo dos que simplesmente negam a relevância da discussão, possa ser aceita. É este precisamente o mote do próximo ponto a ser versado.

<sup>78</sup> Cf. G.F. Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 208-09.

<sup>79</sup> Cf. P. Mota Pinto, *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, p. 231.

### 5.5. Relevância do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: superação das teorias que negam uma vinculação das entidades privadas

Em primeiro lugar, por entendermos, tal como já o fez Albert Bleckmann, que não há como contornar o problema de uma fundamentação da eficácia (direta ou indireta) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares,<sup>80</sup> impõe-se que nos posicionemos frente aos argumentos contrários, notadamente, os esgrimidos pelos adeptos da assim denominada teoria da "convergência estatista".

Ainda que superada a concepção liberal-burguesa, e cientes de que a liberdade não é, em princípio, absoluta, mas sim, juridicamente conformada e limitada, não se poderá recair no extremo oposto, isto é, sustentar que liberdade não apenas é juridicamente limitada, mas até mesmo é tida como criada pelo aparelho regulamentador estatal, já que o ser humano, por força de sua própria natureza e dignidade, é livre, razão pela qual - já por este fundamento - não há como acolher a tese de Schwabe, no sentido de que toda e qualquer atuação dos particulares seja, em última análise, decorrência de uma autorização ou não-proibição do Estado.<sup>81</sup>

Nesta mesma linha, situa-se o raciocínio de Canaris, para quem numa ordem jurídica fundada no princípio da liberdade há que partir do pressuposto de que, nas relações entre os particulares, tudo que não for proibido é permitido, não havendo como aceitar o argumento de que a ausência de regulamentação estatal implica uma autorização para a afetação de bens jurídicos fundamentais de terceiros, mas sim, tão-somente a omissão de uma atuação, já que, em se acolhendo esta concepção, estar-se-ia, em última análise, admitindo que toda lesão provinda de um particular esteja fundada numa delegação estatal ou mesmo subordinada a uma proibição com reserva de autorização, o que, por outro lado, conflita frontalmente com o princípio da liberdade.<sup>82</sup>

Da mesma forma, Alexy assinala que o simples fato de que uma determinada ação não é vedada - e, portanto, se tem por permitida - não fundamenta uma participação do Estado na sua realização, nem mesmo permite a sua imputação ao Estado, já que, do contrário, poder-se-ia imputar ao Estado toda e qualquer ação humana não proibida, o que, todavia, não significa que o Estado não tenha qual-

<sup>80</sup> Cf. A. Bleckmann, *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, p. 225.

<sup>81</sup> Nesta linha a crítica de H.-U. Erichsen, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, in: JURA 1996, p. 529.

<sup>82</sup> Cf. C.W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 41.

quer responsabilidade por determinadas ações de um particular em relação a outro, responsabilidade esta que, no entanto, se limita a um dever de proibir intervenções em bens jurídicos fundamentais, cuja inobservância acarreta uma infração a um dever de proteção.<sup>83</sup>

Também não há como acolher a construção - igualmente sustentada pelos adeptos da teoria da "convergência estatista" - de que em todas as hipóteses de uma eficácia nas relações entre particulares se estará, em última análise, diante da atuação dos órgãos do Poder Judiciário, a quem incumbe a aplicação das normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) nas relações jurídico-privadas, ou, pelo menos, diante da efetivação pelos órgãos estatais - um oficial de justiça, por exemplo - do direito de um particular em face de outro, hipóteses nas quais, em verdade, resta configurada uma vinculação não dos particulares, mas sim, do poder público aos direitos fundamentais.

Neste contexto, como oportunamente adverte Bleckmann, há que distinguir as hipóteses nas quais se está diante de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como se verifica quando uma determinada cláusula contratual (avençada por particulares) fere algum direito fundamental de uma das partes, das situações nas quais o Juiz (ou Tribunal), ao aplicar as normas jurídicas e interpretar o contrato, acaba fazendo-o de forma contrária ao conteúdo das normas de direitos fundamentais, hipótese na qual se estará diante de uma agressão por parte do Juiz (Estado).<sup>84</sup>

Muito embora se tenha reconhecido que, no caso de um litígio envolvendo ofensa a direitos fundamentais nas relações entre particulares, o conflito vertha a ser solvido pelo Poder Judiciário, não se poderá desconsiderar que este apenas poderá aferir se houve ou não uma agressão a direitos fundamentais, caso estes, de alguma forma, possam gerar direitos e obrigações vinculando os particulares entre si, isto é, quando as normas de direitos fundamentais fornecerem os critérios materiais a serem considerados e aplicados pelos órgãos judiciais.<sup>85</sup> É por esta razão que vale reproduzir aqui a expressiva fórmula de Karl Doehring: "o Juiz deve considerar os direitos fundamentais, na medida em que valem; eles não valem por que um Juiz ou Tribunal assim o decide" (das Gericht hat die Grundrechte zu beachten soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie weil ein Gericht entscheidet).<sup>86</sup>

<sup>83</sup> Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte, (Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 443-44).

<sup>84</sup> Cf. A. Bleckmann, *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, p. 221-22.

<sup>85</sup> Esta a lição de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1551.

<sup>86</sup> Apud K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1551, igualmente reproduzida por H.U. Erichsen, in: JURA 1996, p. 529-30 e, mais recentemente, por I. von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, p. 22-23, todos irmanados na crítica da concepção "estatista" de Schwabe.

Além disso, pode-se afirmar que a teoria da "convergência estatista" desconsidera a circunstância de que as agressões a direitos fundamentais, no âmbito das relações privadas, partem diretamente de um particular, sendo apenas mediadamente cobertas (*gedeckt*) pelo Estado.<sup>87</sup> Não se deve esquecer que - pelo menos - no âmbito das relações negociais, os particulares não atuam, em princípio, por força de uma delegação ou autorização do Estado (Legislador), mas sim, em virtude de uma decisão autônoma, no âmbito de sua autonomia privada e do direito geral de liberdade, que apenas é reconhecida e objeto de regulamentação e proteção por parte do legislador.<sup>88</sup>

As críticas assacadas em relação à doutrina da "convergência estatista" aplicam-se, de certa forma e ressaltados diversos pontos em comum e outras diversidades que ora não há como enfrentar, também à teoria norte-americana da *state action*, já que esta também procura, ao negar, em princípio, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, atribuir ao Estado, com base na idéia da imputabilidade de determinadas ações providas originariamente de entidades privadas, a responsabilidade por ofensas a direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares.<sup>89</sup>

## 5.6. Por uma eficácia (vinculação) imediata *prima facie*

### 5.6.1. Dialogando com os defensores da eficácia mediata

Uma vez expostas as razões - ainda que de forma sumária - pelas quais comungamos do entendimento majoritário que admite, em princípio e de alguma forma, uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e convictos da relevância da problemática, impõe-se que nos posicionemos frente ao debate, que já se trava

<sup>87</sup> Assim também A. Bleckmann, *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, p. 224-25.

<sup>88</sup> Neste sentido a lição de K. Stern, *Staatsrecht III/7*, p. 1551. Também C.W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in: *AcP* 1984, p. 217 e ss., parece comungar deste ponto de vista, ao sustentar que Schwabe desconhecido aspecto essencial do problema, na medida em que a formulação criativa de consequências jurídicas, nas relações contratuais, advém dos próprios particulares, não encontrando explicação numa autorização ou delegação estatal, mas sim, num reconhecimento da competência dos sujeitos particulares para o estabelecimento de regras jurídico-negociais.

<sup>89</sup> Assim, a observação de I. von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, p. 23-24, inobstante reconhecendo a viabilidade da argumentação em determinados casos e aceitando as consequências práticas a que se chegou com a aplicação da doutrina da *sine actori*, que, no entanto, seria insuficiente para cobrir todo o universo de casos nos quais se evidencia o problema de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, especialmente nas hipóteses em que não se pode imputar ao Estado a ofensa de determinados bens jurídicos fundamentais por parte dos particulares.

por mais de meio século, entre os que sustentam uma eficácia direta e os que admitem apenas uma eficácia indireta ou mediata. Inobstante já tenhamos, em linhas gerais, feito uma breve apresentação de ambas as concepções e das suas mais importantes variantes, há que ponderar ao menos os principais argumentos doutrinários habitualmente esgrimidos em prol ou contra cada teoria, com vistas a uma opção pessoal. Além disso, para além do fato de existirem vozes que questionando a própria legitimidade desta contraposição - embora admitida a vinculação dos particulares em si - em face de uma significativa simultaneidade de ambas as concepções na solução dos casos práticos,<sup>90</sup> utilização de ambas as concepções na solução dos casos práticos, coloca-se outro problema. Com efeito, as diversas alternativas que têm sido desenvolvidas no âmbito doutrinário e jurisprudencial mostram que nem sempre é possível estabelecer com precisão como se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, de modo especial, quando se trata de verificar se esta é direta ou indireta.

Desde logo, cumpre reiterar o que já foi assinalado alhures: existe uma série de normas de direitos fundamentais que têm por destinatário (obrigado) apenas o poder público, além de outras nas quais a vinculação direta dos particulares é expressamente prevista pelo dispositivo (texto) constitucional. Outrossim, verificou-se que, para além das hipóteses nas quais o poder público é o único destinatário direto, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais vinculam sempre (ao menos também) os particulares, ainda que se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação.

O simples fato de que existem normas de direitos fundamentais que expressamente têm por destinatários os particulares (ou, pelo menos, determinados particulares), e não são poucos os exemplos que podem ser colacionados, dos quais vários já foram referidos, revela que uma eficácia, no sentido de uma vinculação direta dos particulares, é de ser admitida, pelo menos nos casos em que prevista pela Constituição, mesmo que se tenha de reconhecer que, com isto, ainda não resta respondida a pergunta de como se opera esta vinculação, dadas as peculiaridades das relações entre particulares.

Consoante já frisado, a Constituição Federal de 1988 não recepcionou em seu extenso texto dispositivo similar aos já citados, espe-

<sup>90</sup> Assim, por exemplo - e com razão, no nosso sentir - R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 483 (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 514), afirmando existir, em relação às teorias da eficácia imediata, mediata e também da teoria da "convergência estatista" de Schwabe, uma equivalência de resultados, no sentido de que cada resultado alcançado com base em uma determinada construção jurídica também poderá ser alcançado com base em outra, importando, em última análise, a possibilidade de se obter o mesmo resultado concreto.

cialmente da Lei Fundamental da Alemanha e das Constituições da Espanha e de Portugal, esta última, prevendo inclusive - e expressamente - a vinculação das entidades privadas. Todavia, como já tivemos ocasião de demonstrar de forma mais detida,<sup>91</sup> a eficácia e aplicabilidade das normas de direitos e garantias fundamentais, a partir do princípio de sua máxima eficácia e efetividade, consagrado no art. 5º, § 1º, de nossa Carta Magna (que, na sua expressão literal, prevê apenas a imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais), implica a vinculação (dimensão inerente à eficácia) do poder público, nas suas mais variadas formas de expressão, incluindo-se, por óbvio, o legislador privado e os órgãos jurisdicionais competentes para aplicação destas normas, no âmbito de seu poder-dever de solucionar os conflitos entre os particulares. Verifica-se, portanto, que a ausência de uma referência expressa à vinculação do poder público (Legislativo, Executivo e Judiciário) aos direitos fundamentais não afasta - e nem poderia - a circunstância de que esta vinculação existe e é, como já frisado, decorrência direta da própria eficácia das normas que os consagram, assim como uma vinculação dos poderes constituídos já se impõe em face do princípio da supremacia da Constituição e da distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos.

O que ambas as teorias - da eficácia direta e indireta - têm em comum, ao menos na sua formulação original, é a superação da concepção liberal-burguesa de que os direitos fundamentais são opo-níveis apenas (e sempre) contra o Estado, já que a própria razão de existirem diz com a necessidade de assegurar aos indivíduos um espaço de liberdade e autonomia, assim como a garantia de certos bens fundamentais, contra as ingerências indevidas do poder público, ao menos na sua condição de direitos de defesa. Da mesma forma, ambas partem do pressuposto de que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva, cujos efeitos normativos alcançam todo o ordenamento jurídico, no âmbito do que se convencionou denominar de "eficácia irradiante". Para além disso, tanto os adeptos da teoria da eficácia indireta (mediata), quanto os que sustentam uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, têm reconhecido, ao menos de regra, uma vinculação direta no caso de entidades particulares dotadas de poder social, isto é, quando configurada uma relação caracterizada por um desnível de poder significativo, capaz de afetar inequivocamente a paridade entre os pólos da relação jurídico-privada. Assim, por se tratar de uma posição semelhante a que se registra no âmbito das relações

<sup>91</sup> V. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 322 e ss.

particular/Estado, costuma ser admitida uma vinculação direta (embora excepcional para os adeptos da eficácia indireta) dos sujeitos privados "poderosos", aspecto que, aliás, já foi objeto de apreciação.

Se, de fato, irretorquível a conclusão, hoje já virtualmente assmilada pela doutrina majoritária, de que os direitos fundamentais não se limitam mais a uma função de direitos de defesa dos indivíduos contra os órgãos do poder público, os demais aspectos comuns apontados ensejam maior reflexão, não tendo ficado isentos de crítica.

Com efeito, tanto as noções de uma ordem de valores objetiva e a assim denominada "eficácia irradiante" dela decorrente padecem não apenas de um grau acentuado de indeterminação quanto ao seu conceito e significado - o que, por si só, não constitui necessariamente um problema - mas, principalmente, pouco revelam sobre a fundamentação de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda mais em se cuidando de uma vinculação direta. Convém reiterar aqui a já reproduzida lição de Canaris (que, no entanto, não compartilhamos integralmente no que diz com as conclusões dela extraídas), no sentido de que não se deverá confundir o problema de eficácia das normas de direitos fundamentais no direito privado e sua aplicação às relações jurídico-privadas (que inclui a vinculação do legislador privado e dos órgãos judiciais, quando incumbidos da aplicação das normas jurídico-privadas) com o problema específico da vinculação dos particulares, na condição de destinatários das normas, aos direitos fundamentais.<sup>92</sup>

A questão, na verdade, não está em se negar a existência de uma dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, sem dúvida uma das mais significativas contribuições para a doutrina constitucional contemporânea, nem refutar, por via de consequência, a assim chamada eficácia irradiante, mas sim, o de estabelecer uma fundamentação segura para sustentar uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, na condição de destinatários (obrigados) das normas que os consagram. Assim, a figura de uma ordem de valores objetiva - tal como o demonstra Alexy - não poderá levar à conclusão equivocada de que os direitos fundamentais, especialmente nas relações entre particulares, não atuem como direitos subjetivos, opo-níveis ao poder público e aos particulares.<sup>93</sup>

<sup>92</sup> Cf. C.W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 35.

<sup>93</sup> Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 477 e ss. (*Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 508-10), salientando que a tese desenvolvida principalmente pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, no sentido de que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva que se difunde por todo o sistema jurídico, não pode ser considerada como sendo falsa ou inadequada, mas sim, como insuficiente, já que deixa em aberto de como (de que maneira) ocorre esta influência.

Os adeptos de uma vinculação, em princípio, indireta - excepcionadas as hipóteses de uma vinculação expressamente prevista no texto constitucional e a vinculação dos assim denominados poderes privados (para os que a admitem) - sustentam que incumbe ao legislador e, de forma supletiva, ao Juiz, a função de "intermediar" a aplicação das normas de direitos fundamentais às relações entre particulares. Assim, em apertada síntese, cabe ao legislador privado resolver as colisões que inevitavelmente se estabelecem no âmbito das relações entre particulares, todos titulares de direitos fundamentais, devendo o Juiz realizar esta tarefa apenas na ausência de norma legal incidente ou, na melhor das hipóteses, para atuar de forma corretiva, no caso de a lei ser manifestamente inconstitucional, especialmente por ofensiva aos direitos fundamentais. Na ausência do legislador, o Juiz deveria limitar-se a interpretar o direito infraconstitucional à luz das normas de direitos fundamentais, notadamente fazendo uso dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais do Direito Privado, que atuariam, como já frisado acima, como uma espécie de "porta de abertura" para os direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, este entendimento merece reparos pelo fato de confundir o problema da vinculação dos sujeitos particulares com a vinculação do poder público, que, em verdade, não mais tem sido questionada em si mesma, a não ser no que diz com a intensidade desta vinculação e as suas aplicações concretas.

O que importa, neste momento, é ter presente que para os adeptos da teoria da eficácia (vinculação) mediata (indireta) - para além das hipóteses em que uma vinculação direta decorre de expressa previsão do Constituinte - os direitos fundamentais, em que pese serem aplicáveis às relações jurídico-privadas, dependerão de uma mediação pelo legislador e/ou pelos órgãos judiciais. Os motivos pelos quais se tem resistido - no nosso sentir, não completamente sem razão - ao reconhecimento de uma vinculação direta dos particulares, são vários e podem ser sintetizados a partir das ponderações de Hesse, ao advertir para o que, de forma sem dúvida um tanto exagerada, denominou de risco de uma "praga" ou de uma "inflação" dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado,<sup>94</sup> nos seguintes tópicos (excluindo-se os aspectos de cunho processual), que serão individualmente considerados.

<sup>94</sup> K. Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, p. 67. Também S. Oeter, "Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, in: AÖR n.º 119 (1994), p. 532, aponta, de forma crítica, para aquilo que denominou de "colonização" do direito privado pelos direitos fundamentais.

De acordo com Hesse, no conflito entre particulares, todos gozam da proteção dos direitos fundamentais, que, portanto, atuam simultaneamente contra e a favor de todos, incumbindo, em primeira linha, ao legislador infraconstitucional a tarefa de compor estes conflitos e achar, por meio da ponderação, um ponto de equilíbrio.<sup>95</sup>

Quanto a estes argumentos, parece-nos que Hesse, assim como a maior parte dos defensores de uma vinculação indireta, encontram-se cobertos de razão, ao sustentarem ser tarefa precípua do legislador realizar o conteúdo dos direitos fundamentais de modo diferenciado e concreto em direito plenamente vinculante para harmonizar recíproca e proporcionalmente as posições fundamentais dos particulares, isto é, de delimitar a liberdade de uns frente aos outros,<sup>96</sup> já que, com efeito, encontramos - no âmbito das relações entre particulares - diante de uma relação (e de conflitos) entre titulares de direitos fundamentais, consoante, aliás, já foi frisado alhures, ao referirmos as peculiaridades do problema que ora enfrentamos. Todavia, não nos parece - mesmo pelo prisma lógico-formal - que os argumentos ora citados tenham o condão de afastar uma vinculação direta dos particulares a não ser quando expressamente prevista. O fato de o legislador dispor, em princípio, da prerrogativa e da primazia da concretização das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas (o que, guardadas certas distinções, também ocorre no Direito Público) é, em última análise, corolário da própria vinculação direta do legislador (como órgão estatal) aos direitos fundamentais, situação que não pode ser confundida com o problema específico da vinculação dos particulares.

Da mesma forma, não é a existência, nas relações entre particulares, de conflitos entre titulares de direitos fundamentais que irá afastar, ao menos em princípio, uma vinculação direta dos sujeitos privados. Em primeiro lugar, a ocorrência de conflitos (ou colisões) de direitos fundamentais certamente não se constitui em "privilegio" das relações jurídico-privadas, inobstante nelas tenha especial relevância. Além disso, a mera existência de um conflito em nada afeta - no nosso entender - a possibilidade de um particular alegar e buscar em Juízo a satisfação de um direito fundamental seu, afetado por terceiros (outro particular). Que, neste caso, também haverá de solucionar-se eventual conflito, parece evidente, da mesma forma como elementar que, na composição do mesmo, os órgãos judiciais competentes irão aplicar os princípios que regem as assim denomi-

<sup>95</sup> Cf. K. Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, p. 61.

<sup>96</sup> K. Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, p. 63-64.

nadas colisões (ou conflitos) entre direitos fundamentais de titulares diversos, o que deverá ser objeto de análise mais detida em outra oportunidade.

Ainda para Hesse, verifica-se o problema da compatibilidade dos princípios constitucionais indeterminados com a necessidade de regras claras e determinadas no domínio do Direito Privado.<sup>97</sup> Tal argumento, em que pese salientar - e, sob este ângulo, de forma correta - a especial relevância da atuação do legislador infraconstitucional na concretização das normas constitucionais, que, ainda mais no âmbito dos direitos fundamentais, se caracterizam por seu cunho principiológico e, portanto, por um grau maior de abertura e indeterminação, mais uma vez passa ao largo do que é essencial para o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Se estes, apesar da indeterminação das normas que os consagram - e assim o reconhece o próprio Hesse<sup>98</sup> - vinculam diretamente o poder público em todas as suas manifestações, gerando direitos subjetivos para os particulares, não há como compreender por qual motivo, no âmbito das relações entre particulares, ainda que caracterizadas pelo conflito entre direitos fundamentais de diversos titulares, tal abertura e indeterminação, por si só, passem a ser vindicadas como impeditivas de uma eficácia direta, no sentido de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda mais quando tal concepção, levada ao extremo, acabaria por negar o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos oponíveis entre os particulares.

Da mesma forma, adverte Hesse, na esteira de Dürig e outros, para o fato de que um recurso direto aos direitos fundamentais, para além de representar uma ameaça da perda da identidade e autonomia do Direito Privado, coloca em risco o próprio princípio (igualmente fundamental) da autonomia privada, já que as pessoas não poderiam, nas suas relações recíprocas - em se admitindo uma vinculação direta dos particulares - renunciar às normas de direitos fundamentais (indisponíveis para o poder público).<sup>99</sup>

Também estes argumentos, salvo melhor juízo, não poderão atuar como objeções válidas a uma vinculação (direta) dos particulares aos direitos fundamentais. A tensão inevitável entre o princípio

<sup>97</sup> Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, p. 61, advertindo, ainda, para uma incompatibilidade com o princípio do Estado de Direito, que carece de normas claras, detalhadas e determinadas, que apenas poderão ser editadas pelo legislador infraconstitucional.

<sup>98</sup> K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 129 e ss. (existe tradução para o vernáculo, sob o título *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. Prof. Dr. Luis Alfonso Heck, Ed. Sérgio Fabris, P. Alegre).

<sup>99</sup> K. Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, p. 61.

da autonomia privada de modo geral, e a liberdade contratual como sua principal manifestação, e outros direitos fundamentais, assim como o estabelecimento de relações de conflito, muito embora possa apresentar dimensões específicas, é similar aos conflitos entre quaisquer outros direitos fundamentais e, de tal forma, sujeita aos mesmos princípios, no que diz com a sua superação. Um sacrifício da autonomia privada e o esvaziamento da liberdade contratual não poderiam decorrer, por si só, do reconhecimento de uma vinculação direta aos direitos fundamentais, mas basicamente de como se acaba tratando o problema do modo e intensidade pelo qual se opera esta vinculação. De outra parte, no mínimo discutível o ponto de vista de acordo com o qual a própria autonomia do Direito Privado estaria sendo colocada em risco. Se é que ainda se pode sustentar o dogma da autonomia - que não poderá jamais deixar de ser meramente relativa - do Direito Privado, em face da vinculação do legislador infraconstitucional (inclusive na esfera do Direito Privado) aos direitos fundamentais, cumpre reconhecer que dificilmente se poderá compreender as razões pelas quais, como pretendem os adeptos da eficácia indireta, uma autonomia do Direito Privado (por mais ampla que seja) tem o condão de afastar uma vinculação direta dos particulares.<sup>100</sup>

Por derradeiro, desconsiderando outros argumentos que ainda poderiam ser citados, sustenta Hesse, representando o pensamento em prol de uma eficácia - em princípio - indireta, que a atuação dos órgãos judiciais, ao aplicarem os direitos fundamentais às relações jurídico-privadas, assume uma função supletiva, reservando, assim, ao juiz "civil" - ao liberá-lo da necessidade de uma aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, a preocupação com a sua "especialidade", ressaltada a função de exercer o controle de constitucionalidade das normas jurídico-privadas (infraconstitucionais), bem como a tarefa de interpretá-las em conformidade com a Constituição, observando as normas de direitos fundamentais como princípios objetivos, de modo especial, na concretização e no preenchimento dos conceitos indeterminados e interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado.<sup>101</sup>

Desde logo - tal como assinalado alhures - mesmo dentre os que não admitem, salvo exceções, uma vinculação direta dos atos de particulares aos direitos fundamentais, já se encontram importantes

<sup>100</sup> Nesta linha de argumentação, colhemos a lição de J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, p. 153 e ss., sustentando que uma vinculação direta - que, no entanto, considera restrita ao conteúdo indisponível - não acaba com a liberdade contratual e a autonomia privada, já que esta, assim como a liberdade em geral, não é ilimitada.

<sup>101</sup> K. Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, p. 65-66.



manifestações criticando a tendência de limitar o efeito irradiante dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado aos conceitos indeterminados e cláusulas gerais. Assim, de acordo com a lição de Canaris, inexistente razão para este entendimento restritivo, já que também normas de cunho determinado poderão concretizar os direitos fundamentais, da mesma forma como não está previamente definido se existe, ou não, uma cláusula geral ou conceito indeterminado a ser considerado na espécie.<sup>102</sup> Nesta mesma linha de entendimento, também Klaus Stern, no âmbito de uma função geral de proteção, reconhece que todas as normas de Direito Privado, independentemente de sua qualidade, podem e devem ser consideradas para efeitos de uma interpretação embasada nos direitos fundamentais.<sup>103</sup>

Além disso, mais uma vez nos deparamos com um deslocamento de perspectiva: o fato de os direitos fundamentais vincularem (também) os particulares não se pode confundir com a função precípua do legislador no sentido de promover a sua concretização e zelar pelo equacionamento dos conflitos entre direitos fundamentais no âmbito das relações interprivadas. Por outro lado, dificilmente poder-se-á aceitar uma "liberação" dos órgãos judiciais, mesmo quando se lhes atribui a competência de solver litígios entre particulares, de aplicarem diretamente as normas constitucionais, notadamente em se tratando de normas de direitos e garantias fundamentais. Ainda que se cuidasse de normas programáticas (ou impositivas, na formulação de Canotilho) - o que, com raras exceções, não é o caso das normas jusfundamentais - nas quais não há como se prescindir de uma *interpositio legislatoris*, impende observar o princípio da vinculação de todos os órgãos estatais, no exercício de todas as funções que lhes são peculiares, aos direitos fundamentais. Por igual, cumpre reconhecer que todas as normas constitucionais são imediatamente aplicáveis, já que mesmo as normas programáticas terão, pelo menos, o efeito de revogar a legislação anterior com elas manifestamente incompatíveis, gerando a inconstitucionalidade dos atos normativos posteriores que lhes forem contrários, além de atuarem como diretrizes materiais para a interpretação do direito infraconstitucional, o que, à evidência, igualmente se aplica ao Direito Privado.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> Neste sentido, v. as lições de C. W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in: AcP 184 (1984), p. 223.

<sup>103</sup> Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1584.

<sup>104</sup> Sobre os diversos efeitos jurídicos decorrentes das normas constitucionais de cunho notadamente programático (de eficácia limitada) v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 267 e ss.

Ainda neste contexto, há que lembrar o argumento dos que negam uma vinculação direta dos particulares advogando a tese dos deveres de proteção do Estado, como é o caso, entre outros, de Canaris e Klaus Stern, na Alemanha. Inobstante se deva reconhecer que os deveres de proteção tenham por destinatário, em princípio, apenas os órgãos estatais, parece-nos que tal circunstância não possui também o condão de afastar uma vinculação direta dos sujeitos privados nas relações entre si. Poder-se-á objetar, neste sentido, que é justamente pelo fato de cada particular ter o dever de respeitar e, acima de tudo, o dever de não ofender o direito fundamental dos demais; em outras palavras, pelo fato de estar vinculado pelos direitos fundamentais, que o Estado deverá intervir no âmbito de seu dever de proteção, razão pela qual os particulares também poderão reclamar tal intervenção protetiva. Cuida-se, em verdade, de uma inequívoca zona de confluência entre a vinculação do poder público (a assim denominada *eficácia vertical*) e a vinculação - direta - dos particulares.

#### 5.6.2. Fundamentando uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais

As singelas considerações tecidas em torno das principais objeções esgrimidas pelos defensores da teoria da eficácia mediata (indireta), à evidência, já indiciam os motivos pelos quais tentaremos sustentar a tese de que, em princípio, todos os direitos fundamentais - à exceção dos que vinculam exclusivamente o poder público - vinculam, de alguma forma, diretamente os particulares.

Na verdade, verifica-se que a discussão em torno da afirmação ou negação da eficácia direta, para além ou mesmo por detrás dos argumentos de cunho jurídico, inevitavelmente revela - ao menos também - um viés político e ideológico, sustentando-se, nesta linha argumentativa, que a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito,<sup>105</sup> ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa.<sup>106</sup> Se

<sup>105</sup> Este, pelo menos, o entendimento de P. de Veja García, *Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad*, in: Pérez-Luño (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, p. 278-79.

<sup>106</sup> Neste sentido parece situar-se também o entendimento de M. Frangi, *Constitution et droit privé*, p. 12, lembrando que o direito constitucional contemporâneo não poderá ser aplicado exclusivamente valendo-se dos mecanismos e instrumentos do constitucionalismo clássico, além de sustentar que o reconhecimento de uma vinculação apenas indireta (mediada pela

a matiz política e ideológica evidentemente se faz presente na raiz das diversas formulações a respeito do tema, também se haverá de reconhecer, pena de flagrante injustiça, que expressiva parcela dos defensores da eficácia indireta, destacando-se aqui o próprio Dürig e Hesse, sempre reconheceram a necessidade de proteção contra atos de particulares e, de modo especial, admitem a vinculação direta (embora excepcional) dos atores privados poderosos. Hesse, inclusive, ao destacar, num primeiro momento, a importância da autonomia privada e da liberdade contratual, como valores ligados à essência da personalidade humana, salienta que isto apenas será possível em situações de certo equilíbrio, colocando-se o pressuposto de uma situação jurídica e fática de tendência igualdade.<sup>107</sup> Como se vê, também neste particular a distância entre uma e outra concepção não chega a configurar um abismo intransponível.

Das considerações tecidas até o presente momento, já se poderia, salvo melhor juízo, sustentar uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, à exceção das hipóteses nas quais o destinatário precípua das normas (e do direito subjetivo nelas embasado) é o poder público, ainda que se possa partir da premissa de que o *modus vinculandi* e o papel do legislador, assim como o do Juiz, seja diverso, de acordo com o caso concreto.

Existem, contudo, outros argumentos que podem ser referidos, neste contexto.

Muito embora não se lhe deva atribuir exagerada importância, cumpre referir um fundamento de cunho histórico. Assim, recolhemos a lição de Peces-Barba,<sup>108</sup> para quem a maioria das teorias contratuálistas concebeu os direitos naturais como direitos dos indivíduos entre si, em face da ausência do Estado no estado de natureza, registrando, ademais, que mesmo nos primeiros textos constitucionais, em especial na Declaração de Independência Americana (1776) e Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), os direitos

lei) dos particulares significa, de certa forma, uma submissão ao princípio da soberania da lei, típica das democracias liberais.

<sup>107</sup> K. Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, p. 74 e ss.

<sup>108</sup> C. Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales*, p. 619 e ss. Nesta mesma linha, questionando a tese de que os direitos fundamentais teriam surgido com o caráter precípua de direitos oponíveis apenas ao Estado, também registramos o magistério de L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, p. 205 e ss. e de P.C. Villalón, *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*, in: Academia Sevillana del Notariado, p. 101/02, registrando que a "Drittwirkung" é mais antiga que o reconhecimento de direitos fundamentais do particular em face do Estado. Cumpre relembra aqui o magistério do conhecido publicista germânico W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, p.312 e ss. que, bem antes, já havia noticiado ter ocorrido, em verdade, uma retração no âmbito da tendência multidirecional ("allseitige Tendenz") inicialmente registrada na evolução histórica dos direitos fundamentais.

do homem são concebidos como direitos de todos, não excluindo os particulares da vinculação, além de formular crítica contundente à concepção dominante na Alemanha no sentido de sustentar - ainda que com diferenças importantes - uma eficácia apenas indireta, tratando os direitos fundamentais essencialmente como direitos públicos subjetivos, contestando, inclusive, a tendência generalizada de se importar, sem maior reflexão crítica, a doutrina e jurisprudência constitucional germânica nesta seara.

Como bem o demonstrou Jörg Neuner, em recente e instigante tese de cátedra apresentada na Universidade de Munique, Alemanha, a partir de uma exegese do art. 1º da Lei Fundamental da Alemanha, tanto o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso I), quanto os direitos humanos (inciso II), por sua natureza indisponível, vinculariam sempre até mesmo o Poder Constituinte Originário, sendo, portanto, inquestionável a vinculação do poder público e dos próprios agentes privados.<sup>109</sup> Segundo Neuner, tal conclusão se revela como imperativa, desde uma perspectiva histórica (já que os autores da Lei Fundamental partiram do reconhecimento de um núcleo de direitos de cunho supraestatal, que a todos vinculam), encontrando, além disso, sustentáculo já na própria expressão literal do texto constitucional, na medida em que, consoante dispõe o art. 1º da Lei Fundamental, a "dignidade da pessoa humana é intangível" (*die Würde des Menschen ist unantastbar*) e que o povo alemão - e não apenas o poder público - reconhece os direitos humanos. Por derradeiro, ainda de acordo com Neuner, também uma interpretação sistêmica e teleológica implica o reconhecimento de uma vinculação multidirecionada (vertical e horizontal) do art. 1º da Lei Fundamental. Com efeito, tal conclusão se impõe seja em virtude da existência de normas de direitos fundamentais que expressamente vinculam os particulares, seja em razão de que estas normas integram o rol das "cláusulas pétreas", ao menos, no que diz com o seu conteúdo em dignidade humana. Para além disso, resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não se encontra sujeita apenas às agressões oriundas do Estado, mas também de particulares, já que, em verdade, pouco importa de quem provém a "bota no rosto do ofendido".<sup>110</sup>

Inobstante Neuner tenha restringido uma eficácia "horizontal", isto é, uma vinculação ampla de todo o poder público e dos particulares ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, sustentando uma distinção destes em relação aos direitos fundamentais, os quais, ao menos no que diz com seu conteúdo

<sup>109</sup> J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, p. 150 e ss.

<sup>110</sup> Idem, p. 152-53.

disponível, não poderiam, em regra, ter os particulares como destinatários diretos,<sup>111</sup> consideramos que tal conclusão - em que pese a relevância da argumentação desenvolvida - não poderá prevalecer na sua integralidade, ao menos não naquilo em que repudia uma vinculação direta dos particulares.

Em primeiro lugar, há que levar em conta o fato de os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, independentemente de uma hoje ao menos controversa qualidade suprapositiva ou jusnaturalista, constituem concretizações (ou explicitações em maior ou menor grau, como propõe Vieira de Andrade) do princípio fundamental (e igualmente positivado na Constituição) da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as normas de direitos fundamentais, ao menos no que diz com o seu conteúdo em dignidade humana (e na medida deste conteúdo) vinculam diretamente Estado e particulares, posição esta, aliás, admitida por boa parte da doutrina.<sup>112</sup>

A circunstância de não serem absolutos e, portanto, sujeitos a restrições, assim como o próprio reconhecimento de uma esfera de disponibilidade e, nesta linha de entendimento, até mesmo de um certo grau de renunciabilidade, não poderá afastar, por sua vez, desde logo e em qualquer caso, uma vinculação direta dos particulares.

Ainda que se possa questionar - como o fizemos em outra oportunidade<sup>113</sup> - que todos os direitos fundamentais da nossa Constituição encontrem seu fundamento diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana, verificar-se-á, por outro lado, que na maioria destes casos (que não são muitos) nos deparamos com normas que expressamente vinculam sujeitos particulares, o que se aplica a todos os direitos sociais dos trabalhadores (arts. 7º e ss.) da nossa Lei Fundamental. O princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos como fundamento e medida para uma vinculação direta dos particulares, poderá assumir, portanto, relevância autônoma apenas onde não se estiver em face de uma vinculação desde logo expressamente prevista no texto constitucional.

<sup>111</sup> J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, p. 154 e ss.

<sup>112</sup> V. entre outros, especialmente no direito lusitano, J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p.p. 293/94, J.J. Nunes Abrantes, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, p. 105 e ss. Mais recentemente, P. Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, p. 241-43, todos sustentando que, nas relações entre tendencialmente iguais, a vinculação dos particulares estaria, em princípio, restrita ao conteúdo em dignidade humana e ao núcleo essencial indisponível dos direitos fundamentais, aproximando-se do pensamento já referido de Neuner.

<sup>113</sup> V. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 95 e ss.

A este argumento, soma-se a circunstância - que nos parece elementar - de que existe um dever geral de respeito<sup>114</sup> por parte de todos (Estado e particulares) em relação aos direitos fundamentais, isto em se levando em conta o velho adágio - expressamente consagrado já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de que os direitos de uns encontram seu limite nos direitos dos outros,<sup>115</sup> consignando-se, todavia, que este dever de respeito dos particulares, embora seja com ele conexo (até mesmo por lhe servir de fundamento) não se confunde com o dever de proteção imposto aos órgãos estatais.

Atente-se, neste contexto, ao que já foi referido alhures, no sentido de que as violações dos direitos fundamentais decorrem tanto do Estado quanto - e talvez até mesmo em maior número - dos particulares (sejam, ou não, detentores de poder social), igualmente demonstrado que estas agressões provindas de particulares não podem ser imputadas - ao menos não de forma generalizada e exclusiva (tal como pretendem os adeptos da teoria da convergência estatista) - diretamente ao Estado.

Da mesma forma, assume relevo o argumento de que se deverá distinguir a decisão fundamental em prol de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, da decisão sobre a competência de constatar e determinar, no caso concreto, o grau de eficácia de determinado direito fundamental.<sup>116</sup>

A vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, tal como já tem sido aceito pela doutrina espanhola majoritária, decorre - mesmo à míngua de norma expressa neste sentido - diretamente da Constituição.<sup>117</sup> Inclusive na Alemanha - embora preventivamente a doutrina da eficácia mediata - já foi objeto de amplo reconhecimento que a norma contida no art. 1º, inc. III, da Lei Fun-

<sup>114</sup> Sobre este dever geral de respeito, v. V.M. P.D. Pereira da Silva, *A vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias*, in: RDP nº 82 (1987), p. 48 e ss., embora não sustentando que este dever de respeito conduza a uma vinculação direta generalizada dos particulares.

<sup>115</sup> De acordo com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, "A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por Lei."

<sup>116</sup> Este ao menos parece ser o entendimento de J. Ferrer y Riba e P.S. Coderch, *Asociaciones, Democracia y Drittwirkung*, in: P. S. Coderch (Coord), *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada*, p. 93, ao sustentarem que "uma coisa é a decisão de fundo sobre o grau de eficácia de um direito fundamental em uma relação privada, outra a decisão sobre a legitimidade para determinar este grau concreto de vigência social do direito".

<sup>117</sup> Cf. dentre tantos, J. M. Bilbao Ubillos, *La Eficácia de los Derechos Fundamentales, frente a particulares*, p. 349 e ss. e L. Pietro Sanchís, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, p. 210 e ss.

damental, ao enunciar expressamente a vinculação dos poderes públicos, não tem o condão de afastar uma vinculação dos particulares, assegurando, isto sim, que pelo menos os órgãos estatais encontram-se diretamente vinculados aos direitos fundamentais.<sup>118</sup> Da mesma forma, parece-nos que, se até na Alemanha, onde apenas a vinculação dos órgãos estatais está expressamente consignada na Lei Fundamental, mesmo assim tal previsão não pode ser - ao menos de acordo com expressiva doutrina - interpretada como uma decisão impeditiva da vinculação dos particulares, também entre nós - onde a Constituição apenas enuncia de forma expressa o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais - não haveria como sustentar o insustentável, isto é, a impossibilidade de uma vinculação dos particulares, no sentido de uma aplicação direta às relações jurídico-privadas, pelo simples fato de nem mesmo ter sido prevista a vinculação dos poderes públicos.

Também na ordem constitucional pátria - e não apenas (embora também) em face dos paradigmas espanhol e lusitano - inexistiu respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa no que diz com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses em que não tenham por destinatário exclusivo o poder público.

Ainda que não se possa restringir - de forma simplista - uma vinculação dos particulares apenas às hipóteses nas quais tenhamos uma situação de inequívoca desigualdade fática (econômica/social), assume relevo a circunstância de que uma importação acrífica da posição majoritariamente adotada na Alemanha esbarra, também e desde logo, na evidência de que os pressupostos de uma certa igualdade fática e jurídica encontram-se gravemente comprometidos entre nós, bastando aqui uma breve referência aos elevados (e em constante crescimento) índices de opressão socioeconômica e, portanto, a relevância maior dos assim denominados poderes sociais.

Se mesmo em Estados desenvolvidos e que, de fato, assumem (em maior ou menor grau) as feições de um Estado democrático (e social) de Direito<sup>119</sup> já se aceita - inóbstante as ressalvas já referidas

<sup>118</sup> Cf., dentre outros, A. Bleckmann, *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, p. 228-29. Na Espanha, F.F. Segado, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales...*, in: RIL nº 121 (1994), p. 87, destaca que a vinculação expressa dos poderes públicos não afasta a vinculação dos particulares. Vale citar, neste contexto, a recente posição defendida - também na Alemanha - por J. Lücke, *Die Drittwirkung der Grundrechte nach Hand des Art. 19 Abs. 3 GG*, in: JZ 1999, p. 377 e ss., afirmando - por mais controverso que possa ser este entendimento - que uma vinculação direta pode ser fundamentada no art. 19, III, da Lei Fundamental, o qual prevê que as pessoas jurídicas (especialmente de direito privado) poderão ser titulares de direitos fundamentais, quando estes, por sua natureza, lhes forem aplicáveis.

- que nas relações cunhadas pela desigualdade, o particular mais "poderoso" encontra-se diretamente vinculado aos direitos fundamentais do outro particular (embora ambos sejam titulares de direitos fundamentais), mais ainda tal vinculação deve ser reconhecida na ordem jurídica nacional, onde, quando muito, podemos falar na previsão formal de um Estado Social de Direito que, de fato, acabou sendo concretizado apenas para uma diminuta parcela da população. De fato, é perfeitamente viável questionar até que ponto o assim denominado Estado social e democrático de Direito, entre nós e ao menos para a maior parte da população, não passou até agora de um mero projeto insculpido na Constituição formal.<sup>120</sup> No mínimo, importa reconhecer que quanto mais sacrificada a liberdade e igualdade de substanciais, maior haverá de ser o grau de proteção exercido pelo Estado no âmbito dos seus deveres gerais e específicos de proteção, atuando positivamente no sentido de compensar as desigualdades, mediante intervenção na esfera da autonomia privada e liberdade contratual.

O fato é que cada vez mais encontramos menos relações entre particulares caracterizadas por uma tendencial igualdade, o que não afasta, como já demonstramos, a vinculação direta de todos os particulares, ainda que não se enquadrem na categoria dos que exercem uma parcela de poder social. Da mesma forma, cumpre relembrar que mesmo em se cuidando de um particular (ou entidade privada) "poderoso", não estaremos diante de uma relação igual a que se estabelece entre particular e Estado, na medida em que continuamos nos movendo na esfera das relações entre titulares de direitos fundamentais, potencialmente em rota de colisão. Vale lembrar aqui a sugestiva decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, referindo, em síntese, que em um Estado social de Direito não se poderá sustentar, de modo geral, que o titular de direitos fundamentais não o seja também na esfera da vida social.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> Sobre a possível distinção entre o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito (por sua vez inequivocamente comprometido com a justiça substancial) v. L.L. Streck e J.L. Bolzan de Moraes, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 83 e ss.

<sup>120</sup> Neste sentido a oportuna lembrança de L. Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 19 e ss., analisando a crise da modernidade e o impacto do neoliberalismo e da globalização sobre o Estado e o Direito no Brasil. Sobre a crise do Estado social de Direito e a crise dos direitos fundamentais v. também o nosso *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, in: *Direito público em tempos de crise - estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, p. 129 e ss.

<sup>121</sup> STC 18/1984, decisão esta que, apesar de ter sido aplaudida por boa parte da doutrina espanhola (v., dentre outros, F.F. Segado, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales...*, in: RIL nº 121 (1994), p. 87), foi objeto, todavia, da crítica de García-Torres e Jimenez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, p. 101, especialmente sustentando o cunho demasiadamente genérico e nebuloso da argumentação utilizada.

Na medida em que se poderá questionar quais são as normas de direitos fundamentais relevantes para efeitos de uma vinculação dos particulares, notadamente no que diz com os direitos sociais,<sup>122</sup> importa firmar posição no sentido de que todos os direitos fundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado, em primeira linha os órgãos estatais.<sup>123</sup> Com efeito, consoante já tivemos oportunidade de afirmar, não vislumbramos razão para afastar, desde logo, uma vinculação direta dos particulares - seja qual for a natureza do direito fundamental em questão - a não ser quando se cuide de direitos fundamentais que tenham por destinatário precípua o poder público. Convém lembrar, neste ponto, que a Constituição Brasileira de 1988 expressamente albergou em seu texto normas de direitos prestacionais tendo como destinatário em primeira linha sujeitos privados, como ocorre com o direito ao salário mínimo, gratificação natalina, adicional de insalubridade e periculosidade, apenas para referir os exemplos mais evidentes.

### 5.7. Algumas conclusões e indagações

Mesmo a esta altura da exposição, certamente não poderíamos nutrir a pretensão de estarmos em condições de enunciar qualquer espécie de conclusão, ao menos não a título de consideração final, já que nem de longe logramos apresentar e analisar todos os aspectos do problema. Aliás, mesmo os pontos enfrentados não o foram em caráter exaustivo, carecendo de maior desenvolvimento. Assim, a título de fechamento deste ensaio, limitar-nos-emos a tecer algumas considerações com a finalidade precípua de contribuir para a discussão e lançar alguns questionamentos.

A problemática das relações entre os direitos fundamentais e a ordem jurídica privada assume posição singular e destacada no contexto do fenômeno mais amplo, habitualmente denominado de consuetudinização do Direito Privado, destaque este decorrente da

<sup>122</sup> Vale registrar que a Constituição Portuguesa de 1976 consagrou a vinculação das entidades privadas apenas no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, excluindo, em princípio, os direitos económicos, sociais e culturais.

<sup>123</sup> Cf. J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 358.

própria condição de normas jusfundamentais, na sua dupla acepção material e formal, de tal sorte que desta posição privilegiada decorrem importantes consequências para o problema da vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais.

No concernente às relações entre as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, há que distinguir, em se cuidando da sua eficácia em relação à ordem jurídico-privada, entre a vinculação do legislador privado e dos órgãos judiciais encarregados da solução de litígios entre particulares, enquadrável naquilo que se convencionou chamar de uma "eficácia vertical" (já que vinculados são os poderes públicos), e a vinculação dos particulares nas suas relações entre si, temática abordada sob o título de "eficácia horizontal", "eficácia privada" ou "eficácia em relação a terceiros" (*Drittwirkung*), como ainda tem preferido boa parte da doutrina germânica, mas que, mais apropriadamente, dadas as incorreções já apontadas, deveria ser tratada sob o título "eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares" ou mesmo "vinculação dos particulares aos direitos fundamentais". De qualquer modo, convém relembrar que também entre dois sujeitos privados em situação de manifesta desigualdade (exercício de poder econômico social) nos deparamos com uma relação de cunho "vertical".

A peculiaridade do problema decorre, por sua vez, da circunstância de se cuidar, no que diz com a vinculação dos particulares, de relações entre dois ou mais titulares de direitos fundamentais, reciprocamente vinculados (em se admitindo a vinculação), não havendo, portanto, desde logo, como sustentar uma eficácia vinculante idêntica, na sua amplitude e intensidade, a do poder público (do legislador e do Juiz "privado"), o que se aplica inclusive aos assim denominados "poderes privados", já que igualmente sujeitos de direitos fundamentais. Na verdade, consoante restou devidamente registrado ao longo do nosso estudo, a existência de algum detentor de poder privado num dos pólos da relação jurídico-privada poderá, isto sim, justificar uma maior intervenção e controle no âmbito do exercício do dever de proteção imposto ao Estado; em outras palavras, uma maior intensidade na vinculação destes sujeitos privados, bem como uma maior necessidade de proteção do particular mais frágil.

Para além das normas de direitos fundamentais direcionadas exclusivamente ao poder público, em todas as suas formas de manifestação, existem, na Constituição Federal de 1988, normas jusfundamentais que têm por destinatário expresso e inequívoco sujeitos privados, em relação às quais não há que controverter quanto à



vinculação direta dos particulares. De acordo com os argumentos deduzidos ao longo do presente estudo, é possível sustentar a concepção de que, à exceção dos direitos que têm por destinatário apenas os órgãos estatais, todas as demais normas jusfundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) vinculam, de alguma forma, diretamente os sujeitos privados e, portanto, são eficazes nas relações entre particulares.

Partindo do pressuposto da relevância do problema e da inadequação das teses que resolvem a questão imputando as ofensas a direitos fundamentais oriundas de sujeitos privados ao poder público (tal como advogam as teorias da "convergência estatista" (Alemanha) e, de certa forma, da *state action* (Estados Unidos), verificamos que se impõe a superação da já clássica contraposição entre as concepções da eficácia direta (imediatamente) e indireta (mediata), ao menos na forma pela qual foram originariamente desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência germânica, inobstante também não possamos comungar - apesar dos reconhecidos avanços - das teorias formuladas a partir dos deveres de proteção do Estado, ao menos não naquilo em que continuam negando uma vinculação direta dos particulares. Por outro lado, constatou-se a existência de elementos comuns a todas as concepções, notadamente o fato de partirem do pressuposto de que os direitos fundamentais, expressando uma ordem de valores objetiva, não são indiferentes ao Direito Privado e nem às relações entre particulares, admitindo, além disso, a ocorrência de lesões aos direitos fundamentais oriundas de sujeitos privados e que reclamam uma solução, incumbindo ao Estado um dever de proteção também nesta seara. Do contrário, estaríamos, em verdade - tal como oportunamente averbou Jean Rivero - cancelando hipocritamente a coexistência de uma dupla ética social, em sustentando que os direitos fundamentais são oponíveis apenas em face do Estado, não o sendo frente a agressões oriundas de particulares.<sup>124</sup>

O problema, em verdade, não está em se advogar a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, mas sim em avaliar qual a intensidade desta vinculação e quais as consequências práticas a serem extraídas no caso concreto, especialmente em face do reconhecimento da peculiaridade destas relações (entre particulares), decorrente da circunstância de se cuidar, em regra, de uma relação entre titulares de direitos fundamentais.

<sup>124</sup> Apud J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 266. Assim também J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1159, igualmente na esteira de J. Rivero. Entre nós, v. recentemente P. G. Gonet Branco, "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", in: G. F. Mendes; I. M. Coelho; P. G. Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 170.

Já pelo fato de as normas de direitos fundamentais não serem homogêneas, tendo diversos graus de eficácia e gerando efeitos peculiaridades,<sup>125</sup> mas também pela procedência, ao menos parcial, de significativa parcela dos argumentos esgrimidos pelos defensores de uma eficácia apenas indireta, especialmente, contudo, ao salientarem a evidência de se cuidar de relações entre titulares de direitos fundamentais, importa reconhecer uma eficácia direta *prima facie*, em outras palavras, a impossibilidade de uma eficácia direta (e, portanto, de uma vinculação dos particulares) de feições absolutas.

É justamente por esta razão que, na esteira de Canotilho, entendemos ser inviável advogar a existência de soluções uniformes, já que o adequado manejo da eficácia direta nas relações entre particulares e a intensidade da vinculação destes aos direitos fundamentais deve ser pautada de acordo com as circunstâncias do caso concreto,<sup>126</sup> insuficientes, para além disso, os modelos tradicionais adotados no âmbito da doutrina e da jurisprudência.<sup>127</sup>

A inviabilidade de uma eficácia direta "absoluta" e a necessidade de se adotar soluções diferenciadas decorre, em verdade, também (e principalmente) da estrutura normativa e da natureza eminentemente principiológica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Com efeito, cuidando-se de relações entre titulares de direitos fundamentais, sempre se farão presentes - ponto de vista comum às teorias da eficácia direta e indireta - na esteira do que observou Alexy, conflitos ou, pelo menos, situações de tensão, que, por sua vez, reclamam soluções distintas, de acordo com o caso concreto e do (ou dos) direitos fundamentais em conflito (ou tensão), tratando-se, em última análise, de um problema de ponderação.<sup>128</sup>

<sup>125</sup> Cf., especialmente, J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 355.

<sup>126</sup> Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1154.

<sup>127</sup> Esta a oportuna lembrança de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 1563.

<sup>128</sup> Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 480 e ss. (*Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 510 e ss).

Nesta mesma linha de entendimento situa-se também a doutrina espanhola majoritária, como é o caso, representativamente, de J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 360 e ss., destacando que o problema central é o de estabelecer os limites da eficácia nas relações entre particulares, à luz do caso concreto e da ponderação das posições jusfundamentais em pauta. Nesta linha, no âmbito do doutrina lusitana, vale lembrar as lições de J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1208 e ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 325-27 e, mais recentemente, P. Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, p. 237 e ss., dentre outros tantos. Na Alemanha, embora sustentando uma eficácia apenas mediata, W. Rümer, *Grundrechtsadressaten*, in: Isensee-Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, n.º 77, assevera ser difícil enunciar fórmulas gerais a respeito da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, justamente em virtude da necessária ponderação das posições jurídicas conflitantes, exemplificando sua afirmativa com a utilização do princípio da igual-



Inobstante este aspecto não tenha sido analisado mais detidamente, já há como anunciar que, em princípio, no âmbito das relações entre particulares assume destaque tanto a dimensão jurídico-objetiva, quanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Fundamentando, entre outros efeitos, uma "eficácia irradiante" e um "dever geral de respeito" (ambos os termos objetos de controvérsia quanto ao seu conteúdo e significado), assim como a necessidade de uma interpretação - não apenas das leis mas também dos atos de particulares - conforme a Constituição e, especialmente, conforme aos direitos fundamentais, a dimensão objetiva serviu também de ponto de partida para o desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção do Estado, simultaneamente autorizando e impondo ações do poder público no sentido de proteger os direitos fundamentais também contra agressões oriundas de particulares, poderosos ou não. Sob a perspectiva jurídico-subjetiva, verifica-se, por sua vez, que a cada titular de direito fundamental encontra-se assegurada a possibilidade (e aí também, ingressamos na dimensão processual do problema) de opor - consideradas as limitações impostas pelo caso concreto e pela natureza da tensão gerada por eventual colisão de direitos - seu próprio direito em relação a terceiros, assim como o direito de exigir do Estado que se desincumba do seu dever de proteção.

Da mesma forma, constata-se que os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão objetiva e subjetiva também se fazem presentes - na esfera das relações entre particulares - tanto na condição de direitos a prestações (positivos) quanto na forma de direitos de defesa (negativos). Com efeito, tal se verifica quando as normas de direitos fundamentais impõem ao Estado deveres (gerais ou específicos) de proteção, gerando (e esta a dimensão prestacional) correspondentes posições jurídico-subjetivas (direitos à proteção), ainda que se possa discutir a respeito da força jurídica destes direitos. De outra parte, a função defensiva (negativa) se faz presente justamente na proteção da liberdade pessoal e demais bens fundamentais contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos e - o que mais importa neste contexto - também de agressões oriundas de outros sujeitos particulares.<sup>129</sup>

<sup>129</sup> Neste âmbito de entendimento, propondo uma operacionalidade dos direitos fundamentais no âmbito jurídico-privado tanto por meio da função prestacional quanto da função defensiva e prestacional (esta versada pelo prisma dos deveres de proteção) parece situar-se a tese advogada por J. Hager, *Grundrechte im Privatrecht*, in: JZ 1994, p. 373 e ss. Advogando uma

Também se revela inequívoca a imbricação, igualmente no sentido de uma confluência e influência recíproca, entre as assim denominadas eficácia "vertical" e "horizontal" (no sentido que emprestamos a estes termos). Neste contexto, verifica-se que mesmo estando os particulares - ao menos no nosso sentir - diretamente vinculados pelas normas definidoras de direitos fundamentais (quando, é claro, não for o Estado o destinatário precípua), também e sempre estarão diretamente vinculados os órgãos estatais, especialmente o legislador e os órgãos jurisdicionais, aos quais, no âmbito dos deveres de proteção, incumbe a obrigação de atuar - justamente pelo fato de os direitos fundamentais terem eficácia (e serem vinculantes) nas relações entre particulares - no sentido de compor os conflitos e/ou tensões entre os direitos fundamentais dos diversos sujeitos privados e de solver os litígios que entre estes vierem a se estabelecer.

Na esteira do que já havíamos afirmado em outra oportunidade,<sup>130</sup> inobstante o maior desenvolvimento ora outorgado ao tema e a superação da posição tomada naquela ocasião, corretamente designada de "cautelosa" em recente e importante ensaio,<sup>131</sup> vale repisar aqui que, no âmbito da problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, vislumbra-se inequivocamente a necessidade - em face de conflito entre a autonomia privada (e liberdade contratual) e outros direitos fundamentais - de uma análise tópico-sistemática,<sup>132</sup> calçada nas circunstâncias específicas do caso concreto e que, de modo geral, deverá ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão (conflito) entre direitos fundamentais de diversos titulares. A meta posta é a de buscar-se sempre uma solução embasada na ponderação dos valores em pauta, norteada pela busca do equilíbrio e concordância prática (Hesse), caracterizada, em última instância, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais em questão, assim como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.<sup>133</sup>

relação dialética entre as funções defensiva e protetiva dos direitos fundamentais no âmbito de sua aplicação às relações jurídico-privadas, v. J. S. Ribeiro, *Constitucionalização do direito civil*, p. 24.

<sup>130</sup> Cf. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 339.

<sup>131</sup> Cf. P. Mota Pinto, *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, p. 236 (nota nº 244).

<sup>132</sup> O tópico-sistemático vai tomado aqui no sentido que lhe emprestaram, entre nós, com inequívoca dose de originalidade, J. Freitas, *A interpretação sistematizada do Direito*, p. 116 e ss. e, mais recentemente, A. Pasqualini, *Hermenêutica e sistema jurídico*, p. 123 e ss.

<sup>133</sup> Este vem sendo o entendimento predominante no âmbito da doutrina constitucional contemporânea (até mesmo entre os adeptos da eficácia indireta), em que pese a divergência ainda significativa em relação a outros aspectos.

Por derradeiro, encerrando o presente texto, mas de longe não esgotando o tema e todas as suas facetas e potencialidades, aproveitamos para registrar - mais uma vez - que com o presente estudo se pretendeu apenas lançar algumas considerações de caráter genérico e introdutório a respeito de assunto por demais relevante para restar confinado às páginas de um artigo ou mesmo de um livro específico sobre o assunto. O estudo das relações entre a ordem constitucional e, especialmente, as normas de direitos fundamentais nela consagradas, e a ordem jurídico-privada, no âmbito do qual se destaca o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, suscita, em verdade, tantos enfoques e problemas quanto são peculiares e numerosas as próprias situações passíveis de se verificarem na esfera das relações entre sujeitos privados que digam com os direitos fundamentais.<sup>134</sup> Na esteira do que destacaram Garcia-Torres e Jiménez-Blanco, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas significa bem mais do que um mero esclarecimento de sentido no âmbito de um projeto geral de sentido dos direitos fundamentais, representando, isto sim, algo como um novo "horizonte hermenêutico", implicando uma leitura completamente nova do sentido das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais.<sup>135</sup>

Assim como também nós encontramos desafiados a continuar trilhando esta jornada, ampliando e aprimorando os argumentos e conclusões ora esboçados, esperamos, de outra parte, que tenhamos alcançado o nosso primeiro intento: contribuir para estimular a reflexão e o debate, mas principalmente para concluir todos os estudiosos que se deixem igualmente tocar intimamente pelo tema, transformando-o em objeto de investigação e constante desenvolvimento, certos de que, com isto - e ousando inverter aqui a fórmula de Hesse<sup>136</sup> - a Constituição, os direitos fundamentais, mas também o Direito Privado nada terão a perder, porém muito a ganhar.

<sup>134</sup> Destacando a complexidade e diversidade das relações interprivadas e dos conflitos entre as esferas de liberdade dos sujeitos privados, notadamente em relação ao esquema binário mais simples que rege as relações entre particulares e Estado, vale lembrar a lição de J. S. Ribeiro, *Constitucionalização do direito civil*, p. 15-16.

<sup>135</sup> Cf. J. García-Torres / A Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, p. 140-42, embora defensores de uma eficácia mediata e em que pese o seu ceticismo.

<sup>136</sup> Para K. Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 67, o reconhecimento generalizado de uma eficácia imediata no âmbito do direito privado e, especialmente, das relações entre particulares poderia fazer com que o benefício de uma proteção ampla e eficaz dos direitos fundamentais se transformasse numa verdadeira praga, com a qual "o direito privado teria pouco a ganhar e os direitos fundamentais e seu verdadeiro significado muito a perder."

## 5.8. Referências bibliográficas

- ABRANTES, João José Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- . *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio. Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.
- BLECKMANN, Albert. *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, 4ª ed. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl-Heymanns, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999.
- . *Grundrechte und Privatrecht*, in: AcP (Archiv für die zivilistische Praxis), nº 184 (1984), pp. 201 e ss.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 1998.
- CODERCH, Pablo Salvador (Coord.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Ed. Civitas, 1997.
- DÜRIG, Günter. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in: Maunz, Theodor (HsGb), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung - Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. München: Isar Verlag, 1958, pp. 157 e ss.
- ERICHSSEN, Hans-Uwe. *Die Drittwirkung der Grundrechte*, in: JURA 1996, pp. 527-533.
- FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998.
- . *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FRANGI, Marc. *Constitution et Droit Privé - Les Droits Individuels et les Droits Économiques*. Paris: Economica, 1992.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.
- GARCIA, Pedro de Veja. *Dificuldades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)*, in: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.), *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996, pp. 265-280.
- GARCÍA TORRES, Jesús e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*. Madrid: Civitas, 1986.
- HAGER, Johannes. *Grundrechte im Privatrecht*, in: Juristen Zeitung (JZ), 1994, pp. 373 e ss.
- HERMES, Georg. *Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?*, in: NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 1990, pp. 1764 e ss.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- . *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

- LANGLER, Thomas. *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1998.
- LEISNER, Walter. *Grundrechte und Privatrecht*. München: C.H. Beck, 1960.
- LÜCKE, Jörg. *Die Drittwirkung der Grundrechte na Hand des Art. 19 Abs. 3 GG*, in: JZ 1999, pp. 377-384.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contritos no Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales - teoría general*. Madrid, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenéutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- , *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- MOTA PINTO, Paulo. *O Direito no Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra Editora, 1999, pp. 149-246.
- MÜNCH, Ingo von, CODERCHI, Pablo Salvador e FERRER I RIBA, Josep. *Zur Drittwirkung der Grundrechte*. Frankfurt: Peter Lang, 1998.
- NIPPERDEY, Itans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*, in: *Festschrift für Erich Molitor*. München: C.H. Beck, 1962, pp. 17-32.
- NEUNER, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat*. München: C.H. Beck, 1998.
- OETER, Stefan. *"Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts*, in: AOR (Archiv des öffentlichen Rechts) nº 119 (1994), pp. 529 e ss.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenéutica e sistema jurídico - uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. "Tendências Modernas do Direito de Família", in: *Rev. A juris* nº 42, 1988, p. 52 e ss.
- , "Algumas Reflexões sobre a Igualdade dos Cônjuges", in: *Rev. A juris* nº 58, 1993, p. 42 e ss.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*, 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Constitucionalização do Direito Civil*, palestra realizada por ocasião do Seminário Luso-Brasileiro de Direito Civil. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 1998.
- RÜFNER, Wolfgang. *Grundrechtsadressaten*, in: J. Isensee-P. Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol V. Heidelberg: C.F. Müller, 1992, pp. 525 e ss.
- SANCHIS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Debate, 1990.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

- , *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direito Público em Tempos de Crise - Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Rüschele*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999, pp. 129-73.
- SEGADO, Francisco Fernández. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional*, in: *Revista de Información Legislativa (RIL)* nº 121 (1994), pp. 69 e ss.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. São Paulo: Forense, 1998.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, in: *Revista de Direito Público (RDP)* nº 82 (1987), pp. 41 e ss.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1. München: C.H. Beck, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenéutica Jurídica e(m) Crise - Uma exploração hermenéutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.
- ; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- , *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: Mac Graw-Hill, 1997.
- VILLALON, Pedro Cruz. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*, in: *Academia Sevillana del Notariado*. Madrid: EDESA, 1998.