

Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel*

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS:
CONSTITUCIONALIZANDO O CONTRATO NA SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO**

Resumo

O contrato no Estado Constitucional, especialmente no âmbito brasileiro, não sustenta, atualmente, tratamento materialmente desigual entre as partes. Depois do Estado Liberal, ficou ainda mais evidente que o maior violador de direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente contratuais, é o próprio particular, ganhando destaque aquele que detém maior poder econômico ou social diante do outro contratante. Para que se chegue a essa afirmação, o processo de constitucionalização do direito e do contrato e a consequente irradiação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico mostra-se imprescindível. E tendo em vista que a Constituição se aplica a todo o ordenamento jurídico, mostra-se imprescindível a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente qual a forma que tal eficácia se dá e em que medida.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Eficácia. Particulares.

**EFFECTIVENES OF FUNDAMENTAL RIGTHS IN PRIVATE RELATIONS: THE
CONSTITUTIONALIZATION OF CONTRACT IN THE SOCIALIZATION OF LAW**

ABSTRACT

The contract in the Constitutional State, especially in the Brazilian context, not currently maintains materially unequal treatment between the parties. After the Liberal State, became even more evident that the greatest violator of fundamental rights in, especially contractual, private relationships is the individual himself, highlighting one who holds the greatest economic or social power before the other contractor. To attain this statement, the process of constitutionalization of the law and of the contract and subsequent irradiation of fundamental rights in the legal system appears to be essential. And considering that the Constitution applies to all law, seems essential to analyzing the effectiveness of fundamental rights in private relations, especially what form such effectiveness occurs and to what extent.

Keywords: Fundamental Rights. Effectiveness. Individuals.

* Mestranda em Direito pela UNISINOS/RS. Professora de Direito no CEUT e FACID/DeVry – Teresina.

INTRODUÇÃO

Diante do Estado Constitucional, não se pode mais vislumbrar que os direitos fundamentais tratam-se apenas de normas programáticas e principiológicas, a terem eficácia vinculada a programas de governo. Os direitos que outrora eram limitados apenas a projeto de concretização do bem comum, passam a ser comandos normativos na garantia da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, as normas constitucionais irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, através de uma eficácia ampla.

Não basta, ainda, a invocação de tais direitos somente contra o ente estatal. As relações cotidianas entre os indivíduos, por vezes, demonstram maiores violações aos direitos fundamentais do que a própria relação indivíduo-Estado.

Neste sentido, há um reconhecimento, de forma quase que unânime, pelo menos em âmbito nacional, que os direitos fundamentais devem ser aplicados em relações firmadas entre os indivíduos. No entanto, a própria autonomia privada também é direito fundamental que deve ser respeitado, porque os direitos fundamentais supõem, também, a realização dos interesses privados. Surge, assim, uma questão de difícil definição objetiva.

A consequência é que se torna necessário delimitar, ainda que em linhas gerais, como se daria a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente nas contratuais, e de que forma e em qual medida tal incidência se daria, sem que haja completa desconsideração à própria liberdade da pessoa, que também é direito fundamental garantidor da dignidade de pessoa humana.

No que pertine à forma da eficácia, ela pode se dar de forma direta, quando os direitos fundamentais incidem na relação privada, independentemente da existência de lei ou qualquer intermediador. Outra hipótese, seria a aplicação indireta dos direitos constitucionais fundamentais nas relações entre particulares: para que o direito seja invocado na relação privada, deve existir um intermediador, dando-se ênfase à atuação legislativa infraconstitucional.

Se dentro do Estado Democrático de Direito, desvinculado das ideias individualistas do Estado liberal deve prevalecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, não é menos verdade que tal eficácia demanda um estudo aprofundado para que, no caso concreto, fique evidente o respeito efetivo aos direitos fundamentais. Aliás, hoje, em demandas judiciais, dificilmente se vê a não invocação a direitos fundamentais por ambas as partes, seja qual relação for. No que diz respeito à medida, somente o caso concreto poderia determinar, de acordo com uma ponderação de valores envolvidos.

Assim, o presente estudo inicia-se com a concepção do contrato no Estado Constitucional, especialmente no âmbito brasileiro, que não sustenta, atualmente, tratamento materialmente desigual entre as partes. Depois do Estado Liberal, ficou ainda mais evidente que o maior violador de direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente contratuais, é o próprio particular, ganhando destaque aquele que detém maior poder econômico ou social diante do outro contratante. Passa-se, então, à análise, de forma sintética, de como tem ocorrido a constitucionalização do direito e do contrato e a consequente irradiação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Analisada a questão da aplicação da Constituição em todo o ordenamento jurídico, analisa-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, discorrendo sobre as teorias de ineficácia, com ênfase à aplicação da teoria da *state action*, a teoria da eficácia indireta, com a aplicação, também da teoria dos deveres de proteção e suas críticas, a teoria da eficácia direta e suas objeções, propondo-se o reconhecimento da impossibilidade de solução uniforme para a questão.

Metodologicamente, através de pesquisa bibliográfica e consulta jurisprudencial sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais na esfera do Direito brasileiro e comparado, foi utilizado o método de abordagem hermenêutico-fenomenológico, sem vinculação às ideias de certeza e segurança próprias da modernidade, o que tornaria o trabalho acabado e definitivo, comprometendo a segurança do resultado pretendido.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES: O CONTRATO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

De início, justificando a escolha do tema, toma-se as palavras de Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 17): “Muito daquilo que, para os operadores de uma disciplina jurídica é tido como ponto pacífico pode ser, para os operadores de outras disciplinas, um completo despropósito”. Assim é a concepção da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Não é rara a compreensão, dentro da doutrina pátria, que todo o sistema está vinculado à Constituição Federal e, portanto, todo o Direito Civil, ou todos os contratos, subordinam-se às normas fundamentais, sem maiores problemas.

Mas convém lembrar que nem sempre foi assim. Tradicionalmente, o Direito Civil era o ramo do Direito que mais se distanciava do Direito Constitucional, pois seu âmbito de atuação estava reservado à autonomia privada. Por mais que hoje tal submissão seja pacífica – em que pese sua não precisão – no início da década de 1950, na Alemanha, sua

fundamentação era difícil e seus efeitos incertos. Neste particular, importante marco concernente à vinculação de particulares aos direitos fundamentais foi o julgamento do caso Lüth, em 1958, por parte da Corte Constitucional Alemã, um dos casos mais importantes do constitucionalismo alemão no pós-guerra.

Nos anos 50, o alemão Veit Harlan, produtor de cinema, produziu um filme romântico, chamado “Amada Imortal”. No entanto, antes desse trabalho, Veit Harlan havia sido o principal responsável pelos filmes de divulgação das idéias nazistas. Era dele o filme *Jud Süß*, de 1941, considerado como uma das mais horrendas representações dos judeus no cinema. Sob a liderança de Eric Luth, judeu que presidia o Clube de Imprensa, vários judeus de prestígio e de influência na mídia alemã resolveram boicotar o filme romântico. O boicote deu certo e o filme foi um fracasso de público. Diante do enorme prejuízo, Veit Harlan, e os empresários que estavam investindo no filme, ingressaram com ação judicial alegando que a atividade de Eric Lüth violava o Código Civil alemão, que previa que todo aquele que causasse prejuízo deveria cessar o ato danoso e reparar os danos causados. Nas instâncias ordinárias, a tese prevaleceu. Porém, Eric Lüth não se conformou, argumentando que a Lei Fundamental alemã garantia a liberdade de expressão, recorrendo para a Corte Constitucional alemã. Liberdade de expressão ou dever de reparação pela expressão? A partir dele, a própria Corte desenvolveu alguns conceitos muito importantes na teoria dos direitos fundamentais, como por exemplo: a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos (LIMA, 2008).

Paralelamente, surgiu também, nos Estados Unidos, a teoria do *state action*, sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entre as teorias alemã e norte-americana, a semelhança está apenas em relação ao período de surgimento, porquanto se mostram integralmente antagônicas entre si (PEREIRA, 2006, p. 133). Enquanto a jurisprudência americana adotou uma posição negativa, no sentido de que os direitos fundamentais não vinculam os particulares, reafirmando a premissa legal do direito liberal, a Corte Alemã explorou o tema, tendo avançado e adotado posições mais radicais.

Nos Estados Unidos, um dos casos precursores de grande repercussão foi o *Shelley v. Kraemer*. Um loteamento foi formado com o objetivo de se evitar a presença de negros em seu território, na cidade de Saint Louis. Assim, por contrato, foi exigido aos compradores dos lotes que não poderiam alienar as suas propriedades em favor de indivíduos não brancos. Porém, um dos proprietários resolveu vender o seu imóvel a um casal de negros, sendo tal contrato contestado judicialmente em razão do descumprimento da cláusula restritiva. No

Tribunal Estadual de Missouri, a demanda foi julgada procedente. A Suprema Corte, apesar de decidir que tal cláusula feria o direito de igualdade previsto na Emenda XIV da Constituição americana, partiu do pressuposto de que isoladamente, cláusulas contratuais decididas dentro da autonomia privada dos particulares, não violam tal emenda. O entendimento era de que as ações inibidas pela emenda seriam apenas as estatais, não havendo proteção contra condutas meramente privadas, ainda que discriminatórias. A questão de mérito foi contra a cláusula restritiva, porém seus fundamentos deixaram claro que o direito a um tratamento igual só vale nas relações entre os cidadãos e o Estado, não nas relações particulares entre os cidadãos (SILVA, 2011, p. 19-20). Ratifique-se que, apesar da decisão contrariar a cláusula restritiva, não houve reconhecimento, pela Corte Americana, de que os direitos fundamentais podem ser invocados nas relações privadas.

De fato, nos dias atuais, dificilmente se veria, no caso brasileiro, um contrato deste questionado judicialmente e com o mesmo entendimento da Corte americana. Mesmo porque, de forma enfática, nossa Constituição resguarda a igualdade de tratamento a todos e proíbe qualquer tipo de discriminação. Um contrato com nítido tratamento desigual e discriminatório entre as partes, tende a ruir diante do direito brasileiro. No entanto, pode-se imaginar determinadas cláusulas contratuais com conteúdo semelhante, que não geraria uma unanimidade de resposta. Determinada fábrica de refrigerantes poderia exigir de seus prestadores de serviço que não bebesses, em público, refrigerante da marca concorrente? Aplica-se o direito constitucional da inviolabilidade de domicílio à cláusula contratual – existente em praticamente todo contrato de locação – que confere ao proprietário/locador o direito de visitar o imóvel? Dentro de seu círculo de amizades, uma pessoa pode deixar de convidar somente uma pessoa de seu grupo de amigos para o seu aniversário?¹

Seria possível elencar mais, pelo menos, uma centena de exemplos. Mas como prova de que, no senso comum, e até mesmo dentro da cátedra, tal ideia absoluta de aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas não está bem clara, pode-se citar uma situação cotidiana pouco questionada: o fato de não se cumprir um contrato, faz com que valores como a honra sejam facilmente desconsiderados, apesar de pacificamente admitir-se que o direito à honra deva ser respeitado na relação privada. O costumeiro bom pagador que, excepcionalmente, deixou de cumprir uma obrigação, tem o seu nome lançado no rol de maus pagadores, através de “serviços de proteção ao crédito”, sem qualquer questionamento sobre a ofensa direta e evidente ao direito fundamental à proteção de sua honra e imagem. Nessa

¹ Tais exemplos são meramente ilustrativos sobre a irradiação dos direitos fundamentais em relações privadas, sejam elas contratuais ou não.

relação privada, qual seja, do credor e devedor, o direito constitucional e fundamental à honra (como até mesmo o direito ao contraditório e ampla defesa) não tem incidido, em função de, provavelmente, uma justificativa com base na economia do mercado.

Não se ignora que a gênese dos Direitos Fundamentais está relacionada na sua defesa contra o Estado. No entanto, essa concepção mostrou-se falha, mesmo porque, especialmente na concepção do liberalismo, ficou evidente que o maior violador de direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente contratuais, é o próprio particular, ganhando destaque aquele que detém maior poder econômico ou social diante do outro contratante. Empresas do meio de comunicação, além de outras forças sociais, alcançam altas posições de poder, com clara dominação, especialmente em razão do poder econômico. Os chamados poderes econômicos-sociais privados, em alguns casos, violam de forma mais enfática os direitos fundamentais do que o próprio Estado (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 314). *“Basta com mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progressiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos”* (BILBAO UBILLOS, 2010, p. 264). Qualquer relação jurídica existente entre essas “dominações de poder econômico” e o particular², mesmo que, aparentemente, esteja fundada na autonomia privada, “é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares” (SILVA, 2011, p. 53). Porém, esse paralelo entre grandes corporações e o Estado, é somente um primeiro passo para o reconhecimento da violação de direitos fundamentais por outros que não o Estado. A questão de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ocorrer entre quaisquer particulares, independentemente da verificação ou não da igualdade das partes da relação travada³. Passa-se de uma dimensão subjetiva da tradição liberal, a uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais (VALE, 2004, p. 72).

Assim, a simples proteção contra o Estado como violador dos direitos fundamentais, não é suficiente. Mas não é menos verdade que é ele quem deve garantir a proteção e defesa de tais direitos, independentemente do lado pelo qual provenha tal agressão (DUQUE, 2013,

² Há crítica ao termo “horizontalização” dos direitos fundamentais exatamente em razão de se entender que, quando o indivíduo trava relação com esses detentores de considerável poder econômico, não haveria uma relação horizontal, mesmo porque tais “poderosos” estariam em patamar acima dos indivíduos.

³ Nipperdey (2012, p. 62), explicando que os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações entre particulares e não somente contra o Estado, cita exemplo interessante contido na constituição diretorial francesa, resultada da revolução, de 22 de agosto de 1795, “na qual se encontra a bela proposição: ‘Ninguém é um bom cidadão, se ele não é um bom filho, um bom pai, um bom irmão, um bom amigo e um bom marido’”. Complementa o autor: “pode juntar-se: ‘e uma boa parte contratante’”.

p. 62). A realização e a segurança dos direitos fundamentais dependem em ampla medida, portanto, do próprio Estado.

Neste aspecto, não é demais lembrar que, nos dizeres de Novais (2006, p. 34), inspirando-se em Ronald Dworkin, ter um direito fundamental é ter um trunfo contra o Estado ou contra a maioria⁴. O Estado pode não ser o violador do direito fundamental no contrato, mas, ainda assim, é dele a obrigação de evitar que isso ocorra⁵.

Se por um lado, há evidência da necessária aplicação dos direitos fundamentais mesmo nas relações privadas, para que tais direitos sejam realmente efetivados no âmbito das relações extraestatais, especialmente no contrato, clama-se estudo do tema, já que, a relação entre indivíduo e Estado, não pode ser tratada como a relação entre indivíduo e indivíduo: “no primeiro caso, apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto que, no segundo caso, ambas o são” (SILVA, 2011, p. 18). Nenhum titular de direito fundamental tem autorização para violar bem jurídico fundamental de outro, mas a convivência, com interesses distintos, é inevitável.

E neste ponto, a discussão no Brasil, apesar de crescente, não ganhou acentuada importância como em outros países, especialmente a Alemanha e, de forma assistemática, Estados Unidos.

Vê-se que, de fato, a ênfase da matéria, dá-se em países com ausência de normas de direitos fundamentais que não aquelas de cunho liberal. Por isso que, no Brasil, por exemplo, a discussão a respeito de tal tema no âmbito social-trabalhista aparenta ser pouco relevante⁶. O artigo 7º da Constituição Federal traz várias disposições sobre normas garantidoras dos direitos sociais. Mas isso não significa, no entanto, que no âmbito da contratação privada *stricto sensu*, a tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada não mereça maior atenção. Ou então, que direitos fundamentais não previstos no artigo 7º, não sejam aplicados nas relações trabalhistas, por exemplo.

⁴ Em relação ao Estado, o “trunfo” é de que o indivíduo tem uma posição juridicamente garantida contra o poder político. No que diz respeito aos particulares, é ter um direito que o Estado está obrigado a proteger contra ameaças ou lesões de terceiros.

⁵ Neste sentido que se fala em dirigismo contratual: o Estado impõe normas de ordem pública na relação privada para proteger a parte hipossuficiente na relação contratual.

⁶ Daniel Sarmento e Carlos Rodrigues Gomes elaboram um estudo que dispõe sobre a aplicação dos direitos fundamentais não trabalhistas nas relações de trabalho, discorrendo sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Explicam: “Note-se que o que aqui se discute não é a aplicação de direitos trabalhistas (arts. 7º a 11 da CF/88), na qual, via de regra, a restrição dos direitos dos trabalhadores se legitima apenas com a participação sindical (art. 7º, VI e XIV, da CF/88). O que se pretende analisar é a possibilidade de o empregador limitar diretamente – durante a vigência do contrato e em razão das características que o circundam – o exercício de *direitos fundamentais individuais* dos empregados.” (SARMENTO e GOMES, 2011, p. 91).

Acontece que, outrora, sob o fundamento de preservação da autonomia privada, como já mencionado, o direito contratual foi deixado fora da influência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Com o Estado de direito, no entanto, percebe-se que os direitos fundamentais geram uma proteção multidirecional, porque as concepções de seus valores são indivisíveis (DUQUE, 2013, p. 57). O constitucionalismo enfatizou a reconquista dos valores da pessoa, já que a sua dignidade é o seu valor supremo. A verdade é que “não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha o seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional” (TEPEDINO, 2002, p. 364)

Assim, atualmente, pouco se controverte quanto ao fato de que o direito civil e o contrato não podem, mesmo, ser imunes à incidência da proteção dos direitos fundamentais. Se não fosse dessa forma, não haveria sentido em se falar na supremacia da Constituição. A norma de direito fundamental deve ser interpretada da forma que lhe garanta a maior efetividade possível, mesmo porque, segundo Duque (2013, p. 58), os princípios constitucionais, como elementares para a vida social, “não podem ser pensados apenas como direito público ou como privado, visto que se afirmam como uma espécie de ‘telhado’ de direito constitucional”, na concepção alemã dos “*überdachendes*” *Verfassungsrecht*, “que, com a sua força normativa, penetram em todos os âmbitos do ordenamento jurídico”.

Não só nesse aspecto fica evidente a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas também no seu caráter pré-estatal. Na verdade, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas seria “o corolário de uma exigência lógica de coerência interna do ordenamento jurídico” (DUQUE, 2013, p. 60).

O que ocorre é que essa incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, necessita de maiores bases objetivas. E nesse ponto, merece destaque a controversa extensão e forma pela qual deve se dar a aplicação da Constituição na relação entre particulares, onde se destaca o contrato. A questão é saber, como explica Canotilho (2001, p. 109), “sob que pressupostos um comportamento lesivo da esfera jurídica de uma pessoa pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados”. Longe de uma resposta incontestável, o presente estudo objetiva apontar considerações sobre o tema, que envolve a premissa da constitucionalização do direito e a irradiação da Constituição.

1.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: CONSTITUCIONALIZANDO O CONTRATO

A ideia mestra que fundamenta a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem como base a constitucionalização do direito, no sentido de que as normas ou valores constitucionais incidem nos outros ramos do ordenamento jurídico como um todo. Como um fenômeno multifacetado, a constitucionalização do Direito constitui-se em “um marco inicial daquilo que será a pauta de conduta político-jurídica que todos – seja o Estado ou os indivíduos – deverão se guiar: o Estado de Direito” (TEIXEIRA, 2008, p. 47).

Neste ponto, algumas análises doutrinárias ganham destaque, como é o caso do trabalho desenvolvido pelos alemães Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke. Os autores identificam cinco formas principais do processo de constitucionalização do direito, mas nem todas podem ser importadas para o caso brasileiro, que não tem um sistema de jurisdição unicamente concentrado. Essas cinco formas, conforme sintetiza Silva (2011, p. 39) seriam a reforma legislativa; o desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; a mudança de paradigma nos demais ramos do direito; a irradiação do direito constitucional – efeitos nas relações privadas e deveres de proteção e a irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito, por meio da jurisdição ordinária.

“A mais efetiva e, ao menos em tese, a menos problemática forma de constitucionalização do direito, é realizada por meio de reformas, pontuais ou globais, na legislação infraconstitucional” (SILVA, 2011, p. 39). Apesar de menor controvérsia, seria a forma com maior delonga, mesmo porque o próprio legislador demanda tempo para se adaptar a novos paradigmas – não é só “falta de vontade política”⁷. No âmbito contratual, por exemplo, ainda que exista a possibilidade legal de abrandamento do *pacta sunt servanda* com previsões como as existentes nos artigos 317⁸, 478⁹ do Código Civil e artigo 51, IV¹⁰ do

⁷ Por que o Congresso, até hoje, não apreciou a questão da descriminalização do aborto? Não é só excesso de trabalho dos legisladores ou falta de vontade para não causar exposição política desnecessária. É que a sociedade ainda não está preparada para esse novo paradigma de “planejamento familiar”, porque não há um ambiente totalmente favorável na sociedade conservadora e vinculada à religiosidade. Com a mudança de mentalidade e quebra de paradigmas, a questão pode ser vencida no plano da legislação. Mas isso, necessariamente, leva tempo.

⁸ Código Civil, Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

⁹ Código Civil, Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Código de Defesa do Consumidor, os tribunais, constantemente, mostram-se bastante resistentes¹¹.

E para a construção da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, também tem importância a expansão da aplicação e estudo do direito constitucional, recorrendo ao conceito de Constituição como ordenamento não somente estatal, mas da sociedade como um todo. Nos dizeres de Hesse (1992, p. 16), a Constituição não mais se limita a ser a ordem jurídico-fundamental do Estado, mas também a “ordem jurídico-fundamental da comunidade”. No entanto, como asseveram Schuppert e Bumke (2000, p. 38), quanto mais significativas e antigas as tradições dogmáticas, maior será a dificuldade em disponibilidade para modificação das estruturas dogmáticas já consolidadas. Por esta razão que, principalmente na Alemanha, os civilistas são a maior força oposta à tendência da constitucionalização de todo o ordenamento jurídico.

Outro trabalho de destaque sobre a forma de constitucionalização do direito, encontra-se em Louis Favoreu, que menciona três tipos de constitucionalização. A primeira seria a constitucionalização-juridicização, como repositório de condições para o processo; a segunda é a constitucionalização-elevação, com repartição de competências entre a Constituição, a lei e o regulamento e, a terceira, trata-se da constitucionalização-transformação, onde o conteúdo dos outros ramos do direito é modificado pela Constituição. Um dos efeitos da constitucionalização seria, então, a unificação da ordem jurídica, através da comunidade de fundamentação dos diversos ramos do direito pelas normas constitucionais, perdendo importância os princípios gerais de direito em favor de tais normas e pela relativização da distinção entre direito público e privado. Também, haveria uma simplificação da ordem jurídica, já que a Constituição é a norma de referência do ordenamento jurídico (SILVA, 2011, p. 46-9).

Na verdade, o forte conteúdo principiológico das normas constitucionais facilita a constitucionalização de todos os ramos do direito, inclusive o civil. Não há como se falar em ordenamentos autônomos, “de forma que o Direito Privado não se configura mais como matéria alheia a direitos fundamentais, e sim, como matéria constitucional” (VALE, 2004, p. 91).

¹⁰ Código de Defesa do Consumidor, Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

¹¹ Como exemplos, tem-se: TJ-DF - APC: 20070111117646 DF; TJPR - Apelação Cível AC 6124894 PR 0612489-4; TJSP - Apelação APL 9111676532007826 SP, TJSP Apelação APL 9264171532005826 SP; TJ PR 7436426 PR.

Dessa forma, o contrato, como uma regulamentação jurídica de uma operação econômica – ou não, não deixa de sofrer os efeitos da constitucionalização e, como pilar do direito civil constitucional, torna-se de caráter civil constitucional também.

Assim, no consentimento comum entre os teóricos do tema, a constitucionalização do direito acaba gerando uma irradiação da Constituição em todos os ramos jurídicos.

A teoria do efeito de irradiação, apesar da terminologia controversa, fundamenta, com êxito, uma dimensão de potencialização da eficácia dos direitos fundamentais em todos os âmbitos do ordenamento jurídico. Atinge, também, o direito privado, mesmo porque a principal contribuição da teoria é demonstrar que nenhum âmbito do direito pode ficar imune à incidência dos direitos fundamentais.

Depois de constatada a incidência, algumas premissas se formam. A primeira é que a extensão e intensidade do efeito de irradiação dos direitos fundamentais é algo, em si, indeterminado, apesar de necessitar de fundamentação específica em cada caso.

Essa irradiação não se limitaria, no entanto, nem à legislatura e nem à jurisprudência, mas a todas as funções estatais. Porém, isso não significa que todos os direitos fundamentais se aplicam nas relações entre os particulares, pois deve ser analisada a natureza do direito e a relação privada em questão. Uma relação privada de amizade, relação extremamente privada, não implica, necessariamente, a aplicação de determinados direitos fundamentais. Assim, o fato de não se convidar algum amigo para o seu aniversário, não dá a este o direito de pleitear a aplicação do direito fundamental à igualdade.

Há de se ressaltar que o simples reconhecimento do efeito de irradiação dos direitos fundamentais em todo o ordenamento jurídico, não responde os problemas práticos advindos da vigência social de tais direitos no âmbito dos particulares, à medida que apenas reconhece que os direitos previstos na Constituição são aplicados, também, mesmo nas relações de caráter privado, de uma forma geral.

Reconhece-se, porém, que a Constituição não está apta a fornecer, detalhadamente, o conteúdo do direito civil. Nem todas as particularidades do ordenamento jurídico como um todo estão garantidas no texto constitucional: por isso que o direito civil tem o seu espaço de desenvolvimento próprio, apesar dos valores fundamentais de um e de outro coincidirem.

Dentro de tal concepção, a condição da supremacia das normas constitucionais não pode desprestigiar o direito civil e assim não o faria, em absoluto. As normas de direito civil são aplicadas desde que dentro dos parâmetros constitucionais, sem maiores problemas. Não

se trata, também, de fetichismo constitucional¹², mas de se levar em consideração a supremacia da Constituição e prevalência dos direitos fundamentais, características próprias do Estado de Direito.

2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: A NÃO INCIDÊNCIA, A DOCTRINA DA *STATE ACTION*, SUAS ATENUANTES E AS TEORIAS SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

A eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares é um dos grandes temas em discussão no constitucionalismo de conteúdo democrático e social. O tema vem, com o tempo, recebendo cada vez mais respaldo jurisprudencial, especialmente na Europa. Porém, quando a questão surge no contexto brasileiro, como já mencionado, apesar de nem todos os doutrinadores civilistas e constitucionalistas tratarem do tema, as obras nacionais sobre o assunto são exaustivas e elucidativas.

Quando se tem por objetivo estruturar as formas de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, alguns caminhos se apresentam na doutrina.

O primeiro, diz respeito à negativa de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tal estudo recorre, de forma corrente, a razões históricas: os direitos fundamentais surgem nas declarações de direito, com um objetivo bem definido: defender os indivíduos dos mandos e desmandos do Estado. É a chamada função clássica¹³ dos direitos fundamentais, que traz, contudo, uma visão apenas parcial – e nitidamente liberal, da evolução dos direitos fundamentais. Para os autores que defendem tal ideia, “las amenazas procedentes de los particulares se contemplan em las leyes civiles y penales y no em la Constitución, que sólo traza los limites que el poder público no puede franquear” (UBILLOS, 2010, p. 270). Tal ideia busca “desmistificar uma posição hierarquicamente inferior do direito privado em relação à constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais” (SILVA,

¹² Em sentido contrário, defendendo a aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, anota Duque (2011, p. 87): “A sobrevalorização cega das normas constitucionais, em uma atitude de total desvalorização do direito ordinário, não traduz, em si mesma, a supremacia da constituição; representa, isso sim, um sentimento que já foi retratado na doutrina como *fetichismo constitucional*, conduta que, antes de qualquer coisa, pode levar à prática de um ativismo judicial e a uma indesejada diminuição da qualidade da produção normativa”.

¹³ Silva (2011, p. 70 e 71) justifica a utilização do termo: “Chamar essa dimensão, correspondente às chamadas liberdades públicas, de clássica, tem um objetivo que muitas vezes passa despercebido: com essa denominação se quer muitas vezes não somente ressaltar uma precedência histórica, mas também, e o que é mais importante, uma precedência no que diz respeito à importância”.

2011, p. 71)¹⁴. Para Rafael Naranjo de La Cruz (2002, p. 170), “el ejercicio de un derecho fundamental no puede justificar en ningún caso el incumplimiento de um contrato”.

Na verdade, tais conceituações decorrem de civilistas que entendem que a *Drittwirkung* (eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas) é inútil porque o mesmo resultado se alcançaria com os instrumentos tradicionais de Direito Civil, em nítida intenção de preservação da autonomia desta disciplina: “la *Drittwirkung* puede ser una especie de ‘caballo de Troya’ que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada” (UBILLOS, 2010, p. 270). Em que pese a existência de constituições com caráter, assim, mais liberal, como é o caso da Constituição alemã, no Brasil, pelo menos desde 1934, tem-se uma série de direitos fundamentais cuja razão de ser se encontra muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo. Como exemplos, temos os direitos dos trabalhadores, os direitos econômicos, o direito de resposta, etc. (SILVA, 2011, p. 139). Com a negativa da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, o legislador infraconstitucional, especialmente no ramo privado, é o único garantidor de direitos, independentemente da influência constitucional.

Defendida pela Suprema Corte norte-americana, a doutrina da *state action*, ou teoria da ação estatal, entende que nenhuma conduta privada, em princípio, causaria violação a direito constitucional. Somente haveria violação reflexa a direito fundamental na medida que o mesmo já estivesse previsto na legislação civil. Ou então, na forma mais atenuada de tal

¹⁴ Um dos poucos doutrinadores a defender de forma explícita a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é Uwe Diederichsen. A sua argumentação se inicia com a discussão sobre o que é hierarquia de leis: “Segundo Diederichsen, deferentes sistemas normativos podem se relacionar segundo três modelos diversos: (1) o sistema normativo *A* e o sistema normativo *B* não guardam nenhuma relação entre si; (2) entre os sistemas *A* e *B* há uma relação de superioridade e inferioridade; (3) entre os sistemas *A* e *B* há uma relação de igualdade ou neutralidade hierárquica. Segundo o autor, somente nos casos de relação do tipo 2 é possível falar em hierarquia entre os dois sistemas. Diederichsen não recorre, contudo, ao frágil argumento de simplesmente negar a posição hierárquica superior da constituição. Mas ele sustenta que essa hierarquia normativa não implica uma hierarquia axiológica e que, por isso, o prestígio dos valores constitucionais e sua supremacia em relação a outros valores do ordenamento não são uma decorrência lógica da posição formalmente superior da constituição. Segundo Diederichsen, à supremacia conferida à *lei* fundamental não corresponde automaticamente uma supremacia dos *valores* fundamentais que ela abriga. Isso porque esses valores não adquirem superioridade pelo simples fato de serem previstos na constituição, isto é, esse fato não implica uma *imposição* automática dos valores constitucionais ao resto do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a despeito da diferença hierárquica formal, Diederichsen parte de uma outra relação entre valores constitucionais e valores de direito privado: a igualdade. Em suas próprias palavras, ‘os artigos de direitos fundamentais e as disposições de direito privado deve ser aplicados lado a lado’”. O referido autor conclui sua argumentação com a ideia de busca de uma superioridade argumentativa, não formal e nem automática. Não é uma questão necessária, mas possível (SILVA, 2011, p. 71-73). Outra doutrina que também defende a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é a de Suzette Sandoz, aduzindo que há uma confusão metodológica entre situação de direito e situação de fato. Para ela, o direito privado, quando quer corrigir uma desigualdade de fato, recorre à proteção quanto ao erro, dolo, etc. Já o direito público, quando quer corrigir uma desigualdade de direito, recorre aos direitos fundamentais. No direito civil, a desigualdade deve ser provada, enquanto no direito público, a desigualdade é presumida (SILVA, 2011, p. 74).

doutrina, pode ser invocado o respeito a direito fundamental se uma das partes estiver agindo como um *longa manus* do Estado.

Neste caso, a doutrina do *state action* refere-se à imputação das ações dos particulares ao Estado ou a equiparação dessas ações a ações estatais¹⁵. Segundo tal teoria, como exposto acima, em princípio, os direitos fundamentais somente protegem os indivíduos contra a ação estatal. No entanto, através da "*public function exception*", poderia se alegar a proteção dos direitos fundamentais numa relação privada quando uma das partes envolvidas estiver no exercício de uma função pública¹⁶, especialmente levando em consideração o interesse da coletividade. Também, através da "*entanglement exception*", chama-se a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares (HUHN, 2006, p. 1390). Tal aplicação ocorreria quando o governo delega uma de suas funções para uma entidade privada e através dos atos para a sua prática, de alguma forma autoriza, encoraja ou facilita a conduta particular apta a violar um direito constitucional (BORGES NETO, 2008, p. 171)¹⁷. Os mais famosos casos que trataram da utilização da teoria da ação estatal invocaram a aplicação do direito fundamental à igualdade de tratamento, sem discriminação por motivo de cor, no âmbito privado. Mas convém destacar, mais uma vez, que o caso *Shelley v. Kraemer.*, apesar de ser contra a cláusula discriminatória, se fosse adotado como precedente, traria o fim da *state action*, o que não aconteceu.

Nessa forma mais atenuada da doutrina, o intermediador deixa de ser o legislador e passa a ser o julgador, mas somente em casos bastante específicos, para que se evidencie a ideia de que direitos fundamentais somente são oponíveis contra o Estado. Outro caso que a Corte americana reconheceu a aplicação da *state action* na relação entre particulares se deu em *Burton v. Wilmington Parking Authority*: “um restaurante, que ocupava espaço alugado do Poder Público, estava vinculado ao princípio da isonomia e não podia discriminar sua clientela com base em motivos raciais” (SARMENTO, 2006, p. 203).

Em que pese a importância das concepções acima mencionadas, o presente estudo foca-se na premissa de que os direitos fundamentais podem, sim, ser aplicados às relações entre particulares, sejam eles representantes do Estado ou não. Mesmo porque, o Estado

¹⁵ Sobre o assunto, nem mesmo no direito americano as fronteiras seriam bem definidas: “caberá então ao Judiciário analisar o alcance da conduta praticada pelo agente, se realmente ela se resume à esfera privada ou se atingiu contornos de ato público.” (BORGES NETO, 2008, P. 169).

¹⁶ Para se evitar, por exemplo, que o Estado delegue dada função a um ente privado para ficar imune às exigências constitucionais.

¹⁷ Como por exemplo, “o requerimento de um tribunal e de uma autoridade policial de cobrar uma dívida de caráter particular, dando força a um mandado de arresto, sem que fosse garantido o devido processo legal ao réu”. Se tal mandado fosse cumprido por agente particular em delegação pública, constituiria *state action*.” (BORGES NETO, 2008, p. 171)

Constitucional tem como centro a dignidade da pessoa humana e a sua liberdade, esta última no seu conceito mais amplo e completo, diferente do conceito em que se estruturava o Estado Liberal.

Parte-se, assim, para a análise de dois modelos que reconhecem a aplicação dos direitos fundamentais na relação privada: o modelo indireto e o direto.

2.1 APLICAÇÃO INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: OS EFEITOS INDIRETOS

Segundo tal teoria, os direitos fundamentais aplicam-se, sim, às relações privadas. Porém, tal aplicação se dá através das normas do direito privado e de sua interpretação, no momento do julgamento. “Os direitos fundamentais – precipuamente direitos de defesa contra o Estado – apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação” (SARLET, 2012, p. 387). Eles não incidem como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio (STEINMETZ, 2004, p. 138). Há uma mediação estatal, através da intervenção dos Poderes Legislativo e Judiciário, que seriam os mecanismos de intermediação.

Tal teoria foi formulada, inicialmente, por Gunther Durig e recebeu grande destaque quando aplicada ao já comentado caso Luth. Eis os precursores no campo doutrinário e jurisprudencial.

No que concebe como um exemplo brasileiro de eficácia indireta de direito fundamental, Duque (2013, p. 201) cita o Código de Defesa do Consumidor, como uma atuação do legislador dentro do preceito constitucional previsto no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”¹⁸.

O legislador cria a norma de direito privado e o juiz a interpreta, ambos de acordo com os direitos fundamentais. Nesse ponto, destacam-se, as cláusulas gerais e conceitos indeterminados, instrumentos de grande importância para a aplicação da teoria dos efeitos indiretos. A força jurídica dos direitos constitucionais somente se estendem aos particulares através da legislação privada: “[...] quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípio de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização [...]” (ANDRADE, 2001, p. 276). Ou seja, os defensores da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais sustentam que tais direitos são protegidos no campo

¹⁸ Conforme se verá, o entendimento do autor não deixa de se alinhar, também, com a própria eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

privado não através dos instrumentos existentes na aplicação do próprio direito constitucional, mas por mecanismos típicos do direito civil (SARMENTO e GOMES, 2011, p. 68).

Através da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, o direito civil mantém sua absoluta autonomia, com o fundamento de que ele protege bens e valores tão relevantes quanto os direitos fundamentais: é através dele que o indivíduo tem o espaço de liberdade necessário ao seu desenvolvimento. Se os direitos fundamentais fossem aplicados de forma direta nas relações privadas, segundo o aporte teórico de tal tese, a autonomia privada seria eliminada e, conseqüentemente, haveria uma perda da identidade e independência do direito civil perante o direito constitucional (STEINMETZ, 2004, p. 142). A aplicação dos direitos fundamentais através de cláusulas gerais, “salvaguarda, por um lado, a autonomia do direito privado, [...] e salvaguarda, por outro, a unidade do direito total, naturalmente necessária na moral jurídica” (DURIG, 2012, p. 35).

Ganha ênfase, nesta teoria, o princípio da segurança jurídica. É o legislador que tem a função primordial de levar em consideração a aplicação dos princípios fundamentais na norma privada, a fim de se evitar insegurança jurídica.

Apesar de bastante consistente os argumentos da tese em questão, ela não tem matização única. Steinmetz (2004, p. 148-51) identifica que a teoria apresenta-se em diferentes gradações, partindo-se de uma versão severamente restritiva, a uma menos restritiva. Numa primeira matização, sujeita a eficácia das normas de direitos fundamentais aos particulares exclusivamente à concreção legislativa. Na segunda variação, num primeiro momento, a eficácia dependeria da atuação do legislador, mas na ausência de norma específica, o juiz utiliza cláusulas gerais preenchidas com conteúdo valorativo do direito fundamental posto em questão. Se não for possível através de cláusula geral, o direito fundamental não vincula o particular. A terceira matização traz, também, a preferência pelo trabalho do legislador. Na ausência de atuação específica, o juiz também utiliza as cláusulas gerais preenchidas com o valor do direito fundamental em jogo. Não sendo possível por essa via, excepcionalmente, diante da desigualdade evidente entre os particulares, os direitos fundamentais são aplicados de forma direta. E na quarta variação, diante da inexistência de lei ou da impossibilidade de se aplicar as cláusulas gerais, o direito fundamental é aplicado de forma direta e imediata, independentemente da desigualdade fática dos particulares. Entre as quatro variações, a doutrina, especialmente alemã, divide-se.

Parte da doutrina alemã defende, ainda, a construção teórica de um outro caminho para fundamentar, com mais precisão, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas: a teoria dos deveres de proteção. De acordo com tal teoria, “o Estado tem a

obrigação não apenas de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive particulares” (SARMENTO, 2006, p. 236). Os direitos fundamentais possuem a função de obrigar o Estado à proteção dos seus cidadãos, como mandamentos de tutela (CANARIS, 2010, p. 216).

De início, as normas de direitos fundamentais são dirigidas às relações entre particulares e Estado. Mas este, além do dever de respeitar tais direitos e de criar as condições necessárias para a sua realização, tem, ainda, “o dever de os proteger contra qualquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares” (ANDRADE, 2010, p. 247). Canaris (2010, p. 216) apresenta-se como um expoente na defesa de tal teoria que daria, então, um suporte teórico plausível para a eficácia mediata dos direitos fundamentais. Justificaria, portanto, a afirmação de que o único destinatário dos direitos fundamentais é o Estado e, ao mesmo tempo, a questão afeta também os outros cidadãos, através de via oblíqua: “precisamente porque o Estado ou o ordenamento jurídico estão, em princípio, obrigados a proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si”.

2.1.2 PRINCIPAIS CRÍTICAS A RESPEITO DA TEORIA DA APLICAÇÃO INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Tem-se visto que os argumentos a favor da teoria da eficácia indireta ainda guardam resquícios do liberalismo, com a exagerada preocupação com a autonomia privada, como um direito intangível.

De fato, através da aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, o direito privado permanece bastante delimitado e autônomo. Também através dela, alegam seus defensores, evita-se uma trivialização dos direitos fundamentais e uma erosão ao princípio da legalidade. E se a teoria da eficácia indireta ganhou alguns adeptos na doutrina do direito comparado, não é menos verdade que deixa uma série de questões em aberto.

A tese é criticada, principalmente, por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no direito privado, que depende de decisões adotadas pelo legislador ordinário.

Ademais, como já exposto, é inegável a crescente influência do direito constitucional em todo o ordenamento jurídico. E essa constitucionalização do direito não implica afirmar que seriam subtraídas competências do direito civil e entregues ao direito constitucional, como já exposto. “A relação entre direito constitucional e direito privado não é de exclusão, mas de complementação” (Steinmetz, 2004, p. 154).

Por outro lado, os principais instrumentos de utilização da teoria, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, nem sempre estão às mãos do intérprete. E quando estão, a diferença entre a teoria de eficácia direta e a teoria da eficácia indireta, seria apenas um ponto: na primeira, as consequências são derivadas dos próprios direitos fundamentais e, na segunda, essas consequências são fixadas pelas cláusulas gerais do direito civil (DUQUE, 2013, p. 293)¹⁹. O que não se pode é deixar apenas ao nível infraconstitucional a garantia de um direito fundamental.

Daniel Sarmento (2006, p. 214) salienta que a adoção da teoria da eficácia indireta torna a proteção dos direitos fundamentais refém da vontade incerta do legislador ordinário, fazendo com que estes direitos não tenham uma proteção adequada, compatível com o seu status e fundamentalidade.

Outra crítica é sobre ser a concepção formulada por Durig baseada em valores jurídicos e constitucionais, com base na dignidade humana, o que é por demais vago. “Faltariam, assim, parâmetros racionais para uma intermediação de sentido (Sinnermittlung) jurídica entre o direito civil e os valores da constituição” (DUQUE, 2013, p. 294). “E há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição” (SARMENTO e GOMES, 2011, p. 70).

Ademais, pelo menos dentro da análise extensiva dos direitos fundamentais, eles não se limitam à linhas diretivas para a interpretação. Podem ser utilizados como comandos diretos e imediatos.

No que concerne à teoria dos deveres de proteção, também está sujeita a diversas críticas. Ela pode conferir poderes em demasia ao juiz, aumentando a insegurança jurídica e também pode encobrir “o fato de que, no contexto da sociedade contemporânea, só por mero preconceito se podem excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais” (SARMENTO E GOMES, 2011, p. 75). Além disso, como a teoria da eficácia indireta, torna a proteção dos direitos fundamentais na relação privada refém da vontade do legislador ordinário. Isso seria incompatível com a própria noção de direito fundamental.

O fato é que a teoria da eficácia indireta não se amolda às características singulares da nossa ordem constitucional, que dá destaque à defesa da justiça mesmo nas relações privadas, diferente do que ocorre no direito alemão.

¹⁹ Que, em tese, não delimitariam, mesmo porque tanto as cláusulas gerais quanto os conceitos indeterminados, dada a característica de vagueza, dizem tudo e dizem nada.

2.2 APLICAÇÃO DIRETA OU IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: OS EFEITOS DIRETOS

Segundo tal teoria, os direitos fundamentais se aplicam às relações entre particulares independentemente de quaisquer atravessadores. “A obrigação dos cidadãos de respeitar os direitos fundamentais surge e emana diretamente da Constituição e não somente das normas de desenvolvimento desta” (QUADRA-SALCEDO, 1981, p. 70). A norma constitucional “se torna parte integrante da própria normativa destinada a regular a concreta relação” (PERLINGIERI, 2008, p. 579).

Ela ganhou repercussão a partir de Nipperdey (2012, p. 52-60) que dá enfoque ao fato de que o direito privado não é fundado apenas no código civil, mas tem como fundamento mais profundo e eficaz os direitos fundamentais e de liberdade da cultura antiga e ocidental. Segundo o autor, “o direito privado é um componente integrante do ordenamento jurídico total e uniforme, liberal e social”. Na verdade, dentro de sua concepção, a constituição “garante o ordenamento jurídico privado em seus elementos essenciais e concede a ele proteção, firmeza e liberdade perante o Estado”. Mas não só isso. Alguns direitos fundamentais vinculam o Estado e outros, o Estado e os indivíduos. E ainda assim, uma série deles tem a função de proposições de ordem ou normas de princípio, portanto, normas objetivas para o ordenamento jurídico total. Com isso, vinculam “também o tráfego do direito privado imediatamente, isto é, não primeiro com base em leis que foram [...] promulgadas”. Enfim, Nipperdey expõe que o direito constitucional da atualidade, no que se refere a outros ramos jurídicos, especialmente o privado, não contém somente “‘proposições diretrizes’ ou ‘regras de interpretação’, mas uma regulação normativa do ordenamento jurídico total como unidade, da qual também emanam imediatamente direitos privados subjetivos do particular”. A Constituição incide sobre o todo direito, mesmo porque, na mesma linha de raciocínio do referido autor, não se pode aceitar que o direito civil forme uma espécie de “gueto à margem da ordem constitucional” (SARLET, 2012, p. 388).

O ponto central da teoria “reside na constatação de que alguns direitos fundamentais alicerçam pretensões que não são dirigidas exclusivamente ao Estado, mas, igualmente, a sujeitos privados” (DUQUE, 2013, p. 106). Suas premissas básicas são: as normas de direitos fundamentais dão garantias aos cidadãos não somente contra o Estado, mas também contra outros cidadãos²⁰; os direitos fundamentais são direitos subjetivos independentemente da

²⁰ Trata-se do *status socialis* de Nipperdey, que traz uma posição jurídica autorizadora de elevação do particular a uma pretensão de respeito contra todos (Steinmetz, 2004, p. 168).

relação ser pública ou privada e, por serem direitos subjetivos constitucionais, operam eficácia independentemente de lei regulamentadora ou de outros recursos como cláusulas gerais, a não ser que o próprio Poder Constituinte tenha previsto de forma diversa²¹ (STEINMETZ, 2004, p. 168-9).

Duque (2013, p. 108-9) sintetiza que os argumentos que sustentam a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas são cinco: 1) o fundamento de todo o direito é a dignidade da pessoa humana; 2) os direitos fundamentais são valores supremos que devem ser assegurados na vida social; 3) durante o tempo, os direitos fundamentais modificaram-se, especialmente no sentido de que não são somente poderes de defesa contra o Estado, mas também contra os poderes sociais privados; 4) os direitos fundamentais são direitos multidirecionais, porque vigem não só nas relações com o Estado; 5) quando se considera que os direitos fundamentais tem vigência imediata perante os poderes públicos, devem também ser considerados imediatamente vigentes no âmbito privado. O que não seria permitido ao Estado, também não seria ao particular.

Em forma semelhante ao que faz com relação à teoria da eficácia indireta, Steinmetz (2004, p. 169/170) demonstra que a teoria da eficácia direta também se apresenta em diferentes matizes, ou variações. A primeira delas, considerada a matiz “forte”, os direitos fundamentais teriam eficácia geral, plena e indiferenciada, ou seja, com uma eficácia absoluta, nos termos formulados por Nipperdey. A segunda variação é uma intermediária: a eficácia das normas de direitos fundamentais é imediata, porém não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada. A terceira versão, “fraca”, os direitos fundamentais se aplicam diretamente nas relações privadas, sobretudo onde exista desigualdade fática entre os particulares: há um com superioridade econômica e ou social e outro em posição de subordinação ou inferioridade. Quanto à primeira versão, a sua fragilidade estaria na conclusão de que ela desconsidera que o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é questão de colisão de direitos fundamentais e que a autonomia privada também é bem constitucionalmente protegido. Em compensação, a versão fraca revela-se ambígua: “na literatura constitucional, ora ela aparece como uma versão autônoma, ora como uma exceção à teoria da eficácia mediata e ora como uma (sub) variação da versão ‘intermediária’ da eficácia imediata”. O autor conclui, então, que os melhores argumentos acompanham a variação intermediária, porque o problema da eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares é uma questão de colisão de direitos

²¹ Como é o caso das normas constitucionais de eficácia limitada.

fundamentais; a autonomia privada também é um direito constitucionalmente garantido e, no caso concreto, o alcance e a medida da eficácia de tais direitos deve ser o resultado de uma ponderação de direitos, interesses ou bens em jogo.

Sem dúvidas, no contexto de defesa dos direitos sociais da Constituição Federal de 1988, é o modelo que melhor se adapta à realidade brasileira.

2.2.1 PRINCIPAIS CRÍTICAS A RESPEITO DA TEORIA DA APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

As objeções em relação à eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas são feitas, geralmente, pelos defensores da teoria da eficácia indireta.

Argumenta-se que, se a constituição tivesse por objetivo que seus direitos fundamentais incidissem de forma direta nas relações privadas, assim teria disposto. Na verdade, tal argumento não tem consistência porque não é o fato de não estar previsto expressamente na constituição²², que sua autorização não existe. Aliás, a omissão pode ter sido proporcional exatamente para garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações públicas e privadas, sem uma inicial distinção. Ademais, num contexto de interpretação extensiva de tais direitos, não há como restringir sua aplicação à relação entre indivíduo e Estado. Essa ausência de citação sobre a eficácia perante os poderes públicos e particulares, não significa, de forma alguma, que ambos não estejam vinculados pelos direitos fundamentais, mas no entendimento de Sarlet (2012, p. 374), é proposital: “Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia”. Assim, a questão não se trata de reconhecer se os particulares também devem, nas relações entre si, sujeitarem-se à eficácia dos direitos fundamentais. Trata-se de se verificar o alcance e forma de vinculação.

Outra crítica diz respeito à equiparação da relação particular com particular e particular com Estado, que não pode acontecer. O Estado, de fato, não é titular de direitos fundamentais. Mas essa crítica também não merece prosperar já que, a teoria, não deixa de reconhecer que determinados direitos fundamentais só se aplicam na relação entre indivíduo e Estado. Ou seja, tais relações não são equiparadas. Permanece a ideia inicial de que os direitos fundamentais surgem, em sua concepção, para proteção dos indivíduos contra o Estado, sim.

²² Art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Mas com os avanços sociais e jurídicos, não há como se ignorar determinadas relações que não envolvem o ente estatal e que uma, ou ambas as partes, merecem ter seus direitos fundamentais resguardados. Não se questiona sobre os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm por destinatário única e exclusivamente o Estado, como os remédios constitucionais, os direitos políticos, etc.

A crítica quanto à desconsideração da autonomia privada e o fato de que a mesma também é direito fundamental, não se choca com tal teoria. Em determinados casos, pela colisão de direitos, prevalecerá a autonomia privada, como direito constitucionalmente garantido. Em outros casos, a autonomia sucumbirá diante de outros direitos mais importantes a serem resguardados, sem que implique desconsideração da segurança jurídica. E ainda há de se observar que não há uma posição de tudo ou nada: o que se objetiva é a maximização da eficácia dos direitos fundamentais.

Outro ponto questionado sobre a teoria em questão diz respeito ao desprezo da autonomia do direito privado como disciplina, prejudicando o seu próprio desenvolvimento. No entanto, as relações privadas continuam sendo regulamentadas pelo direito civil sem que este perca sua essência: ele apenas deve se desenvolver, como de fato ocorrerá, na linha dos ditames constitucionais.

Na verdade, não há qualquer crítica à eficácia imediata que prospere na realidade do Estado Democrático de Direito, dotado de uma Constituição com efeito normativo.

2.4 EFICÁCIA DIRETA E/OU A IMPOSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO UNIFORME PARA A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICADOS À RELAÇÃO ENTRE PARTICULARES

A doutrina alemã apresenta a nítida tendência à eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No entanto, como já mencionado, tal teoria, no direito brasileiro, não encontra grandes defensores, mesmo porque, diante da previsão constitucional de 1988 sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais, independentemente de relação pública ou privada, tal eficácia tem se efetivado sem qualquer impedimento ou mediador²³.

Assim, aqui, a grande maioria dos autores que se debruçaram sobre o tema sustentam, com acerto, a vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais,

²³ Dentre os autores que defendem a aplicação da eficácia direta, na linha de Nipperdey, destacam-se, assim, em âmbito nacional, Luís Roberto Barroso, Gustavo Tepedino, Wilson Steinmetz e Jane Reis Gonçalves Pereira.

especialmente porque levam em conta as características singulares da nossa ordem constitucional, muito mais voltada para o combate à injustiça nas relações privadas do que a Constituição alemã²⁴.

Como o direito civil pode ser considerado um prolongamento do direito constitucional, “a concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição” (PEREIRA, 2006, p. 185).

Quanto à questão do fim da autonomia privada com a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações contratuais, também não há que ser levada como se, de fato, houvesse superação de tal direito também constitucional. Tal teoria, não é uma doutrina radical, “pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado, mas antes impõe que seja devidamente sopesada na análise de cada situação concreta” (SARMENTO e GOMES, 2008, p. 72). A questão, ressalva Pereira (2006, p. 182), é saber se a autonomia privada “deve *prevalecer* em face dos demais direitos fundamentais quando tratar-se de relação jurídica entre particulares”. Como todo direito fundamental, precisa ser protegida ao mesmo tempo que não pode vigor ilimitadamente, sendo possível aplicar-se o preceito de proporcionalidade como forma de se avaliar a conduta a que se atribui uma lesão a direito fundamental. Uma das vertentes que dão base a tal constatação é a de que o indivíduo tem liberdade, mas não uma liberdade ilimitada e que se leva em consideração um indivíduo isolado, desprovido de conexões na vida social. É a liberdade de uma pessoa vinculada a uma comunidade.

Também é importante mencionar que, nesses termos de reconhecimento do direito à liberdade através da autonomia privada, não é menos verdade que há necessidade de adoção de um modelo que demonstre a compatibilidade da garantia dos direitos fundamentais invocados para a sua restrição.

Nesse ponto, o importante é se levar em conta que o fundamento é a dignidade da pessoa humana, estejam os particulares em pé de igualdade ou não, de forma que deve existir um dever geral de respeito por parte de todos os integrantes da comunidade para com os demais. Mesmo porque é isso que tem acontecido em questões que, especialmente, envolvam

²⁴ Como exceções, temos “Luís Afonso Heck, bem como Dimitri Cimoulis e Leonardo Martins – todos eles autores fortemente influenciados pelo pensamento constitucional alemão” (SARMENTO e GOMES, 2011, p. 70). Da mesma forma, pode-se acrescentar Marcelo Schenk Duque. Estes autores advogam a adoção, no Brasil, da solução germânica para o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, através da teoria da eficácia indireta.

direitos da personalidade, tanto na doutrina e na jurisprudência: os direitos são resguardados com base na constituição, independentemente de sua previsão na legislação civil.

Quanto à forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a regra, portanto, deve ser a da eficácia direta. Mas se existem mecanismos dentro do próprio âmbito do direito civil que garantam, por si só, os direitos fundamentais, não será preciso invocar a aplicação direta da Constituição na relação privada contratual. Ou seja, a Constituição será usada como comando normativo, de forma direta e imediata. Só não será quando a lei infraconstitucional estiver regendo diretamente a relação e tal lei está de plena conformidade com os preceitos constitucionais.

Tudo isso, sem desconsiderar que aos indivíduos ainda deve ser resguardada uma esfera livre de ação estatal. Um âmbito de autonomia individual inviolável deve ser mantido, para que as pessoas possam agir de acordo com a sua vontade segundo sua concepção de busca da felicidade, desdobramento da própria dignidade da pessoa humana.

Se cada ser humano deve ter sua dignidade respeitada, a consequência lógica é que não há solução idêntica para todos os casos. Coerente, portanto, é o entendimento de Sarlet (2012, p. 271), para quem, apesar de deixar claro que coaduna do entendimento da eficácia direta nas relações entre particulares, não há como conceder uma solução uniforme à questão. Os atores privados são bastante distintos e os valores da dignidade da pessoa humana bem como a autonomia privada, devem ser observados no caso concreto. Em princípio, pode existir uma norma de direito privado suficiente para garantia dos direitos constitucionais fundamentais. Neste caso, poder-se-ia até dizer que se está diante de uma aplicação indireta dos direitos fundamentais através do legislador, que editou norma nos termos da constituição. Também em casos de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, os seus conteúdos serão preenchidos de acordo com as normas de direitos fundamentais, o que se daria também através de uma eficácia indireta. Por fim, quando a lei for omissa ou mesmo não existir, quando não houver cláusulas gerais ou conteúdos indeterminados a serem preenchidos, quando o campo da norma de direito civil for mais restrito ou mesmo incompatível com a Constituição, haverá aplicação direta dos direitos fundamentais. Em sentido muito próximo, é o entendimento de Canotilho (1998, p. 1150-60) que, advogando pela eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, aponta para a necessidade de criação de soluções diferenciadas conforme o caso. Para ele, em primeiro lugar, o Judiciário deve aplicar as regras de Direito Civil em conformidade com os direitos fundamentais, através da interpretação conforme à Constituição. Se não for possível tal interpretação, através do controle incidental de constitucionalidade, deve negar a aplicação da referida norma. E se não houver norma

infraconstitucional apropriada, utiliza as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados ou a própria Constituição, diretamente.

Mais exatamente no caso brasileiro, se o art. 5º, §1º, da Constituição Federal não possui a força de transformar uma norma incompleta e sem concretização em direito imediatamente aplicável e eficaz, o citado preceito pode ser considerado como inexistente ou, no mínimo, sua fórmula destituída de conteúdo, “visto que nada mais se pode fazer do que extrair da norma o que dela mesma é possível retirar”.

Por outro lado, nem todos os direitos fundamentais podem ser considerados normas diretamente aplicáveis e alcançar sua plena eficácia independentemente de qualquer ato concretizador. O Judiciário pode viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas, mas tal atividade tem limites, dentro da própria Constituição. Assim, tal norma tem cunho inequivocadamente principiológico, sendo um mandado de otimização, que não pode ser resolvido com a lógica do tudo ou nada (SARLET, 2012, p. 269-71). Nesse sentido, Steinmetz (2004, p. 171) também entende que a resposta estaria em uma solução intermediária: o problema da eficácia de direitos fundamentais entre particulares é uma questão de colisão de direitos fundamentais; a autonomia privada também é bem constitucionalmente protegido e, em consequência dessas duas conclusões, “o alcance, a medida, da eficácia imediata em cada caso concreto deve resultar de uma justificada ponderação dos direitos, interesses ou bens em jogo”.

O processo de ponderação de valores²⁵ é a principal resposta para a questão da medida da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porém, é preciso que critérios específicos sejam apresentados para esse tipo de ponderação, que “se apresentem adequados à peculiaridade presente nos conflitos de direitos em relações privadas, que consiste na circunstância de o agente potencialmente violador destes ser também titular de direitos fundamentais” (PEREIRA, 2006, p. 186). Entra em destaque a importante noção de coexistencialidade entre os particulares. Fachin (2012, p. 43) ressaltando a importância de se considerar a pessoa e a relação privada em concreto, explica: “a preservação e a promoção da dignidade da pessoa humana passam, pois, pela disciplina das relações concretas de coexistencialidade”.

²⁵ Apesar de não ser possível, dada a proposta sintética do trabalho, adentrar na discussão sobre a aplicação da teoria de ponderação de valores, importante se faz mencionar que tal ponderação dar-se-ia nos termos formulados por Robert Alexy: [...] los principios son mandatos de optimización, que estan caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y medida debida de su cumplimiento no sólo de de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.” (ALEXY, 1993, p. 86). O caso concreto é que vai apontar qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder.

Por esta razão, há necessidade de se apurar, diante da aplicação da ponderação de valores, em que medida a eficácia de direitos fundamentais incide. Nesse aspecto, Duque (2013, p. 298) propõe a análise da *dosimetria* da eficácia, no sentido de se apurar, na relação concreta, o tamanho da ameaça aos direitos fundamentais. Pereira (2006, p. 187) também propõe a aplicação de critérios de gradação, já “que a presença ou não de certos fatores poderá implicar uma maior ou menor intensidade da vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais”. Quanto maior o poder social em um contrato, maior será o mecanismo compensatório, capaz de restabelecer o equilíbrio na relação jurídico-negocial.

Dentro do contexto da coexistencialidade, o poder social imperante em determinados contratos pode ser uma ameaça mais perigosa aos direitos fundamentais das partes do que o próprio Estado, como já demonstrado. Nesses casos, já há um consenso na doutrina sobre a necessidade de se agregar vigência dos direitos fundamentais nas relações privadas. E seria dessa forma que a própria liberdade dos contratantes seria assegurada: os mais fracos terão o mesmo direito à liberdade (material) dos mais fortes. Pereira (2006, p. 182) enfatiza: “defender a impossibilidade de os direitos fundamentais serem invocados em relações privadas de poder, com fundamento no princípio geral de liberdade, seria prestigiar uma noção puramente formal de autonomia da vontade”.

E se há um mais forte e um mais fraco na relação contratual, somente a análise do caso concreto é que poderá determinar a medida dessa desigualdade de poder. Porém, isso não significa dizer que os direitos fundamentais não se aplicarão em relações de igualdade material das partes no contrato.

Apresentando quatro pautas argumentativas, convém mencionar o entendimento de Pereira (2006, p. 188-90): 1) Se o violador do direito fundamental for, de forma direta ou indireta, o Estado, deve-se aplicar os direitos fundamentais; 2) Em caso de pessoas privadas com posição de supremacia, quanto maior o seu poder, mais peso terá o direito fundamental que porventura venha a ser violado por seus atos; 3) Quanto mais próxima da esfera privada for a relação jurídica, menor será a possibilidade de um direito fundamental prevalecer sobre a autonomia privada; 4) Deve ser levada em conta a necessidade de se preservar a pluralidade no âmbito social. Ou seja, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode conduzir a uma homogeneização da comunidade. Cada agente social deve ter preservada a sua identidade e peculiaridade.

Dentro deste estudo, algumas considerações são formadas no que pertine à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas:

1) Em consonância com o Estado Constitucional e o conteúdo normativo da Constituição, os direitos fundamentais incidem em quaisquer relações, públicas ou privadas, de forma direta e imediata. Os direitos fundamentais devem ser avaliados em sua forma mais ampla em qualquer tipo de relação travada, mesmo porque não basta ao Estado garantir, somente quando provocado, a dignidade da pessoa humana. O Estado também tem a obrigação de promovê-la, incentivando que os próprios particulares também a respeitem nas relações travadas com seus pares. E mais, o Estado não pode esquivar-se da promoção dos direitos fundamentais simplesmente por não participar diretamente da relação em que eles são violados. Se assim agisse, estaria abonando a conduta violadora de direitos fundamentais, inconcebível no Estado Democrático de Direito;

2) A autonomia contratual também é direito fundamental e, como tal, não pode ter sua aplicabilidade ilimitada e nem ser, simplesmente, desconsiderada. Ela deve ser resguardada porque, além de ter completa relação com o direito de liberdade previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, também é um desdobramento do próprio desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, quando garante a autodeterminação da pessoa. Mas, em conflito com outros direitos fundamentais, poderá não prevalecer no caso concreto, especialmente pelo caráter social da constituição brasileira;

3) Consequentemente, quanto mais a autonomia privada se aproxima de escolhas privadas, de consciência, de características pessoais e íntimas do indivíduo e com objetivos não comerciais, maior será a sua preservação;

4) Quanto maior o poder de uma das partes na relação contratual, menor garantia terá ao seu direito à autonomia privada. Com isso, busca-se preservar a liberdade em seu aspecto material, já que o ordenamento jurídico, através do dirigismo contratual, dá a parte vulnerável na relação uma mais ampla proteção.

Diante da possibilidade de solução multifacetada, a forma da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser direta, atendendo as peculiaridades do caso. No que concerne à medida, também depende do exame da hipótese em concreto, do caso a ser analisado, para que se verifique os poderes sociais envolvidos e os direitos em conflito, aplicando-se, por fim, uma ponderação de valores, nos termos propostos por Robert Alexy.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é demais lembrar que, com a Constituição Federal de 1988, houve uma preocupação com a busca da justiça social em todas as relações no país, dando, ainda, um

caráter mais humanitário ao direito. Assim também o foi no direito contratual. Antes, institutos como da autonomia privada e força obrigatória dos contratos constituíam-se nos princípios intangíveis das relações privadas, mas hoje o contrato mostra-se totalmente condicionado à constituição, como um dos alvos principais da influência da constitucionalização do Direito Civil.

Mesmo porque as normas constitucionais, na garantia da justiça social, incidem, como comandos normativos, nas relações entre particulares para que, ainda que exista na legislação resquícios de comportamentos individualistas, prevaleça a concepção do social e humano do Estado Democrático de Direito. E neste aspecto, a dignidade da pessoa humana passa a ser o fundamento dos contratos, que assumem, sem embargo, sua função social.

Dentro dessa linha de desenvolvimento, a eficácia dos direitos fundamentais, nas relações privadas, onde se insere as relações contratuais, deve ser, em regra, de forma direta e imediata. Não se deve aguardar por mecanismos que intermediem a mais ampla garantia de direitos constitucionais, especialmente os relacionados à dignidade da pessoa humana. No entanto, o caso concreto pode sugerir uma solução diferenciada, como própria manifestação dos direitos constitucionais.

Essa é a concepção que melhor se amolda ao conceito atual de contrato, dentro da concepção de proteção não só de valores patrimoniais, mas também de interesses existenciais.

Não se trata de por um fim à autonomia privada, mesmo porque ela é direito constitucional também garantido aos indivíduos, dentro de suas características pessoais e de sua concepção da busca à felicidade. O que deve existir é um modelo que compatibilize a autonomia privada com os direitos fundamentais, sem que, para isso, seja proposta uma resposta uniforme no direito, ou baseada no tudo ou nada.

Assim, por ser problema de colisão de direitos fundamentais, a ponderação pode ser aplicada como a medida da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com a fixação de critérios de dosimetria e gradação de incidência dos direitos, especialmente quando na relação travada exista um poder social dominante.

Por fim, é importante considerar que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, com base na prevalência da dignidade da pessoa humana pode auxiliar na construção de uma sociedade igualitária, sobretudo considerando as diferenças fáticas existentes no Brasil, representando, ademais, efetividade da justiça no Estado Constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BORGES NETO, Odilon Castello. **O instituto americano do *state action* em contraposição ao sistema da eficácia horizontal adotado pela constituição brasileira**. In: Direitos Fundamentais & Justiça, n. 02, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 405. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>>. Acesso em: 19 jun. 14.
- _____. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> . Acesso em 21 mai 14.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em 21 mai 14.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). **Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição; Drittwirkung dos direitos fundamentais; Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DURIG, Gunter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil – à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- HESSE, Konrad. Concepto y cualidade de la Constitución. In: **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.
- HUHN, WR. **The state action doctrine and the Principle of democratic choice**. Disponível em https://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/lawreview/lrv_issues_v34n04_a02.pdf. New York, 2006. Acesso em 19/06/2014.
- LEISNER, Walter. **Grundrechte un Privatrecht**. Munchen: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1960.
- LIMA, George Marmelstein. **50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. s.l. 2008, Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em 02/03/2014.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los límites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental das Relações Jurídicas Privadas entre Particulares. in BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova Interpretação Constitucional: Ponderações, direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. in BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. 3ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. São Paulo, Atlas, 2011.

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

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (org.). **A constitucionalização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise das fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002**. In: Revista Forense. Separata. Vol. 364.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.): **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.