

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INFLUÊNCIA NAS
RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

THE IMPACT OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON THE LEGAL RELATIONSHIPS OF
PRIVATE LAW

GUSTAVO PANE VIDAL

Mestrando em Direito Civil na Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Teoria da *state action*; 3. Teoria dos efeitos indiretos ou mediatos; 4. Teoria da aplicabilidade direta ou imediata; 5. Teoria dos deveres de proteção de Claus-Wilhelm Canaris; 6. Teoria integradora de Robert Alexy; 7. Considerações Finais 8. Referências Bibliográficas

RESUMO: O presente trabalho visa abordar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado, por meio da apresentação de principais teorias a respeito do tema e de comentários acerca da posição adotada pelo autor.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Direito Privado; Eficácia horizontal.

ABSTRACT: The following project addresses the effectiveness of the fundamental rights concerning the relationships of private law, presenting the main theories regarding this issue and the author's personal position on the subject.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Private Law; Horizontal Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

O exame da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado é um dos temas mais debatidos nos meios acadêmicos na última década, e parece que ainda não encontrou um consenso quanto ao alcance e à forma de vinculação. Esse fato se deve, principalmente, a inúmeras transformações operadas tanto no Direito como na sociedade no decurso das últimas décadas.

Necessário é delimitar-se este estudo, que não terá como objeto os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm como destinatários, única e exclusivamente, os órgãos estatais, os direitos sociais e fundamentais que, em virtude de sua formulação, dirigem-se, diretamente, aos particulares.

Hodiernamente, parece não haver controvérsia quanto a que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre os indivíduos e, nesse sentido, têm um efeito horizontal. No entanto, questão ainda polêmica é saber-se de que modo e em qual extensão ocorre o efeito horizontal dos direitos fundamentais, o que será investigado neste trabalho.

A relação entre os direitos fundamentais e o direito privado tende a ser conflituosa, pois ambos se norteiam por premissas diversas e, em alguns casos, aparentemente inconciliáveis.

Os negócios jurídicos, no direito privado, são orientados pela autonomia privada, que confere às partes envolvidas certa liberdade para negociarem e transigirem sobre seus direitos, inclusive os fundamentais, visando a atingirem-se os objetivos que melhor atendam as intenções daquelas.

Não nos afigura adequado simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, qual o Estado, já que o indivíduo é titular de direitos fundamentais e se encontra investido de autonomia privada concedida pela *Constituição Federal*.

Os propósitos deste estudo são sintetizar as principais teorias existentes sobre o tema e apresentar uma posição pessoal preliminar sobre ele.

Considerando-se os limites de espaço deste trabalho, não temos a pretensão de exaurir os pontos de vista e as teorias que buscam solucionar a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas sim firmar um arcabouço para outras investigações que, certamente, serão desenvolvidas em pesquisas de maior extensão.

2. TEORIA DO STATE ACTION

Daniel Sarmiento, discorrendo sobre a negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e quanto à doutrina da *state action*, assevera que: “*É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a idéia de que os direitos fundamentais, previstos no Bill of Rights da Constituição daquele país, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão*”.¹

Todavia, Virgílio Afonso da Silva leciona que, “[...] ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina do *state action* tem

¹ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 288.

como objetivo justamente definir em que situações uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais”.²

Daniel Sarmiento³ argumenta que os temperamentos relativos à doutrina do *state action* iniciaram-se com a *public function theory*, que estendeu as limitações constitucionais aos particulares que agissem no exercício de atividades, típica e originalmente, estatais.

Percebe-se, portanto, que não há consenso entre os doutrinadores pátrios acerca da denominada doutrina da *state action*.

Alijando-nos de posições divergentes acerca dos objetivos da *state action*, notadamente em razão do escopo do presente trabalho e da disparidade⁴ de concepções sobre essa doutrina, tratemos apenas dos fundamentos utilizados para a não aceitação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares desenvolvidas no sistema estadunidense.

Os argumentos⁵ dessa teoria apoiam-se em três bases: i) literalidade do texto constitucional norte-americano, que se refere somente aos Poderes Públicos na tratativa das cláusulas que abordam os direitos fundamentais; ii) preocupação com a autonomia privada, na medida em que, protegendo-se a ação privada das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual; e, por fim, iii) o federalismo, tendo em vista que, nos Estados Unidos, compete aos estados (não à União) legislar sobre Direito Privado. Para essa teoria, nas relações privadas, os direitos individuais são protegidos pelas leis, que vedam determinadas condutas.

² SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

³ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 290.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, nota de rodapé 117, p. 99.

⁵ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 288-289.

Discorrendo sobre a inadequação do transplante da *state action doctrine* para a Constituição brasileira, obtempera Wilson Steinmetz: “*Trata-se de uma teoria construída engenhosamente no marco de uma constituição que é a mais genuína expressão do paradigma constitucional liberal. Assim, a state action doctrine não é relevante – não encontra referibilidade – no marco de constituições desenhadas segundo os paradigmas do constitucionalismo social e do constitucionalismo democrático. Para ser mais preciso e já exemplificando, a state action doctrine no marco da CF não é uma teoria constitucionalmente adequada sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, porque a CF é uma constituição que, além de normatizar as relações entre o indivíduo e Estado, tem a pretensão de modelar, em questões fundamentais, as relações privadas*”.⁶

Daniel Sarmento⁷ critica a *state action*, argumentando que muitos dos perigos e das ameaças à pessoa humana provêm não somente do Estado, mas de grupos sociais, pessoas e organizações privadas.

3. TEORIA DOS EFEITOS INDIRETOS E MEDIATOS

É assente nas doutrinas que tratam dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais que essa teoria foi formulada inicialmente na Alemanha, em 1956, por Günter Dürig (*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*), mas foi por meio do célebre caso *Luth*, que conquistou notoriedade e aceitação por grande parte da doutrina e jurisprudência germânica.

Pode-se dizer que essa teoria é intermediária, porque não nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mas também não admite a incidência direta desses direitos no âmbito do direito privado.

⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos privados*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 181.

⁷ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 291-292.

A questão central desse modelo se baseia no direito geral de liberdade reconhecido na maioria das constituições democráticas ocidentais. Na Constituição brasileira,⁸ esse direito é previsto no *caput* do artigo 5º.

A autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais nos contextos de relações privadas. Dessa forma, alguns atos que violariam os direitos fundamentais quando praticados pelo Estado poderiam ser reconhecidos como lícitos quando praticados pelos particulares perante o direito privado. Há uma reciprocidade no que tange a certos atos que podem ser vedados pelo direito privado, embora aludam ao exercício de um direito fundamental.⁹ O precursor dessa teoria admite a necessidade de haver algum liame entre o direito privado e os direitos fundamentais, sem que haja o domínio de um pelo outro.

Os direitos fundamentais, para essa teoria, não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da *Constituição*, mas como normas objetivas de princípio ou, como preferem alguns, sistema de valores¹⁰.

Para conciliar os direitos fundamentais e o direito privado, a solução proposta é a influência daqueles nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado. O acesso a esses valores no direito privado seriam as cláusulas gerais¹¹.

⁸ Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

⁹ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 292.

¹⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos privados*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 188; SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 292.

¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76.

O sistema de valores mencionado por Dürig refere-se à mudança de paradigma acerca dos direitos fundamentais ocorrida na segunda metade do século XX: a superação da concepção de direitos fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado. Direitos fundamentais, nesse novo paradigma, desempenhariam uma função adicional: expressariam um sistema de valores, válido para todo o ordenamento jurídico¹².

É por isso que a principal ligação entre os direitos fundamentais e o direito privado dá-se mediante cláusulas gerais. Os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações abstratas realizadas pela lei, que exigem uma valoração para que o juiz possa preencher o conteúdo daquela. Essa valoração deve ser baseada, segundo essa teoria, em valores consagrados pela *Constituição*.

Robert Alexy¹³ assevera que a influência dos direitos fundamentais deva ocorrer, preferencialmente, na concretização das cláusulas gerais de direito privado; ademais, aquela pode manifestar-se em toda e qualquer interpretação de uma norma de direito privado e, em casos extremos, pode fundamentar decisões contra o teor literal da lei.

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações particulares, sob o argumento de que tal incidência nulificaria a autonomia privada e transformaria o direito privado numa instrumentalização do direito constitucional.

Os defensores dessa teoria sustentam que os direitos fundamentais são protegidos pelo direito privado não por intermédio dos instrumentos do direito constitucional, mas sim pelos mecanismos típicos do direito privado, sendo que os preceitos jusfundamentais estendem-se aos particulares apenas de forma mediata, pela atuação do legislador. A primazia do legislador

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 529.

ordinário, em detrimento do juiz, na tarefa de conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado, confere uma maior segurança jurídica¹⁴.

Wilson Steinmetz¹⁵ sintetiza as variações que teoria da eficácia mediata apresenta na doutrina especializada: a) a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares depende, exclusivamente, da mediação legislativa, sob pena de inaplicabilidade dessas normas; b) a eficácia das normas de direitos fundamentais compete, preferencialmente, ao legislador, mas, na ausência de legislação, cabe ao Poder Judiciário decidir o caso concreto com recurso às cláusulas gerais do direito privado, valoradas pelo direito fundamental que esteja em discussão; não sendo possível a solução por essa via, o direito fundamental que se ponha em questão não vinculará os particulares; c) as duas primeiras premissas expostas no item anterior são as mesmas para esta terceira variação e, não sendo possível uma solução, excepcionalmente e quando se estiver diante de uma desigualdade fática, as normas de direito fundamental deverão ser aplicadas imediatamente; d) a última variação também advém das primeiras duas premissas expostas no item “b”, com o diferencial de que, nesse caso, o resultado é pela aplicação imediata das normas de direito fundamental, independentemente de haver ou não uma relação desigual. Virgílio Afonso da Silva¹⁶, apoiado em outros autores, sintetiza as principais críticas formuladas contra a teoria dos efeitos indiretos, mas nos limitaremos a expor aquela que julgamos a mais importante, a saber: haverá possibilidade de proteção ineficaz dos direitos fundamentais nas relações privadas se os efeitos deles puderem chegar a elas somente por meio das cláusulas gerais, na medida em que tais cláusulas podem ser insuficientes como acesso aos direitos fundamentais.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 294.

¹⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos privados*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 148-151.

¹⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos privados*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 83-85.

4. TEORIA DA APLICABILIDADE DIRETA OU IMEDIATA

Na teoria da eficácia imediata, os direitos fundamentais aplicam-se, diretamente, nas relações entre particulares. Nas palavras de Gomes Canotilho, podem “[...] *os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias*”.¹⁷

Pode-se dizer que a premissa mais importante dos defensores dessa teoria é o fato de que o desrespeito a direitos fundamentais pode provir não somente do Estado, mas de diversos segmentos sociais, como do próprio cidadão¹⁸.

Virgílio Afonso da Silva¹⁹ descreve os pontos de apoio da doutrina de Nipperdey, pioneiro na defesa da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: os direitos fundamentais têm efeito absoluto, o que prescinde de artimanhas interpretativas para aplicá-los nas relações que não incluam o Estado como ator. Essa teoria, da mesma forma que a teoria da eficácia mediata, atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão, uma subjetiva e outra objetiva, com eficácia em todo o ordenamento jurídico.

A desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares é a grande diferença entre essa teoria e a dos efeitos indiretos. Pela pertinência da observação, necessário é transcrever-se a lição de Virgílio Afonso da Silva acerca da extensão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas: “*É preciso que se esclareça, contudo, que o modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares não implica que todo direito*

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1286-1287.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 298.

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87.

*fundamental necessariamente seja aplicável a tais relações. A verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada e dependerá das características de cada norma de direito fundamental. Nesse sentido, o que o modelo propõe é mais restrito do que se costuma imaginar. Ele apenas sustenta que, se o direito fundamental for aplicável às relações entre particulares, então essa aplicação será direta. Mas o modelo não exclui a possibilidade de que alguns direitos sejam aplicáveis somente nas relações cidadãos-Estado”.*²⁰

Wilson²¹ sintetiza as variações da teoria da eficácia imediata da seguinte forma: a) versão forte: os direitos fundamentais têm eficácia geral, plena e indiferenciada nas relações entre os particulares; b) versão intermediária: a eficácia dos direitos fundamentais é imediata, contudo não é ilimitada, incondicionada ou indiferenciada, sendo que em caso de colisão entre direitos fundamentais, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade; c) versão fraca: a eficácia dos direitos fundamentais é imediata, sobretudo nas relações entre desigualdade fática.

Assim, no escopo dos argumentos pontuados acima, embora a teoria da vinculação direta tenha sido formulada inicialmente, promulgando pela eficácia geral, plena e irrestrita dos particulares aos direitos fundamentais, atualmente seus defensores sugerem sua aplicação com parcimônia, de modo a não anular a autonomia privada, especialmente naqueles casos de paridade entre as partes.²²

Claus-Wilhelm Canaris afirma que, em termos lógico-jurídicos, é possível entender-se os direitos fundamentais desse modo. Todavia, esse doutrinador critica o transplante dessa

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 91.

²¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos privados*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 169.

²² SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 318: “[...]. Teria alguma procedência o argumento, se a doutrina da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais propusesse uma vinculação irrestrita dos particulares àqueles direitos, em regime idêntico ao que vigora para os poderes públicos, desconsiderando a proteção constitucional deferida à autonomia privada”. STEINMETZ, 2014, p. 170: “Na literatura, não há mais argumentação em favor da teoria absoluta (versão ‘forte’)”.

teoria para o direito privado²³: “Se, porém, generalizarmos este entendimento, ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas da sua autonomia. Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se conseqüentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais, teria que ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade”.

Embora a crítica não mencione, expressamente, isto, cremos que ela se refira à versão forte (item “a”), desenvolvida por Nipperdey. As críticas a essa teoria se baseiam na perda da autonomia privada e na falta de clareza e certeza inerentes e essenciais a relações jurídico-privadas.

Daniel Sarmento²⁴ defende a aplicação dessa teoria no direito brasileiro, aduzindo, em síntese, que: a) o sistema de direitos fundamentais inscrito na Constituição Federal é caracterizado pela sociabilidade; b) a sociedade brasileira é injusta e assimétrica; c) somente existe autonomia privada quando se garantem condições materiais mínimas de liberdade; d) a aplicação direta da *Constituição* somente ocorrerá quando não houver legislação ordinária tratando da matéria ou quando sua aplicação se relevar em descompasso com as normas e os valores constitucionais; e) essa teoria não gera insegurança, pois o direito privado também se utiliza de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados; e) não há perda da autonomia do direito privado, posto que nenhum ramo do Direito se encontra alheia à *Constituição*.

²³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53-54.

²⁴ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 317-323.

Konrad Hesse faz duas objeções pontuais à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: a) os conflitos de caráter civil converter-se-iam em contendas jurídico-constitucionais; b) a ampla e imediata eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares causaria inflação desses direitos, o que faria que o direito privado ganhasse pouco, e os direitos fundamentais perdessem seu verdadeiro significado²⁵.

5. TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO DE CLAUS-WILHELM CANARIS

A exposição da teoria dos deveres de proteção, que é objeto deste estudo, será baseada nas lições de Claus-Wilhelm Canaris sobre esse tema²⁶.

Daniel Sarmiento²⁷ afirma que a doutrina dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais decorre de uma variação da teoria da eficácia indireta, afirmação com a qual concordamos²⁸.

Nas palavras de Vieira de Andrade, “[...] estas teorias do dever de proteção, embora sejam tributárias de uma ideia de aplicabilidade mediata, alargam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos (ao legislador, à Administração e ao juiz) a obrigação

²⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos privados*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 173.

²⁶ A exposição se baseia na obra intitulada *Direitos fundamentais e direito privado*.

²⁷ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 300-301.

²⁸ Consoante as palavras de Claus-Wilhelm Canaris: “[...] E aqui a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela ajuda-nos a prosseguir. Esta constitui, na verdade, uma explicação dogmática convincente para a ‘eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros’, da qual, na substância, se trata aqui (isto, se não quisermos renunciar totalmente ao uso da expressão, para o que não faltam argumentos), 2003, p. 58, e “Se contudo, mesmo assim, tal vier a ocorrer ‘mediatamente’ de algum modo – o que, como se sabe, corresponde no resultado ao entendimento quase dominante –, é preciso, ainda, que exista uma ponte de raciocínio, que o possibilite de uma forma dogmática consistente.”

de velarem, efectivamente, para que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas”.²⁹

Para Claus-Wilhelm Canaris³⁰, os destinatários dos direitos fundamentais são, em regra, apenas o Estado e seus órgãos, mas não o sujeito de direito privado. Dessa afirmação decorre, logicamente, o segundo argumento³¹ da teoria em análise, qual seja, o objeto de controle dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas as regulações e os atos estatais (leis e decisões judiciais) – e não os atos dos sujeitos privados (negócios jurídicos e atos ilícitos). Acrescenta-se que se os destinatários não são sujeitos de direitos fundamentais; logo, seus atos não podem ser aferidos, imediatamente, sob as normas dos direitos fundamentais³².

De acordo com essa doutrina, os direitos fundamentais são aplicados na relação entre os particulares de duas formas: como “proibição de intervenção” e “imperativo de tutela”. Segundo Canaris, “[...] o *objectivo principal da função de imperativo de tutela no âmbito das relações entre particulares é, por conseguinte, o de proteger os bens jurídico-fundamentais perante intervenções fácticas por parte de outros sujeitos de direito privado, e de assegurar a sua efectiva capacidade funcional*”³³.

De outra forma, o imperativo de tutela é o dever do Estado de proteger um cidadão contra atos de outro cidadão, inclusive no âmbito privado. A proibição de intervenção busca controlar, segundo os direitos fundamentais, uma norma, um ato da administração etc.

Acentua o doutrinador ora sob menção a diferença entre a função dos direitos como imperativo de tutela e como proibição de intervenção: esta consiste em controlar, segundo os

²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2004, 256.

³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 55.

³¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 55.

³² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 56..

³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 107.

direitos fundamentais, uma disciplina já existente; aquela, na ausência de tal disciplina. Em suma, uma omissão estatal em contraposição a uma intervenção³⁴.

A clareza com que Daniel Sarmento³⁵ sintetiza a teoria dos deveres de proteção justifica sua citação direta: *“Canaris admite que muitas vezes a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado depende de uma ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada do particular. Assim, o recurso à ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade, torna-se geralmente necessário para o equacionamento da questão. Sem embargo, no caso de influência dos direitos fundamentais através da proibição de intervenção estatal, recorre-se à dimensão do princípio da proporcionalidade como vedação do excesso, no qual há espaço para um controle mais rigoroso da conduta dos poderes públicos. Já no caso da influência destes preceitos através do imperativo de tutela, a dimensão pertinente do princípio da proporcionalidade é a da proibição de insuficiência, em que o controle é brando”*.

6. TEORIA INTEGRADORA DE ROBERT ALEXY

Sob o argumento de que o fato de as elaborações (efeitos indiretos, efeitos diretos e efeitos mediados por direitos perante o Estado) serem equivalentes nos resultados, mas a Ciência jurídica não se satisfazer apenas com a obtenção de resultados corretos ou aceitáveis sem considerações acerca de sua elaboração, Robert Alexy³⁶ apresentou um modelo de três níveis para os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros, a saber: i) dever estatal; ii) direitos perante o Estado; iii) relações jurídicas entre os sujeitos privados. Pontua esse doutrinador que entre esses níveis não há uma relação de grau, mas de mútua implicação.

³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 115-133.

³⁵ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 302.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 533.

No primeiro nível, situa-se a teoria dos efeitos indiretos. Segundo Alexy³⁷, os direitos fundamentais valem como princípios objetivos para todos os setores do direito, devendo ser respeitado tanto pela legislação infraconstitucional como pela aplicação pelo judiciário. Virgílio Afonso da Silva³⁸ esclarece que o conceito mais importante do primeiro nível é a “ordem de valores”.

No segundo nível – o dos direitos perante o Estado –, são resolvidos os casos em que um cidadão viola o direito fundamental de outro cidadão. Um cidadão, em conflito com o seu par, tem o direito fundamental de que os julgadores considerem os direitos fundamentais. Alexy³⁹ esclarece que “[...] *se os tribunais cíveis podem violar direitos fundamentais dos cidadãos por meio do conteúdo de suas decisões, então, os direitos violados são direitos dos cidadãos contra o Judiciário, ou seja, contra o Estado*”.

O terceiro e último nível se refere ao efeito direto dos direitos fundamentais perante terceiros. Alexy⁴⁰ esclarece sobre ao que se quer referir por efeitos diretos, e o faz sob três argumentos: a) efeito direto não significa que os direitos do cidadão perante o Estado sejam, ao mesmo tempo, direitos do cidadão em relação a outro cidadão; b) o efeito direto não se observa pela troca do destinatário dos direitos do cidadão contra o Estado, pois há intensidades de efeitos diferentes nas relações cidadão-cidadão e cidadão-Estado; c) por razões jusfundamentais, na relação cidadão-cidadão existem determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências, os quais não existiriam sem essas razões.

Em síntese, de acordo com o modelo de Alexy, existem três níveis: “*Cada um deles abarca um aspecto da mesma questão. Decidir qual deles será escolhido na fundamentação*”

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 533.

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 144-145.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 535.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 538-539.

*jurídica é uma questão de conveniência. Mas nenhum deles pode pretender uma primazia sobre os outros”.*⁴¹

Virgílio Afonso da Silva⁴² critica a afirmação de Alexy acima transcrita, aduzindo que a opção por um dos três níveis não se refere apenas à conveniência e oportunidade na argumentação jurídica, sendo o material normativo entre os direitos fundamentais e a relação entre os particulares que definirá a escolha por um modelo de efeitos diretos ou indiretos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ciente do espectro de possibilidades que o tema apresenta, é preciso elucidar-se que as conclusões esboçadas a seguir são, evidentemente, preliminares.

Quanto à teoria dos deveres de proteção, entendemos, no mesmo sentido da crítica formulada por Wilson Steinmetz⁴³, que referida teoria apenas contorna o problema central, a saber: os direitos fundamentais vinculam os particulares? Se sim, de que forma?

No que se refere à teoria de três níveis de Alexy, temos dúvidas acerca da possibilidade de compatibilização entre as partes que a integram. Além disso, parece que sua aplicação conceder-nos-ia mais malefícios em decorrência de sua abstração do que, efetivamente, benefícios para a solução do problema de saber-se de que forma os direitos fundamentais irradiam efeitos nas relações jurídicas de direito privado.

Consoante explanado nos itens anteriores, percebe-se que tanto nas teorias da eficácia imediata como nas da mediata (ao menos da variação mais comumente aceita pela doutrina), os direitos fundamentais podem-se aplicar não apenas contra o Estado, mas também contra os sujeitos de direito privado.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 538-539.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145.

⁴³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos privados*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 153.

Cada uma das referidas teorias (aplicabilidade imediata e aplicabilidade mediata) pautam-se num valor: a primeira, visa a uma proteção maior dos indivíduos diante de grupos ou entidades poderosas, revelando uma especial atenção às relações desiguais que crescem em todos os setores. A segunda procura defender a liberdade de livre conformação dos particulares no intuito de coibir uma massificação dos indivíduos.

De acordo com os pilares essenciais da teoria da eficácia mediata, pode-se vislumbrar, como principal benefício, a preservação da autonomia privada. No entanto, a crítica que se faz a essa teoria é o elevado grau de abstração a ela inerente. Entendemos que a crítica formulada⁴⁴ pelos opositores da teoria da eficácia imediata não prospera, pois, na proporção em que a Constituição Federal enumera os direitos fundamentais do homem, norteia quanto ao que pretende seja seguido por todo o sistema jurídico. Com razão, Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁵, quando diz que “[...] a Constituição Federal adianta para o legislador ordinário um critério, uma viga mestra, de que ele não pode se afastar, de sorte que se possa afirmar que também pelo direito civil e pelo direito empresarial se realizam os direitos fundamentais”. Ademais, haverá, na teoria da eficácia imediata, certo grau de abstração decorrente da ponderação dos princípios em conflito no caso concreto.

Ao Poder Judiciário cumpre preencher de conteúdo as cláusulas gerais, reputando os princípios dos direitos fundamentais, rechaçando, por inconstitucionalidade, as normas de direito privado incompatíveis com tais direitos.

Nossa crítica à aplicação direta dos direitos fundamentais se refere ao equivocado entendimento de que a ponderação realizada pelo julgador será melhor e mais protetiva do que a já realizada pelo legislador ordinário.

⁴⁴ Cf. sintetizada na nota de rodapé 16.

⁴⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 230.

Ao que parece, essa dupla ponderação, para aqueles que defendem a teoria da eficácia imediata, teria o condão de minimizar os riscos de ofensa ao direito fundamental na relação entre os particulares. Em suma, a ponderação realizada no caso concreto será sempre a mais adequada. Essa preocupação também é reconhecida por aqueles que defendem a eficácia direta dos particulares aos direitos fundamentais⁴⁶.

Contudo, entendemos que a ponderação no caso concreto poderá conter uma feição axiológica não condizente ao esperado pelos adeptos dessa doutrina. Ademais, deve-se advir da premissa de que a ponderação realizada pelo legislador ordinário é mais consentânea aos desejos da sociedade.

Caso haja uma norma ordinária que regule a matéria ora em discussão, deve aquela ser aplicada, presumindo-se que tenha estabelecido equilíbrio razoável entre os valores consideráveis⁴⁷. Mesmo quando não se tenha uma norma que regule suficientemente a situação, deve-se recorrer às cláusulas gerais do direito privado, que certamente deverão ser preenchidas com os valores constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais.

A doutrina majoritária⁴⁸ advoga a necessária vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, reconhecendo, todavia, que o modo pelo qual se dá a aplicação desses direitos às relações entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas de acordo com as peculiaridades das partes envolvidas, ou seja, haverá uma ponderação entre o direito analisável e a autonomia privada da pessoa cujo comportamento se pretenda restringir.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª. ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 388: “De outra parte, há que levar em consideração a necessidade de se tomar a sério, também na esfera de uma eficácia (especialmente em se cuidando de uma eficácia direta!), dos direitos fundamentais nas relações privadas, a crítica de que se está a deslocar para o Judiciário a decisão final sobre a ponderação dos direitos esgrimidos entre os sujeitos privados, ainda mais quando se está a invocar valores mais ou menos abstra-tos e sujeitos às mais variadas interpretações”.

⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 271.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª. ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 382.

Pensamos que a aplicabilidade imediata também tenha a faculdade de proteger o cidadão nas relações de desigualdade, cedendo-se a vinculação direta dos particulares, no caso de ofensa, ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (dignidade da pessoa humana)⁴⁹.

Outra crítica⁵⁰ formulada contra a tese da aplicabilidade mediata de que, em alguns casos, a omissão, a morosidade ou o déficit legislativo não permitem que os titulares de direito fundamental usufruam no tempo e do modo adequados. Tal argumento, em nosso sentir, não prospera, pois as cláusulas gerais permitem interpretações e soluções adequadas para os problemas, sem que seja necessária uma mediação legislativa específica. É função primordial das cláusulas gerais do direito privado viabilizar uma interpretação adequada dos problemas de acordo com os valores e anseios sociais. É essa uma técnica legislativa para oferecer-se dinamicidade ao sistema.

É válida a crítica formulada por Wilson⁵¹ contra o critério da desigualdade fática como elemento determinante ou justificador de uma eficácia imediata, pois considera-se o autor da lesão, e não a lesão em si, ou seja, tem-se como critério o poder do particular violado.

Defendemos que a teoria que resolve de forma mais satisfatória a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado pode ser assim sintetizada: a) a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deve ser protagonizada, preferentemente, pelo legislador; b) na ausência de legislação específica, compete ao Poder Judiciário decidir o caso concreto com recurso às cláusulas gerais do direito privado, valoradas pelo direito fundamental reputável; c) não sendo possível uma solução adequada por estultimo expediente e se acaso houver ofensa ao núcleo essencial do direito fundamental (dignidade da pessoa humana), a aplicabilidade das normas de direito fundamental será imediata.

⁴⁹ Esse parece ser o entendimento de Paulo Mota Pinto, Canaris, Starck, Neuner e Gomes Canotilho, de acordo com a nota de rodapé 49 da obra de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 266.

⁵⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos privados*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 156.

⁵¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos privados*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 159.

Dessarte, apenas excepcionalmente, haverá aplicabilidade direta do direito fundamental, isto é, se, num caso concreto, houver ofensa ao cerne do direito fundamental (dignidade da pessoa humana).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- HECK, Luís Afonso Heck. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 1, p. 625, Ago/2011.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, 6ª. ed.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª. ed. Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONEL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 285-323.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos privados*. São Paulo: Malheiros, 2014.